

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO

**Revista**  
de  
**Ciencias Jurídicas**



No. 23

Febrero 1974

COS 340 R

#23

FEBRERO

1974

REV 1415 87

Revista  
Ciencias Jurídicas



15841  
4 DIAS



Firma:

DIRECTOR  
JORGE ENRIQUE ROMERO PEREZ



SUMARIO:

Los Privilegios de la Administración Pública .....	7
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz	
La Nominatividad Obligatoria .....	143
Dr. Fernando Mora Rojas	
El Tribunal Supremo de Elecciones .....	175
Lic. Mauro Murillo	
Los Efectos de la Inversión en el Desarrollo y su Relación con las Asociaciones al Portador .....	193
Lic. Rolando Soto Jiménez	
Heraklitos y el Derecho .....	203
Lic. Jorge Enrique Guier	
Los Valores y el Derecho, como Realidad Inmanente al Hombre .....	221
Lic. Ramón Madrigal Cuadra	



LOS PRIVILEGIOS DE LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (\*)

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE EDUARDO ORTIZ  
Titular D. Administrativo

I. El Derecho Administrativo, derecho de desigualdad por superioridad de la Administración Pública.

Sabido es que la desigualdad es el signo distintivo del Derecho Público y especialmente del Administrativo en comparación con el Derecho Privado, derecho entre pares. Esta desigualdad se manifiesta tanto en los sujetos como en los medios de acción de ambos derechos.<sup>(1)</sup> En tanto que en el Derecho Privado cada uno es igual a todos los demás y libre en su esfera de intereses, por lo que el negocio principal es el contrato; en el Derecho Público la Administración Pública se estima superior y puede imponerse por la vía del acto unilateral imperativo, lo que los franceses suelen llamar "le privilege de prealable" ("el privilegio de la anticipación", a la labor del Juez en la solución de conflictos).<sup>(2)</sup> Examinemos brevemente las implicaciones y consecuencias que en Derecho Administrativo tiene esa desigualdad, tanto frente a la Administración Pública como frente a sus actos de imperio.

(\*) Debo reconocimiento y gratitud a los Lics. Paul Woodbridge, Mauro Murillo, Francisco Castillo y Víctor Pérez, por su colaboración en la búsqueda de legislación y jurisprudencia especiales, que me han suplido casi íntegramente para este estudio; y lo mismo para Carmen María Fallas, Cristina Prestinary y Mario Solera, quienes generosamente se dieron al trabajo de secretaría necesario para la entrega puntual de esta edición.

(1) Andre de Laubadere, Traite Elementaire de Droit Administratif, Tomo 1, pág. 35; Roger Gerard Schwartzberg, L'Autorite de la Chose Decidee, págs. 16 y 17; Marcus Lefebure, Le Pouvoir d'Action Unilateral de l'Administration en Droit Anglais et Francais, pág. 1; Jean Rivero, Droit Administratif, pág. 11 y artículo Existe-t-il un critere du droit administratif, Revue de Droit Public et de la Science Politique, 1953, pág. 286; José García Trevijano-Fos, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, pág. 397; Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, pág. 88.

(2) Es preciso distinguir netamente el llamado "privilege de prealable" del llamado "privilege de la decisión prealable", pues mientras el primero se confunde con la potestad de dictar actos administrativos (potestad de decisión ejecutoria, según terminología de Hauriou), el segundo alude a la necesidad del acto administrativo como previo a la vía contenciosa, en tanto que ob-

A) La Administración Pública como ente superior, recto y autoritario.

El Derecho Administrativo emerge de la Revolución Francesa y sólo por ella es explicable en gran parte.<sup>(3)</sup> Los elementos que lo motivan y le dan materia son precisamente la prerrogativa de la Administración y la garantía de la libertad y de la propiedad del particular.<sup>(4)</sup>

El Derecho Administrativo es el régimen y la composición del eterno y necesario conflicto entre autoridad y libertad. Consiste ante todo en el conferimiento de potestades de autoridad a la Administración Pública para la realización de sus cometidos de servicio y de mantenimiento del orden público, a la vez que en la definición precisa de la posición del particular ante esas potestades, implementada con recursos y acciones para su defensa, que no se limita a asegurar la legalidad administrativa.<sup>(5)</sup> El origen de esas

jeto de ésta. Las doctrinas francesa y latinoamericana aceptan como privilegio la potestad de acción unilateral que cristaliza en el acto administrativo, partiendo del supuesto de que el mismo implica automáticamente la solución provisional de un conflicto —actual o potencial— entre la Ad. Pública y el administrado y anticipa (de ahí el término "prelable") la labor del Juez, al cual no tiene que acudir la Administración. Consideramos impropio tal equiparación entre potestad administrativa y privilegio, pues la tesis expuesta conduciría a reputar igualmente el resto de las potestades administrativas en todas sus formas y el Derecho Administrativo se convertiría pura y simplemente en una teoría de los privilegios de la Administración Pública. El enfoque francés puede ser útil para resaltar, ello no obstante, la inexistencia de una potestad igual o similar en el Derecho Privado, pues todos los actos unilaterales negativos o perjudiciales que dentro del mismo son posibles (rescisión unilateral de un contrato, expulsión de un club o sindicato, sanciones disciplinarias y reglamentación patronales, etc.) suponen siempre un contrato de base, dentro del que se incardinan o pactan las potestades correspondientes cuyo ejercicio origina el daño. Como se verá, este trabajo propugna una concepción más estricta y confinada del privilegio administrativo.

Para una distinción entre "privilege de prelable" y "privilege de la decisión prelable" ver Andre de Laubadere, op. cit. págs. 264 y 443; Auby et Drago, Traite de Contentieux Administratif, volumen III, págs. 178 a 184; Charles Debasch, Droit Administratif, pág. 260.

- (3) Para una información erudita y excepcionalmente aguda sobre la tesis ver, por todos, Eduardo García de Enterría, Revolución Francesa y Administración Contemporánea, específicamente págs. 40 y stes. La tesis viene respaldada por todos los tratados generales de Francia.
- (4) Fernando Garrido Falla, Las Transformaciones del Régimen Administrativo, págs. 42 y 43; Prosper Weil, El Derecho Administrativo, págs. 25, 27, 53 y 54; George Vedel, Droit Administratif, pág. 19, y José García Trevijano, op. cit., pág. 397.
- (5) Lo dicho corresponde a la existencia del contencioso de indemnización, de plena jurisdicción o subjetivo, dentro del cual es posible reclamar no sólo la nulidad del acto (provocado por petición del ofendido) sino también y sobre todo la restitución del derecho subjetivo violado y la adopción de las medidas pertinentes. En Costa Rica ambas formas de pretensión y de acción están contempladas por los artículos 22 y 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 12 de marzo de 1966, vigente retroactivamente desde el 1º de marzo del mismo año, y que seguiremos llamando L.J.C.

prerrogativas está —como se dijo— en la Revolución Francesa, pero también en la posterior evolución en Francia de las relaciones entre la Administración Pública y el Poder político. Juegan, además, razones ideológicas que tienden a consagrar una posición de supremacía a favor de la Administración Pública frente al individuo, como posición esencial y connatural con aquella.

i.—La participación indirecta de la Administración Pública en la soberanía.

La gran Revolución no destruyó el poder absoluto del Monarca, sino que lo trasladó, con el nombre de Soberanía Nacional, a la Asamblea Legislativa.<sup>(6)</sup>

Esta fue concebida, siguiendo la concepción de Rousseau sobre la voluntad general del pueblo, como el centro titular de la Soberanía, el poder ilimitado y necesariamente justo de mando y de organización sobre la comunidad, y la ley como la expresión directa y suprema de esa Soberanía. Todos los demás órganos y poderes del Estado quedaban subordinados a la Asamblea y todos los demás actos, específicamente y sobre todo la gestión de la Administración, se entendían derivados de una autorización legal y limitados por el marco que esa autorización imponía.<sup>(7)</sup> Aquí y sobre tal dependencia y subordinación nació el principio de legalidad (que exige una norma previa, y más concretamente, una ley de la Asamblea) a la base de todo acto de autoridad, así como la "reserva de ley" (que prohíbe la regulación de las materias "nobles" y más importantes por vía de reglamento).<sup>(8)</sup> La Administración Pública apareció, entonces, como el brazo ejecutor de la ley, cuya autoridad se alimentaba de la Asamblea y cuya voluntad era reproducción de la de ésta, adaptada a la circunstancia de tiempo y lugar.

(6) "La Revolución (ha dicho Pérez Serrano, citado por José María Boquera Oliver, Criterio Conceptual del Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública Nº 42, pág. 130) se limita a traspasar los poderes soberanos desde una corona real a un gorro frigio sin que, al cambiarse el titular Rey en Pueblo o Nación, sufra alteración de contenido o de atribuciones la potestad de que se trata".

Igual idea sostiene Michel Rousset, L'idee de puissance publique en droit français, págs. 15 y 20: "La Asamblea Constituyente ha destruido la monarquía pero ha dejado subsistente el Estado Monárquico... El Estado es el Rey, él será la Nación personificada. La soberanía sale intacta de la tormenta y el absolutismo democrático reemplaza el absolutismo monárquico..."

(7) Eduardo García de Enterría, op. cit. págs. 10 y stes., y además, La Lucha contra las Inmunidades del Poder, Revista de Administración Pública, Nº 38, pág. 162, Schwartzberg, op. cit. págs. 5 a 8.

(8) Ver Jean Rivero, op. cit. págs. 15, 53 y 73.

La Administración, a disposición del Rey o del Jefe de Gobierno, nunca fue considerada como ente soberano ni como representante de la soberanía nacional, totalmente depositada en la Asamblea. Pero la dependencia de ésta respecto de aquella para la ejecución de las leyes, así como el continuo aumento de actividades de la Administración con vista de nuevas necesidades e intereses públicos que satisfacer, obró el fenómeno de que la Administración se potenciara cada vez más para sus cometidos propios, incluso sin autorización legal de base, y terminara logrando el reconocimiento de esa su nueva posición y hasta de poderes normativos (reglamentarios) en las Constituciones revolucionarias, que inicialmente sólo los había conferido sólo en forma tímida y nada clara.<sup>(9)</sup> Se trataba de una participación indirecta y mediata en la soberanía, suficiente para conferir a los actos de la Administración Pública —en cuanto instrumentos de cumplimiento de la voluntad legislativa— autoridad distinta de la que correspondía a los de cualquier ciudadano, aunque menor que la de la ley, autoridad que —como se verá— consistió en hacer inmediatamente obligatorias sus decisiones frente al público y en poderlas ejecutar por la fuerza, si llegaba a ser necesario antes de acceder al Juez, aunque fueran tachadas de ilegales

(9) El poder reglamentario del Gobierno quedó plasmado definitivamente, para no desaparecer jamás en Francia, por el artículo 44 de la Constitución de Napoleón del año VIII, que dijo: "El Gobierno propone las leyes y hace los reglamentos necesarios para asegurar su ejecución" (Citado por García de Enterría, *Revolución Francesa . . .*, pág. 55); Vedel, *op. cit.* págs. 11 y 13, Lefebvre, *op. cit.* págs. 178, 179, 180 y 181, todo lo cual tiene íntima relación con jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, especialmente con los casos de l'arret Labonne (Consejo de Estado, 8 de agosto de 1919 y l'arret Heyries (Consejo de Estado, 28 de junio de 1918), jurisprudencia en la que se consagran los poderes implícitos e inherentes de la Administración Pública para dictar reglamentos, aún contrarios al texto de una ley (caso de emergencia o urgencia), siempre que lo haga para guardar la "ejecución de la ley" y el orden público amenazado.

La legitimación del Poder Ejecutivo para dictar actos imperativos y gestionar autoritariamente sus cometidos, a partir de una creencia colectiva convertida en regla de derecho, que así pertenece a lo que ha llamado Mortati la Constitución Material de un pueblo, lo expresa muy bien el mismo Vedel cuando afirma: "La noción de poder público no tiene nada de misterioso. No manifiesta una voluntad metafísica superior a la de los individuos . . . Es simplemente la consecuencia de una creencia social pasada como regla de derecho; la de que aquellos que, directa o indirectamente, actúan a nombre de la Nación, tiene o deben tener competencias que no tienen ni deben tener los simples particulares. El poder público no es otra cosa, entonces, que la titularidad de competencias "exorbitantes del derecho común", que para estos efectos es el derecho privado" (citado por Schwartzberg, *op. cit.* pág. 38). La doctrina enunciada por Vedel es tributaria del idealismo jurídico de Georges Burdeau, según el cual el Derecho Objetivo vale por la representación colectiva de su correspondencia a un sistema de valores, aceptado como vigente en un momento histórico; ver *Traite de Science Politique*, tomo I, págs. 176 a 185, donde queda clara tal posición pese al ataque que el mismo autor dirige contra el idealismo en págs. 101 a 109 *ibidem*.

## ii.—La separación radical entre Administración y Poder Judicial.

Es de sobra conocida la tensión entre Rey y Parlamento en la Francia prerrevolucionaria.<sup>(10)</sup> Los Parlamentos franceses no sólo no fueron el equivalente del Parlamento inglés, sino que, en cierto sentido, fueron exactamente lo contrario. No eran Asambleas Legislativas, sino Tribunales Colegiados. Se trataba de cuerpos provinciales de nobles, de sucesión hereditaria, integrados inicialmente por nombramiento del Rey, que escogía sus miembros de los de su Consejo Real, encargados de juzgar causas entre particulares y de la Corona con el súbdito. Podían ser presididos por el Rey, en cuyo caso su función era consultiva, pues la jurisdicción la tenían únicamente por delegación de él y en su ausencia.<sup>(11)</sup> No obstante el carácter vicario y delegado de sus poderes, los Parlamentos se convirtieron rápidamente en centros de oposición al Monarca, cuyas leyes y decretos combatían, generalmente en defensa de intereses y privilegios propios. Los Parlamentos lo hicieron mediante su lento pero efectivo desprendimiento de la esfera de mando del Monarca y terminaron por arrogarse potestades, dilatando por extralimitación las que les habían sido dadas por el Rey. Habilitados para fallar los asuntos litigiosos de su competencia, incluían en el fallo consejos y órdenes de hacer o no hacer para la Corona, conducentes a la mejor realización de lo fallado, y por ese medio llegaron incluso a suspender y paralizar la acción de los agentes administrativos del Rey (intendentes itinerantes, representantes personales del Monarca con jurisdicción nacional, para la supervisión y enmienda de la Administración Pública en todo el territorio del reino); facultados para registrar y publicar en sus sedes, por ese sistema, los edictos y disposiciones generales del Rey (facultad llamada de "enregistrement") se arrojaron la de rechazarlos, negándose a dicho registro, a modo de veto contra el Rey (potestad que se llamó de "remontrance").<sup>(12)</sup> En 1648 el Parlamento de París fue protagonista y líder de un alzamiento victorioso contra el Cardenal Mazarino —durante la infancia de Luis XIV— provocado por medidas fiscales y tributarias que

(10) M. Letourneur, J. Bauchet, J. Meric, *Le Conseil d'Etat et les Tribunaux Administratifs*, págs. 10 a 20; Auby et Drago, volumen I, págs. 285 a 291, y nuevamente la obra citada de García de Enterría, *Revolución Francesa*, págs. 40 a 53.

(11) Vedel, *op. cit.* pág. 59.

(12) García de Enterría, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Vol. 1, tomo II, págs. referentes, sin numeración, al tema: "Origen Histórico del Principio de Autotutela de la Administración Pública"; Vedel, *op. cit.*, pág. 59; Rivero, *op. cit.*, pág. 119.

afectaban los intereses de la nobleza; y el Parlamento ocupó París por varios meses. La Revolución Francesa nació de los Estados Generales (formada por los tres clásicos estamentos de la nobleza, el clero y la burguesía) convocados por el Parlamento de París para oponerse a nuevas medidas tributarias y fiscales de los Ministros de Luis XVI.<sup>(13)</sup> Cuando se produce la Revolución sus líderes, después de reconocer las bondades de los Parlamentos como focos de resistencia al absolutismo monárquico, demuestran haber captado el peligro de tal fragmentación del poder público por interferencia de los Jueces en la Administración y deciden tajantemente separarlos de ella, prohibiéndoles en forma total y absoluta, penalmente garantizada, juzgar sus asuntos. El poder del juez ordinario quedó confiado desde entonces a juzgar los asuntos entre particulares.<sup>(14)</sup>

Aquí nace la exención judicial de la Administración Pública francesa, base de lo que se ha dado en llamar después un sistema de doble jurisdicción, que consiste en la sustracción de la Administración Pública a la jurisdicción ordinaria o judicial para su inserción en otra, llamada administrativa o contenciosa, impartida por funcionarios dependientes del Gobierno, integrantes de un cuerpo jurisdicente, llamado Consejo de Estado, que además de pertenecer orgánicamente al Poder Ejecutivo, ejerce para éste funciones de

(13) García de Enterría, op. cit. (Revolución, etc.), pág. 47.

(14) Para una docta reseña del nacimiento revolucionario de la división de poderes y específicamente de la separación de Administración y Jueces, y su posterior evolución, véase Franco Bassi, *Lo Straripamento di Potere, Profilo Storico*, Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico, Año 1964, págs. 249, 250, 252 y 259.

El texto decisivo y vigente, que opera en la Francia Revolucionaria la radical separación entre Juez (judicial u ordinario) y Administración, es la ley dada por la Asamblea Constituyente de 16-24 de agosto de 1790, que dispuso en clara protección del Gobierno (Poder Ejecutivo): "Art. 13: Las funciones judiciales son distintas y se mantendrán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de felonía, perturbar en ninguna forma las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar (ante ellos) a los administradores en razón de sus funciones".

Cinco años más tarde estas disposiciones fueron reiteradas y confirmadas por otra ley, el decreto de 16 de fructidor, año III, que dispuso:

"Prohibición terminante queda hecha a los tribunales de conocer de los actos de administración, sea cual sea su especie".

Según García de Enterría el Derecho Penal francés de 1791 sancionó como delito la violación de la primer regla, que fue finalmente recibida en la Constitución napoleónica del año VIII. (op. cit. pág. 54).

El mismo año VII (del Consulado napoleónico) vio nacer la llamada "garantía del funcionario", consistente en la necesidad de una autorización del Consejo de Estado (entonces mero cuerpo consultivo del Gobierno, en virtud del sistema de justicia retenida, y encuadrado en el Poder Ejecutivo) para poder demandar en lo personal a cualquier funcionario administrativo ante el Poder Judicial. El sistema fue establecido por el artículo 75 de la Constitución del año VIII, arriba mencionada, que posteriormente se degradó a ley y como tal sobrevivió hasta su derogación por decreto-ley del Gobierno Liberal llamado de la De-

asesoría, a la par de su actividad propiamente jurisdiccional.<sup>(15)</sup> Está claro que tal construcción institucional, por círculos tangentes entre Administración y Justicia, tiende a multiplicar el conferimiento de potestades autoritarias así como su incontrolado abuso, pues esa Administración queda por mucho tiempo exenta de control jurisdiccional y sometida únicamente a la justicia impartida por los mismos órganos y funcionarios de administración activa (sistema de justicia retenida) y aún después de 1872,<sup>(16)</sup> cuando se reconoce legalmente la total independencia del Consejo de Estado frente al Gobierno y a los demás órganos de la Administración (sistema de la justicia delegada), se mantienen grandes zonas de actividad vedadas a toda intervención judicial, que hoy perviven con más o menos suerte y extensión.<sup>(17)</sup>

fensa Nacional (contra la invasión prusiana de Francia que culminó con la toma de París, decreto de 19 de setiembre de 1870), no obstante lo cual el Tribunal Francés de Conflictos, en el famoso "arret Pelletier" (de 30 de julio de 1873) sentó la tesis de que continuaba siendo imposible la demanda de un funcionario ante un tribunal civil, aún después de aquella derogatoria, con base en el viejo texto de 1790, que seguía prohibiendo interferencias judiciales contra los servidores administrativos cuando el motivo de la intervención era un acto de la función o del servicio. Por esta vía el Consejo de Estado introduce la distinción, después decisiva en el sistema francés de responsabilidad, entre faltas de servicio y faltas personales. La evolución de dicho sistema de responsabilidad ha conducido finalmente a eliminar el valor de privilegio administrativo del arret Pelletier, en cuanto hoy domina la doctrina de la acumulación de faltas (toda falta personal es de servicio, a menos que medie una total desvinculación entre éste y aquella) y de la acumulación de responsabilidades (toda falta personal cometida con ocasión del servicio produce simultáneamente dos responsabilidades, la personal del agente y la institucional de la Administración Pública). Pero todo esto demuestra hasta qué punto opera la inercia en la preservación de las reglas que gobiernan la vida y obra de la Administración Pública como sujeto de privilegios.

(15) Véase por todos Aubry et Drago, op. cit. tomo II, números 1095 a 1119.

(16) El sistema de la justicia delegada, en virtud de la cual el Consejo de Estado fue habilitado para actuar como Juez y ya no como mero asesor del Gobierno en materia contenciosa, fue creado por ley de Parlamento del 24 de mayo de 1872.

(17) La exclusión de los actos discrecionales de la jurisdicción contenciosa duró en Costa Rica hasta la vigencia, el 1 de marzo de 1966, de la L.J.C., N° 3667 de 12 de marzo de 1966, que abolió la excepción al no mencionarla ni reafirmarla. Decía el artículo 1 de la Ley anterior, N° 1226 del 15 de noviembre de 1950: Art. 1. El Juicio Contencioso Administrativo tiene por objeto proteger a toda persona en el ejercicio de sus derechos administrativos, cuando éstos fueren lesionados por disposiciones definitivas de cualquier naturaleza, dictadas por el Poder Ejecutivo o sus funcionarios, las municipalidades y toda institución autónoma o semi autónoma del Estado, actuando como persona de derecho público y en uso de facultades regladas".

La exclusión de lo discrecional quedaba acabalada por el Art. 2 ibídem que disponía: "Artículo 2: Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo anterior, no serán materia del juicio contencioso administrativo: a) Las disposiciones de carácter general que dicte la Administración en ejercicio de sus facultades discrecionales, sin sujeción de leyes, reglamentos u otro precepto administrativo, a los cuales deban acomodarse sus actos. Sin embargo, cabrá recurso contra las resoluciones que se tomen como consecuencia de una disposición de carácter general emanada de la potestad discrecional, si con ella se lesionaren derechos particulares establecidos por una ley o reglamento u otro precepto administrativo". Según parece claro, la única exclusión que contemplaba la ley era la de los reglamentos o dispo-

Aludimos concretamente a la doctrina de los actos de gobierno y, en menor grado, a la de los actos discrecionales, no controlables (en lo discrecional) por el Juez.

Esta radical separación entre Jueces judiciales y Administración Pública nunca pudo ser absoluta, pero implica una especial concepción de la división de poderes, que ha impregnado y dominado muchos otros sistemas de justicia administrativa, cargándolos con limitaciones irracionales —porque injustificadas en países que no tuvieron el mismo problema histórico de Francia, antes descrito— que obstaculizan el control jurisdiccional de la Administración por un juez independiente (de ésta). Todo lo cual podrá ser mejor explicado ulteriormente, como base de algunos de los más graves y atentatorios privilegios actuales de la Administración Pública en Europa, América Latina y Costa Rica.

siones generales discrecionales de la Administración; pero la jurisprudencia montada sobre esos textos fue consistente en excluir de la jurisdicción contenciosa —como materia extraña a ella— todos los actos discrecionales, generales o individuales, aunque su discrecionalidad se refiriere a cuestiones de forma y procedimientos.

Por disposición constitucional N° 3124 del 23 de junio de 1963 se reformó la Constitución, cuyo artículo 9 era reproducido por el artículo 1 de la ley 1226 (antes transcrito) para que en su lugar aquél se leyese así: Artículo 49: Establece la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos. La ley protegerá, al menos, los intereses legítimos".

El Art. 1 de la L.J.C. restringió el alcance de la norma constitucional, disponiendo:

"1.— Por la presente ley se regula la jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo.

2. Los motivos de ilegalidad comprenderán cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la falta de jurisdicción o competencia, el quebrantamiento de formalidades esenciales, y la desviación de poder.

3.—Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley.

4. Para los efectos del párrafo 1° se entenderá por Administración Pública:

A) El Poder Ejecutivo;

B) Los Poderes Legislativo y Judicial en cuanto realizan, excepcionalmente, función administrativa; y

C) Las municipalidades, instituciones autónomas y todas las demás entidades de Derecho Público".

En cuanto a los actos de gobierno o actos políticos —como solían llamarse en Costa Rica— existía el artículo 970 del C.P.C. (Código de Procedimientos Civiles) que los excluía del proceso contra la Administración en forma amplia y sin salvedades, conjuntamente con los actos discrecionales, en la siguiente forma: Artículo 970: No puede ser materia del juicio civil de Hacienda la discusión de los actos de carácter político del Estado, ni puede dar lugar a mismo el simple ejercicio de facultades discrecionales concedidas por la ley" (norma vigente desde el 1 de enero de 1938 y posteriormente derogada, en cuanto a lo discrecional como mate

iii.—La tendencia centrípeta del poder Público en la Francia revolucionaria.

Es un hecho que la tendencia del régimen revolucionario francés no sólo fue, desde Napoleón, hacia la departamentalización administrativa, con la creación de provincias gobernadas y administradas por un representante del gobierno central (llamado Prefecto), sino también y predominantemente hacia la unilateral y rígida dependencia de estos gobernadores locales respecto del Cónsul o Emperador, dentro de una forma unitaria de Estado.<sup>(18)</sup> Ambos rasgos se conservan todavía hoy y configuran netamente el carácter centralista de la Administración Pública Francesa. La formación de un fuerte núcleo nacional de poder político y administrativo en la Administración Central es obra, en gran parte, de la personalidad de Napoleón, pero lo es también de los valores políticos que inspiraron la Gran Revolución, cuya forma de operar exigió y fomentó la traslación al Gobierno —entendido como el manejo diario de los asuntos públicos— del monopolio del poder y de las prerrogativas necesarias para ejercerlo.

La igualdad y la libertad de cada hombre, eliminados los señorías feudales y los cuerpos y grupos intermedios, exigen la renuncia total al poder en cada uno de ellos, en beneficio y bajo la tutela de un ser superior —El Estado— que es el único realmente tal y capaz para arbitrar los conflictos entre ciudadanos o entre

ria de lo contencioso, por la anterior ley de esta jurisdicción, N° 1226, ya mencionada, derogatoria finalmente confirmada en este aspecto por la vigente, N° 3667).

El juicio civil de Hacienda era el que, antes de lo contencioso, cuidaba de todos los reclamos contra el Estado y sus instituciones, sobre todo en materia de derecho privado; en lo tocante a lo público cabía únicamente el contencioso de indemnización o de plena jurisdicción, sin anulación del acto administrativo, en pretendido homenaje a la división de poderes.

Los actos de gobierno o políticos continúan sustraídos a la jurisdicción contenciosa en Costa Rica, como materia extraña entre ésta, pero se reducen a los actos de relación entre los Supremos Poderes y a los actos de las relaciones internacionales. Dispone al respecto el actual artículo 4 inciso B) de la L.J.C:

"Art. 4: No corresponderán a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

B) Las cuestiones que se suscitan sobre los actos de relación entre los Poderes del Estado o con motivo de las relaciones internacionales de la República, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación sí corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

(18) Eduardo García de Enterría, La Administración Española, págs. 121 a 126.

éstos y la Administración.<sup>(19)</sup> El auge decimonónico posterior del intervencionismo estatal, bajo la presión de los partidos políticos socialistas o de la burguesía ilustrada termina la evolución hacia una Administración investida de gran cantidad de poderes de mando y gestión, aceptada como el único sujeto capaz de mantener la paz social y promover el bienestar colectivo (económico y espiritual del pueblo). Sujeto en el auténtico sentido de persona jurídica, titular y representante de los intereses públicos, y cometido a su realización sin mezcla posible de egoísmos o ilegalidades, este Estado Administrativo representa la garantía de buen uso, y de uso productivo, del poder público, por ser el único titular de la misión de cambiar y mejorar diaria y prácticamente la sociedad, por la vía del imperio o de las prestaciones de servicio.

iv.—La Administración del Derecho Administrativo, autoritaria, soberana y necesariamente justa y legítima.

Participación indirecta en la Soberanía Nacional, titularidad última y casi exclusiva de la gestión diaria de los intereses públicos, vocación legítima a la concentración total de los poderes jurídicos de autoridad necesarios para hacerle frente a tan importantes cometidos, poder exento del contralor judicial, la Administración Pública revolucionaria y napoleónica se presenta al ciudadano, desde

(19) García de Enterría, *Revolución . . .*, págs. 63, 68, 69 y 71, donde el autor cita significativos trozos de Alexis de Tocqueville, demostrando cómo la igualdad y la libertad de cada uno frente a los demás y a los antiguos privilegios y señoríos, feudales y de gremio, exigieron la constitución de una autoridad central y poderosa, que concentraba en sí todas esas prerrogativas, precisamente como garantía de que serían de nadie y de todos, a través del Gobierno, que debería tratarlos a todos por igual. Particularmente significativa la siguiente cita:

"Este odio inmortal y cada vez más encendido que anima a los pueblos democráticos contra los menores privilegios, favorece singularmente la concentración gradual de todos los derechos políticos en las únicas manos del representante del Estado. Como el soberano está necesariamente y sin discusión por encima de todos los ciudadanos, no excita la envidia de ninguno de ellos y cada uno cree privar a sus iguales de todas las prerrogativas que concede al soberano" (pág. 69 *ibidem*). Inversamente Rousset, *op. cit.* págs. 63 y 64, sobre la base de que la misión de servicio público que necesariamente justifica hoy la autoridad, antes legitimada por un dogma inaceptable de primacía ontológica y metafísica de la voluntad general y de su ejecución frente al ciudadano, ha aumentado los poderes y atribuciones de la Administración Pública, pero, simultáneamente, ha humanizado su actividad, haciéndola más asequible (democracia administrativa y política) y útil (Estado de bienestar). Los argumentos de Rousset constan in extenso en págs. 44 a 64 y posteriormente en toda la tercera parte de su citada obra especialmente en el Capítulo Tercero, págs. 219 a 247.

Pero, en síntesis, se trata de una postura radicalmente infundada, pues intenta concluir en que el crecimiento del servicio público equivale a una contracción y debilitamiento de la potestad de imperio y del cariz autoritario del Estado, lo que contradice la verdad y la realidad política y administrativa contemporáneas. El freno del poder no está en su misión, por alta que

los orígenes del Derecho Administrativo, como armada de los medios suficientes para constreñirlo y doblegarlo, pasando por encima de su voluntad, cuando así lo quiera o le sea útil en el cumplimiento de su misión de bien público.

Ante tal panorama pareciera que la opción política decisiva para fijar la forma de relación entre Administración Pública y Derecho, dejaba de ser tal para convertirse en una sola vía y en un solo sistema: legitimar el poder de mando de la Administración, dándole la potestad de actuar unilateral y obligatoriamente frente a los demás sujetos, y darle, además, todos los otros instrumentos legales, especiales y adecuados para ese rango superior y autoritario, cuasi-militar, que de otro modo se frustraría, con menoscabo de la ley y de la Soberanía Nacional, instrumentadas a través de los actos y actividades de la Administración Pública. Llámase Derecho Administrativo o régimen de Derecho Administrativo aquel que considera a la Administración Pública como un sujeto de derecho especial, superior al individuo en cuanto titular de los fines públicos y de la potestad de dictar actos unilaterales ejecutorios para su cumplimiento, así como de todas las otras potestades o situaciones jurídicas de autoridad que sean necesarias o útiles para ese mismo objetivo, con derogación del Derecho Privado y de las formas de relación —a través de la igualdad y la libertad— que éste regula. El Derecho Administrativo, en efecto, no sólo es el régimen jurídico normal de la Administración Pública y de su actividad, según se explicó, sino también un régimen distinto y derogatorio del establecido por el Derecho Privado, que es el contrafondo respecto del cual puede llamarse especial, exorbitante o privilegiado.<sup>(20)</sup>

sea, y aun si es solamente servicial y no imperativa, sino en su control jurisdiccional externo, judicial o no, pero radicalmente independiente, sin lo cual las normas jurídicas públicas dejan de ser propiamente tales para convertirse en meras recomendaciones, carentes de eficacia tutelar o defensiva en favor de la libertad y de la propiedad.

La ampliación de cometidos y servicios implica la ampliación de los poderes públicos disponibles para su prestación y, naturalmente, un aumento o agravación de las restricciones a la iniciativa privada. Sólo el contralor jurisdiccional bien llevado puede impedir que ese sentido servicial de la Administración Pública se convierta, bajo la máscara de la colaboración, en una verdadera tiranía administrativa. Ver al respecto las iluminadoras palabras de Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, págs. 393, 394 y 395.

(20) Jean Rivero, *op. cit.* (*Droit Administratif*) pág. 291, citado por Ramón Martín Mateo (*La Sustantividad del Derecho Administrativo*, *Revista de Administración Pública* número 53, pág. 58), donde afirma: "Es una verdad histórica que el Derecho Administrativo no puede definirse más que con relación al Derecho Común".

El autor Martín Mateo abunda en lo mismo en el texto principal de la pág. 58, ya antes citada.

DERECHO ADMINISTRATIVO I

El balance de la autoridad y de las potestades especiales o exorbitantes de que hablamos está, como cada vez más concordantemente lo acepta la doctrina, en lo que el gran publicista francés Jean Rivero ha llamado las sujeciones especiales de la Administración dentro del Derecho Administrativo, o, en otras palabras, "los privilegios en menos".<sup>(21)</sup> Todo lo cual no es sino resultado de la evolución posterior a la emergencia de la Administración Pública revolucionaria, antes descrita. Pues ese proceso no sólo condujo a limitar la noción y el alcance del poder público en manos de la Administración, sino que cambió casi totalmente los supuestos históricos e ideológicos de la Revolución Francesa e introdujo, de rechazo, una forma más humana e igualitaria de relación entre Administración y administrado.

Las sujeciones y contrapesos de que arriba hablamos se reducen básicamente a cuatro en el Derecho Comparado: **a)** la sujeción de la Administración y de todos sus actos a la ley, con excepción de los que por disposición de ésta o de la Constitución tengan rango igual a ella; **b)** la sumisión de la Administración y de sus actos a la jurisdicción, aunque no judicial, pero siempre imparcial y totalmente independiente de la Administración misma, con excepción de los inmunes al contralor de ese tipo, por virtud de excepción legal o constitucional; **c)** responsabilidad plena de la Administración por todos sus actos, incluso y sobre todo si son de imperio, con igual excepción posible a texto expreso de ley o de Constitución; **d)** instrumentalización de todo el sistema para la protección y desarrollo de la persona, en tanto que titular de liber-

(21) Jean Rivero, *Droit Administratif*, págs. 19 y 33, especialmente esta última, donde el autor define así la nota distintiva del Derecho Administrativo: "Las reglas del Derecho Administrativo se caracterizan en relación con las de Derecho Común (Privado) sea porque confieren a la Administración prerrogativas sin equivalente en las relaciones privadas, sea porque imponen a su libertad de acción (de la Administración) sujeciones y limitaciones más estrictas que aquellas que pesan sobre los particulares (entre ellos)".

El autor francés Weil, en la obra citada, comenta la posición de Rivero dando los ejemplos de esas sumisiones o "privilegios en menos" como sigue: "Rivero ha mostrado —y su análisis se admite hoy corrientemente— que la derogación del derecho común tiene siempre un sentido de incremento de los derechos de la Administración, sino que a veces implica su reducción. Los particulares escogen libremente sus fines; la Administración está obligada a procurar el cumplimiento del que señala el interés general y aún más estrictamente, en muchos casos, el cumplimiento del fin preciso señalado por la ley a cada tipo de poder. Los particulares escogen libremente sus empleados y sus contratantes; la Administración está sometida a reglas severas para el reclutamiento de los agentes públicos y contratantes. El ejercicio de la capacidad jurídica es siempre facultativo para un particular; el ejercicio de la competencia de una autoridad administrativa no puede ser objeto de renuncia o delegación. Así, junto a la "Administración Imperativa" existe la "Administración Obligatoria", junto al Poder Público, "la servidumbre pública" (pág. 34).

tades públicas y de necesidades (sociales), conaturadas con su existencia física, comunitaria y espiritual.

El Derecho Administrativo aparece así como un paliativo al poder excepcional de la Administración Pública nacida de la Revolución Francesa, no otra cosa que sucedánea en la realidad —sino en el derecho mismo— del Monarca absoluto de l'Ancien Regime<sup>(22)</sup>

## B) El privilegio de la decisión ejecutoria (privilege de prealable)

El centro cordial del Derecho Administrativo está en la potestad administrativa o potestad de dictar actos administrativos. Se entiende por tal la potestad —ya antes mencionada— de adoptar manifestaciones unilaterales de voluntad dirigidas a la esfera jurídica de otro sujeto, con inmediato efecto sobre la misma, sin o con-

(22) Como es bien sabido este sistema de relaciones entre Derecho y Administración Pública es el llamado "régimen administrativo", típico de Francia y de la mayoría de los países de la latinidad, tanto europeos como latinoamericanos. Consiste, según lo dicho, en la creación de un derecho y (eventualmente de una jurisdicción) especial para la Administración, en razón de los fines públicos que persigue y para garantizar su cumplimiento. (\*)

Se contraponen al sistema anglosajón, que usualmente se presenta como aquél en el que no hay un derecho especial para la Administración, que aparece regida por el mismo ordenamiento de los particulares. La doctrina, sin embargo, es cada vez más reacia a admitir esta aserción sin reservas, empezando por la doctrina inglesa. Se ha hecho ver, en efecto, que el derecho público inglés está plagado de exenciones en beneficio de la Corona: imposibilidad de vincularla por medios contractuales, vinculaciones que se reputan incompatibles con su soberanía y libertad de acción; inmunidad jurisdiccional de los reglamentos, en razón de ser producto de delegaciones parlamentarias que les confieren rango igual al de la ley; exclusión de la responsabilidad administrativa en relación con la Corona para casos no expresamente cubiertos por la regla opuesta de la responsabilidad, cuyo régimen no es, por ello, comprensivo de toda la conducta de la Administración Pública; y, finalmente, régimen de pruebas favorable a la Administración en sus litigios con el ciudadano, dentro del que se proyectan una serie de presunciones de verdad en favor de la legalidad y verdad de los actos públicos, en forma muy semejante a como opera la presunción de legitimidad del acto administrativo en el sistema francés y latino. Pareciera que, en síntesis, la distinción notable y sustancial entre el régimen jurídico de la Ad. en el Continente y en Inglaterra es triple, a saber: a) los actos de la Ad. Pública inglesa no son ejecutorios, mediante el empleo de la coacción, y para serlo requieren orden o sentencia judicial que los reconozca, exactamente como los de un particular frente a otro; b) existen en Inglaterra garantías del procedimiento administrativo muy amplias, que permiten la existencia de órganos administrativos llamados cuasi-jurisdiccionales, cuya decisión es ejecutable, pero con drástica disminución de defensas en contra del administrado; c) la jurisdicción para atacar a la Ad. Pública es la misma que para los litigios entre particulares, pues no hay jurisdicción especial contencioso-administrativa, ni formal ni material. Se supone que, en la mayoría de los casos, el derecho de fondo aplicable es el mismo que para los particulares; pero los análisis doctrinarios muestran cada vez más claramente que —según lo arriba expuesto— tal tesis parece ser una creencia no justificada en la realidad. Para una exposición sucinta pero adecuada del sistema inglés y norteamericano véanse por todos: Marcus Lefebure, op. cit., especialmente el Capítulo Primero de la Primera Parte, págs. 45 a 151, y toda la Segunda Parte, págs. 156 a 187; Andre Schwartz, *American Administrative Law*; Tixier, *Le Controle Judiciaire de l'Administration Anglaise*, y las acertadas líneas de Garrido Fallas, op. cit. capítulos III y IV, Volumen I de su Tratado, así como Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Volumen I, págs. 19 a 30; ver finalmente un documentado y sustancioso ensayo reciente de Eduardo Soto Klos, ¿Existe un D. Administrativo Inglés?, *Rev. de Ad. Pub.* N.º 70.

tra la voluntad de aquél, imponiéndole obligaciones y suprimiéndole derechos o, eventualmente, otorgándole derechos y liberándolo de obligaciones.<sup>(23)</sup> El acto administrativo, unilateral y ejecutorio, no es necesariamente desfavorable al particular o destinatario, que también puede ser otro sujeto público. Su característica más importante es la de ser unilateral y de legitimación exclusiva en favor de la Administración, en el sentido de que únicamente ésta, con exclusión de cualquier otro sujeto, puede adoptarlo y ser titular de la potestad correspondiente. Se ha dicho, por ello, que mientras el Derecho Privado es el Derecho Común a todos los sujetos, tanto públicos como privados, el Derecho Público es un Derecho especial, que corresponde únicamente al Poder Ejecutivo y demás entes públicos, lo que suele llamarse la concepción estatutaria o subjetiva del Derecho Administrativo.<sup>(24)</sup> Este es el que regula la organización y función de la Administración Pública en cuanto tal y como distinta de las otras entidades existentes. El acto de imperio, también llamado por la doctrina francesa la decisión ejecutoria, es la máxima expresión de ese Derecho o, más bien, su realidad típica más importante, cuya existencia obliga y justifica la de un derecho especial para ella.<sup>(25)</sup>

Desde este punto de vista es indiferente saber qué es fundamental en la creación de ese Derecho especial, si el sujeto y sus fines públicos, o si el poder en su mano, pues es evidente que ambos son interdependientes y se explican uno a otro, dado que ese poder sólo puede corresponder a ese sujeto.

(23) Vedel, op. cit. pág. 144; Eisenmann, citado por Schwartzberg, op. cit. págs. 26 y 27.

(24) Giuseppe Guarino, Pubblico e Privato nella Organizzazione e nella Disciplina delle Imprese, en Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia, Volumen segundo, págs. 83 a 85; Francesco Galgano, Sobre la estructura técnico-jurídica del concepto de empresario público, en obra colectiva La Empresa Pública, tomo 1, págs. 257 a 260; José Ramón Parada Vázquez, Rev. de Administración Pública Nº 52, págs. 74 y 75; García de Enterría, Verso un Concetto, . . . págs. 333, 337 y 341, en Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico, año 1960, Nos. 2 y 3; Garrido Falla, op. cit. págs. 139, así como págs. 36, 37 y 38.

(25) Debe hacerse notar desde ahora la vacuidad de la polémica empeñada entre una concepción subjetiva u organicista de la Administración Pública y otra objetiva o funcional, pues, como bien lo deja ver Martín Mateo (La sustantividad del Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública Nº 53, págs. 70 y 71), ambas pueden integrarse sobre la base de que a un sujeto especial por la índole de sus cometidos corresponden poderes especiales para su realización, tesis que ha terminado por conciliar en Francia la otrora ardorosa discusión entre la teoría voluntarista del Derecho Público (centrada en la potestad de imperio, de Hauriou) y la teoría servicial (centrada en la idea de servicio público, sustentada por Duguit), dado que las potestades autoritarias sólo pueden concebirse en mano de un ente público como medios para sus cometidos de policía, de fomento o de servicio público.

Ahora bien: la potestad Administrativa de (dictar decisiones) apareja un régimen especial para estas últimas, que ha sido diversamente caracterizado. Este régimen se compone tanto de ciertas cualidades de la decisión imperativa, como de potestades conexas con su existencia. El autor francés George Vedel ha caracterizado tal régimen como la "autoridad de la cosa decidida", a diferencia de la "cosa legislada" y de la "cosa juzgada".<sup>(26)</sup> Para definir las debe tomarse en cuenta la posición del acto respecto de su autor, de los destinatarios (sujetos pasivos) y respecto de otros actos del ordenamiento.<sup>(27)</sup>

La ley es el acto supremo, por encima de todos los demás (salvo la Constitución); es irresistible para sus destinatarios, que son todos los ciudadanos, pues ante la ley no hay terceros, y se reputa conocida por todos; en cuanto expresión directa de la soberanía la Asamblea puede reformarla, interpretarla o derogarla en cualquier instante y el único medio de anularla, a disposición del ciudadano, es el recurso de inconstitucionalidad, en los países donde existe Constitución rígida.<sup>(28)</sup>

La sentencia está sujeta a la Constitución y a la ley, pero una vez que adquiere autoridad de cosa juzgada resulta inmutable e irrevisable (salvo por la vía de recurso de revisión en Costa Rica, extraordinario y a motivo tasado), no sólo para su autor (el Juez) y sus destinatarios (las partes), sino también para el legislador.<sup>(29) (30)</sup>

(26) Vedel, op. cit. págs. 159 y 160.

(27) Schwartzberg, op. cit. pág. 4.

(28) La subordinación de la ley a la Constitución en Costa Rica, está establecida por el artículo 10 C. Política, que crea el recurso de inconstitucionalidad, articulado por los artículos 962 y siguientes del C.P.C., que crean un sistema de justicia constitucional de tipo incidental (dentro de un juicio de cualquier clase) que puede conducir a la anulación retroactiva de la norma violatoria.

El carácter supremo de la ley sólo (quiebra) frente a los tratados (que se dicen superiores a ésta en virtud del artículo 7 Constitución Política) y, a contrario sensu, se mantiene íntegro respecto de todos los demás actos y fuentes del ordenamiento. La competencia exclusiva de la Asamblea para reformar, interpretar y derogar leyes está declarada en el artículo 121 inciso I, Constitución Política, y en el párrafo 5to. del artículo 129 íbidem, donde se dispone que sólo la ley puede derogar la ley.

El mismo artículo 129 párrafo 2do. prohíbe alegar ignorancia de la ley y los dos párrafos siguientes privan de todo valor a los actos contrarios a ella, declarándolos absolutamente nulos cuando violan una prohibición legal.

(29) La autoridad de cosa juzgada, definida por la inmutabilidad del fallo (para el Juez, para las partes, para la Administración y para el legislador) está consagrada en el artículo 42 íbidem,

La decisión administrativa, en cambio, presenta diversas notas de poderío. Está sujeta a la Constitución y a la ley y es revisable para verificar esa conformidad, tanto por la misma Administración, de oficio o por recurso, como por el Juez a instancia de su destinatario (acción del administrado), el cual último, sin embargo, está legalmente llamado a la inmediata obediencia del acto, aún si lo ataca por ilegal, en razón de la necesidad de satisfacer el interés público que el mismo persigue. La resistencia por la fuerza puede constituir delito contra la autoridad pública (artículos 302 y 303 C. Penal) y aún la mera desobediencia pasiva (artículo 305 *ibídem*), y en ambos casos la Administración Pública puede —si está facultada por el ordenamiento, expresamente o en virtud de principio general— ejecutar coactivamente los efectos del acto.

Si el particular quiere, puede impugnar el acto ante la jurisdicción contenciosa, lo que conlleva su anulación, si es inválido, o su confirmación, si lo contrario; pero si el particular omite hacerlo, el acto deviene inimpugnable, tanto en lo administrativo como en lo jurisdiccional, lo que no significa que llegue a ser legítimo y válido, pues estas son cualidades intrínsecas que una omisión no puede determinar. De conformidad, aunque el acto devenga inimpugnable, por omisión de los recursos administrativos pertinentes, queda siempre viciado de ilegalidad y puede ser desaplicado por el Juez (artículo 8, inciso 2) de Ley Orgánica del Poder Judicial), de oficio o en virtud de excepción de ilegalidad opuesta por el accionado (generalmente dentro de un litigio entre particulares, en que el actor invoca un acto administrativo ilegal como fundamento y título de su derecho o interés); y, en ese mismo supuesto, puede generar responsabilidad pública, reclamable en un contencioso de plena jurisdicción o indemnizatorio.

En síntesis: el acto administrativo presenta las siguientes características, que definen su fuerza jurídica o autoridad formal:

i.—Es inferior a la ley y tiene que respetar la cosa juzgada, y en ambos casos la sumisión y respeto dichos son condición de su validez;

párrafo segundo, que dice: "Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión".

(30) Para una formulación sintética y cabal de la autoridad de los tres tipos de actos véase Schwartzberg, op. cit. especialmente el capítulo dedicado a L'autorité provisoire de la chose décidée, págs. 47 a 144; y ver también José María Boquera Oliver, Revista de Administración Pública, N° 40, págs. 39 a 58, así como Martín Mateo, op. cit. págs. 48 a 52.

ii.—Es suprimible por su autor, tanto por razones de legalidad (anulación), como de oportunidad (revocación en sentido estricto);

iii.—Es impugnabile por su destinatario, tanto por la vía de acción como por la de excepción;

iv.—Puede devenir inimpugnable, pero no válido, por omisión del particular afectado, al no recurrir contra el mismo en tiempo y forma, dentro de la vía administrativa o contenciosa; pero, en esa hipótesis, el administrado puede atacarlo por vía de excepción y cobrar (por vía de acción) los daños y perjuicios que cause;

v.—Si el destinatario lo desobedece o lo resiste puede cometer delito al hacerlo y la Administración puede general, pero no necesariamente, imponer su ejecución forzosa, por medio de la fuerza pública;

vi.—Ni la oposición jurídica (recurso o acción), ni la material (pasividad o violencia contrarias a la ejecución del acto), interrumpen su eficacia ni desvirtúan la potestad de la autoridad pública para llevarlo a cumplimiento, si necesario con la fuerza pública<sup>(30)</sup>;

vii.—La suspensión de los efectos del acto sólo puede lograrse con orden judicial o administrativa.

En la doctrina abundan las teorías sobre los efectos y régimen del acto administrativo. Para corroborar (y eventualmente complementar) la anterior formulación del régimen del acto administrativo y de su autoridad, convendría citar la que hacen otros dos destacados autores.

Según Lefebure (op. cit. pág. 137), George Vedel ha caracterizado "la autoridad de la cosa decidida" (apelativo acuñado por este último), en la siguiente forma:

"Esta autoridad de la cosa decidida significa cuatro cosas:

a) se le debe (al acto) fe y obediencia provisionales (excepción hecha de los reglamentos ilegales). Es lo que el Juris Classeur Administratif tiene en cuenta, se supone, cuando habla de la "presunción de legalidad"; b) los recursos contra el acto no suspenden su efecto, salvo disposición legal en contrario; c) la anulación y la revocación del acto no son discrecionales, no se dan por

mera voluntad del órgano; d) el acto unilateral constituye un título de ejecución y permite en ciertos casos utilizar la fuerza pública para hacerlo ejecutar”.

Por su parte el ilustre publicista italiano Massimo Severo Giannini ha dicho:

“Este máximo contenido autoritario (del acto ejecutorio) se expresa en la noción de imperatividad, la cual se articula en tres efectos, coaligados entre ellos, como se vinculan entre sí los varios efectos de la cosa juzgada: la degradación de derechos, la ejecutividad, la inimpugnabilidad”. (Enciclopedia del Diritto, Atto Amministrativo, separata de Giuffrè, pág. 95).”

Si se combinan las dos anteriores formulaciones se concluye en una lista de notas o consecuencias de la decisión ejecutoria, como sigue:

a) El acto ejecutorio merece fe pública; b) El acto ejecutorio exige obediencia; c) Los recursos y acciones no suspenden la eficacia del acto; d) El retiro del acto es calificado y sólo puede darse si hay comprobado motivo de ilegalidad o de oportunidad; e) El acto ejecutorio degrada los derechos subjetivos opuestos y los convierte en meros intereses legítimos; f) El acto ejecutorio deviene firme e inimpugnable por el transcurso del plazo para su impugnación en vía administrativa o jurisdiccional, sin que se entablen los recursos o acciones pertinentes; g) El acto ejecutorio puede ser ejecutado por la fuerza, sobre cosas o personas, sustituyéndose a éstas de ser necesario, por desobediencia o resistencia del destinatario ante su cumplimiento; h) El acto ejecutorio puede ser desaplicado de oficio por el Juez, e impugnado por vía de acción y de excepción.

Agregaríamos, por nuestra parte, que la resistencia pasiva puede generar delito (en Costa Rica, el de desobediencia a la autoridad, contemplado por el artículo 302 C. Penal), tanto como la violencia contraria o resistencia activa (artículo 303 C. Penal).

De este modo el acto administrativo, también llamado ejecutorio o imperativo, se convierte en la manifestación más típica de la materia que el Derecho Administrativo regula, pues el mismo sería ilícito y prohibido si se diera en las relaciones entre particulares. La potestad para dictar actos administrativos se convierte, entonces, en la más importante de ese Derecho.

Es, quizá, por esta máxima importancia, que la potestad de dictar el acto administrativo ha sido concebida a menudo, incluso por los juristas más abiertos a una concepción subjetiva u organicista del Derecho Administrativo, como un verdadero privilegio.

Partimos en este trabajo, sin embargo, de una concepción opuesta, que pasamos a explicar, pero no sin antes sentar las líneas del Derecho Público costarricense que permitan enjuiciar la recepción, en el nuestro, del Derecho Francés.

## II.—La situación actual (en Francia y en Costa Rica).

### a) La situación en Francia.

El sistema de doble jurisdicción se mantiene en Francia con base en los mismos textos legales de la época revolucionaria, pero por razones totalmente distintas para justificarlo. La única justificación actual es la formación de jueces especializados, por el contacto con la Administración y por una formación académica destinada a la función pública. Los miembros del Consejo de Estado no se forman en una Escuela de Derecho sino en l'École National d'Administration Publique, donde hacen estudios también los futuros altos funcionarios del Gobierno Francés no llamados a la judicatura. Y algunos miembros del Consejo —la mayoría de los cuales accede por concurso al cargo— suelen reclutarse temporalmente entre altos funcionarios de la Administración Pública (ministros, consejeros en servicio extraordinario) así como, a la inversa, es común que los jueces del Consejo tomen licencias para servir temporalmente en los cuadros de aquella. Si a ello se agrega que el Consejo tiene también funciones consultivas en relación con los actos más importantes del Gobierno (proyectos de ley, de reglamento y de planes) se puede comprender bien la importancia y utilidad de la especialización que todavía mantiene, y con mucho éxito, la independencia de la justicia administrativa francesa respecto del Poder Judicial, dentro del sistema de doble jurisdicción antes comentado.<sup>(31)</sup>

(31) Los miembros del Consejo de Estado son amovibles, en razón de ser altos funcionarios del Poder Ejecutivo. Ello no ha sido obstáculo hasta ahora para su total y probada imparcialidad en el ejercicio de su función jurisdiccional. Ver Auby Et Drago, op. cit. tomo I, pág. 168. Las razones de la especialización en un derecho especial para la Ad. Pública, creado por ellos mismos, son decisivas para mantener el sistema de doble jurisdicción en la actualidad; ver de Laudadere, Traité Elementaire de Droit Administratif, tomo I, págs. 327 y 328. En cuanto a una descripción detallada de la formación, selección y carrera de los jueces del Consejo de Estado francés puede verse Letourneur, op. cit. págs. 41 a 60.

Las viejas argumentaciones revolucionarias a favor de la doble jurisdicción han pasado a ser sólo eso, bizantinismos históricos sin ninguna actualidad. La sumisión de la Administración al juez común no atenta contra su independencia ni majestad, por la misma razón que no lo hace la sumisión de la Administración a la ley de la Asamblea; y, en todo caso, tan extraño es a la Administración el juez administrativo como el judicial, dado que la ley y la realidad institucional aseguran una total autonomía funcional al Consejo de Estado y a sus otros tribunales dependientes, frente al Gobierno y al Poder Ejecutivo en general, exactamente como si se tratara de tribunales comunes. Una de las glorias del Consejo de Estado es haberlo conquistado a través de una sabia jurisprudencia, cuidadosa tanto de los intereses de la Administración como de los del ciudadano, que despejó finalmente toda duda de parcialidad a favor o en contra de una cualquiera de esas dos partes sustantivas del proceso contencioso.<sup>(32)</sup>

La judicatura no sólo se ha reivindicado como instancia objetiva, imparcial y sabia, sino que es el último reducto independiente e intocado que resta de la vieja concepción clásica de la división de poderes; si ésta se mantiene hoy es mucho más por respeto a la santidad de la justicia y a su independencia que por respeto al Ejecutivo o al Legislativo, cuya tendencia actual es más bien hacia una fusión interna, con distribución externa del trabajo diario y propiamente político. Esto es notable en regímenes parlamentarios, por su propia estructura de interconexión partidista entre Parlamento y Gabinete, pero se da también en los presidenciales, en los que la armonía de ambos Poderes y la adopción de una política común es condición de cualquier eficacia en el manejo de lo público y de lo administrativo.<sup>(33)</sup>

(32) Auby et Drago, op. cit. tomo I, págs. 96, 97 y sobre todo págs. 170 y 171, donde los dos autores dicen: "la obra jurisprudencial del Consejo de Estado es un monumento fundamental del Derecho Público francés al servicio de los derechos de los administrados y contra la omnipotencia del Estado. La admiración que suscita es tradicional y no ha sido desmentida jamás".

(33) José Boquera Oliver, Criterio conceptual del Derecho Administrativo, Rev. Ad. Púb. Nº 42, pág. 122; Jesús González Pérez, Administración Pública y Libertad, pág. 67; Eduardo García de Enterría, La Lucha... pág. 205; Franco Bassi, Il Principio della Separazione di Potere, Riv. Tim. di Dir. Pubblico, año 1965, Nº 1, págs. 107 y 108, donde el autor categóricamente afirma: "del principio tradicional de la separación de poderes el Estado contemporáneo ha preservado en firme solamente una de sus bases cardinales, que es el aislamiento tendencial del Poder Judicial respecto de los otros poderes soberanos, aún si la función jurisdiccional no le es confiada en su totalidad... A la inversa, parece poder excluirse que la separación entre Poder Legislativo y Ejecutivo conserve todavía algún valor real".

La estructura misma del caso judicial, hecho cumplido a resolver con los elementos dados y con alcance estrictamente individualizado, garantiza que la proyección del fallo no irá más allá de las partes o de casos sustancialmente iguales, sin inmediato impacto sobre el futuro obrar de la Administración Pública.

De este modo, se ha dicho, así como el juez civil no hace comercio sino que dice el derecho cuando falla un caso mercantil, así tampoco el juez de la Administración se suplanta a ella cuando hace lo propio con un litigio público.<sup>(34)</sup>

Todo esto ha reafirmado la vieja tendencia a la ubicación del Poder Judicial en la cúspide de la administración de la justicia y de las garantías de la libertad y de la propiedad. Es por ello que así como el Juez de la Administración debe ser independiente de ésta, tiene que ser dependiente de aquél, cuya jerarquía como Supremo Poder y como depositario institucional de la ley y de la justicia es el único escudo contra la arbitrariedad y el despotismo políticos y administrativos.

La aparición de entes y servicios públicos de índole industrial y mercantil, con la consiguiente invasión del derecho público por el privado, y a la inversa, la introducción dentro de ese derecho privado clásico (básicamente el mercantil y el laboral) de modalidades provenientes de la naturaleza del sujeto Administración Pública, hasta alcanzar la formación de un derecho privado especial para ella, contribuyen a reforzar la tesis de que la doble jurisdicción, y todos los privilegios que la misma supone en cuanto al derecho de fondo, desaparecen progresivamente, sobre una línea de convergencia y unificación de ambos derechos.

La Administración pierde cada día un poco de su imperio y de su talante agresivo, para adquirir los modos y modales de la empresa privada, pues hoy, mucho más que un hecho de autoridad, la Administración es un fenómeno de trabajo empresarial en gran escala.<sup>(35)</sup>

(34) Vedel, op. cit. pág. 58; Ernst Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, págs. 18 a 20.

(35) Ernst Forsthoff, op. cit. págs. 556 a 558.

## b) La situación en Costa Rica.

### i.—La situación constitucional de la doble jurisdicción.

Costa Rica nunca ha tenido doble jurisdicción, una judicial común para todos los asuntos y otra especial para la Administración Pública, dependiente de ésta o del Gobierno, y más bien la tendencia ha sido la de ignorar, dentro del Poder Judicial, la necesaria especialización y formación de los jueces de la Administración, como si fuera ésta lo mismo que un particular. Lo más que ha habido es una competencia judicial especial para las materias llamadas civil de Hacienda o contenciosa, pero nunca independencia orgánica del juez administrativo frente al Poder Judicial.<sup>(36)</sup>

Costa Rica ha tenido sólo tres constituciones de gran rango para su vida institucional (de las 14 que en su historia han sido:

(36) Es la situación actual, con la salvedad de que en Costa Rica hay unificación total de las jurisdicciones contra el Estado y la Administración Pública, con un solo Juez y con un solo procedimiento ordinario y común tanto para los litigios de Derecho Privado como para los de Derecho Público en que es parte la Administración Pública, generalmente como demandado y excepcionalmente como actora (cuando se trata del llamado recurso de lesividad, copia del español). Los jueces que conocen del juicio ordinario están especializados en los asuntos de la Administración Pública, privados o administrativos, y no conocen otros. Hay cuatro juicios especiales, por competencia y procedimiento, para 1— La materia tributaria, 2— La contratación y licitaciones públicas, 3— La materia municipal (excepto cuando se trate de un caso coincidente con la competencia de los otros dos procedimientos especiales para lo tributario y la contratación pública, en el que se aplicará el procedimiento específico) y 4— La separación de directores de entidades autónomas. Quedan excluidas de aquella jurisdicción unificada para la Administración Pública las materias laboral y penal, pero el Juez podrá conocer prejudicialmente de la primera, debiendo suspender y esperar el resultado del fallo cuando la prejudicialidad sea penal. La unificación de jurisdicciones (pública de cualquier tipo, privada de índole civil y mercantil) para los juicios en que es parte la Administración es un notable avance de la actual L.J.C. y ha destruido uno de los principales y más injustos privilegios de la Administración, cual es la incertidumbre sobre la jurisdicción competente en los países —como Francia— que la tienen doble. Hay justicia constitucional con jurisdicción exclusiva de la Corte Suprema de Justicia cuando son impugnados por inconstitucionalidad una ley, un reglamento u otro acto cualquiera de la Asamblea o del Poder Ejecutivo, y jurisdicción general de todo Juez, aún civil, cuando se impugna incidentalmente la constitucionalidad de un acto o reglamento de cualquier origen, principalmente de las instituciones autónomas, para los extremos de la anterior explicación véanse los siguientes artículos de la L.J.C.: Unificación jurisdicciones (artículos 1 y 3); Recurso de Lesividad (artículos 10 y 35); Prejudicialidad (artículo 5); Subordinación prejudicial (artículo 5); Exclusiones de la materia laboral y penal (artículo 4); Jurisdicción constitucional supletoria (de la C.S.J.) artículo 20.2); Competencia y procedimientos especiales (artículos 82 y siguientes; 84 y siguientes; 87 y siguientes; 89 y siguientes). El recurso de inconstitucionalidad está regulado por los artículos 962 y siguientes de C.P.C. Todos los tribunales y jueces de lo contencioso dependen orgánicamente del Poder Judicial, como se verá, pero sólo los de primera instancia y el Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo y Civil de Hacienda (tribunal de alzada en relación con las sentencias de los Jueces en juicio contencioso ordinario y de primera instancia en relación con los juicios de procedimiento especial, excepto en materia de contratación y licitaciones públicas, en que es primera y última instancia simultáneamente) están especializados por razón de la materia. El Tribunal de Casación es unitario y funciona en bloque, sin secciones ni divisiones, respecto a la totalidad de las jurisdicciones existentes en el país, incluyendo la contenciosa.

No hay estudios académicos para la formación especializada de jueces, ni mucho menos de jueces administrativos, lo que naturalmente arroja malos resultados.

las más importantes por la duración de su vigencia son las de 1821 (Pacto Social Fundamental Interino, llamado Pacto de Concordia), la de 1871 y la de 1949. En ninguna de ellas se establece sistema alguno de doble jurisdicción y, al contrario, se garantiza al máximo el monopolio judicial de la justicia, tanto como su total independencia frente a los otros Poderes.

El problema de la separación de poderes y de su independencia recíproca, que tanto preocupó al legislador revolucionario, ha quedado resuelto en Costa Rica, de forma clara y definitiva, en favor del Poder Judicial. Este tiene, por un lado, el monopolio de la jurisdicción, de conformidad con el artículo 153 de la C. Política, y concretamente de toda la justicia contencioso-administrativa, de conformidad con el artículo 49 *ibídem*, normas cuya importancia exige su literal inserción en el presente texto. Dicen:

#### “Artículo 153:

Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.”

#### “Artículo 49:

Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados.”

Todavía más: hay argumentos históricos de indudable peso que explican esta orientación judicialista de nuestro Estado, desde sus orígenes hasta la fecha.

ii.—Las raíces históricas del “judicialismo” costarricense.

Ese judicialismo viene de la idea de una Administración servicial e igualitaria, incapaz de hacerse justicia por mano propia. Y esa idea proviene de la Constitución de Cádiz del 9 de octubre de 1812.

Nuestro derecho constitucional es de origen (español) no norteamericano. La única Constitución nuestra que tuvo su génesis en la constitución de los Estados Unidos fue la federal de 1825, para morir casi inmediatamente sin dejar rastro alguno apreciable en la vida y creencias institucionales de nuestro pueblo.

Nuestra primera Constitución y el punto de partida de nuestro sistema institucional y de nuestro Derecho Público están en el Pacto Social Fundamental Interino (o Pacto de Concordia) de 1821, cuyo ancestro es claramente la Constitución de Cádiz, de corte liberal, antinapoleónico y anti-autoritario.<sup>(37)</sup>

La demostración hecha al respecto por don Hernán Peralta es clara y definitiva.

(37) Véase Hernán Peralta, El Pacto de Concordia, Orígenes del Derecho Constitucional de Costa Rica; El Derecho Constitucional en la Independencia de Costa Rica, y, finalmente, Las Constituciones de Costa Rica. En estos tres ensayos el historiador Peralta ha demostrado la génesis de nuestra democracia y de nuestro Estado de Derecho, a partir del Pacto Social Fundamental Interino o Pacto de Concordia, dictado por la Junta de Legados de los diversos Ayuntamientos coloniales, electa por sufragio popular como la primera Asamblea Constituyente del país. El Pacto de Concordia fue promulgado el 1º de diciembre de 1821 y se inspiró directamente en la Constitución de Cádiz del 9 de octubre de 1812, de corte netamente liberal y democrático. El Pacto no sólo no derogó sino que se sirvió expresamente, por remisión, de aquella Constitución española, que así rigió como fuente supletoria de nuestro Derecho Constitucional los cuatro primeros años de nuestra Independencia, los más decisivos en la formación del país. Fue a través de esta vinculación con España que recibimos el Derecho Público francés, en aquello en que ya había sido acogido por el derecho español. Y es extraordinario el celo libertario y humanista de nuestros primeros próceres políticos, que los llevó a consagrar expresamente la independencia de los jueces frente a la misma Junta de Legados y a los cuerpos administrativos, remitiéndose, para darles ese status de autonomía funcional y de total independencia, incluso cuando se trataba de litigios entre un ciudadano y “el pueblo”, es decir: El Estado o la Administración Pública, a la Constitución de Cádiz, para pautar su conducta y garantizar su imparcialidad.

Dijo el artículo 41 del Pacto de Concordia: “Art. 41: En lo judicial, la Junta, como tribunal de protección únicamente, hará que los jueces constitucionales administren pronto y rectamente justicia conforme a la constitución española y leyes existentes, singularmente la de 9 de octubre de 1812”.

Comenta agudamente Mario Alberto Jiménez esta disposición de nuestra primera Carta Constitucional, diciendo: “La única separación neta a que se atendió fue la del Poder Judicial y a este efecto el artículo 41 del dicho pacto disponía: “en lo judicial la Junta como tribunal de protección únicamente, hará que los jueces constitucionales administren pronta y rectamente la justicia, conforme a la Constitución española y leyes existentes, singularmente la del 9 de octubre de 1812”; porque no olvidemos, como se dijo antes, que el Pacto Social Fundamental Interino no era nuestro único documento constitucional, sino que también recurriamos a las disposiciones de la Carta de Cádiz, la cual en los documentos posteriores a la independencia se designaba a secas como “la Constitución”, porque aquella

Y, entonces, salta a la vista con ello el origen del “Judicialismo” contencioso a que antes nos referimos, pues la Constitución de Cádiz —a la inversa de las constituciones revolucionarias y napoleónicas— consagró el monopolio judicial de la justicia y su carácter no revisor, sino originario y de primera instancia. Pues, en efecto, es evidente que la antes mencionada ejecutoriedad del acto —en tanto que posibilidad inmediata no sólo de producir efectos jurídicos conformes con la voluntad del agente administrativo, sino, sobre todo, de ejecución coactiva ante la resistencia del administrado, sin recurso previo al juez— provoca automáticamente una fijación de las partes en el proceso contencioso, dado que el administrado será siempre el actor que trata de remediar el entuerto causado, y demandada la Administración. Lo característico de la jurisdicción contenciosa —como distinta de la ordinaria común— es que en ella se procesa siempre un acto administrativo previamente dictado y eventualmente ejecutado por la Administración, en forma tal que, por eso, suele llamarse jurisdicción revisora (del acto previo); en tanto que en la jurisdicción civil, ordinaria o común, a la inversa, ninguna de las dos partes está en situación de ventaja antes de acceder al proceso, porque ninguna puede adoptar por sí las medidas de ejecución conducentes a la satisfacción de su derecho, sin antes acudir al Juez, que es, en definitiva, el único llamado a ordenarlas o adoptarlas.

carta española seguía siendo, por excelencia, la de Costa Rica, en todo lo que no estaba en conflicto con el Pacto Social y los dos Estatutos Políticos que luego lo sucedieron” (Obras Completas, Desarrollo Constitucional de Costa Rica, pág. 61).

Hernán Peralta Carranza, Las Constituciones de Costa Rica, págs. 6 y 9: “Y como el Pacto de Concordia procede de la Constitución de Cádiz, el Derecho Público costarricense es de origen español, ya que la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica de 1825 se incorporó a la fuente peninsular en cuanto al engranaje que la transformó en la cuarta Constitución de Costa Rica, otorgándole hoy un valor de colaboración histórica y no de punto de partida, porque vino precedida por tres Constituciones anteriores... (pág. 6)... “De ahí que el estudio correspondiente a los años de 1821 a 1824 resulta fundamental en la historia de Costa Rica y más que todo en el análisis de su Derecho Público. Esos tres años son la fuente, además, de la organización administrativa y no hubo detalle de orden público que escapara a la previsión de los conductores... Y toda esa múltiple labor, estudiada actualmente con la tranquilidad que da la lejanía, confiere a esos tres primeros años de vida independiente el título de origen, de fundamento, y procede en su totalidad de las reglas administrativas españolas anteriores a la Independencia, y de las disposiciones constitucionales de Cádiz que ofrecieron luego cauce al esfuerzo institucional costarricense que lograba una rápida cohesión al iniciarse no más su existencia de nación independiente... El Paso fue de Cádiz al Pacto de Concordia y como este documento es la primera Constitución de Costa Rica y se admite que “el parto sigue al vientre” para significar que “el hijo sigue la condición de la madre”, el Pacto, hijo de la Constitución de Cádiz, y luego padre de las cartas fundamentales sucesivas, recibió una herencia jurídica española que ha sido la sustancia que ha nutrido el derecho constitucional de Costa Rica con prescindencia de sumandos extranjeros” (pág. 9).

La Constitución de Cádiz equiparó la Administración Pública a los ciudadanos comunes, para efectos de su acceso a la vía judicial y de su posición dentro de ella. La Administración Pública no podía ejecutar coactivamente sus actos ante la resistencia del particular que ella pretendía obligado a cumplirlos, exactamente como éste no podía —ni puede— imponerse a otro por la fuerza en caso semejante. En tal hipótesis la Administración Pública tenía que respetar el estado posesorio de que disfrutaba el ciudadano en el uso de su derecho y para despojarlo o perturbarlo le era obligado a aquella acudir ante el Juez y demandar al particular. En consecuencia: la jurisdicción contra la Administración se vinculaba e iniciaba en forma igual a la ordinaria entre particulares y, en el fondo, se suprimía de un tajo la potencia jurídica y de coacción que ahora es típica del acto administrativo. La doble jurisdicción salía sobrando.

Todo lo cual revela el origen de la tradición costarricense, de máximo respeto a los derechos humanos y a la propiedad, en punto a relaciones de la Administración con el administrado y a la articulación entre autoridad y libertad.<sup>(38)</sup>

(38) Todo lo afirmado en cuanto a la Constitución de Cádiz se basa en dos magníficos ensayos de José Ramón Parada Vázquez sobre los orígenes en España de la jurisdicción común como revisora de actos administrativos o decisiones ejecutorias, publicados en la Revista de Administración Pública, Nos. 55 y 59 (ignoramos si habrá una tercera publicación que el autor dice aparecida en el número 56, donde no está) y titulados "Privilegios de Decisión Ejecutoria y Proceso Contencioso", el primero, y "Réplica a Nieto sobre el Privilegio de Decisión Ejecutoria y el Sistema de lo Contencioso Administrativo", el segundo. La publicación anterior, a que se refiere este último, publicada por el distinguido publicista español Alejandro Nieto en el N° 57 de la misma Revista y titulada "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo "contencioso administrativo", es brillante, pero Parada sale —en nuestro concepto— bien librado del trance polémico. La tesis de Parada —que nos parece no desvirtuada históricamente por Nieto— contiene entre otras, las afirmaciones capitales de que: a) en los orígenes de la justicia administrativa española, la decisión primera de un conflicto entre Administración Pública y administrado, cuando éste último se hallaba en posesión de un derecho o situación jurídica opuestos a aquella, correspondía normalmente al Juez ordinario, pues la Administración Pública carecía del privilegio, que ahora tiene, de poder eliminar la resistencia eventual del ciudadano por la consolidación del acto administrativo en firme (dada la eventual caducidad de los recursos administrativos) y su resistencia material por la ejecución forzosa (del acto dictado) b) En hipótesis de un conflicto como el dicho, la Administración Pública tenía que demandar al particular ante el Juez o Tribunal, para hacerse justicia, por lo que el proceso contencioso no era necesariamente revisor de actos, a modo de segunda instancia, sino juicio ordinario y de primera instancia, como los que se dan entre particulares; c) la Constitución de Cádiz amparaba esa situación incompatible con la ejecutoriedad del acto administrativo, al no contemplar otros jueces que los penales y civiles con jurisdicción general en asuntos administrativos, y las hipótesis de excepción, en que un órgano del Gobierno o Poder Ejecutivo resolvía administrativamente el conflicto, a modo de Juez empotrado en la Administración, o estaban contra la Constitución o se ajustaban a ella por el artilugio técnico de separar netamente al Juez de la Administración activa y titular de intereses públicos de gestión.

El salto que hemos dado hacia nuestro ordenamiento, pasando por el puente de la Constitución de Cádiz, que fue nuestra primera Constitución en función supletoria o por

ii.—La situación constitucional del Poder Ejecutivo en Costa Rica.

Paralelamente con esta fe en el Poder Judicial, que implica un respeto sólido y sano por la propiedad y los derechos humanos, nuestro sistema jurídico y político ha desarrollado el poder presidencial como el pivote y centro del Gobierno.<sup>(39)</sup>

El Presidente y sus Ministros son, indudablemente, el centro de nuestra vida política y administrativa, pero en estricto balance con los otros dos Poderes y las demás instituciones. Puede decirse que justamente por la conciencia de esa su importancia, el costarricense siempre ha temido el abuso del poder presidencial y se ha ingeniado para equilibrarlo y frenarlo en bien de las libertades públicas.

"El Gobierno de la República es popular, representativo, alternativo y responsable. Lo ejercen tres Poderes distintos e independientes entre sí: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de

reenvió material del Pacto de Concordia, permite entender claramente parejo fenómeno en Costa Rica, pues nuestra tradición histórica e institucional ha sido prolongadamente contraria a la ejecutoriedad del acto administrativo, fuente de otros múltiples privilegios (como el agotamiento de la vía, la inversión de las posiciones precesales en lo contencioso, etc.) y siempre fueron los jueces judiciales los concededores de los litigios de la Administración Pública, bajo la forma rudimentaria del llamado Juez Civil de Hacienda, hoy uno solo con el de lo contencioso.

Un testimonio tan calificado como el de Gonzalo Retana pareciera estar en contra de la anterior tesis, cuando examina la historia de la jurisdicción contenciosa en Costa Rica, dando por sentado que siempre se reconoció a la Administración Pública el privilegio de la ejecutoriedad del acto, con fundamento en el dictado del artículo 6to. de la Ley o decreto ley N° 33 del 27 de diciembre de 1887, que disponía que: "El juicio contencioso administrativo no impide la ejecución de la providencia que lo motive" (véase del citado autor la obra: La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Costa Rica y su Reforma, Rev. del Colegio de Abogados N° 12, págs. 19 y 20). Creemos que tanto el estudio de Retana como la sentencia de Casación que él cita a modo de su fuente de información (Casación de 15:15 horas del 14 enero de 1959, Considerandos II a XII, de la que fue redactor el Presidente de la Corte respectiva, Fernando Baudrit) demuestran más bien el carácter esporádico —por no decir excepcional— del reconocimiento de la ejecutoriedad del acto y la lamentable confusión de concepciones sobre el mismo y la jurisdicción contenciosa que existía entonces y ha existido en la historia patria sobre la materia, hasta la Constitución de 1949, cuyo artículo 49 (y sus reformas) rige actualmente aquella jurisdicción. Pues, en efecto, ni del estudio de Retana ni de la sentencia referida se extrae que igual reconocimiento expreso del privilegio de la ejecutoriedad haya sido reiterado, y efectivamente no lo fue. Pero, en todo caso, es claro que nuestro primer régimen constitucional, formado por el Pacto de Concordia y suplido, en lo omiso, por la Constitución de Cádiz, no reconoció ese privilegio y que las leyes posteriores que puedan hacerlo —y sólo conocemos la antes citada— lo hicieron sin respaldo constitucional expreso.

(39) Véase Fernando Guier, La Función Presidencial en Costa Rica, especialmente págs. 114 y 127. La evaluación del sistema presidencial que hace la obra arriba a conclusiones negativas, aunque solo sea para Centro América. Compartimos con el autor la opinión de que ese sistema —con ser el único posible en estos países de ocio y falta de solidaridad— fomenta el despotismo y hace a los pueblos descansar en el caudillo, corrompiéndolos. La legalidad y la justicia de nuestra Administración Pública son cada vez más bajos y revelan no sólo una crisis de eficacia sino otra, mucho peor, de moralidad y de dignidad en nuestros gobernantes y burócratas.

los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias”.

Así reza el artículo 10 de nuestra Constitución, que viene complementado por el artículo 130 en lo que toca al Poder Ejecutivo, cuando dispone:

“Artículo 130: El Poder Ejecutivo lo ejerce, en nombre del pueblo, el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores”.

Lo transcrito revela sin ulterior explicación la porción de representación del pueblo y de participación en la Soberanía que corresponde al Poder Ejecutivo en nuestro actual sistema político.

Ello no obstante, tal situación no es de superioridad frente a los otros Poderes, que más bien son sus pares e igualmente independientes. La tendencia del sistema es, al contrario, hacia una fragmentación del poder de autoridad en la esfera administrativa a través de la técnica de la descentralización y de un refinamiento del contralor sobre la Administración en todos los órdenes posibles.

El poder de gobernar y administrar del Ejecutivo costarricense queda gravemente cercenado por la instauración constitucional de la autonomía administrativa en beneficio de las llamadas instituciones autónomas y demás entidades de derecho público, creadas por dos tercios de los votos de la Asamblea Legislativa, autonomía instrumentada a través de una potestad de gobierno, propia de cada ente y sujeta a intervención normativa de la Asamblea, que es exclusiva de éste (reserva de ley); y de una potestad de administración constitucionalmente intangible, aún para el legislador, que nada puede hacer para suprimirla o limitarla, por configurar una verdadera reserva constitucional de materia administrativa en favor del ente.<sup>(40)</sup>

Hoy existen más de cien entes autónomos en Costa Rica y no existe ninguna ley orgánica de la materia, con el resultado de un abigarrado mosaico de estructuras atípicas, difícilmente manejable para el político o para el jurista.

(40) Reza el artículo 188 Constitución Política:

“Artículo 188.—“Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y están sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión”.

Ver al respecto “La Autonomía Administrativa Costarricense”, Eduardo Ortiz Ortiz, 1962.

El debilitamiento del Poder Ejecutivo costarricense queda confirmado por el sistema de los controles institucionales.

Si bien encajado en un sistema presidencial de gobierno, nuestro Poder Ejecutivo queda expuesto a las comisiones de investigación de la Asamblea, que tienen pleno acceso a los recintos y documentos oficiales (con excepción de los asuntos diplomáticos en trámite o de los otros que se refieren a operaciones militares pendientes), con la potestad de citar y hacer comparecer ante sí a cualquier miembro del Poder Ejecutivo (excepto al Presidente) y naturalmente a los Ministros (artículo 121, inciso 23); éstos últimos pueden ser interpelados y censurados por sus actos, con las mismas dos excepciones antes indicadas (secretos diplomáticos o militares, (artículo 121, inciso 24 ibídem); y, finalmente, es la Asamblea la que juzga si hay o no lugar a formación de causa contra el Presidente y Ministros, poniéndolos a disposición de la Corte Suprema de Justicia, previa eventual suspensión del cargo si se trata de delitos comunes (y no propios de la función). (Artículo 121 incisos 9 y 10).

(El control financiero de legalidad) es ejercido a plenitud por la Contraloría General de la República, dependencia de la Asamblea Legislativa, cuyo titular tiene el rango, las prerrogativas y la absoluta autonomía funcional de los miembros de los Supremos Poderes (artículo 183 Constitución Política); y, finalmente, el contralor jurisdiccional contencioso es total y sin otras salvedades que las materias exceptuadas, que son taxativamente tres, materia penal, laboral y de gobierno, dentro de las cuales la Administración queda sometida al Juez respectivo (en los dos primeros casos, materia Penal y Laboral, pues la de los actos de gobierno es la única realmente inimpugnable en Costa Rica y exenta de toda jurisdicción por dictado de la ley).

### iii.—Recapitulación:

En síntesis: Costa Rica no puede vivir constitucionalmente un régimen de doble jurisdicción administrativa. El régimen constitucional del Poder Ejecutivo supone un deliberado fraccionamiento y control de sus potestades, por evidente conciencia de su rango calificado en un sistema presidencial y del peligro que implicaría para la armonía con los otros Supremos Poderes y las libertades públicas, el permitir un ejercicio fácil y personalista de la Presi-

dencia de la República y las demás entidades administrativas bajo su dependencia, como engranajes del mismo poder presidencial. Si hay desconfianza, no sólo popular sino institucional y constitucional, no es ciertamente del Poder Judicial sino del Poder Ejecutivo.

Costa Rica heredó el sistema administrativo francés a través de España, cuyas leyes coloniales copiaron aquel régimen.

Pero en un punto capital España no copió ni transmitió a Costa Rica ese régimen administrativo típicamente francés, que es el de la ejecutoriedad del acto y de la consiguiente articulación del proceso con la Administración como un proceso contra la Administración (demandada) y una decisión administrativa ya dictada y generalmente cumplida antes del proceso, todo ante un Juez especial y distinto del Judicial.

La Constitución de Cádiz consagró un sistema opuesto, al referirse únicamente a los Jueces civiles y penales sin mención de un juez ni de un proceso especiales contra la Administración, lo que recogió nuestra primera Cartea Fundamental (El Pacto de Concordia de 1821) y lo perpetuaron las otras, hasta la presente (y vigente, pasando por la de 1871), que expresamente adscribe al Poder Judicial la jurisdicción contra la Administración, contenciosa o no.

Mientras el sistema francés y sus descendientes suponen una Administración Pública normalmente justa y eficiente, el sistema costarricense supone o permite suponer eso mismo, pero agrega que la Administración Pública es también peligrosa.)

Nuestro sistema es claramente liberal, igualitario y amigo de las libertades públicas, y reposa en una confianza ilimitada en las bondades del Poder Judicial. Por eso, cuando hubo que regular la división de poderes en nuestra primera Constitución, la Junta de Legados se limitó a mencionar (en el artículo 41 del Pacto de Concordia) no la separación de lo legislativo y lo ejecutivo, sino la independencia judicial que estaba también consagrada en la Constitución española de Cádiz (1812).

Este ambiente liberal, de confianza ante el Juez, de temor ante la Administración Pública de un sistema presidencial y personal (como lo es y ha sido siempre el de nuestros Presidentes), debe tomarse muy en cuenta a la hora de juzgar la suerte de los privi-

legios estatales, especialmente frente al Juez y de interpretar las normas y reglas pertinentes.

Y antes de enumerar y clasificar esos privilegios, corresponde definir qué son, en qué consisten.

### III.—Concepto y naturaleza de los privilegios.<sup>(41)</sup>

#### i.—Concepto General.

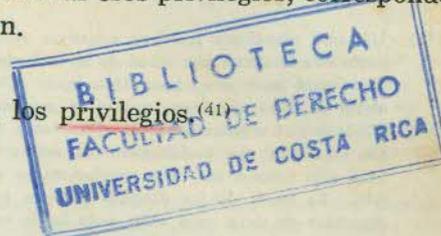
Se entiende normalmente por privilegio una forma de desigualdad, que agrega una ventaja a la esfera de poder económico o jurídico de un sujeto sin hacer lo propio con los otros que se encuentran en igual situación, legal o de hecho. Podría pensarse —fuera de este tipo de privilegio por adición de ventajas— en otro por supresión, en virtud del cual se daría una desigualdad negativa que, en lugar de favorecer a un sujeto por encima de los demás, lo privaría de aquello que se respeta y conserva para otros en igual situación.

Quienes admiten tal hipótesis parecen no ver que esa desigualdad negativa implica siempre un perjuicio en quien no recibió el bien promedio que los demás conservan, a título de privilegio. Consideramos que este privilegio negativo de que se habla es más bien una discriminación en contra del agraviado y que resulta paradójico, cuando no equívoco, el llamar privilegiado al agraviado con un perjuicio, simplemente porque este es de naturaleza excepcional en su contra.

(41) Rafael Mendizabal Allende, Significado actual del Principio "Solve et Repete", Rev. de Administración Pública N° 43, pág. 121: "En general cuando se habla de privilegio se alude a una regla de derecho excepcional, que contiene alguna concesión especial. Los administrativas españolas insisten en calificar así la regla "solve et repete", según más adelante se comprobará".

José García Trevijano, Fos, tomo I, op. cit. pág. 398: "Privilegio es para nosotros toda situación distinta del régimen general, sea favorable o desfavorable, aumento o restrinja la capacidad, ya suponga un "más" o un "menos" en la vida de la Administración".

Como se dijo en el texto, es posible esta concepción amplia del privilegio, pero la creemos inútil. Una concepción más estricta y operable es la que cataloga como tal únicamente a aquel que lo es por concesión de beneficios sobre el status normal, pues lo contrario, el privilegio por supresión del bien promedio, es más bien una discriminación y representaría la paradoja de un privilegio en menos, lo que realmente violenta el sentido del vocablo.



Debe decirse, en todo caso, que los privilegios son normalmente situaciones jurídicas<sup>(42)</sup> de doble tipo: las materiales, en virtud de las cuales se regula el comportamiento del sujeto (Admi-

(42) Llámense situaciones jurídicas subjetivas estas posiciones que consisten en una relación del sujeto con la norma por virtud de la cual aquél resulta normativamente habilitado o imposibilitado para hacer o no hacer algo frente a los demás. La calificación de subjetivas alude al objeto de estas posiciones, que es la conducta de un sujeto determinado, autorizada o prohibida por el ordenamiento (en el supuesto de que ello cubre también los mandatos, que no son otra cosa que prohibiciones de omitir lo ordenado). Durante mucho tiempo la doctrina sólo conoció dos tipos correlacionados de situaciones subjetivas, el derecho y la obligación. La teoría de los derechos públicos subjetivos desarrollada por Jellinek y Romano a principios de siglo, pero sobre todo la de este último, conllevó la distinción de dos figuras genéricas, una positiva (en cuanto autoriza conducta) llamada poder, y otra negativa (en cuanto la prohíbe) llamada deber, dentro de las cuales es posible toda una gama de distinciones, correspondientes a otras tantas especies de ese género. De este modo, Romano (cuyo voz Potere, en Frammenti di un Dizionario Giuridico, sigue siendo la más aceptable teoría de las situaciones subjetivas que conocemos) distingue las siguientes formas de poder: la potestad, el derecho subjetivo y la facultad (reservando lugar aparte para el interés legítimo, que es situación positiva, pero inactiva); y contrapuestas, aunque no necesariamente correlativas, las siguientes situaciones que son especies del deber: la sujeción, la obligación y el deber. Una situación que puede ser positiva o negativa, según se la mire, es la llamada carga, típicamente instrumental.

#### i.—Potestad - sujeción.

La potestad es una autorización para emitir manifestaciones de voluntad con efecto jurídico sobre otros sujetos. Se caracterizan básicamente porque no tienen frente a sí objeto ni sujeto pasivo determinados, que sólo se identifican con el acto de ejercicio de la potestad. De éste nacen normalmente relaciones jurídicas (contentivas de derechos subjetivos y obligaciones) u otras potestades, conexas con esas relaciones. Se dan como ejemplos típicos la potestad jerárquica, la de expropiar, la de celebrar contratos administrativos, etc., lo que bien permite definir y aclarar brevemente diciendo que potestad es la posibilidad normativa de dictar actos jurídicos con efecto sobre cosas u otros sujetos no determinados. Lo que permite comprender la esencia de la potestad es el conocimiento de su posición contrapuesta, la sujeción, pues ésta es la posición del posible destinatario de los efectos, favorables o desfavorables, de los actos jurídicos de otro, titular de una potestad. Ante la potestad cuyo ejercicio puede afectarlo el "sujeto" pasivo se halla en situación de inercia y espera, sin poder ni deber hacer nada para impedirlo ni para provocarlo. Giannini, con su habitual lucidez, nos dice, por ej.: "que frente a las potestades, en otras palabras, no hay obligaciones, o sea vínculos sobre otra voluntad, sino sujeciones, esto es situaciones de inercia, frente a la voluntad del otro; la potestad de mando propia de la jerarquía no tiene frente a sí una obligación de obediencia, sino una sujeción, se diría un ocio ocupado por expectativas provenientes de la voluntad de un tercero (dueño de la potestad) (Lezioni di Diritto Amministrativo, pág. 267)". "Las potestades son irrenunciables, instrasmisibles e imprescriptibles, aunque sea posible abstenerse de ejercerlas o dejarlas caducar en relación con casos concretos (ver Giannini, op. cit. pág. 268)".

#### ii.—Derecho subjetivo - obligación.

El derecho subjetivo es una autorización normativa de conducta en virtud de la cual otra persona se halla en la necesidad normativa de hacer, no hacer, dar o soportar algo en relación con la conducta autorizada. La persona autorizada se llama derechohabiente; la que, por implicación lógica, tiene que actuar para ella en una o varias de las formas dichas, se llama obligado o deudor. Lo esencial del derecho subjetivo es la correlación existente con la obligación, de modo que ambos se dan dentro de una relación jurídica y en estricta coordinación. Según ello, sólo hay derecho subjetivo cuando la norma faculta a un sujeto para una conducta frente a otro y simultáneamente impone a éste la necesidad de actuar coordinadamente, en forma tal que quien quede autorizado no encuentre obstáculo para su actuación en la conducta del otro, sino que, a la inversa, encuentre necesariamente la satisfacción de

nistración Pública), bajo la forma de autorizaciones o prohibiciones de conducta; y las instrumentales, en virtud de las cuales se regulan los procesos de creación de esos diversos efectos (de facultar o impedir la acción), bajo la forma de hechos o de actos jurídicos que

su interés en esa conducta. Es esencial comprender que, en todo caso, el derecho subjetivo es una autorización a una conducta propia, que puede consistir en la recepción de otra ajena (la del deudor u obligado), en términos que quede garantizada normativamente la obtención de una determinada utilidad vital (espiritual o económica) para el derechohabiente, aunque en la realidad natural —no normativa ni jurídica— el incumplimiento del deudor frustre el interés del derechohabiente.

La doctrina italiana ha intentado agregar a la noción de derecho subjetivo el elemento interés, en el sentido de que sólo se da realmente aquel cuando el deber correlativo (del deudor) está establecido en directo e individual beneficio del acreedor o derechohabiente, lo que no ocurre cuando la necesidad a satisfacer es pública, por ser de un grupo o de toda la comunidad, y no, en todo caso, de un individuo. Reputamos fallido el intento doctrinario en cuestión, pues siempre que un deber esté coordinado con un poder, en forma tal que uno se dé frente al otro y haya una relación entre los titulares de ambos, habrá necesariamente derecho subjetivo y obligación, aunque el interés medial sea público y colectivo y no exclusivo del acreedor. Es por esta falla congénita de enfoque, consistente en reputar posible la individualización del interés de la norma, cuando cada uno tiene objetivo múltiple, que ha fallado la distinción, que esa misma doctrina sustenta, entre normas de acción dirigidas exclusivamente al interés público de la Administración, y normas de relación, dirigidas únicamente al interés individual de cada parte. Esto es cierto, pero por un orden inverso de razones: no es que el carácter individual o público del interés otorgue carácter relacional u objetivo a la posición jurídica, sino, a la inversa, es porque las posiciones se dan o no, lógicamente en correlación, que es posible dar por cierta la existencia de un interés individualizado, que puede ser, además, público y colectivo (ejemplo: el derecho subjetivo de un empresario a la subvención por eficiencia industrial, arbitrada por la ley en consideración al interés público en el desarrollo económico del país). En síntesis: derecho subjetivo es la posibilidad de un sujeto —llamado acreedor— de realizar una conducta frente a otro sujeto, llamado deudor, que se halla simultáneamente en la necesidad normativa de coordinarse con esa conducta realizando para su autor otra determinada por el ordenamiento, que puede ser un dar, un hacer, un no hacer o un soportar. La obligación es la necesidad de esa coordinación, a través de la conducta determinada como necesaria por el ordenamiento para lograrla.

#### iii.—Deber.

El deber es la necesidad jurídica de una conducta indeterminada, frente a la cual no hay sujeto titulado para exigir el cumplimiento, en razón de esa misma indeterminación. Típico ejemplo el caso del naeminen non laedere, no dañará lo ajeno, que es el centro de la responsabilidad extracontractual, cuya violación configura el ilícito civil. En tanto se mantiene como deber genérico de prudencia no se da ni frente a un sujeto, ni frente a un objeto determinados, exactamente como ocurre con la potestad en tanto que tal. Cuando el deber se viola —como cuando se ejerce la potestad— nace una situación jurídica distinta, que es generalmente la obligación (de responsabilidad) o la sujeción a la potestad sancionadora (penal o administrativa). Se trata de una pura limitación de conducta, de origen legal, cuya existencia se manifiesta al momento de su violación; previamente está a cargo de un sujeto en beneficio de la colectividad o de un grupo, nunca de un individuo determinado. Deberes son, fuera del ya mencionado, el de cumplir con la Constitución y las leyes, el de mantener en buen estado de funcionamiento los servicios públicos, el de reparar las calles públicas, el de respetar los monopolios existentes (como el de seguros o de licores en Costa Rica). Se trata de situación jurídica preliminar, porque es antecedente de otras distintas, en la hipótesis de su violación; y unilateral, porque se da fuera de toda relación jurídica con un sujeto determinado o, mejor dicho, no se da frente a otro sujeto distinto del titular. Su forma más común en la Administración es la observancia de la legalidad en el ejercicio de las potestades y en la prestación de los ser-

tienen esa capacidad productiva.<sup>(43)</sup> En general las situaciones jurídicas que llamamos instrumentales tienen que ver no sólo con la creación sino también con la modificación y extinción de otros efectos jurídicos, que consisten precisamente en poderes o deberes nacidos de la ley o de actos y hechos jurídicos anteriores. Todos los

vicios públicos, frente a la cual (observancia) no existe el derecho subjetivo a la legalidad, sino un mero interés legítimo del administrado, que lo faculta (legítima) para las acciones contenciosas de anulación y, eventualmente, a través del nuevo ejercicio legal de las potestades administrativas, a la titularidad de un bien jurídico (material o inmaterial).

iv.—La carga.

Se trata de una necesidad jurídica de actuar en la hipótesis de querer alcanzar un resultado determinado, jurídico o material, regulado por el ordenamiento. Se ha llamado imperativo jurídico en interés propio, cuyo más notorio ejemplo es la necesidad jurídica de hacer una demanda para obtener una sentencia. El cumplimiento de la carga es necesario sólo en la hipótesis de que haya habido previamente un acto de elección, en uso de un derecho subjetivo o potestad, para la obtención de un ulterior resultado jurídico, imposible de alcanzar legalmente sin el cumplimiento previo de la carga. Si no se quiere el resultado final, la carga carece de toda importancia. Se trata siempre y en todo caso de un límite anexo al ejercicio de una potestad o de un derecho subjetivo, pero normalmente a la primera. Ejemplo de carga en el ejercicio de un derecho subjetivo sería la formalidad del protesto para el cobro de una letra cambiaría o del registro de un marca para la titularidad exclusiva de la misma. En el derecho público se da esta hipótesis casi únicamente en el ámbito contractual, como cuando es necesario intimar la mora de la Administración para cobrar los daños y perjuicios por retraso en el pago de los tractos construidos en materia de obras públicas, o cuando, para retirar la garantía de cumplimiento, es necesario obtener finiquito del Estado previo recibo de la obra por este último.

Normalmente la carga va anexa al ejercicio de una potestad, en cuanto el mismo es inválido o ineficaz si la carga no se ha cumplido previa o simultáneamente (no siendo infrecuente esto último). Es esta una situación subjetiva típicamente instrumental, en cuanto su existencia y ejercicio tienen por función hacer posible u obligatorio el ejercicio ulterior de otra situación, que es la potestad principal a la que accede la carga.

Sebastiano Cassarino, *Le Situazione Giuridiche Subbiettivi* (op. cit. págs. 11 a 15, págs. 179 a 185, y finalmente 215 a 218) reputa como materiales o sustantivas las situaciones de deber, facultad y derecho subjetivo, en tanto que considera la potestad o el poder (conjuntamente con lo que ha llamado cualidades y relaciones) como forma de situación jurídica instrumental o servicial. Estimamos debida la exclusión de la potestad de las situaciones jurídicas sustantivas, pues es bien obvio que se trata de situación jurídica preliminar (Romano, Giannini), de cuyo ejercicio derivan derechos subjetivos, facultades, etc. Es claro, sin embargo, que la causa de esos efectos no es la potestad sino su ejercicio y que, en consecuencia, también es posible —como lo hacemos— elencar la potestad entre las situaciones materiales o sustantivas.

Para una teoría refinada de la situación jurídica subjetiva la obra de Cassarino, ya citada. Para un excelente resumen ver Garrido Falla, op. cit. págs. 392 a 401.

(43) Sebastiano Cassarino, (*Le Situazione Giuridiche*, op. cit., págs. 4 a 6). Dice el autor: "La premisa fundamental de que partimos y que en cierto sentido penetra toda la tesis está en la distinción de dos aspectos básicos en la función reguladora del ordenamiento: uno relativo a la disciplina del comportamiento de los sujetos, el otro a la disciplina del proceso de producción de esos efectos. La distinción ya implícita en la contraposición entre normas imperativas y reglas finales, o, según otra terminología, entre normas materiales y normas instrumentales, es innegable, porque no se puede desconocer que la experiencia jurídica nos hace ver netamente la diferencia entre las normas prohibitivas de determinadas acciones y las normas sobre la formación de los actos jurídicos" (op. cit. pág. 4).

privilegios, como ya se hizo ver, se equilibran con sujeciones, que también son formas de situación jurídica subjetiva.<sup>(44)</sup>

ii.—Privilegios subjetivos.

Se da un privilegio consistente en una situación jurídica sustancial o material, cuando el sujeto goza de potestades, derechos subjetivos o facultades excepcionales o exclusivas para el ejercicio de otras situaciones del mismo tipo, en función de las cuales han sido precisamente conferidos aquellos. Es la hipótesis de la ejecutoriedad respecto de los derechos subjetivos nacidos del acto administrativo, que no es otra cosa que una potestad independiente para realizar otros actos administrativos (intimaciones, órdenes, autorizaciones, etc.) o actividades materiales (demoliciones, allanamientos, capturas y registros, etc.), necesarios para que la realidad se adapte o ajuste a esos derechos subjetivos de la Administración.

Se advierte de inmediato que los privilegios consistentes en situaciones jurídicas materiales cumplen también la función de desarmar al ciudadano en el ejercicio de sus derechos subjetivos contra la Administración Pública, haciéndolo imposible o más difícil. En tal caso el privilegio consiste no sólo en una situación jurídica subjetiva de la Administración, sino, simultáneamente, en la privación de otra con perjuicio del particular, normalmente a disposición de éste —cuando acciona frente a otro particular— pero inexistente frente a la Administración Pública.

Igualmente puede ocurrir que en lugar de suprimir una potestad, se haga más difícil su ejercicio contra la Administración, complicando los requisitos de ese ejercicio. Ejemplo de una potes-

(44) Las sujeciones (o privilegios en menos, de que habla García Trevijano) se dan en todos los campos de la Administración y tanto en relación con sus actos y actividades, como en relación con sus contratos y con sus medios (personal y dominio, público y privado). En la mayoría de los casos se trata de deberes, entendidos como la necesidad jurídica de obrar en beneficio de otro o de un grupo, cuya actuación no es correlato de derechos subjetivos, por darse fuera de relaciones jurídicas. Existe, en conexión con el deber, una función contralora que se expresa en potestades de vigilancia y sanción, cuyo contenido nada tiene que ver con el del deber, razón por la cual no pueden reputarse correlatos jurídicos de éste. Típico ejemplo de deber —como sujeción capital de la Administración— es la observancia de la legalidad administrativa, la debida atención de las calles, del buen funcionamiento de los servicios públicos, etc., frente a los cuales nadie hay subjetivamente titulado para exigir su cumplimiento, no obstante lo cual su violación puede acarrear responsabilidad si se causa daños a terceros (accidentes de automóvil, daños corporales o pérdidas económicas, etc.). Para una lúcida enumeración de las sujeciones a cargo de la Administración en materia contractual véase García de Enterría, *La Figura del Contrato Administrativo*, Rev. de Administración Pública, Nº 41, págs. 120 a 121.

tad suprimida es la de acción ejecutiva contra la Administración Pública, que no existe en nuestro ordenamiento; ejemplo de una potestad disminuida es la acción de anulación o de responsabilidad contra la Administración Pública, que no puede entablarse sin antes haber agotado la vía administrativa, carga procesal adicional o inexistente entre particulares.

De todo lo cual se ve clara la existencia de dos tipos de privilegios sustantivos a favor de la Administración Pública, consistente en situaciones jurídicas materiales o sustantivas, según la función que tengan: o bien sirven para hacer expedito y eficaz el ejercicio de los poderes de la Administración Pública frente al particular u otros sujetos públicos; o bien sirven para impedir o hacer más difícil el ejercicio de los poderes del particular (o de otros sujetos) contra la Administración Pública. Y en ambos casos el privilegio puede consistir tanto en la presencia de una determinada posición jurídica sustancial, como en su inexistencia o en su debilitamiento, en beneficio de la Administración Pública.

### iii.—Privilegios - Objetivos:

Se da un privilegio por la existencia de una situación jurídica instrumental cuando el derecho regula la creación, modificación o extinción de las situaciones que hemos llamado materiales (potestades, derechos subjetivos, facultades) en forma favorable a la Administración Pública, porque impide o hace más difícil el nacimiento o agravación de deberes a su cargo (obligaciones, cargas, deberes en sentido estricto, etc.); o somete a un régimen drástico de extinción los derechos del ciudadano en su contra. El derecho privado de la Administración, también llamado Derecho Administrativo Especial, está lleno de ejemplos de este tipo: la gestión de negocios no opera contra la Administración; son imposibles la transacción y el compromiso de árbitros en materia de derecho público, hay un régimen de caducidades —y no de prescripción— de los créditos contra la Administración; o bien se trata siempre de prescripciones pero abreviadas, etc.

Las situaciones que hemos llamado instrumentales —siguiendo la terminología de Cassarino— no son modos de relación de un sujeto con una norma, sino modos de relación de hechos, actos, cosas o entidades jurídicas impersonales con esa norma. Cassarino elenca las cualidades de las cosas y las relaciones jurídicas, entre las situaciones jurídicas instrumentales. Puede aclararse más diciendo que

una situación jurídica instrumental es objetiva<sup>(45)</sup> y no subjetiva, y consiste en la relación de un hecho con una norma cuya aplicación condiona, por virtud de la cual aquel hecho adquiere la naturaleza jurídica que le permite producir —una vez realizado— las otras situaciones jurídicas sustanciales o materiales. Hay una situación jurídica instrumental u objetiva siempre que un objeto (o una persona considerada como objeto), normalmente una cosa, comportamiento o acaecimiento, reúne las características (y de aquí las “cualidades” de que habla Cassarino) que lo capacitan para producir un efecto de derecho (situación jurídica material o subjetiva) de acuerdo con el ordenamiento. Las situaciones instrumentales no son, entonces, posiciones de sujetos en cuanto tales, ni de la Administración, ni del administrado, sino cualidades objetivas de los fenómenos reales tomados en cuenta por el derecho para crear, modificar o extinguir situaciones jurídico-subjetivas a favor o en contra de la Administración Pública, a favor o en contra del particular. Cuando se trata de privilegios de la Administración Pública es lógico que se tratará de atribuir a las cosas y hechos, cualidades y virtudes productoras de efectos que sean favorables a los intereses de la Administración Pública en sus relaciones con los administrados o ciudadanos. En síntesis: estas situaciones instrumentales u objetivas —como preferiríamos llamarlas— son más bien un régimen objetivo de derecho, en cuanto al nacimiento, modificación y extinción de las obligaciones y demás situaciones jurídico-subjetivas (de tipo material o sustancial) de la Administración frente a los ciudadanos (o la inversa), con sentido favorable a la Administración, porque intentan orientar en beneficio de ésta los procesos de creación de efectos jurídicos, privando al particular simultáneamente de oportunidades y técnicas creadoras, que son normales entre particulares.

### iv.—Privilegios posicionales o de hecho.

Finalmente, hay situaciones de hecho creadas por la aplicación de las normas que otorgan privilegios, pero no contempladas ni reguladas en éstas, que coadyuvan con el espíritu de la ley favorable

(45) Giannini, op. cit. pág. 281 Lezioni: “las situaciones instrumentales se caracterizan por su objeto, que está constituido por otras situaciones subjetivas . . . Los ejemplos más conocidos son los derechos a derechos, los derechos a potestades, los deberes de derechos, por ejemplo: el derecho al electorado activo se sustancia en una potestad, pero antes de la misma hay un derecho al reconocimiento y al ejercicio de la potestad”.

a la Administración y vienen a constituir en los hechos privilegios de suma importancia contra los derechos del particular. Así, la ejecutoriedad del acto administrativo no sólo produce un juicio nacido de un daño generalmente operado por su ejecución previa (lo que puede estar autorizado por la norma), en el que la Administración aparece siempre como demandada (lo que también lo está), sino que, además, restringe gravemente el tipo de prueba contra la Administración, que es generalmente escrita y documental, y aumenta considerablemente las posibilidades de triunfo de aquella, que puede examinarla y aprovecharla mucho mejor, por estar la mayor parte en el expediente administrativo formado y redactado en gran parte por ella misma (nada de lo cual está contemplado por la norma).

En consecuencia de todo lo cual definimos el privilegio como la situación jurídica accesoria de otra material o sustantiva, destinada a mejorar su ejercicio o su protección frente a terceros, en favor de su titular o, en su caso, de la Administración.

#### v.—Estructura del privilegio subjetivo.

Puede verse claramente que, en lo que toca a los privilegios materiales, consistentes en posiciones jurídicas sustantivas (como la potestad, el derecho subjetivo, etc.) siempre hay otra situación subjetiva, de igual índole, de la que dependen para su ejercicio, dado que su función no es otra que hacer posible la satisfacción real de esa otra situación sustancial antecedente, que podemos llamar principal. Se trata de privilegios que podrán llamarse serviciales, ya no porque sean situaciones jurídicas instrumentales, sino porque sirven a otra, de la cual son accesorias, cuando menos en lo que se refiere a su ejercicio (no a su existencia).

El privilegio puede nacer y existir independientemente de otra situación jurídica principal, pero su función es servir a ésta y sólo podrá ejercerse cuando ésta lo requiera, para adaptar la realidad a ella.

Ahora bien: si observamos los más comunes privilegios de la Administración (ejecutoriedad, inembargabilidad, agotamiento previo de la vía, etc.) podemos percibir que en los mismos hay normalmente un derecho subjetivo de base, que es el que el privilegio administrativo tutela o agravia, según se trate de los privilegios a favor de la Administración o de los privilegios contra el particular.

Pues, en efecto, ya vimos que es ésta una importante clasificación de los privilegios, por responder a las dos grandes funciones institucionales de los mismos: ser espada o ser escudo en las contiendas de la Administración con terceros.<sup>(46)</sup> Si ello es cierto podríamos decir que los privilegios tienen siempre por antecedente sustantivo un derecho subjetivo, de la Administración Pública contra otro o de otro contra la Administración Pública; y que, de conformidad, hay privilegios a favor de los derechos subjetivos de la Administración Pública, o contra los derechos subjetivos de los ciudadanos. La función es, en el primer caso, facilitar el ejercicio por la Administración de sus derechos subjetivos (que normalmente son de régimen público-administrativo) y dar a la Administración los medios necesarios, incluso activos, para vencer la resistencia o la inercia del particular; en el segundo caso, a la inversa, se trata de formas de privación, disminución o debilitamiento de los medios de ejercicio puestos por el ordenamiento a disposición de otro, para obtener la cumplida satisfacción de sus derechos subjetivos frente a la Administración Pública o contra ella.

La razón de que sea el derecho subjetivo —y no otra situación jurídica activa— el antecedente común, está en el objeto del derecho subjetivo, que siempre es un bien determinado, sea una conducta o una cosa.

Deriva de ahí que el derecho subjetivo es la única situación activa que se puede jurídicamente acondicionar para su ejercicio o su frustración, graduando normativamente la disponibilidad de medios para obtener y disfrutar su objeto (cosa o conducta, propias o ajenas). Esto puede entenderse mejor si examinamos brevemente la estructura de las otras dos situaciones subjetivas y activas, que son la potestad y la facultad.

La potestad es, para decirlo brevemente, la autorización normativa para dictar actos jurídicos o realizar comportamientos con efecto sobre la esfera jurídica de otro sujeto, en tanto que la facultad es la autorización normativa para desarrollar la conducta propia en el ámbito de lo lícito y permitido, es decir: sin incidencia sobre otro sujeto (fuera del ámbito de lo inter-subjetivo). Esencial para

(46) Luigi Montesano, *Amministrazione e Processo*, págs. 37 y 170, obra que desarrolla ampliamente otra del mismo autor denominada *La Condanna nel Processo Civile anche tra privati e la Pubblica Amministrazione*, en las cuales dos Montesano divide, acertadamente en nuestro concepto, los privilegios de la Administración (que el autor niega existentes por las razones usuales) en los que instrumentan la Tutela de los Derechos a favor de la Administración o enervan la Tutela de los Derechos contra la Administración.

la existencia de ambas figuras es la indeterminación del objeto y/o del sujeto pasivo, a que necesariamente ha de referirse toda situación subjetiva, en cuanto es referencia de la conducta al mundo de los bienes jurídicos (en las formas permitidas por el ordenamiento). De este modo, la potestad de dictar expropiaciones no tiene por objeto una finca determinada, sino hasta el momento mismo en que se ejerce y, entonces, la potestad viene sucedida por el derecho subjetivo de propiedad sobre la cosa ya expropiada; e igualmente podría decirse de la facultad de realizar todos los actos jurídicos y materiales de disfrute y uso de mi finca, en la medida en que no incidan sobre otra esfera (subjetiva) de derecho. Lo que puedo hacer con esa finca es todo lo que no esté prohibido y de ahí la indeterminación total de los actos posibles, antes de que sean reales, por ejercicio y concreción de los atributos de la propiedad. Y más claro todavía si se piensa en facultades no referidas a una cosa sino a una forma o tipo de conducta, como el caminar, el hacer deporte, etc.

Desde el punto de vista de la Administración el impedimento contra el pleno ejercicio de sus potestades o facultades no existe ni podría jurídicamente existir; sólo la violencia de un tercero contra el servidor público competente podría perturbar e impedir transitoriamente el acto o la actividad de ejercicio, que podrían hacerse inmediatamente posibles por el uso de la coacción policial, de la justicia penal y aún por legítima defensa de la Administración.

El supuesto de violencia es tan claramente penal y calificado que permite el inmediato uso de medios defensivos propios de lo jurisdiccional (justicia penal) más que de lo administrativo, y es por esto por lo que, como veremos, los franceses no admiten el uso de la violencia pública para la ejecución de un acto cuando hay sanción penal prevista contra la resistencia activa o pasiva al mismo.

El hecho es que, fuera de esta hipótesis de violencia sobre la persona del servidor público encargado de una potestad o facultad, no parece fácilmente configurable otra hipótesis de perturbación de su ejercicio, que no sea, simultáneamente y por distinto concepto, lesión de otra situación jurídica principal, distinta de la potestad o de la facultad, de la cual éstas aparezcan en el acto como meramente instrumentales o accesorias. La situación del sujeto pasivo frente a la potestad o a la facultad es más que una situación subjetiva, una situación jurídicamente objetiva de total inercia e im-

potencia. Impotencia porque el sujeto pasivo es mero receptor de los efectos del acto de ejercicio de la potestad, como destinatario del mismo, sin poder hacer nada jurídicamente admisible o eficaz para impedirlo, aún si los efectos recepticios son lesivos y perjudiciales a su interés; e inercia, justamente porque la potestad se satisface totalmente con la conducta propia del titular, sin participación ninguna del sujeto pasivo frente a ella, lo que implica que este último nada puede hacer jurídicamente, salvo permanecer inactivo, frente a dicho ejercicio, y menos aún frente a la potestad o a la facultad como tal, para darle existencia o hacer posible su satisfacción. En el caso de la facultad ello es más claro todavía, puesto que, por definición, la misma no puede tener efecto jurídico ni material permitido, por la vía unilateral de la conducta propia, sobre la esfera jurídica ajena.

El derecho subjetivo es, entonces, la única situación jurídica susceptible de ser relativamente coadyuvada o frustrada en su ejercicio por el ordenamiento jurídico, dada la presencia de una entidad real y extraña a la conducta del titular que es necesaria para esa plena satisfacción, por ser, en tanto que objeto del derecho subjetivo (cosa o conducta ajena), el bien jurídico cuya disponibilidad y goce es simultáneamente la función final de ese derecho, como articulación entre el ordenamiento y el mundo real (espiritual y económico).

Esto es patente en el caso de los derechos obligacionales (personales o de crédito, como quiera decirse), pero es también demostrable en el caso de los derechos reales (o sobre cosas), si es que se opta por atribuirles el carácter de derecho subjetivo, lo que sólo puede lograrse a costa de fingir un supuesto sujeto pasivo indeterminado, obligado al respeto de la propiedad ajena. Pues aún en este caso, y a costa de esa obvia ficción, es posible afirmar que para la satisfacción del derecho de propiedad es necesaria no sólo la conducta de ejercicio del propietario, en los pocos casos en que ello baste, sino también la abstención general del público respecto de esos actos de ejercicio, sean o no unilaterales. En tal hipótesis sólo hay una de dos posibilidades: o bien se reputa que ese deber de abstención es el genérico *alterum non laedere*, de cada uno frente al resto de los sujetos del ordenamiento; o bien se supone que es un deber distinto, y propiamente una obligación, frente a un sujeto determinado, el propietario de aquella cosa. Si lo primero, estaríamos en el caso de una potestad, más que de un derecho subjetivo, y al derecho de propiedad serían aplicables los anteriores razonamientos

para aquella; si lo segundo, es evidente que el derecho real dependería para su satisfacción no sólo de la conducta de la Administración o del administrado, sino también de la coordinación de ésta con la del sujeto pasivo de la obligación de no perturbar, en cuyo caso sería tan vulnerable como un derecho subjetivo cuyo objeto es la conducta ajena.

En síntesis: el supuesto antecedente de los privilegios administrativos, en cuanto situaciones jurídicas (subjetivas) accesorias y serviciales, es el derecho subjetivo, sea de la Administración (y entonces son privilegios a su favor), sea del administrado o tercero (y entonces son privilegios contra éste).

En consecuencia de todo lo cual, parece posible definir el privilegio en general como la posición jurídica reservada exclusivamente (por el ordenamiento) a la Administración Pública, para hacer expedito y eficaz el ejercicio de sus derechos subjetivos contra otros sujetos (principalmente contra el administrado); o para hacer más difícil (en comparación con lo que normalmente ocurre entre particulares) el ejercicio de los derechos subjetivos contra ella (principalmente por parte del administrado). Y si se quiere una definición más analítica, podríamos decir que o bien se trata de un régimen objetivo de creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas, cuya función es facilitar el nacimiento de aquellas favorables a la Administración Pública, o impedir o dificultar el nacimiento de las favorables al administrado; o bien se trata de situaciones jurídicas subjetivas, accesorias y dependientes —para su ejercicio— de un antecedente (constituido por un derecho subjetivo o una obligación del Estado), cuya función es expeditar y dar eficacia al ejercicio por la Administración de sus derechos subjetivos, o hacer menos expedito y efectivo el cumplimiento de sus obligaciones, todo por razones de adecuación al interés público tanto de unos (de los derechos subjetivos), como de otras (de las obligaciones de la Administración).

#### IV.—Clasificación de los privilegios.

Son posibles múltiples clasificaciones de los privilegios de la Administración, pero es obvio que sólo son aceptables las que sean relevantes. De las que conocemos algunas lo son, pero, en síntesis, estimamos como la mejor aquella que logre abarcar y explicar la mayoría de esos privilegios tomando en cuenta su efecto

sobre el administrado o, más concretamente, su consistencia como situación jurídica a favor o en contra del administrado, objetiva o subjetiva.

Es indudable que los privilegios subjetivos, materiales o sustanciales (que hemos contrapuesto a los objetivos, instrumentales o normativos) pueden consistir en múltiples situaciones jurídicas que no implican relación directa con el administrado, pero, en todo caso, será éste quien resienta su impacto en definitiva, bajo la forma de imposibilidad (total o relativa) de hacer valer sus derechos frente a la Administración Pública, o de incremento en las dificultades para hacerlos valer. Desde este ángulo, la existencia de privilegios fuera de relación jurídica (entre Administración y administrado) no resta a aquellos su carácter negativo para el ciudadano, quien, en el peor de los casos, sufrirá lesión en un interés de hecho —ya que no legítimo— en la inexistencia de los mismos.

Cada sistema tiene sus privilegios, en función directa de su carácter más o menos autoritario, y por ello, es imposible hacer un examen de todo los posibles en cualquier ordenamiento. El sistema de los privilegios, como el de las garantías del derecho, es una fiel expresión del grado de desarrollo cultural —y no sólo económico— de un pueblo; cuanto más privilegios de la Administración más barbarie, y cuanto más garantías más civilización. De consiguiente, la clasificación que se intenta es adecuada al medio de Costa Rica, donde todavía hay un precario equilibrio entre prerrogativas de la Administración y garantías contra ella. Que el examen consolador de estas últimas no haga olvidar el cuadro desalentador de los primeros en Costa Rica.

a) García Trevijano hace una clasificación amplia en dos sectores, según el régimen público o privado del privilegio, y al efecto distingue entre los “privilegios” “hacia dentro” y “hacia afuera”, y define: “Se tienen (“hacia afuera”) cuando se actúa en la faceta jurídico pública y permiten a la Administración intervenir poderosamente sobre los administrados”, y acto seguido enumera: decisión unilateral, decisión ejecutiva, intervenciones administrativas sobre la propiedad (expropiaciones, requisiciones, ocupaciones en uso temporal o precario, etc.), potestad investigadora y deslinde en bienes, desahucio administrativo, anulación y revocación administrativa de actos administrativos y presunción de legitimidad; y

“privilegios hacia adentro” que, según el autor, “se tienen por el carácter subjetivo de la Administración Pública y no por su forma de actuación concreta”, y “Son normalmente independientes de la actuación pública y privada”, y enumera: Decisión previa (a la vía contenciosa), vía gubernativa previa a la judicial (civil, mercantil o laboral), agotamiento de la vía (que el autor distingue de los dos administrativos de obtener la decisión previa suprema, es decir: de superior jerárquico) y el solve et repete.<sup>(47)</sup>

No nos parece acertada la anterior clasificación porque no explica la consistencia jurídica de cada privilegio, desde el punto de vista objetivo (de creación de efectos jurídicos, que puede ser también de modificación y de extinción de los mismos) o subjetivo (de posiciones subjetivas de poder o deber frente al administrado).

b) Un amplio y brillante esbozo de sistematización de los privilegios lo debemos a Parada,<sup>(48)</sup> quien lo fundamenta en la global bipartición del ordenamiento jurídico (objetivo) en derecho regulador y derecho garantizador (del regulador y de las situaciones jurídicas nacidas de la aplicación de éste), bipartición

(47) García Trevijano Fos, op. cit. Tomo I, págs. 398 a 405.

(48) José Ramón Parada Vázquez, Derecho Administrativo, Derecho Privado y Derecho Garantizador, Rev. Administración Pública Nº 52, págs. 60 y 61 y especialmente 90 a 99.

La tesis coincide, desde otro ángulo, con la llamada teoría subjetivista u organicista del Derecho Administrativo, como complementaria de la objetivista o funcionalista, pues implica un reconocimiento, en primer término, de la Administración Pública como verdadero sujeto del Derecho Público, y, simultáneamente, un reconocimiento de una estructura especial en la norma del Derecho Público, en cuanto referida a la conducta de este sujeto, que es el otorgamiento de garantías especiales, superiores o reforzadas a la Administración Pública, por comparación no sólo con el particular dentro de la relación o situación jurídica correspondiente, sino, sobre todo, con el Derecho Privado, que implica paridad de garantía para ambos sujetos en la relación.

Nuestra única discrepancia puede ser decisiva y consiste en sostener que la peculiaridad del Derecho Público no radica exclusivamente en su sistema de garantías, sino, principalmente, en su modo de regulación de la conducta, independiente de toda idea de garantía. En otras palabras: garantías las hay y coinciden casi puntualmente con los privilegios del Estado, tal y como quedan ya definidos en este trabajo, pero esas garantías son lo accesorio y no lo sustantivo del Derecho Público, precisamente por ser tales. Lo fundamental del Derecho Público está en las potestades y derechos subjetivos públicos, que son el instrumento inmediato y natural para lograr, fuera de los casos de conflicto, los fines públicos a cargo de la Administración. El derecho garantizador, que evidentemente existe tal y como lo esboza Parada, sigue y sirve aquellas potestades, que representan lo que, en el texto de este trabajo, hemos llamado su antecedente o supuesto necesario.

La tesis de Parada parece tener su antecedente en la teoría estatutaria del Derecho Administrativo formulada por García de Enterría en el trabajo de que se ha dado cuenta aquí en notas anteriores.

La focalización de su tesis en la distinción entre Derecho Público y Privado parece haber restado interés al autor en la clasificación de los privilegios o situaciones de garantía, que aparece sistematizada en el excelente estudio en cuestión.

que corresponde a una triple posición del Estado frente al Derecho Objetivo: El Estado legislador o creador de derecho, el Estado Juez o garantizador del Derecho, y el Estado sujeto (Administración Pública) o destinatario del derecho. Según la tesis del autor la diferencia entre Derecho Público y Privado es reducible a un diferente tipo de derecho garantizador para uno y para otro (como derechos reguladores), diferencia consistente en que en el Derecho Público la garantía del derecho es suprimida y disminuida en perjuicio del particular, que así queda vinculado a una Administración Pública desigual y superior, con potestades de acción y de defensa ante el particular que se niegan a éste o se le reconocen en menor intensidad. Aparte de la objeción de fondo a tan sugestivo enfoque, que brevemente expondremos, creemos que la tendencia global del mismo ha sustraído interés a su autor por la clasificación de los privilegiados, que aparece apenas dibujada en el desarrollo. Es evidente, para nosotros, que la diferencia de garantías existe y es un elemento más de la distinción entre Derecho Público y Privado, pero igualmente lo es que cada uno puede ser público o privado por aparte de ésta, consecuencia y desarrollo de la diferencia fundamental, nunca origen de la misma. Esa diferencia está en la de los sujetos y de los medios sustantivos puestos a disposición de ellos por el derecho que Parada denomina “regulador”, de autoridad con sujeciones especiales, en el caso del Derecho Público, y de coordinación entre iguales en el Derecho Privado, todo lo cual proviene, en último término, de la naturaleza especial de los fines que persigue la Administración o, para decirlo más concretamente, el gobernante que puede escogerlos e imponerlos. Pero es innegable el interés de la tesis en comentario, sobre todo si se nota la casi total coincidencia entre lo que ahí se llama Derecho Garantizador y Garantía y lo que aquí hemos llamado privilegios, bajo la doble forma de situaciones objetivas o subjetivas, serviciales para regular la eficacia o la frustración de las situaciones materiales (potestad, derecho subjetivos, etc.) que son sus antecedentes. Y bien podría decirse que en el refinamiento del concepto y posibilidades del derecho que Parada llama “garantizador” reside una teoría más adecuada de los privilegios, pues ambos nombres parecen designar la misma materia. El autor enuncia las situaciones de privilegio a favor de la Administración Pública en su derecho garantizador, pero no parece preocuparse mucho por una más sistemática clasificación de las mismas.

c) Creemos que el privilegio, en tanto que accesorio de una situación jurídica sustancial, que es su necesario antecedente o punto de referencia, debe clasificarse primordialmente desde doble punto de vista, a saber: frente a quién se da y en qué tipo de situación jurídica (objetiva o subjetiva) consiste. Desde este ángulo proponemos esta clasificación:

#### I.—Privilegios subjetivos (materiales).

##### i.—Clasificación por la naturaleza del sujeto pasivo:

1.—Frente a la comunidad, como elemento estatal; 2.—Frente a los Supremos Poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial); 3.—Frente a los entes públicos menores; 4.—Frente al administrado.

##### ii.—Clasificación por la naturaleza de la situación jurídica constitutiva (efecto jurídico):

1.—Por el conferimiento de potestades a la Administración Pública; 2.—Por la liberación de sujeciones en favor de la Administración Pública; 3.—Por la liberación o atenuación de cargas en favor de la Administración Pública; 4.—Por la imposición o agravación de sujeciones en contra del administrado; 5.—Por la imposición o agravación de cargas en contra del administrado; 6.—Por la concesión de preferencias o garantías especiales (derechos subjetivos) en favor de la Administración Pública.

Una combinación de los anteriores criterios nos permite el siguiente esquema, ahora lleno de contenido:

#### 1.—Privilegios frente a la Comunidad:

i.—Derecho Penal Administrativo: conferimiento de potestad punitiva definida, agravada o atenuada en relación con: a) delitos en los que el sujeto activo es un funcionario público; b) delitos en los que el sujeto activo es un empleado público; c) delitos en los que el sujeto activo es un contratista administrativo; d) delitos en los que el sujeto activo es un director de entidad autónoma; e) delitos de la persona que recibe una obligación impuesta por la ley, en virtud de una posición proveniente del Derecho Público; f) delitos en los que es una agravante la calidad del funcionario público en el sujeto activo; g) delitos cometidos por particulares en los que

se toma en cuenta como agravante el hecho de que sean cometidos contra un funcionario público; h) delitos contra la Administración Pública donde se protege la persona del funcionario subsidiariamente; i) delitos en los que se agrava el delito por la calidad de funcionario de la víctima.

ii.—Derecho Administrativo sancionador: a) conferimiento de potestad (administrativa) disciplinaria; b) conferimiento de potestad (administrativa) correctiva (Derecho punitivo de policía y tributario).

2.—Privilegios frente al Poder Legislativo por conferimiento de potestades normativas a la Administración Pública: a) potestad reglamentaria; b) potestad de ordenanza (decretos de urgencia); c) potestad legislativa de facto (decretos leyes).

3.—Privilegios frente al Poder Judicial: a) Excluyentes de la jurisdicción (judicial en Costa Rica) por liberación de la sujeción a la potestad jurisdiccional: a-1) en razón de la naturaleza de la pretensión o de la naturaleza de la causa (de pedir): imposibilidad de acciones ejecutivas, de desahucio e interdictales. Caso especial de las acciones (ordinarias) declarativas y de condena. a-2): en razón de la naturaleza del acto impugnado: inmunidad procesal de los actos de gobierno. a-3): caso especial de los actos normativos y de la inactividad de la Administración. Reenvío. b) Compatibles con la jurisdicción: b-1): antes del proceso: i) por conferimiento de potestades a la Administración Pública (ejecutoriedad y ejecución coactiva de los derechos de la Administración Pública). ii) por imposición de cargas al administrado: privilegios del acto previo y del agotamiento de la vía administrativa (previa al proceso contencioso). b-2): durante el proceso: i) por liberación de sujeciones personales: inadmisibilidad de la confesión contra la Administración Pública; ii) por liberación de cargas procesales: exclusión de garantía de costas, de depósito previo de gastos en diligencias varias (embargos, peritos). b-3): después del proceso (de cognición) y por liberación de la sujeción a la potestad jurisdiccional: i) imposibilidad de procedimientos de apremio contra la Administración Pública; ii) suspensión e inejecución de la sentencia firme; iii) adecuación de la sentencia firme liquidada.

4.—Privilegios frente a la Comunidad, al Poder Legislativo y al Poder Judicial: monopolio de la fuerza pública.

5.—Privilegios frente a sí misma; a) por liberación de deberes o de obligaciones: inmunidad y exenciones tributarias; b) por liberación de sujeciones: inexistencia de ejecución coactiva de los derechos de los entes menores contra la Administración Central, y a la inversa; c) por conferimiento de potestades inter-orgánicas: autotutela ex officio (función de contralor oficioso, sea espontáneo, sea obligatorio).

6.—Privilegios frente al administrado: i) autotutela de segundo grado (recursos administrativos); ii) en materia de actos administrativos; iii) en materia de contratos (comunes y administrativos); iv) en materia de actividades (servicios públicos y policía administrativa); v) en materia de medios: de personal y de dominio (público y privado); vi) en materias de trabajos y obras públicas.

## II.—Privilegios objetivos (instrumentales o normativos).

Son privilegios instrumentales los modos de creación, extinción y modificación de derechos (principalmente obligacionales) especiales y favorables a la Administración Pública. En síntesis: se trata de un derecho privado típico de la Administración Pública, que por eso algunos llaman más bien un Derecho Administrativo Especial.<sup>(49)</sup> La clasificación de los privilegios correspondientes, que habíamos llamado objetivos, es la descripción de ese régimen privado especial, en cuanto a los procesos creativos (hechos y actos jurídicos) del Derecho Privado de la Administración.

Esa clasificación puede ser la que sigue:

1.—Régimen especial de la capacidad contractual de la Administración Pública: i) contratos imposibles; ii) selección del contratista; iii) contenido contractual (cláusulas exorbitantes); iv) principios de Derecho Público que rigen la contratación.

2.—Carácter especial en las fuentes de las obligaciones: i) gestión de negocios; ii) pago indebido; iii) enriquecimiento sin causa; iv) cuasicontratos; v) responsabilidad extra contractual: v-a) Régimen especial de la responsabilidad civil de la Administración Pública; v-b) Régimen especial de la responsabilidad civil del

(49) Weil, op. cit. págs. 81 y 82.

servidor público; v-c) Régimen especial de la responsabilidad civil del Estado (Legislador y Juez).

3.—Régimen especial de la modificación de obligaciones: imposibilidad de transacción, del compromiso en árbitros y arbitraje.

4.—Régimen especial de la extinción de obligaciones: i.—compensación; ii.—renuncia, condonación y remisión; iii.—caducidades y prescripciones; iv.—nulidades y anulabilidades.

5.—El derecho de las empresas públicas (actividad administrativa institucional de Derecho Privado).

## III.—Privilegios posicionales o de situación factual

i) Normatividad institucional (inherente o inmanente); ii) posiciones conexas con la posición de demandada; iii) posición de mayor acceso a la prueba del proceso; iv) dificultades de acceso al proceso administrativo; v) dificultades de acceso a la justicia administrativa de fondo; vi) interpretación de normas y de negocios en forma favorable a la Administración Pública; vii) elegibilidad del derecho Público; viii) el espíritu gremial favorable a la Administración Pública en los Supremos Poderes.

Por razones evidentes de proporción y función, nos limitaremos en lo que sigue a comentar con brevedad única y exclusivamente aquellos privilegios más importantes en Costa Rica, sea realmente (por su frecuente uso en el tráfico administrativo), sea doctrinalmente (por las equívocas opiniones sobre los mismos).

Es claro que temas como el de la responsabilidad, el de las nulidades especiales del Derecho Administrativo y el de su contratación, arriba elencados, no pueden ser abordados en esta sede.

### I.—Privilegios frente a la Comunidad;

#### i.—Derecho Penal administrativo;

##### A) El sujeto Activo.

El Código penal toma en cuenta varios sujetos que se relacionan con el Derecho Administrativo principalmente y es la calidad de funcionario, de empleado, de contratista administrativo, de

director de una institución oficial, la que es relevante en algunos delitos para la creación de un tipo especial de sujeto activo. Estos delitos solamente pueden ser cometidos por quien ostente dicha calidad jurídica especial, y por ello se denominan delitos propios. El sujeto activo tiene calidades especiales, provenientes de otras ramas del derecho, y refleja, a nivel del tipo, los llamados elementos normativos de éste. La consecuencia de la existencia de un elemento normativo del tipo es que el Juez Penal se encontrará ligado por la definición del concepto dada en otra rama del Derecho y precisamente por el Derecho Administrativo en la mayoría de los casos.

a-1) Delitos en los que el sujeto activo es un funcionario público: Artículos 179, 180, 190, 205-288, 293, 300, 308 inc. 3, 310, 312, 326, 329, 330, 331, 334, 335, 336, 337, 338, 340, 341, 342, 344, 345, 346, 347, 348, 352, 353, 354, 355.

b-1) Delitos en los que el sujeto activo es el empleado público: Artículos 199, 205, 285, 356.

c-1) Delitos en los que el sujeto activo es un contratista administrativo: Artículo 285.

d-1) Delitos en los que el sujeto activo puede ser el director de una institución oficial: Artículo 371.

e-1) Delitos de persona que recibe una obligación impuesta por la ley, en virtud de una posición proveniente del Derecho Público: Artículo 320. (Omisión de Denuncia).

Este grupo de artículos tiene que ser distinguido de aquellos que crean los llamados delitos de propia mano, en los cuales no hay una cualidad de Derecho Público creada por nombramiento o por la ley, sino una situación particular, proveniente de un acto de admisión que realiza un funcionario público, y que convierte al sujeto en garante de determinado bien jurídico. En estos casos, el particular asume una función pública, en virtud de un acto de admisión de un funcionario público: tal es el caso de la calidad de perito, intérprete, traductor o testigo en el proceso, impuesto por el artículo 314 C. Penal.

B.—La agravante de ser funcionario público en ciertos delitos.

En algunos delitos el legislador establece como agravante el hecho de que el agente sea funcionario público. Otras veces el delito se agrava cuando, con esa calidad, ha cometido el delito en ejercicio de sus funciones o con abuso de la calidad del funcionario público. Estos delitos no son delitos propios (de función), sino delitos comunes agravados. En tal situación están los siguientes casos: Arts. 170 inc. 2, 172 (Ref. a art. 170), 175, 203, 304 inc. 3, 325, 357.

C.—Delitos cometidos por particulares en lo que se toma en cuenta como agravante el hecho de que sean cometidos contra un funcionario público.

Hay que tener presente que el funcionario público no es jamás sujeto pasivo de ningún delito. Si definimos al sujeto pasivo como el titular del bien jurídico lesionado, sujeto pasivo solamente puede serlo la Administración (Pública o de Justicia) o el Estado, considerado como entidad total. En algunos delitos se protege, sin embargo, subsidiariamente, la integridad corporal, el honor, etc. de la persona que juega el papel de funcionario.

a—Delitos contra la Administración en los que se protege la persona del funcionario subsidiariamente: Artículos 302, 303, 307.

b—Delitos en los que se agrava la pena, por la calidad de funcionario de la víctima: Artículos 112 inc. 2, (Ref. Art. 112 inc. 2), 192 inc. 1.

ii.—Derecho administrativo sancionador.<sup>(50)</sup>

— La teoría de la responsabilidad como sanción. Teoría del ilícito administrativo.

La responsabilidad es básicamente la consecuencia de un acto antijurídico, por violatorio del ordenamiento. Este ofrece varios enfoques de los actos violatorios y diversas formas de defenderse

(50) Para una bibliografía sobre el tema de la potestad correctiva de la Administración Pública véase: Margarita Lomeli Cerezo, El Poder Sancionador de la Ad. Páb. en Materia Fiscal, págs. 73 a 94.

Manuel Montoro, "La infracción Administrativa", págs. 328 a 342. Para una información sumaria pero sustanciosa sobre potestad disciplinaria y sus problemas principales el artículo de Nieto, Problemas Capitales del Derecho Disciplinario, Rev. de Ad. Pú. N° 63, especialmente págs. 68 a 77.

contra los mismos y de garantizar al sujeto, además, la satisfacción de sus intereses legítimos, pese a dichos actos. Elementos propios de todo régimen administrativo del acto antijurídico son necesariamente la presencia de la conducta violatoria de una norma jurídica (o de una no jurídica acogida por el derecho y por éste convertida en regla jurídica, como ocurre con los dictados del sentido común, de la ciencia, de la moral y de las buenas costumbres, etc.), y presencia de un mal regulado, consecuencia de esta conducta, y consistente en la imposición de deberes o en la supresión o modificación desfavorable de derechos subjetivos, o de los bienes materiales sobre los que recaen. Conducta antijurídica e imposición afflictiva jurídicamente reguladas, son ingredientes necesarios de toda forma de ilegitimidad administrativa. Las hipótesis de entuertos que no son sancionados quedan relegadas al campo del derecho constitucional, lo cual indica que si bien la sanción no es parte esencial del derecho, ni aún de lo jurídicamente prohibido, es siempre parte normal de la antijuridicidad dentro del Derecho Administrativo.

Es esencial (aunque no suficiente, como se verá) para comprender la sanción jurídica, su vinculación con una previa conducta antijurídica. Son múltiples, en efecto, los casos de consecuencias jurídicas desfavorables a un sujeto, iguales o más graves que una sanción, por su alcance económico o espiritual, que conservan naturaleza totalmente distinta. Así, no son sanciones los actos pedidos por el sujeto perjudicado (como las licencias sin goce de sueldo, los traslados a zonas agrestes, etc.), ni los cambios desfavorables impuestos en beneficio de una mejor y más eficiente organización administrativa (como las supresiones de funciones o de cargos, las rebajas legales de salarios, etc.), ni las medidas obligatorias o meramente cautelares (como las suspensiones con fines de investigación disciplinaria, los concursos periódicos, las inspecciones policiales de hoteles o centros turísticos, las vacunaciones masivas caso de epidemia, etc.), como tampoco las obligaciones administrativas conexas a actividades de cierta naturaleza (como la obligada entrega a la Biblioteca Nacional y a la Universitaria de un ejemplar de cada publicación, los índices quincenales del notario, etc.).

Es necesario advertir, con igual lucidez, la múltiple naturaleza de la sanción jurídica, género que encierra varias especies. De este modo, son muy distintas las consecuencias desfavorables que el derecho adscribe a la comisión de un entuerto contra el orden ad-

ministrativo: la nulidad del acto, su desaplicación, la responsabilidad de la Administración y/o del servidor agente, la sanción disciplinaria contra éste, la pena procedente, etc.

Es claro también que la naturaleza del daño inflingido no puede servir de criterio de distinción entre esas diversas sanciones, pues es fácilmente comprobables que un mismo mal puede tener diversa naturaleza jurídica, lo que revela que para efectos de una clasificación de especies dentro del género constituido por la sanción, definida como la consecuencia desfavorable de un hecho antijurídico destinada a lograr la restauración del ordenamiento o a impedir nuevas violaciones del mismo, hay que recurrir a nuevos elementos de juicio, distintos de esa necesaria correlación entre conducta ilegítima antecedente y mal consecuente. Se trata de determinar por qué una multa es ahora una pena y después una sanción administrativa, por qué la suspensión del cargo es diferente de la reparación del daño causado, no obstante ser ambas consecuencias de una misma imprudencia administrativa.

Interesa aquí, sobre todo, el hacer una pulcra distinción entre sanción administrativa, sanción disciplinaria y pena.

#### a) La doctrina ordenamental.

Consiste la misma en sostener que la diversa naturaleza de una sanción jurídica depende de la del orden jurídico que viole la conducta antecedente. Se parte al respecto de la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, entre los cuales hay uno soberano y general (por referirse en principio a toda clase de sujetos y de fines), que es el del Estado, y otros varios menores normalmente subordinados al primero y por el mismo limitados. Uno entre los ordenamientos menores es el administrativo, constituido por las reglas de organización y de servicio que regulan la vida de cualquier institución administrativa, como centro de prestación de servicios o de producción de actos de autoridad. Es posible que la Administración estatal, organizada básicamente a través del Poder Ejecutivo (o del Gobierno, en sistemas Parlamentarios) tenga un ordenamiento propio, distinto del general del Estado, de donde se extrae un concepto claro de éste último, como conjunto unitario de normas creadas por el legislador (Asamblea, Cortes, Parlamento, etc.). Sería orden parcial interno el creado por cada organización administrativa en virtud de poderes inherentes —pero expresa o inequívoca-

mente reconocidos por el Estado— de reglamentación de su estructura y sus servicios. Cuando se viola una norma legislativa, de origen extraño frente a la Administración dentro de la división de poderes, hay un hecho antijurídico que genera una sanción de tipo penal; cuando, a la inversa, se viola una norma creada por la Administración, que no sólo es para ella sino también de ella, la infracción y la sanción serán puramente administrativas. Este criterio admite la posibilidad de que una misma conducta antijurídica pueda violar simultáneamente los dos tipos de reglas, lo que ocurre en forma necesaria cuando la regla dictada por la entidad administrativa proviene del uso de una autonomía propiamente normativa en virtud del expreso o inequívoco reconocimiento de esa potestad por el orden estatal general. Esta tesis, así expuesta, parece infundada frente a la realidad, pues se dan delitos penalmente sancionados que sólo violan reglamentos, tanto como infracciones meramente administrativas por violación de leyes; ejemplo de lo primero son las violaciones a los reglamentos conexos con el Código Sanitario, Código de Trabajo y con la Ley Orgánica del Seguro Social, y ejemplos de lo segundo son las violaciones a las leyes del Impuesto de la Renta, de Rifas y Loterías, de la Ley de la Liga Agrícola Industrial de la Caña, de Exportación de Ganado Vacuno, etc. La razón que lo explica es clara y sencilla: la naturaleza de la sanción no es consecuencia de la que tiene la falta que la provoca, sino del arbitrio del organismo regulador que la crea. Y así cómo es posible que una infracción carezca totalmente de sanción, si dicho organismo así lo prefiere, por encontrar más adecuada al caso la reacción negativa de factores estrictamente jurídicos, así también la naturaleza de la sanción depende de los fines que quiera lograr la Administración o el legislador al crearla, lo que conduce a apoyar el segundo criterio de distinción entre sanción penal y administrativa.

#### b) La tesis teleológica o funcional.

La misma centra su enfoque en los diversos fines a perseguir con la sanción, que dependen de la política que opte por seguir su autor. No es el antecedente sino la voluntad de imperio del legislador o de la Administración al regular una materia, el origen de la sanción y de su naturaleza. De este modo, para que haya sanción se necesita que haya norma que la contemple y para que la sanción tenga una naturaleza y no otra se necesita que el autor de la misma le haya impuesto un fin y no otro. La distinción entre sanciones de

diversa especie queda reducida en este enfoque a una clasificación de los fines que puede perseguir el ordenamiento al crear la sanción, con entera independencia de la naturaleza y origen de este mismo ordenamiento, que puede ser tanto estatal y legislativo como descentralizado y autónomo.<sup>(51)</sup>

Se ha hablado de responsabilidad civil, incluso cuando hemos referido la institución al Derecho Público y a la Administración. ¿Es que toda responsabilidad es civil?

El calificativo civil se utiliza aquí por tradición, como equivalente de la idea de reparación. Por responsabilidad civil se entiende la obligación nacida de una culpa o de un riesgo con el fin de reparar un daño ajeno. Nada tiene que ver tal calificativo con la clasificación del Derecho Público o Privado; y por ello la responsabilidad civil de la Administración puede estar regulada por normas de una y otra clase, según el derecho a que esté sometida cuando desarrolle la actividad causante del daño. ¿A qué, entonces, se contrapone aquí lo civil?

Se entiende lo civil como contrapuesto a las otras responsabilidades cuyo fin es diverso de la reparación y del restablecimiento del derecho violado. En grandes líneas, la responsabilidad puede concebirse como una sanción, al menos cuando se fundamenta en la culpa. Y desde este punto de vista un mismo hecho culposo y violatorio puede generar varios tipos de responsabilidad: la civil y, además, la penal y la administrativa.

La responsabilidad penal es la sujeción a la pena, consecuencia de la comisión de un delito, para evitar la reptición de éste. Su diferencia con la responsabilidad civil está en su función, porque esta última intenta reparar el daño causado, y restituir el derecho subjetivo al estado anterior, sin buscar la evitación del hecho da-

(51) La impugnación que del criterio aquí sustentado hace Nieto en el artículo arriba mencionado no parece convincente, pues se basa —conjuntamente con la de quienes con él coinciden— en una sustitución de la función institucional de la sanción disciplinaria y penal, por su función accidental o real. Toda sanción tiene una función objetiva que está dada por la norma y por la realidad institucional (organización con poder legítimo) en que se da, sobre todo por ésta. Los objetivos que puede perseguir una sanción administrativa están determinados no tanto por la ley como por el hecho mismo de que es la Administración y no un juez quien la impone, naturalmente con base en violaciones de deberes funcionales, en cuanto tales. Sobre la base de ese motivo y de los fines de ese sujeto, es perfectamente posible establecer que el fin de la sanción administrativa, (sea cual sea su resultado real, salvo ley expresa en contrario, que atacaría automáticamente la constitucionalidad de la sanción administrativa en Costa Rica, haciéndola aparecer como pena enmascarada) es la de mantener la eficiencia de la Administración como institución prestadora de actividades externas. (Servicios y actos de autoridad).

ñoso. La pena, en cambio, es siempre un mal que se inflige para atemorizar, redimir o ejemplarizar, pero siempre para evitar que repita el delito, contra el derecho objetivo y sus bienes. Esta diversa finalidad hace posible que ambos tipos de responsabilidad puedan acumularse a partir de un mismo hecho y que todo delito tenga como natural secuela una responsabilidad civil del delincuente en beneficio del ofendido, tal y como aparece en los artículos 122 y siguientes del Código Penal.

La responsabilidad administrativa es la sujeción a la sanción nacida de la violación de un deber para con la Administración Pública. Su finalidad no está en evitar que el hecho se repita, sino en lograr el cumplimiento normal y conforme a derecho de las relaciones entre la Administración y los particulares. Según que el deber infringido sea general para todos los administrados, o propio de una relación especial con uno o algunos, la responsabilidad se llama correctiva o disciplinaria.<sup>(52)</sup> <sup>(53)</sup>

Como se ve bien claro la diferencia básica entre estos diversos tipos de responsabilidad radica en su función: la responsabilidad civil, a diferencia de las otras dos, sirve para reparar el daño causado en el patrimonio ajeno y restablecer el derecho subjetivo violado. Desde este punto de vista es posible ponerla a cargo del Estado, cuyos agentes pueden causar daños. Las responsabilidades penal y administrativa, en cambio, no pueden normalmente imputarse al Estado ni a sus entes como tales. La penal porque dada su naturaleza aflictiva y retributiva exige que el sujeto pasivo de la sanción sea un hombre y no una entidad jurídica; y la administrativa, además, porque sólo el particular puede infringir los deberes para con la Administración y padecer la sanción hasta interrumpir la infracción en beneficio de esta última. Una auto-sanción de la Administración sería absurda, al menos en beneficio de sí misma. Es el ciudadano, o el usuario de los servicios públicos, o el empleado pú-

(52) La potestad disciplinaria está consagrada en Costa Rica como regla general por los artículos 41 y 42 del Estatuto del Servicio Civil, y para su ejercicio en el ámbito del Poder Ejecutivo hay un procedimiento con audiencia y recursos, regulado por los mismos artículos y el art. 68 inc. e), 43 y siguientes, *ibídem*. Para el resto de la Administración Pública rige el artículo del Código de Trabajo, que sienta reglas de audiencia y expediente para la suspensión máxima (8 días sin goce de salario) y hace reenvío formal a los Reglamentos Internos de Trabajo, dictados por el patrono, previa audiencia a los trabajadores y aprobación del Ministerio de Trabajo (Departamento Legal, Art. 67 de la Ley Orgánica del Ministerio).

(53) Son múltiples los ejemplos de sanciones administrativas correctivas, sobre todo en materia policial y tributaria. Ver al respecto los artículos 94, 96 y 98 del Código Tributario-

blico, en largo y estrecho contacto con la Administración y sus medios de funcionamiento, el único que puede ser responsabilizado y sancionado administrativamente.

2.—Privilegios frente al Poder Legislativo por conferimiento de potestades normativas al Poder Ejecutivo: potestad reglamentaria, legislativa, de urgencia y de facto.

i.—Es un hecho que el poder reglamentario de la Administración Pública fue en un principio una excepción a la filosofía —sino al derecho constitucional— de la división de poderes, no sólo porque las disposiciones generales correspondían a la Asamblea, representante primaria de la Soberanía Nacional en la concepción rousseauiana, sino porque aquella potestad participaba del carácter subordinado del Poder Ejecutivo frente al Legislativo y sólo podía ejercerse para ejecutar o complementar la ley, a título supletorio, nunca para sustituirla ni dejarla sin efecto, sea cual fuere el mecanismo jurídico para lograrlo.<sup>(54)</sup> La existencia de potestades normativas del Poder Ejecutivo se mantuvo en las sucesivas constituciones revolucionarias y napoleónicas, para desembocar —en razón de causas históricas independientes— en las técnicas de la delegación, de los reenvíos y de la deslegalización,<sup>(55)</sup> que han asegurado al Poder Ejecutivo el papel de legislador de derecho común en este siglo, como ha dicho Rivero, sobre todo después de las guerras mundiales. Esto implica, desde el punto de vista de los privilegios del Estado, uno fundamental: el Poder Ejecutivo y, por su medio, la Administración Pública tienen a su disposición gran parte del ordenamiento que es fuente de obligaciones, deberes y sujeciones contra

(54) Ver García de Enterría, *Revolución Francesa* . . . op. cit. pág. 55; José Boquera Oliver; Los orígenes de la distinción entre la actividad política y administrativa, *Rev. de Administración Pública*, N° 40, págs. 43, 44, 53, 55 y 56; Juan Jacobo Rousseau, *El Contrato Social* (o Principios del Derecho Político) 2da. Edición, 1799, Ed. Perrot, 1958, págs. 54 a 57: "Cuando he dicho que el objeto de las leyes siempre es general, entiendo que la ley considera los vasallos en cuerpo y las acciones como abstractas, jamás un hombre como individuo, ni una acción particular", (pág. 55). Y después: "¿Qué es pues el Gobierno? Un cuerpo intermedio, establecido entre los vasallos y el Soberano para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes y del mantenimiento de la libertad tanto civil como política . . . Esto absolutamente no es otra cosa más que una comisión o un empleo en el que unos simples oficiales del Soberano ejercen en su nombre el poder del cual los hace depositarios", (pág. 83 *ibídem*).

(55) Para una excelente visión de conjunto del problema actual de la legislación administrativa véase García de Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Se delega cuando se otorga a otro la potestad, que uno tiene, para que haga lo mismo o algo de inferior rango. De este modo la delegación puede ser tanto para la creación de leyes como para la de reglamentos, en materia reservada a la ley, o no reservada pero no legislada, o ya legislada. En este último caso se opera no sólo una delegación sino una

o sobre ellos, a través del uso de sus potestades (normativas) de derogación y reforma de las normas que el mismo Poder Ejecutivo ha creado. Pues en tanto la sumisión del individuo al ordenamiento (objetivo) es total, para la Administración Pública existe, en buena medida, hasta donde la experiencia y la conveniencia se la aconsejen como buena, a través de las reformas que puede introducir a lo que ella misma (o el Poder Ejecutivo por ella) ha decretado previamente.<sup>(56)</sup>

ii.—El fenómeno de independencia frente al ordenamiento y frente a las posiciones jurídicas pasivas que el mismo necesariamente crea —a cargo de la Administración— es tanto más intenso cuanto más independientes y propias aparezcan constitucionalmente las potestades normativas del Poder Ejecutivo, en relación con la Asamblea. Desde este punto de vista es perfectamente constatable una escala creciente de relajamiento de los vínculos de la legislación emanada del Poder Ejecutivo frente a la emanada de la Asamblea. En un principio fue el reglamento Ejecutivo que solo podía interpretar la ley (*secundum legem*) y especificar los géneros conceptuales utilizados por ésta; cuando se otorgó al Poder Ejecutivo la misión de ejecutar las leyes en general y, sobre todo, de velar por su exacto cumplimiento, se autorizó implícitamente una potestad reglamentaria que iba más allá, porque tenía por función no la ejecución de una ley sino la preservación de las condiciones globales de aplicación de la totalidad de ellas, del ordenamiento como unidad y como origen de cada una de sus partes normativas, y esto permitió al Poder Ejecutivo una reglamentación autónoma, en el auténtico sentido de que era externa y vigente frente al administrado, como la ley, y sin embargo, no basada en ésta ni para ejecutarla, sino fundada exclusivamente en el juicio del Poder Ejecutivo sobre la con-

“deslegalización”, consistente en que la ley detrae de sí, por virtud de otra ley que así lo dispone, el rango legislativo y la autoridad formal (objetiva) que tiene frente a los otros actos del Estado, y se degrada a reglamento. Cuando el Poder Ejecutivo dicta otros sobre la misma materia, utilizando la habilitación previa conferida por la Asamblea, puede derogar y reformar las normas existentes, que ya no son leyes fuera de su alcance, sino reglamentos comunes, provenientes de leyes degradadas. La pregunta en Costa Rica sería: ¿Cómo puede el legislador degradar una ley a reglamento, si la autoridad de la ley proviene de la Constitución? Es evidente que aquí en Costa Rica la llamada “deslegalización” requiere dos normas: una constitucional que la permita y otra legal ordinaria que la lleve a cabo; caso contrario, el fenómeno sería claramente inconstitucional. Tanto las delegaciones como las “deslegalizaciones” están de moda en sistemas a constitución rígida —como la de Costa Rica— que no contemplan ni autorizan el fenómeno (Francia, Italia, España, Argentina, México, Alemania).

(56) Rousset, op. cit. pág. 111.

veniencia de emitirla para mantener el orden público, condición primera del respeto a cualquier ley formal de la Asamblea; desde antes y hasta hoy se reconoce que, fuera de esos actos reglamentarios autónomos, la Asamblea misma puede autorizar otros del Poder Ejecutivo, encomendándole regular una materia virgen, en lugar de ella, pero dentro de ciertas bases, directrices y límites de materia y de tiempo, que la Asamblea fija, sea otorgando a las futuras normas del Ejecutivo carácter reglamentario o dándoles el rango de verdaderas leyes formales, y nacen entonces los reglamentos y las leyes que se llaman delegados, que se caracterizan por ser la única regulación de una materia, autorizada por la ley formal pero en sustitución de ella; y se dio un nuevo paso adelante en este ataque frontal del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública contra el ordenamiento jurídico al tener por aceptables esas delegaciones no sólo en materias comunes sino en materias constitucionalmente reservadas por la Constitución a la Asamblea, como la tributaria y la penal, siempre que se tratara de una reserva llamada “relativa”, compatible con los reglamentos, a diferencia de la absoluta, que los prohíbe en forma absoluta, pero que prácticamente no existe más; y cuando surgieron urgencias o emergencias nacionales se reconoció al Poder Ejecutivo la potestad de dictar normas con rango de ley sobre la materia amenazada, sujetas a la ulterior confirmación de la Asamblea, en parte como extensión del principio de los gobiernos de facto, que atraen la potestad legislativa y la concentran con la administrativa, después de haber eliminado a la Asamblea; y se terminó por reconocer que era también posible que la ley permitiera su desaparición ante el reglamento, que así podía reformarla o eliminarla, siempre y cuando la misma ley lo previera, aunque la Constitución no, lo que ha dado en llamarse la “deslegalización” de las materias legalmente reguladas o reservadas; y ahora se ha llegado a una Asamblea que, en proceso sincronizado, adopta decisiones concretas de todo tipo, a modo de actos administrativos o ejecutivos, abandonando en la Administración Pública o, mejor, en el Gobierno, la misión de hacer la política nacional y de renovar el ordenamiento jurídico.<sup>(57)</sup>

Lo más importante de este largo proceso de degeneración normativa, que ha permitido a la Administración Pública enseñorearse de la mayor parte del ordenamiento jurídico, es que se ha dado no sólo al margen sino contra el texto de las constituciones y

(57) Alberto Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, págs. 264 a 270.

por la invocación de principios institucionales que eran reflejo de las urgencias históricas o políticas y, en consecuencia, en condiciones reales de mínima o nula participación de los Parlamentos y las Asambleas Legislativas. Es el Poder Ejecutivo —y por su medio la Administración— el que aparece potenciado cada día más con potestades normativas independientes de las de la Asamblea, o dependientes en condiciones y a través de habilitaciones tan poco formales que equivalen prácticamente a la titularidad de potestades originarias de legislación en el Gobierno. El “escalonamiento” de las intervenciones legislativas o normativas del Poder Ejecutivo, en beneficio exclusivo del Gobierno y de la Administración Pública, generalmente para favorecer intereses o grupos amigos del gobernante, es cada día más grave y notorio en Costa Rica y en el resto del mundo.

El privilegio que así aparece, que hemos clasificado como dado frente al Poder Legislativo, por liberación de sujeciones a éste o conferimiento de potestades al Ejecutivo equivalentes a esa liberación, es más bien uno de los que antes clasificamos como factuales, fenómeno político e institucional, resultante del sistema de las fuentes constitucionales, que representan en la realidad privilegios desconocidos para la Constitución, pero mucho más fuertes e importantes que los que sí están regulados.

iii.—En Costa Rica la potestad reglamentaria de tipo ejecutivo está reconocida por el artículo 140, incisos 3 y 18 de la Constitución Política, que dice:

Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro:

1), 2) ...

3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento;

4) Darse el reglamento que convenga para el régimen interior de sus despachos y expedir los demás reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes”

Se desprende de ahí el reconocimiento de tres tipos de poderes normativos de origen administrativo: el de reglamentación ejecutiva de la ley, para acomodarla a la realidad y velar por el

exacto cumplimiento de su texto y de sus fines; el de la reglamentación autónoma de la organización y los servicios públicos (que equivale al poder de reglamentar el régimen interior —organización y distribución del trabajo— de los despachos públicos); y la potestad de ordenanza, que aunque sin tradición en el tratamiento de la materia en Costa Rica, parece ser la misma que una autorizada doctrina extranjera reputa como la potestad para dictar decretos de urgencia o emergencia, en circunstancias de excepción.<sup>(58)</sup>

Parece que en los tres casos —reglamentos ejecutivos, reglamentos autónomos (de organización y de servicio) y ordenanzas—, se trata de normas secundarias sin fuerza de ley, de verdaderos reglamentos, pues caso opuesto la Constitución habría establecido la distinción de rango, en lugar de igualarlas. Pero hace pensar en un rango diverso para las ordenanzas el artículo 121 inciso 7, que expresamente prevé la posibilidad de que el Poder Ejecutivo adopte medidas para salvar el orden público o mantener la seguridad del Estado durante el período de suspensión de las garantías constitucionales, lo cual parece conducir a la ulterior ratificación legislativa necesaria en los decretos de urgencia, según la doctrina.<sup>(59)</sup> ¿Tendrán las ordenanzas, dictadas en esa especial circunstancia, la fuerza de ley propia de los decretos de urgencia? La respuesta pareciera afirmativa si la ratificación legislativa pudiera imponerse, y a la inversa.

Nuestra Constitución prohíbe expresamente la delegación de funciones de un Supremo Poder en otro (artículo 10 *ibidem*) y por ahí las “leyes delegadas”. Implica ello prohibición también de los reglamentos delegados, sin fuerza de ley? Pareciera que no, en la medida en que la ley que haga la delegación, creando una competencia administrativa para regular materia virgen, indique con suficiente precisión las bases, las directrices y la duración de la competencia reglamentaria y, naturalmente, que no se trate de materia reservada a la ley en forma absoluta, ni tampoco ya legislada. En estos dos últimos casos, en efecto, se violaría la Constitución, por irrespeto a la norma que crea la reserva absoluta, en el primero, y por violación del rango de la ley, en el segundo, pues es claro que en Costa Rica no hay norma constitucional que permita las “deslegalizaciones”. Quedarían violados los artículos constitucionales que regulan el proceso de creación de la ley y atribuyen la calidad de

(58) Mortati, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, págs. 590 a 595.

(59) César Quintero, *Los Decretos con Valor de Ley*, pág. 111.

tal al acto así creado, tanto como la necesaria preferencia de la ley sobre el reglamento de cualquier tipo, que le está necesariamente subordinado. (Artículos 121 inciso 1, 124 y 139 Constitución Política, en relación con el artículo 140 incisos 3 y 18).

Nuestra historia y jurisprudencia constitucionales reconocen los poderes plenos del Gobierno de Facto para dictar decretos leyes (con rango de leyes) y reglamentos de todo tipo, como si el mismo fuera soberano, salvo autolimitaciones creadas por el propio Gobierno de Facto (caso de las garantías individuales y del reconocimiento de potestades constituyentes a una Asamblea convocada por el mismo Gobierno para dictar una nueva Constitución).<sup>(60)</sup>

En síntesis: el panorama de la legislación administrativa es caótico, peligroso para las libertades públicas y cada vez más propenso a la corrupción y al favoritismo oficiales.

En Costa Rica el cuadro de las potestades normativas del Gobierno, es el siguiente: goza por principio de potestad legislativa auténtica como gobierno de facto; es dudoso que la tengan en estados excepcionales o de urgencia, pero es seguro que —como potestad de ordenanza— titula la potestad reglamentaria común en esas mismas situaciones; están expresamente autorizados los reglamentos ejecutivos y autónomos internos (de organización y de servicio), pero no lo están igualmente los reglamentos delegados (cuya constitucionalidad es discutible), que parecen poder dictarse (no obstante la prohibición de delegaciones funcionales) siempre y cuando la ley precise y circunde seriamente la potestad reglamentaria en esa situación, a condición de que no haya reserva absoluta de ley en la materia; están prohibidas las delegaciones legislativas (en sentido estricto, con fuerza de ley) y las “deslegalizaciones”.

### 3.—Privilegios frente al Poder Judicial.

i.—Excluyentes de la jurisdicción, por liberación de la sujeción de la Administración frente al Poder Judicial y su potestad

(60) La Asamblea Nacional Constituyente en su decreto N° 7 del 11 de marzo de 1949 declaró: “que la Junta Fundadora de la Segunda República ha tenido facultades bastantes para legislar, desde el día de su instalación, las cuales conservará mientras ejerza el Poder”.

En relación con la jurisprudencia, pueden consultarse las siguientes resoluciones de Corte Plena, en donde expresa o implícitamente se reconocen las potestades legislativas del Gobierno de facto: Ses. ext. 66, 9 de Set. de 1948; Ses. Ext. 79 de 27 de Oct. de 1948; Ses. Ext. 37 de 22 de junio de 1950; Set. Ext. 42 del 9 de agosto de 1951; Ses. Ext. 24 del 8 de mayo de 1952; Ses. Ext. 32 de 16 de julio de 1953; Ses. Ext. 7 de 5 de marzo de 1970.

jurisdiccional. Consideración de las acciones y sentencias ordinarias de condena, y de su ejecución contra la Administración Pública.

#### 1.—El sistema de doble jurisdicción y sus consecuencias.

Hemos visto que Francia creó, a partir de la Gran Revolución (1789), un ordenamiento modelo llamado de doble jurisdicción, porque en el mismo coexisten —cada vez más entrelazados— dos sistemas independientes de justicia, uno adscrito al Poder Ejecutivo y específicamente encargado de juzgar a la Administración, que culmina en una última instancia correspondiente a un órgano generalmente llamado Consejo de Estado, que es la jurisdicción administrativa; y otro que es el Poder Judicial, encargado de juzgar a todos los demás sujetos comunes, con otro último nivel de decisión, donde generalmente se ubica un importante tribunal supremo llamado Corte de Casación. Las decisiones de un sistema son vistas y revisadas íntegramente dentro de su engranaje propio de instancias, sin acudir a los tribunales o jueces del otro. La separación e independencia son los principales rasgos en las relaciones de las dos jurisdicciones entre sí.

Pero, por un lado, hay inevitables choques y, consecuentemente, mecanismos de coordinación y subordinación entre ambos sistemas<sup>(61)</sup> y, por otro, existen variantes de la concepción francesa, que son más amplias en favor de la intercomunicación (como el sistema italiano). La forma en que se distribuyen entre las dos jurisdicciones los litigios en que es parte la Administración Pública es un aspecto fundamental de la institución. Pues debe quedar bien claro que la separación de jurisdicciones no implica una atribución de todo caso de la Administración Pública a la jurisdicción administrativa, sino que, al contrario, desde el nacimiento del sistema el Poder Judicial ha quedado encargado de conocer parte de los litigios de aquella y la definición de los criterios de distribución sigue siendo no sólo decisivo para un adecuado funcionamiento de la institución sino, incluso, su talón de Aquiles, por la incertidumbre que llevan al administrado y al jurista la sutileza y complejidad de las demarcaciones.

Pueden distinguirse dos variantes de importancia, la francesa y la italiana.

(61) Auby et Drago, op. cit. Tomo I, págs. 106, 126, especialmente págs. 106, 107 y 108.

i.—El sistema francés de doble jurisdicción.

En el derecho francés la competencia de los tribunales administrativos sigue al fondo del asunto, según que éste sea de derecho público o privado: lo primero corresponde a aquellos tribunales, lo segundo al Poder Judicial, que, de este modo, es el juez de la Administración Pública en tanto que sujeto común, bajo el imperio del derecho privado. “Desde que la solución del litigio radica en una regla de derecho público, corresponde a la jurisdicción administrativa. A la inversa, es de la jurisdicción judicial si el litigio plantea cuestiones de derecho privado” (Auby et Drago, op. cit. tomo I, pág. 329).

Dentro de esta summa divisio, la jurisdicción administrativa francesa se reparte en dos grandes competencias, llamadas objetiva de anulación y subjetiva de plena jurisdicción (también conocida como jurisdicción de indemnización o de derechos subjetivos).<sup>(62)</sup> En la primera se discute la legalidad de los actos de la Administración Pública y en la segunda la lesión de derechos subjetivos del ciudadano, generalmente con base, en este último caso, en relaciones contractuales o generadas por hechos ilícitos extracontractuales de aquella. En la jurisdicción objetiva, también llamada del exceso de poder (por el nombre del recurso o acción utilizable dentro de la misma), el actor queda legitimado para actuar con sólo ostentar un interés legítimo (y en reconocer su existencia es cada vez más amplio y generoso el Consejo de Estado) y sólo se puede pretender la anulación de un acto, sin ninguna otra petición adicional. En el contencioso de plena jurisdicción se requiere de un derecho subjetivo para legitimarse y se puede pretender, además de la anulación del acto, la indemnización del daño causado al derecho subjetivo que se pretende lesionado. Los poderes del juez, en consecuencia, se limitan a la anulación del acto (en el caso del contencioso objetivo)

(62) Esta distinción interna de competencias contenciosas fue sabiamente repudiada por la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España (del 27 de diciembre de 1956), cuya Exposición de Motivo, sección 4, explica al respecto: “se imponía regular las pretensiones deducibles por las partes, lo que planteaba la cuestión de si era o no pertinente, recibiendo la técnica del Derecho Francés, instituir dos recursos distintos, calificados de anulación y de plena jurisdicción. La ley no lo ha considerado necesario ni conveniente, por varias y fundamentales razones”. (Procedimiento Administrativo General, Aranzadi, pág. 604).

Los artículos 22 y 23 de la L. J. C. nuestra, tomados de los artículos 41 y 42 de la Ley Española citada, consagran fielmente, sin embargo, los dos tipos de pretensiones y de sentencias, de anulación y de plena jurisdicción, pero desconocen tal criterio como base para una separación de competencias dentro de la jurisdicción contenciosa.

y, además, a la condenatoria de la Administración Pública al pago de la indemnización (en el contencioso de plena jurisdicción).

El sistema francés no ofrece, en absoluto, la posibilidad de otro tipo de pretensiones o sentencias condenatorias contra la Administración. La única condena posible es al pago de una indemnización. Esta legalmente prohibido que el Juez condene a la Administración Pública a hacer o no hacer algo, a soportar una intervención del Juez o del actor, o dar cosa distinta del dinero.<sup>(63)</sup> Esta imposibilidad se extiende hasta la fase de ejecución de sentencia, incluso ante la rebeldía de la Administración Pública a cumplir (si bien existen calificadas excepciones), y pese a un régimen jurisprudencial drástico para la inejecución del fallo.<sup>(64)</sup> Si la Administración Pública no ejecuta el fallo o dicta resoluciones incompatibles con el mismo, se abre la vía para nuevas acciones contenciosas, para anular el acto opuesto a la cosa juzgada (que se equipara a la ley para este efecto), para sentar la responsabilidad de la Administración Pública (desde luego que la inejecución constituye falta de servicio) y, eventualmente, para hacer responsable al servidor agente (pues la inejecución puede constituir, cuando reviste extrema gravedad, una falta personal, que se acumula a la de servicio) ante la jurisdicción judicial ordinaria. Todavía más, si se ejecuta un acto anulado surge lo que allá califican como vía de hecho, el acto pierde su carácter administrativo y el Juez ordinario (judicial) adquiere jurisdicción sobre el mismo, como si fuera el acto personal de un particular, y en esa única hipótesis aquel puede ordenar a la Administración Pública hacer, no hacer, soportar o dar algo que no sea dinero.<sup>(65)</sup> Pero fuera de esta restringida hipótesis, el ciudadano francés carece de toda acción para imponer un acto, acción u omisión a la Administración Pública en su calidad de tal y debe conformarse con el equivalente en dinero. Todo lo cual se une al hecho de que no hay ejecución forzosa ni apremio contra el patrimonio de la Administración, que es inembargable y no puede reputarse, siguiendo el principio común en derecho privado, como prenda de los acreedores, lo que se ha extendido no sólo a la acción privada institucional del Estado (servicios públicos industriales y comerciales) sino, incluso, al patrimonio

(63) Rivero, op. cit. pág. 198; Vedel, op. cit. pág. 383; Marcel Waline, Droit Administratif, pág. 267; Laubadere, op. cit. tomo I, pág. 427; Auby et Drago, op. cit. págs. 149 y 150, tomo I; Charles Debasch, Droit Administratif, págs. 447 y 488.

(64) Auby et Drago, op. cit. tomo III, pág. 219; Laubadere, op. cit. tomo I, pág. 429.

(65) Laubadere, op. cit. tomo I, págs. 402, 405, 406, 430.

privado del Estado.<sup>(66)</sup> Para las colectividades locales el embargo y el apremio son posibles, pero están sujetos a autorización del Prefecto (Jefe de la Administración Pública nacional a nivel de Departamento en Francia), que la da discrecionalmente y que casi nunca la da. Todo lo que sea dar órdenes a la Administración Pública o disponer en alguna forma sobre la solución positiva de un caso administrativo, después de anulado el acto, se interpreta como una suplantación de la Administración por el Juez y naturalmente prohibido.<sup>(67)</sup>

De este modo, en el Derecho Francés y en su sistema de doble jurisdicción, sólo son posibles contra la Administración Pública acciones constitutivas de anulación y condenatorias de indemnización, y están prohibidas todas las demás.<sup>(68)</sup>

(66) Vedel, op. cit. 381 y 382, donde el autor hace notar la absoluta generalidad de la regla de inembargabilidad que se aplica lo mismo a muebles que a inmuebles, de dominio público o privado, de entidades públicas administrativas o mercantiles, sea del juez administrativo o del juez ordinario que se pretende el apremio.

(67) Auby et Drago, op. cit. tomo I, pág. 148.

(68) En general la doctrina francesa acepta la existencia de acciones declarativas contra la Administración Pública, principalmente en el juicio por remisión sobre la validez de un acto administrativo (que sirve los casos de prejudicialidad administrativa surgidos ante el Juez ordinario, supuesto en que este último no puede decidir y tiene que remitirse al juez administrativo, después de suspendido el curso del juicio) y en el proceso sobre esa misma legalidad a título puramente declarativo planteado por vía de acción principal. Véase al respecto Auby et Drago, op. cit. tomo II, págs. 392, 393, 407 y 408.

En Italia la solución parece ser la misma, aunque no con igual amplitud. Véase Aldo Sandulli, *Il Giudizio Davanti al Consiglio di Stato e ai Giudici Sottordinati*, págs. 143 a 145 y 414; Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Tomo II, pág. 152; Luigi Montesano, *Amministrazioni e Processo*, pág. 25.

En España se pronuncia en contra la obra colectiva de Trujillo, Quintana y Bolea. Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo, tomo I, pág. 696, en lo que cuenta aparentemente con el apoyo de González Pérez, op. cit. tomo II, pág. 407, y de José García Trevijano Fos, *Acotamiento Cualitativo de la Pretensión Contencioso Administrativa y Desviación de Poder en el Sistema Español Vigente*, *Rev. de Administración Pública* N° 38, pág. 15.

Es nuestro criterio que en Costa Rica caben, sin lugar a dudas, las pretensiones y sentencias meramente declarativas y sin ningún ulterior efecto contra la Administración Pública, acciones y sentencias que tienden a lograr única y exclusivamente la declaración con fuerza de verdad legal de la existencia de una situación jurídica, objetiva o subjetiva, con la Administración sin anular el acto, sin reconocer derechos subjetivos, y sin condenar a nada a la Administración Pública. Esa posibilidad está habilitada en Costa Rica no sólo porque no hay norma alguna que la prohíba, sino, sobre todo, porque la redacción del artículo 22 de nuestra L.J.C., igual en esto al artículo 28.1 de la española, lo deja entender claramente cuando dice que el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a derecho "y, en su caso, la anulación de los actos", si es que el actor así lo pidió, con evidente implicación de que pudo no hacerlo; y no vale decir, como lo dice la obra colectiva citada, que el "en su caso" es para la hipótesis de que el acto sea ilegal y anulable, dada la posibilidad de que no lo sea, existente al momento de plantearse la demanda; y no es válida la objeción porque el giro lo repite igual el artículo 62.a de la misma ley nuestra, equivalente al 84.a de la española, cuando se refiere a la sentencia estimatoria de la acción contenciosa, y entonces ya es cierto y seguro que el acto es anulable por ilegal (69), desde luego que la misma sentencia lo está diciendo así.

No hay ejecución coactiva de sentencia contra la Administración Pública y los fallos se limitan a enviar a la parte victoriosa para ante ella, con el objeto de que ésta se sirva proveer y disponer lo necesario para la ejecución del fallo, sin que existan, ni aún en esa vía, medios de constreñir a la Administración a hacerlo.

Dado que las limitaciones apuntadas afectan sobre todo los poderes del Juez administrativo, las mismas pueden tener difícil explicación en la independencia de la Administración frente a éste, que es parte de su planta orgánica, no obstante lo cual existen.

Esto es la mejor demostración de que tanta interferencia y peligro representa para la Administración Pública el Juez administrativo (orgánicamente) pero independiente en lo funcional, como el Juez judicial, dado que a aquel se le imponen prohibiciones de intervención en la máquina de la Administración que sólo serían explicables contra éste dentro de la interpretación antijudicialista de la división de poderes que alimenta el sistema francés.

## ii.—El sistema italiano.

Diverso es en Italia el criterio de distribución del trabajo litigioso en que va envuelta la Administración Pública, distribución que aquí es de jurisdicciones y no de competencias (internas dentro de un mismo sistema). Pues, en efecto, en Italia la partición se hace sobre la distinción entre intereses legítimos y derechos subjetivos, para atribuir al juez ordinario (judicial) el conocimiento de los litigios que versan sobre los últimos (derechos subjetivos) y al Juez administrativo (allá también dependiente del Poder Ejecutivo) el conocimiento de los que versan sobre los primeros.<sup>(69)</sup>

(69) En realidad el criterio que hoy emplean la jurisprudencia y parte de la doctrina italiana es doble, el del *petitum* (pretensión) y el de la causa *petendi* (origen de la pretensión, derecho subjetivo o interés legítimo); ver al respecto cualquier obra italiana de justicia administrativa: Zanobini op. cit. tomo II, págs. 115 y 116; Giovanni Miele, *Corso di Diritto Amministrativo*, de Federico Cammeo, pág. 710; Enrico Giucciardi, *La Giustizia Amministrativa*, págs. 65 a 70; Giannini, *La Giustizia Amministrativa*, págs. 97 a 103 y especialmente 101 y 102, y Sandulli, op. cit. págs. 58 a 62. Los dos últimos autores, sin embargo, hacen ver que el *petitum* (pretensión) no es criterio discriminante entre ambas jurisdicciones, como sí lo es, en cambio, la presencia o ausencia de derecho subjetivo o interés legítimo, razón por la cual hemos aludido únicamente a esta causa *petendi* como determinante de la división entre ambas jurisdicciones. Para una definición del interés legítimo ver Eduardo Ortiz, *Situaciones Jurídicas Administrativas*, *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 18, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Definimos el interés legítimo en la siguiente forma: "el interés legítimo es la expectativa de una utilidad sustancial, eventualmente derivable —pero no exigible— del ejercicio de las potestades de la Administración, en beneficio del destinatario de los actos de ésta o de un tercero (llamado "interesado"), nacida de una posición diferenciada (jurídicamente o de hecho) del administrado frente aquella, y protegida por la posibilidad de restaurarla mediante la anulación, en la vía administrativa o jurisdic-

La índole del derecho objetivo de fondo, público o privado, no es determinante, pues el Juez ordinario conoce de cualquier litigio de derecho de la Administración Pública, a condición de que verse sobre derechos subjetivos, en tanto que el Consejo de Estado y sus tribunales subordinados (Juntas Provinciales administrativas y, ahora, tribunales administrativos regionales), conocen sólo de lo que tenga relación con los intereses legítimos. Y, como en Francia, sólo son posibles dos tipos de acción ordinaria, fuera de la declarativa (la cual última, como vimos en nota 68, no tiene acogida en la jurisprudencia italiana), que son la constitutiva de anulación y la condenatoria a una suma de dinero a título de indemnización, la primera ante el sistema administrativo de justicia, la segunda ante el juez ordinario (judicial). Sobre la base de una interpretación enteramente reproducida de la francesa,<sup>(70)</sup> el sistema italiano considera que ningún juez —ni judicial ni administrativo— tiene potestad suficiente para condenar en vía ordinaria a la Administración a hacer o no hacer, soportar o dar algo (específico) que no sea dinero, como tampoco para suplir a la Administración y dictar los actos sustitutivos del anulado, reformándolo o rehaciéndolo.<sup>(71)</sup> El Juez ordinario puede desaplicar el acto ilegal para el caso concreto, pero nunca hacerlo por vía principal y a título de sentencia. Todo lo cual tiene que ser estrictamente entendido en relación exclusiva con la actividad de Derecho Público de la Administración, pues, en efecto, la doctrina y jurisprudencia italianas son casi unánimes en sostener la inexistencia de tales limitaciones del Juez ordinario frente a la Administración Pública cuando se trate de conducta de ésta que sea privada o sujeta al Derecho Privado, dado que en tal hipótesis el Juez (judicial) tiene todas las potestades que ostenta ante un particular y puede hacerlo todo, incluso sustituirse a la Administración (si es necesario).<sup>(72)</sup>

cional, de los actos administrativos ilegítimos que la frustren o la hagan imposible". (pág. 91). Esta fuera de este trabajo una recapitulación de la polémica existente, todavía ardorosa, sobre el concepto, clases y efectos del interés legítimo, sobre todo en Italia, donde, por lo dicho, su importancia es capital como criterio de distinción entre jurisdicciones administrativas. Para un examen exhaustivo del tema véase Aldo Piras, *Interesse Legittimo e Processo Contenzioso-Administrativo*, tomo I, pág. 8.

(70) Ver Sandulli, *Consistenza ed Estensione del Obbligo dell'Autorità Amministrativa di conformarsi al Giudicato*, págs. 18 y 19, lo mismo que su otra obra citada, pág. 5; y sobre todo, Giannini, op. cit. pág. 108.

(71) Giannini, op. cit. pág. 109; Zanobini, op. cit. pág. 147, tomo II; Montesano, op. cit. págs. 19, 21, 23.

(72) Giannini, op. cit. pág. 123; Montesano, op. cit. pág. 42.

Pero hay en el sistema italiano dos diferencias fundamentales respecto del francés, que garantizan una mejor tutela al ciudadano frente a la Administración, a saber: a) Hay una fase de cumplimiento del fallo contra la Administración en la que el Juez administrativo tiene jurisdicción de mérito (o de oportunidad) y puede dar órdenes de todo tipo a la Administración y aun sustituirse a ella, dictando los actos que ésta debería adoptar para cumplir el fallo firme dictado. b) Son embargables y están sujetos a procedimientos de apremio los bienes de dominio privado de la Administración.<sup>(73)</sup>

Lo primero ocurre en el llamado juicio de "Ottemperanza", proceso especial conducido ante el Consejo de Estado, para que la Administración Pública adapte la realidad al fallo, tanto del Tribunal Ordinario como del Administrativo, juicio que conlleva una jurisdicción de mérito u oportunidad, que permite al Juez (Consejo de Estado) no sólo juzgar la legalidad de la negativa de la Administración al cumplimiento de la sentencia, sino también su oportunidad, con la potestad de sustituirse a ella.<sup>(74)</sup>

De este modo, el actor victorioso en una demanda de anulación o de responsabilidad contra la Administración Pública, después de que el Juez ha declarado en firme haber lugar a la misma por ser ilegítimo el acto o el daño producido por aquella, puede dirigirse a la Administración vencida para que lo anule y dicte el correcto y legal, y si la Administración se niega, el particular puede ir al Juez administrativo, para que éste la condene a hacer lo necesario con el fin de ajustar la realidad de su conducta y organización a la sentencia; y el Juez Administrativo podrá hacerlo todo para lograr ese cometido, excepto llegar a la ejecución física coactiva de sus órdenes, instrucciones o actos sustitutivos frente a la Administración.<sup>(75)</sup> El sistema italiano de justicia administrativa, si bien no permite pretensiones ni sentencias de condena a hacer, no hacer, soportar o dar cosa distinta del dinero, en vía ordinaria y principal, va más allá que el francés, porque ofrece un proceso especial y posterior a la firmeza del fallo contra la Administración, tanto del Juez Adminis-

(73) Zanobini op. cit. tomo II, pág. 172; Montesano op. cit. págs. 128 a 133; Giannini, op. cit. pág. 128.

(74) Sandulli, *Consistenza et Estensione...* pág. 64; Sandulli, *Il Giudizio...* págs. 175 y 176; Giannini, *Contenuto e Limiti del Giudizio di Ottemperanza*, págs. 136, 144 y 146.

(75) Giannini, *Contenuto e Limiti...* págs. 150 y 151.

trativo como del Judicial, para lograr su ejecución y la adaptación al mismo de la realidad preexistente, hasta llegar a la sustitución de ella, de ser necesario, sin perjuicio de cursar todas las órdenes y mandatos que se requieran.

La frustración final surge cuando se advierte que aún en ese especial juicio no hay ejecución forzosa de obligaciones de hacer, no hacer, soportar o dar, y que, en su lugar, el actor tiene que conformarse con la indemnización sustitutiva, para obtener la cual tendrá que entablar una nueva acción ante el Juez Judicial, pidiéndole la condenatoria de la Administración al pago de una suma líquida, a título de daños y perjuicios causados por la contumacia administrativa.

Debe hacerse notar, por otra parte, que el juicio de "Ottemperanza" sólo es posible cuando la Administración se niega totalmente a cumplir los fallos firmes, porque si, a la inversa, ejecuta parcialmente o mal, aquel proceso especial no puede tener cabida.<sup>(76)</sup> De este modo la fuga hacia el incumplimiento impune está en mano de la propia Administración, que puede dictar cualquier acto desajustado a la sentencia, pero dirigido a cumplirla, e impedir, por esa vía, el nacimiento del juicio de "Ottemperanza" posterior.

### iii.—Conclusiones:

En síntesis: en Francia no hay posibilidad —ni aún en la fase de conformación de la realidad a los dictados de fallo firme— de condenar a la Administración Pública a hacer, no hacer, soportar o dar algo (que no sea dinero), y menos aún la posibilidad de obtener la ejecución coactiva sobre cosas o personas de la Administración, con lo que el ciudadano queda expuesto a la conversión de su obligación de conducta específica en otra de indemnización, necesariamente insatisfactoria. En Italia la fase posterior a la terminación del juicio por sentencia —sea del Juez ordinario, sea del administrativo— permite abrir un nuevo proceso especial, de mérito (porque se juzga la oportunidad y no sólo la legalidad de la conducta de la Administración), que puede conducir a ordenar a la Administración todo lo necesario para que adapte y acondicione su organización y funcionamiento a la regla de derecho acogida por el fallo, con la potestad para el Juez Administrativo de sustituir a la

Administración y dictar en lugar de ella los actos necesarios para esa adaptación. Pero no hay posibilidad ninguna de adoptar medidas reales de coacción contra la Administración, ni contra sus servidores, ni contra su patrimonio, salvo el caso de los bienes de dominio privado, que son susceptibles de embargo y apremio.

En ambos sistemas —el francés y el italiano— las únicas pretensiones y sentencias contra la Administración, en vía ordinaria, son las de anulación y de indemnización. No se permiten otras acciones constitutivas, ni las de condena. En ambos sistemas es posible que la Administración pueda denegar la ejecución del fallo, mediante pago de la indemnización debida,<sup>(77)</sup> lo que, sin embargo, es controvertido en Italia,<sup>(78)</sup> aunque pacífico en la jurisprudencia.

### iv.—Situación de las acciones de condena y de la ejecución de sentencias contra la Administración en Costa Rica.

#### a) Las acciones de condena.

Los artículos 22 y 23 de L.J.C. dan la clave de ubicación de las acciones y sentencias de condena contra la Administración en Costa Rica. En efecto: el artículo 22 contempla las pretensiones declarativas y de anulación (constitutivas por extinción del acto y de sus efectos). Y el artículo 23 complementa al anterior, sentando la regla de que es posible, además, pretender el "reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas pertinentes para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda".

No creemos pueda ser más neta la toma de posición respecto a los sistemas francés e italiano. Se consagran claramente las dos competencias clásicas de la justicia administrativa, en vía ordinaria, de cada uno de aquellos ordenamientos, a saber: el contencioso de anulación y el contencioso de plena jurisdicción, que permite lograr la indemnización de daños y perjuicios. Esto es sobradamente claro. Pero —y aquí está la diferencia fundamental, perfectamente captada y puesta de relieve por los términos de las normas en cuestión— el artículo 23 hace posibles otras dos pretensiones y pronunciamientos del Juez (judicial en Costa Rica):

(77) Giannini, *Contenuto* . . . págs. 136 a 138.

(78) Sandulli, *Consistenza* . . . págs. 39 y 40, 61 y 62.

(76) Giannini, *Contenuto e Limiti* . . . págs. 147 a 149.

a-i) El reconocimiento de una situación jurídica individualizada, constitutiva de derecho subjetivo.

a-ii) La adopción de las medidas necesarias para su restablecimiento, que no se agotan en la condenatoria a daños y perjuicios, puesto que ésta será sólo una "entre ellas", lo que implica la posibilidad de otras condenatorias de hacer, no hacer, soportar o dar (cosa distinta del dinero).

Todo lo cual queda sobradamente definido y confirmado por el artículo 62 incisos a y b, que dispone:

Artículo 62) Si la sentencia acogiere la acción:

- a) Declarará no ser conforme a derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o la disposición impugnados;
- b) Si se hubieren deducido las pretensiones a que se refiere el artículo 23, reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para su pleno restablecimiento y reconocimiento.

Luego, en Costa Rica, son perfectamente posibles en sentencia contenciosa cualesquiera condenas contra la Administración, en su calidad de tal y actuando bajo su régimen especial y exorbitante de derecho administrativo (y no sólo cuando lo hace como particular y bajo el derecho privado), sean condenas a hacer, no hacer, soportar o dar (cosa distinta del dinero), en el ejercicio de su función administrativa. Doctrina y jurisprudencia están concordes en que las normas citadas (iguales en España) abren una posibilidad no limitada ni calificada de acciones de condena contra la Administración Pública.<sup>(79)</sup>

(79) Véase González Pérez, op. cit. págs. 410 y 411, Tomo II; Trujillo y coautores, op. cit. págs. 701, 702 y 703, Tomo I, donde se hace ver claramente que "las pretensiones de esta clase (de condena) hay que entenderlas subsumidas hoy en las de conocimiento de situación jurídica individualizada y adopción de medidas adecuadas al restablecimiento de la misma", pág. 703.

En cuanto a la jurisprudencia son múltiples los casos de condenas de hacer o no hacer que han dictado nuestros tribunales en vía ordinaria con la Administración Pública lo mismo que aquellas en que se la condena a pagar una suma de dinero como equivalente, por ser ya materialmente imposible el cumplimiento específico de la obligación de conducta violada por la Administración. Ver estas sentencias de Casación: N° 96 de las 14 hs. 15 minutos del 24 de octubre de 1963, II sem., II T., págs. 591 a 654; N° 14 de las 15 hs. 45 minutos del 4 de marzo de 1964, I sem., I T., pág. 208; N° 15 de las 16 hs. del 4 de marzo de 1964, I sem., I T., págs. 229 a 242; N° 44 de las 15 hs. 15 minutos del 3 de junio de 1964, I sem., II T., págs. 673 a 686; y, N° 30 de las 10 hs. 30 minutos del 19 de abril de 1965, I sem., I.T., pág. 471.

b) La ejecución de sentencias condenatorias no pecuniarias. Queda corroborado lo anterior con el artículo 76 ibidem, que dispone:

"Artículo 76)

Firme la sentencia, el Tribunal dictará o dispondrá, a solicitud de parte las medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución."

Contra la doctrina española formada alrededor de un precepto parecido a éste último,<sup>(80)</sup> consideramos que tales normas pueden dar lugar a la ejecución coactiva de la sentencia —contra la Administración—, siempre que se trate de condena de dar o hacer, de objeto fungible, por ser posible la ejecución sustitutiva (por otro) de la prestación de la Administración, que debió darse y no se dio, naturalmente a costa y riesgo de ella.<sup>(80 bis)</sup> Es evidente, en efecto, que si la sentencia ha ordenado la construcción de un ramal de un ferrocarril a la Administración que indebidamente lo había levantado, el Juez podría, si la Administración no lo hiciera, llevarlo a cabo por su cuenta y cobrarle después los costos; como también podría el Juez, si la Administración omitiera un acto totalmente reglado, ante la rebeldía de ésta en dictarlo dentro del plazo que él le señalare al efecto, hacerlo en su lugar, utilizando la fuerza si fuere necesario, para llevar a verdadera efectividad el acto así dictado.

En Costa Rica el art. 153 de la Constitución consagra el monopolio de la jurisdicción por el Poder Judicial e incluye dentro del amplio concepto de ésta la potestad del Juez para ejecutar por sí las sentencias que dicte, con apoyo de la fuerza pública si fuere necesario. El art. 140 ibidem pone a cargo del Presidente de la República y del respectivo Ministro (de Seguridad o de Gobernación, según el cuerpo de policía de que se trate) el: "Ejecutar y hacer cumplir todo cuanto resuelvan o dispongan en los asuntos de su competencia los Tribunales de Justicia, a solicitud de los mismos", para sentar después la responsabilidad en que podría incurrir

(80) González Pérez, op. cit. Tomo II, pág. 421; Trujillo y coautores op. cit. pág. 704, y págs. 692 y 693, Tomo II. Pero la concordancia no es plena y puede leerse una discrepancia en Nieto, La Inactividad . . . págs. 118 a 121, Rev. de Administración Pública N° 37.

(80 bis) En general las obligaciones de soportar u omitir son personalísimas e incoercibles, pero puede imponerse la cesación coactiva de su violación. En caso de soportar con o en la propia persona, la obligación es claramente incoercible tanto como su violación, salvo texto expreso de ley en contra.

esos altos funcionarios del Gobierno: "cuando impidan o estorben las funciones propias del Poder Judicial" (art. 148 *ibídem*). Todo lo cual nos permite decir que aunque el Poder Ejecutivo sea actualmente el único que dispone de fuerza pública en Costa Rica, es el Juez el llamado a proveer lo necesario para su empleo cuando se trata de ejecutar y hacer cumplir sus fallos y resoluciones, como la verdadera autoridad de la ejecución. En tal hipótesis la fuerza pública sigue a disposición del Poder Ejecutivo, pero éste se halla obligado como tal a utilizarla en bien del acatamiento a las resoluciones y sentencias judiciales, aun si se dan contra ella misma. Es la Administración la que ejecuta, pero es el Juez quien dispone y ordena. En consecuencia: en Costa Rica es constitucionalmente posible que haya ejecución forzosa o coactiva de fallos firmes contra la Administración, salvo excepción a texto expreso de ley, en la medida en que la fuerza pública sea un instrumento para lograr la eficacia real de los fallos judiciales, lo que está obligada a ser por la Constitución y por la competencia constitucional propia del Juez para ejecutar sus fallos y resoluciones, dictando las órdenes pertinentes.

Ello no obstante, el sistema descrito es una forma de platonismo institucional, pues en realidad la Administración ejecuta sólo lo que quiere.

En general, la ejecución coactiva y sustitutiva de sentencias condenatorias contra la Administración Pública, contentivas de mandatos de hacer, no hacer o dar (cosa distinta del dinero), encontrará a su paso, aún allanada la posibilidad constitucional y legal de que esa ejecución se dé, dos obstáculos insalvables, a saber:

6-i) La ejecución específica o cumplimiento forzoso de obligaciones es posible sólo cuando la prestación debida es reglada y fungible respecto de la de un tercero, y es claramente imposible cuando —como ocurre en la mayor parte de los casos con la Administración— se trata de imponer la adopción de conductas administrativas discrecionales o personalísimas (sean actos, comportamientos u omisiones), aunque sólo lo sean parcialmente, pues en tal caso el Juez queda incapacitado —y con mayor razón un tercero cualquiera— para realizar coactiva o sustitutivamente lo debido, porque ello equivaldría a una auténtica suplantación de la Administración en lo que es más delicadamente típico y propio de su

función;<sup>(81)</sup> sólo restaría al actor la acción resarcitoria por equivalente económico, que podría lograrse —en mi concepto— en la propia vía de ejecución de sentencia, sin necesidad de nuevo juicio ordinario.

b-ii) La ejecución coactiva de lo ordenado en ejecución de sentencia, para hacer efectiva la condena, será prácticamente imposible cuando la fuerza pública se halle totalmente en manos de la Administración, puesto que ésta normalmente no ejercerá la coacción contra sí misma. Sin policía judicial y sin ejecución judicial de la sentencia firme, el cumplimiento del fallo es un azar librado al capricho de la Administración y el resultado será normalmente contrario a la justicia, como normalmente lo es ahora. La única vía adecuada para salvar la justicia administrativa de la arbitrariedad de la Administración, es la creación de la policía judicial para la ejecución coactiva de las sentencias contra ella, lo mismo que el expreso conferimiento de potestades al Juez para sustituirse a la Administración, aun en lo discrecional, con el fin de hacer posible esa misma ejecución.<sup>(82)</sup>

c) La ejecución de sentencias condenatorias pecuniarias.

En cuanto a la ejecución de sentencias por suma de dinero, la misma se encuentra detalladamente regulada en los artículos 77 y siguientes de la L.J.C.

(81) Giannini, *Contenuto* . . . pág. 146; Federico Cammeo, *Corso di Diritto Amministrativo*, nota de Giovanni Miele, pág. 708.

(82) La tendencia moderna es hacia la sustitución por el juez de la inercia administrativa, que puede darse lo mismo por total inactividad que por denegación expresa o tácita de una petición de un particular para que la Administración haga algo debido. La nueva técnica —que ya no es tan nueva— consiste en permitir o bien que el juez, constatada la inercia de la Administración, avoque el asunto administrativo, lo instruya y después dicte la resolución administrativa en lugar de la usual sentencia (sistema que es el suizo, con la llamada "jurisdicción de origen"); o bien que el juez llegue normalmente a sentencia y, sin ninguna intervención que lo impida, condene a la Administración a un hacer o dictar, anulando el acto denegatorio (expresa o presuntamente) o imponiéndole cesar en su inactividad. Para una explicación amplia del tema de la inactividad administrativa frente a la jurisdicción contenciosa, véase Nieto, *La Inactividad de la Ad. Pub.*, *Rev. de Ad. Pub.* N° 37 especialmente las páginas, referentes a Alemania y Suiza, donde da cuenta de las innovaciones introducidas en los respectivos sistemas jurisdiccionales para lograr el enjuiciamiento de fondo, ya no sólo del tradicional acto (administrativo) previo, sino también de la inactividad, inercia o comportamiento negativos de la Administración. Por su parte, la nueva ley de la jurisdicción contenciosa de Alemania dispone expresamente: Artículo 42: Al Tribunal se puede pedir la anulación de un acto administrativo (acción de anulación) o la condena de la Administración a la emanación de un acto denegado o no dictado (acción de condena)".

Y dispone luego el artículo 113, párrafo final: "si la denegación o la no emisión del acto administrativo son ilegales y por ello el actor ha sufrido agravio en sus derechos,

La medida clave para lograr la ejecución administrativa de la ejecutoria líquida está arbitrada por el artículo 78 incisos 1 y 2 de la L.J.C. y consiste en paralizar la aprobación y ejecución del presupuesto de la Administración condenada, previa comunicación de la condenatoria por el Juez a la Oficina de Presupuesto y a la Contraloría General de la República, si en los presupuestos respectivos "no se contempla partida necesaria para el cumplimiento de la sentencia o sentencias".

La ejecución está garantizada, además, por la obligación de la administración de pagar intereses moratorios por todo el tiempo que dure la mora (artículo 79), aunque la sentencia nada disponga al respecto. Habrá responsabilidad, eventualmente penal<sup>(83)</sup>, del servidor culpable por la no ejecución voluntaria de la sentencia firme, inejecución que —según la doctrina francesa, enteramente aplicable, pero no aplicada todavía en Costa Rica— constituye una falta de servicio, capaz de generar responsabilidad a cargo de la Administración.

Es bien claro, por otra parte, que la L.J.C. no permite embargo ni apremio contra el patrimonio de la Administración, aunque sea de dominio privado, por el simple hecho de no autorizarlo expresamente cuando regula el cobro de sentencias líquidas contra ella. La omisión es tan grave que no puede ser casual y obedece a razones de sistema. El silencio de la ley (artículos 77 y siguientes) es indicativo de que tal medio de ejecución no cuenta entre los disponibles contra la Administración Pública, lo que resulta confirmado con la serie de medidas coactivas propias de este tipo de diligencias (como la comunicación de la sentencia a la Contraloría y a la Oficina de Presupuesto, con los efectos impedientes arriba dichos; la drasticidad de las penas contra el funcionario culpable de inejecución, etc.), que serían innecesarias si fuera posible el embargo y apremio de bienes contra la Administración deudora. Es esta omisión de la ley fundamental de la justicia administrativa en Costa

el Tribunal declarara la obligación de la autoridad de adoptar el comportamiento solicitado, si la cuestión está madura para su decisión. Si así no es, el Tribunal declarará la obligación de la Administración de decidir con observancia de las directrices que le dé el Tribunal para el caso".

(Ver Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico, año 1962, Nº 1, págs. 143, 144 y 163.)

(83) Artículo 81.5: A falta de normas más severas, la inejecución de la sentencia será castigada con prisión de uno a cinco años. 6—Los funcionarios culpables no podrán gozar de los beneficios de la libertad provisional, suspensión de la pena, libertad condicional o indulto, ni podrán desempeñar cargos públicos durante cinco años después del cumplimiento de la condena".

Rica, mucho que más los textos que usualmente se invocan al respecto, lo que indica que no hay aquí embargo ni apremio sobre bienes de la Administración, sea cual fuere la naturaleza y destino de éstos, y que la ejecución, cuando de sentencias líquidas se trate, sólo puede quedar librada a la voluntad de aquella, bajo la presión del Juez y de las medidas coercitivas indirectas antes dichas.

En varios sistemas se suele otorgar una potestad discrecional a la Administración para ejecutar (o no) el fallo firme, atendiendo intereses públicos de presunta mayor altura que la legalidad administrativa y la santidad de la cosa juzgada, que pretenden pasar por encima de ésta, aunque sea pagando la indemnización debida al administrado victorioso, quien después se ve frecuentemente frustrado ante la morosidad de la Administración. Ello es posible en Francia, Italia y España<sup>(84)</sup> y sólo en este último sistema han sido tasados legalmente los intereses públicos que pueden legitimar la no ejecución del fallo. Nuestra ley de lo contencioso rechazó tal posibilidad, por encontrarla opuesta a la existencia de un Estado de Derecho, donde no hay ni debe haber interés ni valor más altos que los de la legalidad, sobre todo administrativa, jerarquía axiológica reconocida incluso por la mayoría de los autores franceses, quienes no critican, sin embargo, la inejecución discrecional, abierta y sin motivo tasado vigente en su país (véase de Laubadere, op. y 236).

Nuestra L.J.C. permite, en cambio, la adecuación de plazo para pagar un crédito contra la Administración, en el caso de que el pago total en un solo acto pueda trastornar la hacienda de la entidad y alterar su buena marcha (art. 79, 4 *ibidem*), y autoriza la suspensión del fallo cuando la condena recaiga sobre un bien que debe expropiarse por la misma o por otra Administración, siempre y cuando la interesada prometa iniciar el correspon-

(84) En Francia, el famoso arret Couiteas del Consejo de Estado (consolidado como jurisprudencia con otro llamado "La Cartonnerie et Imprimerie Saint Charles, Consejo de Estado, 8 de junio de 1938) sentó la posibilidad para la fuerza pública y sus superiores de no ejecutar una sentencia, contra pago de indemnización, sea a título de dolo o culpa grave o a título de reparación causada por un acto *legítimo* de la Administración. Ver. M. Long, P. Weil et G. Braibant, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, pág. 352. Hemos visto en Italia el funcionamiento del famoso proceso de "ottemperanza", juicio de mérito, donde se discute básicamente la oportunidad de ejecutar o no la sentencia firme, con eventual resultado desfavorable para la ejecución, naturalmente contra pago de la indemnización respectiva. En España el artículo 105 de L. C. permite que el órgano a quien corresponde ejecutar, pueda adoptar una de tres medidas: cumplir el fallo, suspenderlo o no ejecutarlo, en los últimos dos casos con intervención del Consejo de Estado y pago de la indemnización correspondiente.

diente trámite judicial de expropiación en los quince días posteriores a la solicitud de suspensión deducida por ella (art. 180,1 *ibídem*).

Fuera de tales hipótesis no hay posibilidad de que la Administración costarricense se separe de la fiel ejecución del fallo, ni por oscuridad del mismo, ni por imposibilidad financiera no traducida en una fundada y oportuna solicitud de suspensión de pago, ni mucho menos por intereses de tipo político o de un supuesto orden público, que, en la filosofía de la ley, serán inferiores y de segundo grado ante la santidad de la cosa juzgada y la necesidad de preservar la legalidad administrativa.

A) Consideración especial de los procesos de ejecución, de desahucio e interdictales.

i) Procesos de ejecución.

Hay normas que, sin alcance general para todo el sector público, prohíben el embargo y remate contra bienes de la Administración, pero no el proceso ejecutivo. Según González Pérez el proceso ejecutivo es aquel en que: "No se trata de discutir un derecho o la licitud de un interés, sino de procurar su satisfacción sin o contra la voluntad del obligado"; "de aquí que sea fundamental la existencia de un título que permita eludir la fase de cognición, porque su sola apariencia dispense de entrar en ella y presente como indiscutible, al menos de momento, el derecho a la tutela jurídica." (op. cit. Tomo II, pág. 418).

González Pérez concluye en que, dado el artículo 15 de la Ley de Administración y Contabilidad de España, de 1911, que prohíbe a los Tribunales despachar mandamiento de ejecución y dictar providencias de embargo contra las rentas y caudales públicos, no es posible sostener la posibilidad de procesos de este tipo contra la Administración en España, lo que resulta, además y sobre todo, de la redacción del artículo 110 de la L.J.C. de allá, que faculta al Tribunal para dictar, después del fallo y para hacerlo efectivo, únicamente medidas que promueven y activen la ejecución del fallo, sin garantizar por sí mismas dicha ejecución.

Garrido Falla discrepa de esta posición sin decirlo, pues ciertamente advierte que "lo que se prohíbe claro está, no es que se dicte sentencia declarativa del derecho del acreedor, sino que se despache mandamiento de embargo." (op. cite. Tomo II, pág. 29).

En otras palabras, la acción ejecutiva sería posible, a condición de que no se pidiera ni decretara embargo, ni se incurriera en procedimiento de apremio en ejecución de la sentencia contra la Administración. El cumplimiento del fallo quedaría librado a ésta, dentro de los límites de su presupuesto. Habría la ventaja, en todo caso, de los períodos abreviados del juicio ejecutivo común, así como del inmediato reconocimiento del derecho que el título ejecutivo apareja, y se entraría rápidamente en la fase de ejecución, sin vía de apremio, que se podría instrumentar, como en cualquier otro proceso, a través de providencias jurisdiccionales imperativas pero no coercibles contra la Administración. La tesis así planteada es sugerente, pero vale de poco en la práctica. Es cierto que pareciera quedar apoyada por este desarrollo en cuanto el mismo es favorable a la ejecución coactiva de sentencias contra la Administración, siempre que se trate de obligaciones fungibles de hacer, no hacer, dar (cosa distinta del dinero) o soportar, pero presenta desventajas que son obvias.

En primer término, no hay en C.R. título ejecutivo sin liquidez (art. 426 C.P.C.) y vimos ya que resulta claro de los arts. 76 y stes. de la L.J.C., que ésta no acepta el embargo ni el apremio para el cobro de sumas de dinero contra la Administración, lo que restaría efectividad al proceso ejecutivo y lo reduciría, de darse contra ella, a un juicio abreviado de condena sin ejecución forzosa, bastante peregrino. Se ejecutaría, pero no se cobraría.

En segundo término, hay normas que complementan y llenan de sentido el vacío dejado adrede por los arts. 76 y siguientes de la L.J.C. ya antes comentado, vacío que no es otra cosa que una significativa exclusión por omisión, que seguimos reputando el argumento principal y decisivo contra la posibilidad del apremio en daño de la Administración. Fuera de ese argumento capital, hay dos normas que expresamente prohíben el embargo contra el Estado, que son la ley N<sup>o</sup> 12 de 26 de septiembre de 1918<sup>(85)</sup> y

(85) La Ley N<sup>o</sup> 70 del 9 de febrero de 1925, declara la inembargabilidad de bienes del Estado en forma general. Dispone: Artículo Único: "Salvo las excepciones previstas en los contratos y convenios celebrados o que celebre el Gobierno, los bienes del Estado no son susceptibles de embargo". Tal ley fue precedida por otra de 26 de setiembre de 1918, que disponía en su artículo 1<sup>o</sup>: "Salvo las excepciones previstas en los contratos o convenios celebrados o que celebre el Gobierno, los bienes destinados a los servicios públicos del Estado, de los Gobiernos locales y de las Juntas de Educación no son susceptibles de embargo por sus acreedores particulares". Consideramos que la inembargabilidad general que consagran dichas normas respecto del Estado no es extensible a los otros antes públicos, pues obviamente la norma los excluye al referirse únicamente a una muy restringida parte de ellos, que son los

la N° 70 del 9 de febrero de 1925, cuya esfera subjetiva de aplicación se restringe al Estado, Municipios y Juntas de Educación, en la primera, y al Estado exclusivamente, en la segunda.

En tercer lugar, no parece posible deducir pretensiones ejecutivas autónomas en C.R. sin que se pida simultáneamente el embargo y la ejecución, que deberán ser decretados de inmediato por el Juez en el auto inicial para ser confirmados en sentencia definitiva, como se desprende de la relación entre los arts. 436, 437 y 465 del C.P.C., todo lo cual, por lo dicho, no es posible respecto de la Administración.

En síntesis: así como no es posible la ejecución coactiva de sentencias líquidas contra la Administración, pareciera no serlo, por evidente analogía, la existencia de procesos autónomos de ejecución o ejecutivos contra ella, desde luego que los mismos han de referirse siempre al cobro sumas de dinero, desembocar en sentencia necesariamente líquida y consumarse en una vía de apremio. Sólo parece posible, paradójicamente, la ejecución coactiva de sentencia firmes que contengan condenatorias a obligaciones fungibles o in natura de hacer, no hacer, soportar o dar (cosa distinta del dinero).

#### b.—Desahucios:

No hay norma alguna que los prohíba contra el Estado.

El artículo 16 de la Ley de Inquilinato (N° 680 del 3 de setiembre de 1945) excluye de aplicación de ésta los arrendamientos del Estado o de las Municipalidades, sin mencionar los de ninguna otra entidad pública, para dejar vigente respecto de aquellos el Código Civil. Dicha norma deroga los artículos 363 y 364 (ahora 281 y 282) del Código Sanitario, para impedir que el Estado (Ministerio de Salubridad) pueda desalojar administrativamente a las gentes pobres, pretextando inhabilitación del local por razones

Municipios y Juntas de Educación, siempre dentro del estricto marco que la misma norma señala, sea el destino actual y efectivo —no solamente decretado o virtual— del bien al servicio público. Puede decirse, por todo ello, que antes de la actual ley de lo contencioso eran inembargables únicamente: a) Los bienes del Estado sin distinción, salvo la introducida por los textos transcritos; b) Los afectos al servicio público de Municipios y Juntas de Educación. Todos los demás eran embargables, con la natural y necesaria salvedad de los del dominio público, que, como parte de éste, han estado siempre sustraídos a la persecución de acreedores por su índole misma de tales. La promulgación de la L. J. C. ha venido a cambiar radicalmente el panorama y ha implicado en su texto una inembargabilidad general a favor de toda Administración Pública, estatal o no.

sanitarias. Pero, en síntesis, tal norma no se refiere al Estado como inquilino, sino como propietario y arrendante, y aquí interesa su posición (del Estado) exactamente inversa (como arrendatario).

La jurisprudencia ha admitido y acogido acciones de desahucio contra el Estado y otras entidades públicas.<sup>(86)</sup>

Consideramos improcedente el desahucio contra el Estado cuando ello perturbe la buena marcha de la Administración en perjuicio del servicio público o, en general, de la comunidad. El principio de la continuidad de los servicios públicos es aplicable a toda actividad administrativa continua, aún si no es en directo beneficio del individuo, que más bien puede sufrir limitaciones con la intervención pública, como ocurre con la actividad de policía. En todo caso, ese principio exige la posesión efectiva de los medios de prestación del servicio, mientras son indispensables a ese efecto, aún si se trata de dominio privado de la Administración, y aún si son de dominio privado de un particular o de otro sujeto cualquiera, envuelto en aquella prestación por virtud de cualquier pacto con la Administración. Resulta incompatible con esa continuidad el lanzamiento coactivo del Estado por una cualquiera de las causales comunes de desahucio, si al hacerlo es necesario suspender el servicio por falta de local inmediatamente disponible.<sup>(87)</sup> Salvo la potestad de expropiación, el Estado carece en esta hipótesis de escudo defensor contra la Justicia, uno precisamente de los pocos casos en que ello resulta absurdo, por la subordinación que el lanzamiento y

(86) Resolución del Tribunal Superior Civil y de lo Contencioso Administrativo, N° 760 de 15 horas y 45 minutos del 16 de noviembre de 1971. En esta sentencia se acoge demanda de un Municipio contra el Estado, para el desalojamiento inmediato de un local de aquella, utilizado hacía varios decenios por éste para Biblioteca Pública del lugar sin pagar nada y sin contrato de arrendamiento, por pura tolerancia municipal. Aunque el personero del Estado alegó la perturbación del servicio público al que estaba afecto el inmueble, el Tribunal —con todo acierto— hizo ver que éste, como tal, no estaba acondicionado específicamente para prestar ese servicio, pues se trataba de una casa como cualquier otra, que podía ser sustituida a voluntad de la Administración, por abundar la oferta en el mercado. El bien de dominio público es la universalidad constituida por la Biblioteca como colección completa de libros, no el edificio en que está. Lo que es público y afecto al servicio es la biblioteca, nada más. No se hizo el argumento, que me parece capital en asuntos de este tipo, de que el lanzamiento coactivo del Estado podría ocasionar graves trastornos al servicio público, mientras se conseguía la nueva sede, aun si la actual era bien de dominio privado estatal.

(87) Rivero, op. cit. pág. 377, N° 463: "el servicio público responde, por definición a una necesidad de interés general; en consecuencia la satisfacción del interés general no puede ser discontinua, pues cualquier interrupción arriesga la aparición en la vida colectiva de los problemas más serios. La jurisprudencia ha dado a este principio el nombre de Principio de Continuidad del Servicio Público, en virtud del cual el servicio no puede tolear interrupciones".

el eventual trastorno causarían a un interés público de superior importancia, en el exclusivo beneficio privado del dueño arrendante. Frente a éste, la Administración conserva su potestad unilateral de decisión y hasta su potestad de ejecución forzosa de resoluciones, aún si ha contratado un arrendamiento común sujeto al Derecho Privado, pues el Estado ostenta siempre sus potestades de imperio en la medida en que sean indispensables para cumplir sus fines dentro de relaciones especiales, como la que guarda la Administración en un contrato frente a la contraparte. El Estado al contratar en esos términos no renuncia a dichas potestades, que son irrenunciables, sino que suspende su ejercicio, hasta que haya motivo legal para levantar la suspensión. La diferencia entre contrato privado y administrativo de la Administración es, como ha dicho un distinguido jurista (García de Enterría), una modulación del derecho, que pasa insensiblemente de lo privado a lo público. Pero es un hecho que la Administración no conserva iguales potestades frente al Poder Judicial ni a sus órdenes de lanzamiento, ante las cuales tendrá que doblegarse. La situación exige una reforma legislativa o un viraje jurisprudencial en Costa Rica.

### c.—Interdictos

No hay ley que prohíba los interdictos contra el Estado o la Administración, pero sí hay jurisprudencia que los estima inadmisibles contra ella en términos generales y aún la que remite el conflicto a la vía de amparo como si hubiera ataque a la propiedad y no a la posesión. Por definición, son acciones interdictales aquellas que tutelan la posesión como un hecho o un interés legítimo y en, todo caso, no como derecho subjetivo, por lo que en tal vía nada tiene que hacer la propiedad como garantía amparable, dado que es un verdadero derecho constitucional y quizá el más importante y protegido fuera de la libertad.<sup>(88)</sup>

Para las perturbaciones y despojos de la propiedad y de la libertad, como derechos fundamentales del individuo ante el Estado y la Administración, la jurisprudencia del Consejo de Estado fran-

(88) Artículo 653 C.P.C.: Los interdictos sólo proceden respecto de bienes raíces y de ninguna manera afectan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva. Por lo mismo no se admitirán en ellos discusión acerca de cuestiones de propiedad o posesión definitiva.

cés ha creado, en otras de sus grandes proezas pretorianas, la doctrina de la apropiación (*emprise*) y de la vía de hecho (*voie de fait*). En síntesis, hay “*emprise*” cuando la Administración se posesiona de un inmueble en forma ilegal o irregular, lo que hace al Juez judicial (ordinario) adquirir jurisdicción sobre el asunto y le permite incluso condenar a la Administración a la reparación del daño, aunque sin poder darle órdenes ni hacer cesar el ilegítimo despojo. Hay vía de hecho, en cambio, cuando la Administración se posesiona de un bien —mueble o inmueble— o perturba su posesión mediante la realización de actos manifiestamente insusceptibles de fundamentación en el ordenamiento jurídico. Esto ocurre no sólo cuando la Administración actúa materialmente sin un acto administrativo que, como manifestación imperativa de voluntad, regule y legitime su actuación material subsiguiente, sino también cuando el acto se da pero con manifiesta irregularidad. La consecuencia es que nuevamente aquí, como en el caso de la “*emprise*”, el Juez ordinario (judicial) adquiere jurisdicción sobre la materia del caso, pero, a diferencia de lo que ocurriría con la “*emprise*”, con potestades amplias para resolver, como si la Administración fuera un sujeto privado y su actuación una conducta común, sin ninguno de los privilegios ni inmunidades que en Francia suelen tener los actos administrativos frente al Poder Judicial. El Juez ordinario puede constatar, entonces, la existencia del entuerto, hacer cesar la situación ilegal creada por la Administración dándole cualesquiera órdenes conducentes, sustituirse a ella (si es contumaz) y condenarla al pago de daños y perjuicios. En otras palabras: con la vía de hecho la Administración emigra al mundo del súbdito y el Poder Judicial se convierte en autoridad con más poderes para hacerla estar a derecho, exactamente como si fuera un ciudadano y no fuera la Administración.

Muchas situaciones interdictales pueden quedar amparadas en Francia —y en los países que vivimos hereditariamente su sistema de Derecho Administrativo— por esta doctrina de la vía de hecho, cuando una propiedad inmueble es atacada, perturbada o desposeída por la Administración en tales condiciones de irregularidad e ilegalidad que puede decirse, como el Consejo de Estado afirma, que la conducta administrativa se presenta sin ninguna base en ley o reglamento conocidos. Si bien es cierto que normalmente la ejecución material de un acto inexistente —aunque to-

davía no declarado tal— configura una vía de hecho, puede darse el caso de actos inexistentes, pero ejecutados, que no entren en la categoría, como igualmente el de actos anulables pero manifiestamente tales que constituyen el evento. En Costa Rica la teoría de la vía de hecho es totalmente desconocida tanto en relación con la libertad como en relación con la propiedad, y frecuentemente intercambiada con la vía constitucional y excepcional del amparo, incluso en hipótesis no relacionadas con las garantías constitucionales (como la de los interdictos que protegen la posesión de hecho y no la posesión de derecho, ni, mucho menos, el derecho de propiedad).<sup>(89)</sup> Estimamos, ello no obstante, que la solución correcta para la ubicación y admisión de las acciones interdictales frente o contra la Administración, debe seguir la línea jurisprudencial marcada por la doctrina francesa de la vía de hecho, que hoy es acogida (sin su nombre) por la doctrina de otros avanzados sistemas.<sup>(90)</sup> En síntesis, cuando la Administración despoje

(89) André de Laubadere, op. cit. Tomo I, págs. 402 a 406; Marcel Waline, op. cit. págs. 439 a 441, sobre todo este último, quien da múltiples ejemplos de la voie de fait: arresto sin orden escrita; destrucción de propaganda en el acto del decomiso; orden de clausura del comercio fuera de feriados; expropiación con prescricencia total del trámite legal; invasión de una propiedad para plantar tendidos eléctricos sin orden ni procedimiento legal alguno; requisición de vehículos en iguales condiciones.

Giannini por su parte da ejemplos muy convincentes de la necesaria distinción que debe introducirse entre la situación interdictal en que la Administración Pública actúa como sujeto del derecho privado y aquella en que así no es, porque actúa con su capacidad de derecho público, y dice: "se acepte la hipótesis de una Administración propietaria "iure privato" de un inmueble, que alquila para obtener ingresos; si ella iniciara la perturbación de la posesión del vecino, no actuaría como autoridad pública, sino como particular que priva de la posesión o de la tranquilidad a otro particular: la jurisdicción sería del juez ordinario. Esto se aclara más todavía si la Administración que actúa no tiene poder para construir por sí misma ninguna obra". (La Giurisdizione Amministrativa, pág. 127).

El caso en que la autoridad actúa como tal es aquel inverso del Ministerio de Obras Públicas (competente para construir obras), que siguiendo defectuosamente los trámites legales para hacerlo se instala en una propiedad con el fin de coleccionar material (piedra, arena) para las obras, lo cual podría dar lugar a interdicto si no sólo se presentara una ilegalidad común (por la omisión parcial del procedimiento de ocupación temporal) sino otra grave y patente (como la omisión total del procedimiento). En este último caso —omisión total de procedimiento de parte— se daría una vía de hecho, la Administración perdería su calidad de ente público para el caso concreto y el juez podría amparar al particular con un interdicto. Caso opuesto y mientras la Administración se conserve dentro de un margen sustancial, aparente y efectivo de legalidad, el interdicto no cabría. En síntesis: el interdicto ante la Administración cabe o bien cuando ésta actúa sujeta al derecho privado, o bien cuando realiza actos administrativos que de tales tienen sólo el nombre, por ser inexistentes, absolutamente nulos o groseramente desvinculados del ordenamiento.

(90) Giannini, op. cit. pág. 127; Montesano, op. cit. págs. 140 a 145, especialmente 141, nota 5. En contra Zanobini, op. cit. pág. 148, quien sostiene la imposibilidad absoluta de la acción posesoria contra el Estado y la Administración, por razón del carácter público y presuntamente legítimo del acto, lo que no parece una buena razón de su tesis.

la posesión o la perturbe, habrá que hacer una distinción, entre su actuación bajo el derecho público y su actuación bajo el derecho privado: en este último caso cabrá el interdicto, en el primero solamente si hay vía de hecho o situación equiparable, sea cual sea el nombre que se le dé. En primer término, cabrá interdicto ante la Administración, aún si actúa bajo el derecho público o usando su capacidad pública, si el acto que origina su actuación material no existe, porque nunca se dictó o fue revocado o anulado. Pero, en segundo término, cabrá el interdicto aún si hubo acto previo de la Administración, base de la actividad material de ésta, si es inexistente, pues por regla general el vicio del mismo es notorio y flagrante; y cabrá el interdicto, además, si el acto no puede vincularse en forma alguna al ordenamiento, porque carece de toda relación con una norma cualquiera, que puede justificarlo. Cuando —como ocurre en España con el artículo 47 de su Ley de Procedimiento Administrativo— la nulidad de pleno derecho esté legalmente definida, la localización del caso interdictal tendrá ahí su principio, pues normalmente hay coincidencia entre ambas figuras, la nulidad así aceptada y la arbitrariedad administrativa. Pero, en todo caso y aunque así no sea, como no lo es en Costa Rica (donde el único sistema regulado de nulidades es el civil, mediante la técnica de la cláusula general)<sup>(91)</sup>, habrá hipótesis de nulidad administrativa absoluta y en ellas habrá que buscar en primer término la justificación del amparo interdictal contra la Administración Pública. Cuando la ejecutoriedad sea plena o completa, la intervención administrativa deberá darse a través de actos clara y manifiestamente ilegales, porque caso opuesto se reinstalará automáticamente la presunción de legitimidad, la coercibilidad del acto y la no suspensión de efectos por su impugnación (que ya vimos caracterizan la ejecutoriedad ad-

(91) Código Civil. Artículo 835.—Hay nulidad absoluta en los actos o contratos:

- 1.—Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia.
- 2.—Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene.
- 3.—Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces.

Artículo 836.—Hay nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos:

- 1.—Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular.
- 2.—Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes; y
- 3.—Cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces.

ministrativa), notas excluyentes de contramedida como el interdicto, de tipo esencialmente provisional, con igual función cautelar que el régimen de la ejecutoriedad del acto. Entre ambos regímenes provisionales —el de la ejecutoriedad y el interdictal— prevalece el primero, porque prevalece el interés público y, por ahí, la Administración. Actos inexistentes, absolutamente nulos o vías de hecho, todos son entidades equiparables normal, pero no necesariamente, para efectos de la protección posesoria contra la Administración.

Las conclusiones anteriores encajan en la concepción tradicional del acto administrativo en Costa Rica, necesariamente ejecutivo y ejecutable por la fuerza.

Si, como se verá, la ejecutoriedad en ese sentido entendida no es una nota necesaria del acto administrativo, sino eventual y a texto expreso, puede arribarse fácilmente a la conclusión de que hay actos administrativos no ejecutorios que, en consecuencia, no merecen el respeto judicial que impide o ha impedido en Costa Rica la acción interdictal contra la Administración, cuando esta actúa —como dicen los fallos citados— en su calidad de autoridad pública.

Si el acto no es ejecutivo el Juez no tiene razón alguna para darle fe pública y denegar la protección al particular lesionado con un despojo posterior o por mano de aquella, dado, que, en este aspecto, la Administración tiene igual posición que un ciudadano común: sus actos no ejecutorios no pueden lesionar la posesión que el ciudadano tenga de sus derechos (reales o personales) y la invasión o perturbación de la misma que la Administración realice configura una agresión ilegítima que debe poder repeler y que es una causa suficiente para pedir y obtener protección interdictal.

En cuanto a las defensas de la libertad, por la técnica de la vía de hecho, cabe decir que se trata de derechos supremos y sagrados, cuya tutela corresponde naturalmente a nuestra vía de amparo, diseñada y elevada con ese específico propósito a un alto rango de institución histórica y típicamente latinoamericana, de capital importancia para proteger los derechos constitucionales. El amparo constitucional debe defender y preservar sus predios frente a cualquier otra técnica sustitutiva de origen legal —como la vía de hecho— que pretenda lograr lo mismo o algo parecido. La técnica de la vía de hecho para proteger y salvaguardar la libertad, en lugar del amparo, sería una degradación institucional en Costa Rica.

i.3) Consideración especial de las exclusiones de potestad jurisdiccional por razón del tipo de conducta:

1.—Actos de Gobierno: No es cuestión de hacer aquí una doctrina del acto de gobierno, cuyo concepto y problemática sólo brevemente se pueden esbozar. Llámase acto de gobierno el del Poder Ejecutivo inmune —por su naturaleza política, históricamente varía y hasta contradictoria— al contralor de legalidad, no obstante estar sometido, como los actos administrativos comunes, a la Constitución y a la ley. El acto de gobierno se perfila fundamentalmente como una limitación o exclusión de la jurisdicción contenciosa por razón de la materia, base de una excepción de incompetencia por igual motivo (oponible ante el Juez del proceso contencioso correspondiente). La excepción es formal (o, en jerga procesal costarricense, “dilatatoria”), porque atañe a la competencia, uno de los presupuestos de validez del proceso; de previo y especial pronunciamiento (artículos 215 inciso 1 y 117 del C.P.C., y artículos 4 inciso b), 41, 50.1 a) y 60 a) de la L.J.C.) y, consecuentemente, impide entrar al fondo del asunto, que así escapa a todo contralor jurisdiccional, aún frente a las demandas de plena jurisdicción; y ello tendría que ser necesariamente así para quienes opinan (contra lo aquí sustentado) que también este tipo de contencioso implica necesariamente la anulación del acto, pues en tal caso el proceso no sería posible. El escollo podría evitarse obteniendo e impugnando una decisión negativa de un reclamo de indemnización, sin atacar la validez del acto de gobierno causa del daño. En tal condición el Juez podría anular el rechazo de la reparación pedida, que, como tal, nada tiene que ver con el acto de gobierno.

En Costa Rica, como en Francia, los actos de gobierno no son ya definibles teóricamente, por tratarse de actos listados, según una selección obediente a criterios dispares, generalmente históricos y dependientes de la evolución política de cada pueblo.<sup>(92)</sup>

Hoy por hoy sólo se admiten —en Francia como en Costa Rica— dos tipos de actos de gobierno: los de relaciones entre los Supremos Poderes (principalmente Ejecutivo y Legislativo: veto, convocatoria a sesiones legislativas extraordinarias, iniciativa del presupuesto, etc.); y los de relaciones internacionales (nombramiento de embajadores, ratificación de tratados, etc.).

(92) Long. Weil et Braibant, op. cit. págs. 17 y 18.

miento de embajadores, firma de tratados y convenios, declaratoria del Estado de defensa, etc.). En ambos casos (en Costa Rica a diferencia de Francia) el Estado queda sujeto a responsabilidad por el daño que cause el acto, aunque no se lo pueda anular como tal (ver artículo 4 inciso b) de la L.J.C., que excluye la materia de la jurisdicción, pero agrega: "sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes"). El Consejo de Estado francés ha optado por la línea de decisión opuesta, excluyendo el acto de gobierno del contencioso de indemnización y la posibilidad de que aquel, en lo sustantivo, pueda generar responsabilidades a cargo del Estado. Consideramos tal tesis atrasada y superada por la época, como conservadora y autoritaria.<sup>(93)</sup>

## 2.—Reglamentos

### i.—La posible inmunidad del reglamento a la impugnación indirecta.

El reglamento es impugnabile en la vía contenciosa en Costa Rica, según el párrafo I (impugnación directa) y el párrafo 2 (indirecta, a través de los actos de aplicación) del artículo 20 L.J.C. Es posible, entonces, impugnar en Costa Rica tanto el reglamento en sí mismo y para obtener su anulación, cuanto sus actos de aplicación, con resultado todavía no definido por nuestros tribunales en esta última hipótesis, en punto a la existencia o persistencia del reglamento, si se anula el acto en el mismo fundado. En España, cuya ley de lo contencioso es matriz de la nuestra, parecieran ser posibles dos tesis a este último respecto, una jurisprudencial con breve apoyo doctrinal,<sup>(94)</sup> y otra de esta última índole teórica, que estimamos correcta.<sup>(95)</sup> La primera pareciera admitir la posibilidad de que el reglamento sobreviva la impugnación indirecta, que conduciría únicamente a la anulación del acto de aplicación. La razón que justificaría esta tesis radicaría en la total independencia de las dos impugnaciones, la del reglamento y la del acto, al punto de que (según el artículo 39.4 de la Ley Espa-

(93) El arret del Consejo de Estado francés *Societe Indochinoise d'Electricite* sentó la irresponsabilidad del Estado y de la Administración por sus actos de gobierno. La doctrina española parece estar contra esta regla y por la responsabilidad de la Administración, así como por la jurisdicción contenciosa sobre las pretensiones de indemnización correspondientes (ver Trujillo y otros, op. cit. Tomo I, pág. 668, así como obra de Vivancos, ahí citada).

(94) Véase Trujillo y otros, op. cit. Tomo I, págs. 632 y 633.

(95) Eduardo García de Enterría, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, págs. 23 a 28.

ñola de lo Contencioso y el 20.4 de la nuestra) el último puede ser atacado, invocando exclusivamente la ilegalidad del primero, no obstante que ya el reglamento sea inimpugnable, por haber caducado la acción directa en su contra. Creemos que esta regla desconoce el hecho fundamental, puesto de relieve por García de Enterría,<sup>(96)</sup> de que la nulidad de un reglamento siempre es absoluta o la más grave posible, por el efecto multiplicador que tiene su aplicación como fuente del ordenamiento. La existencia de un vicio en las fuentes puede contaminar gran parte del ordenamiento y, por ahí, revestir la máxima gravedad, correspondiente a lo que en España y en el artículo 21.2 de nuestra L.J.C. se llama la nulidad de pleno derecho. Si esto es cierto, la tendencia jurisprudencial española antes apuntada —negativa de la posibilidad de anular el reglamento en su impugnación indirecta— representa no sólo un desconocimiento de la importancia del vicio, sino una excepción a la regla general que sienta en Costa Rica el artículo 21.2 de nuestra L.J.C., cuando dispone que los actos nulos de pleno derecho —sin definir en qué consiste ese tipo de nulidad, tasada en España por el artículo 47 de su Ley de Procedimiento Administrativo citada— serán impugnables en cualquier tiempo para obtener su anulación, aunque no para fines de reparación patrimonial. Aquella tesis jurisprudencial española significaría que el Juez no podría admitir la pretensión de anulación del reglamento en su impugnación indirecta y que, en consecuencia, el reglamento estaría fuera de control jurisdiccional en esa circunstancia. Habría un problema que ya no sería —como parece— de legitimación, sino de competencia por la materia: en la impugnación indirecta el reglamento no podría ser atacado como tal, porque ese tipo de actos no podría ser objeto de ese tipo de acción. Estimamos radicalmente errónea tal tesis. El reglamento debe poder ser anulado tanto en vía de impugnación directa como indirecta, sino por otro motivo por razones de economía procesal. Si —como lo dispone el artículo 20.4 de la L.J.C.— la impugnación de un acto de aplicación puede basarse y desembocar en la declaración de ilegalidad y nulidad de pleno derecho del Reglamento, como causa exclusiva de la nulidad del acto, es evidente que, en esa misma

(96) García de Enterría, op. cit. págs. 12 a 18, y Recurso Contencioso Directo contra Disposiciones Reglamentarias, especialmente págs. 260 a 262, que es apéndice final de la misma obra anterior, y la Lucha contra las Inmunidades del Poder, *Rev. de Administración Pública* N° 38, págs. 195 a 200.

circunstancia, el reglamento debería poder ser anulado, lo que economizaría nuevos juicios sobre lo mismo (que podrían ser numerosísimos, tantos como actos de aplicación). Pero es que, además, habría una intrínseca contradicción en la solución opuesta, que tendría que montarse sobre la imposibilidad de anular un reglamento ya consentido y firme, por caducidad de la acción de impugnación directa, cuando, por otro lado, se está reconociendo que su impugnación indirecta (no la del acto de aplicación) puede darse pese a esa firmeza del reglamento. Esto no puede significar otra cosa que un resultado congruente con la aseverada nulidad de pleno derecho del reglamento ilegal: el mismo siempre es impugnable, pues nunca puede sanearse su validez, ni ratificarse por consentimiento u omisión del ciudadano, siendo como es su nulidad de pleno derecho la más grave posible, de reclamación no sujeta a caducidad.<sup>(97)</sup>

El artículo 21.2 de la L.J.C. abre la posibilidad de anular el reglamento no sólo en vía de impugnación directa, sino en la indirecta, por tratarse de acto nulo de pleno derecho que encaja perfectamente en su disposición.

Si se optara por la tesis opuesta se crearía un privilegio de inmunidad jurisdiccional parcial del reglamento, totalmente injustificado y contrario al sagrado interés en la pureza de las fuentes del ordenamiento.

## ii.—La legitimación restringida para la impugnación directa de los reglamentos.

Vimos ya que la impugnación del reglamento es posible en Costa Rica, tanto directa como indirectamente. Pero mientras que esta impugnación (indirecta) está a disposición de cualquiera que sufra un acto de aplicación del reglamento, la impugnación directa está disponible sólo para dos tipos de sujetos: el ciudadano común que sufre inmediatamente el efecto del reglamento, sin un acto intermedio de aplicación emanado de la Administración; y las entidades colectivas que designan los artículos 10.1 b) y 14 de la

(97) La anterior conclusión es consecuencia necesaria en Costa Rica no de una doctrina sino de una norma, el artículo 21.2 de la L.J.C. Discutible únicamente puede ser su fundamento o sea la nulidad de pleno derecho del reglamento ilegal, que, por otra parte, nos parece plenamente demostrada por García de Enterría en sus obras citadas.

Ley,<sup>(98)</sup> normalmente entidades gremiales, profesionales o corporativas (de tipo económico), que no cubren —ni mucho menos— la totalidad de los intereses existentes en el ordenamiento y pasibles de agravio por la vigencia del reglamento. García de Enterría apunta que en España no están colegiados ni asociados, por ejemplo: los funcionarios públicos. En C.R. podemos mencionar otros casos igualmente graves: no hay asociaciones a escala nacional para la protección de los intereses morales y sanitarios que juegan con la conservación y purificación del ambiente, lo que permite la producción frecuente de reglamentos administrativos empíricos, cuya aplicación ocasiona serios trastornos sónicos y dislocación de las lluvias o del correcto desarrollo urbano desde ángulos no económicos, como el estético o poblacional, sin que haya nadie capaz para denunciarlo e impugnarlo eficazmente; y hasta su desaparición, los vendedores ambulantes nunca tuvieron organismo colegiado representativo y quedaron indefensos como grupo ante toda clase de reglamentaciones adversas. Pero la principal objeción contra la restricción de la legitimación para impugnar directamente el reglamento, como bien se apunta en España, radica en la posibilidad de que haya organismos colectivos que sustenten el interés correspondiente por la índole de su actividad, conectada con la materia del reglamento, pero que carezcan del interés psicológico actual para impugnar, por razones de oportunidad de su exclusivo y a menudo caprichoso resorte, con lo que la impunidad del reglamento resulta la misma que en la opuesta hipótesis antes examinada, no por inexistencia del sujeto legitimado sino por ausencia de interés en él para la impugnación.

En síntesis: la restricción a entidades colectivas de índole económica o gremial en punto a legitimación para la impugnación

(98) Artículo 10. 1-b): Podrán demandar la declaración de ilegalidad y, en su caso, la anulación de los actos y las disposiciones de la Administración Pública: a) . . . : b) Las Entidades, Corporaciones e Instituciones de Derecho Público y cuantas entidades ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, cuando el juicio tuviere por objeto la impugnación directa de disposiciones de carácter general de la Administración central o descentralizada, que les afectare directamente, salvo lo previsto en el inciso siguiente.

Artículo 10.2: "No obstante, las disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas por los administrados directamente sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual, podrán ser impugnadas por las personas indicadas en el inciso a) del párrafo anterior", el cual (inciso a) dice así: "a) los que tuvieren interés legítimo y directo en ello".

Artículo 14: "Los Colegios Profesionales, Sindicatos, Cámaras, Cooperativas, Asociaciones y demás entidades constituidas legalmente para velar por intereses profesionales o económicos determinados, estarán legitimados como parte, en defensa de estos intereses o derechos".

directa de reglamentos crea en favor de éstos el privilegio inadmisibles de su inmunidad frecuente a la jurisdicción contenciosa, por ausencia de sujeto legitimado o de interés sicológico-real para actuar en el que lo está. La apertura de nuestra ley hacia una posibilidad indiscriminada de impugnación directa del reglamento desde el punto de vista de la naturaleza del sujeto legitimado, en forma tal que quede a disposición de cualquier agraviado siempre que haya la inminencia, y no ya sólo la aplicación pasada o en curso, del reglamento, parece una reforma necesaria y urgente en nuestro régimen de justicia administrativa. Lo contrario terminará consagrando la inmunidad jurisdiccional del reglamento aún a sabiendas de su ilegalidad, con toda la cascada o cadena de aplicaciones ilegales de alcance singular que ello conlleva, y convirtiendo aquel, por ello, en un verdadero acto de gobierno, ilegal pero vigente y ejecutable por ausencia de legitimación actual para la impugnación directa, con grave contradicción del art. 49 de la Constitución y 1º de la L.J.C., y del espíritu de ambas normas y respectivos cuerpos jurídicos, que claramente buscan la tutela más amplia posible del ciudadano y de la legalidad administrativa, con exclusión de exenciones jurisdiccionales.

## II.—Privilegios compatibles con la jurisdicción:

### a) Antes del juicio:

1.—Consideración de la ejecutoriedad y de la ejecución coactiva. Entramos a considerar los privilegios de la Administración antes del proceso, en ejercicio de sus derechos subjetivos. Y conviene hacer varias distinciones previas.

a) Distinción entre acto ejecutorio y ejecutoriedad, ejecución forzosa y autotutela. La terminología es bastante confusa, incluso en autores de primer rango, cuando se trata de designar los privilegios conexos con la potestad de imperio de la Administración, que le permiten dictar actos unilateralmente obligatorios para otros sujetos.

Conviene distinguir, en primer término, esa potestad fundamental de cualquier otra nacida después de su ejercicio, sobre la base del acto administrativo derivado. El privilegio de "prea-lable" o de la decisión ejecutoria, como quiera llamárselo, consiste en la potestad de dictar actos administrativos, inmediata-

mente eficaces para alterar la situación jurídica de otros sujetos, sin necesidad de su consentimiento; y si el resultado jurídico no es inmediato (porque faltan requisitos de eficacia), es siempre unilateral, sin la voluntad concurrente del destinatario, para cuando la eficacia se dé, después de llenados aquellos requisitos.

La ejecutoriedad del acto es totalmente otra cosa. Es el régimen jurídico de ejecución de sus efectos, que, de consiguiente, sólo es propia de aquellos que la requieren, porque exigen un resultado real e histórico, que sale del mundo del derecho y de la Administración. La ejecución del acto es la conformación de la realidad social externa a la Administración para su adaptación a los efectos del mismo. Ese régimen consiste, a su vez, en una serie de situaciones objetivas y subjetivas, cuya actuación real sirve de medio para que el derecho subjetivo producido por el acto alcance su fin y depare plena satisfacción a su titular. Puede haber actos administrativos más o menos ejecutorios, según sea el régimen positivo de ejercicio de los derechos que producen. La potestad de ejecución forzosa del acto (o de sus efectos) es una entre las situaciones subjetivas de privilegio que constituye su régimen de ejecución, pero ni agota ese régimen ni es propio solamente del mismo, puesto que hay ejercicio coactivo de derechos subjetivos de la Administración que nada tienen que ver con el acto administrativo, dado que emanan directamente de la ley o son consecuencias de principio, no necesariamente queridas por el autor del acto administrativo.<sup>(98 bis)</sup> El desalojo coactivo de un individuo que ocupa indebidamente la vía pública, no es ejecución de un acto sino ejercicio de un derecho demanial de principio, regulado o no por ley, en favor de la Administración como titular y propietaria de ese bien. Y, como apunta Sandulli, la clausura coactiva de un negocio cuya licencia no existe o ha sido cancelada no deriva de una orden administrativa, sino de la ley, cuya lógica o letra la impone. En consecuencia, la coacción administrativa es fenómeno propio del régimen de ejecución del acto administrativo (con las limitaciones que veremos), pero lo es también del ejercicio de los derechos subjetivos de la Administración independientes del acto.

Relacionado con los conceptos de ejecutoriedad y ejecución coactiva, se halla el de autotutela. La autotutela puede concebirse en varias formas, pero hay una tendencia generalizada a en-

<sup>(98 bis)</sup> Sandulli, Note sul potere . . . págs. 821-822.

tenderla como posibilidad para la Administración de ejercer coactivamente sus derechos subjetivos frente al ciudadano, o como la potestad para dictar actos de control sobre la legalidad o la oportunidad de su propia conducta.<sup>(99)</sup>

Creemos en el concepto más amplio propuesto por Benvenuti, tanto en sus *Appunti* como en la voz correspondiente de la *Enciclopedia del Diritto*. "Autotutela", dice Benvenuti, es "aquella parte de la actividad administrativa, con la cual la Administración Pública provee a resolver sus conflictos, actuales o potenciales, con otros sujetos, sea con motivo de sus actos, sea con motivo de sus relaciones jurídicas" (op. cit. voz correspondiente, pág. 539). Podría definirse todavía más claramente como la potestad de la Administración para resolver por acto propio sobre la legalidad y oportunidad de su conducta, o sobre la legalidad de la ajena en las relaciones de la Administración con otro sujeto, y, eventualmente, para ejecutar materialmente su decisión, todo con el fin de gestionar mejor los cometidos públicos que le han sido encomendados. De este modo, la autotutela se divide primero en dos grandes porciones, la que se da a través de actos jurídicos (verdaderas declaraciones de voluntad) y la que se da a través de actividades materiales (para conformar el mundo real). La autotutela por decisiones se subdivide, a su vez, en la autotutela sobre los actos de la Administración, para garantizar su legalidad en beneficio de los cometidos públicos; y autotutela sobre las relaciones de la Administración con terceros, para asegurar la utilidad o el bien que el tercero debe a la Administración.

(99) Giannini, *Diritto Amministrativo*, Tomo I, pág. 590: "Autotutela es el nombre de la potestad conferida a la autoridad administrativa, para que ésta tenga la posibilidad de realizar unilateralmente, y si es necesario coactivamente, las situaciones de ventaja que con la providencia nacen a favor de la Administración. Mientras el particular para realizar las situaciones jurídicas favorables, en defecto de la colaboración de la contraparte, tiene necesidad de acudir al Juez, la autoridad administrativa no tiene necesidad". Aldo Sandulli, *Note sul Potere Amministrativo di Coazione*, Riv. Trim. Dir. Pubbl. año 1964, págs. 819 y 820: "La posibilidad para la Administración Pública de ejercitar concretamente la coerción frente a los administrados, con el fin de conseguir —sea mediante la efectiva constricción de éstos al comportamiento debido, sea mediante la realización por otra vía, a su costa, de los efectos prácticos que deberían haber sido conseguidos a través de aquel comportamiento— los fines a que se dirigen los deberes de derecho de los administrados, es expresión de lo que comúnmente se suele llamar con el nombre de autotutela administrativa. De la cual son otras manifestaciones los poderes de la Administración Pública de convalidar, modificar, anular (de oficio o por recursos) los actos administrativos inválidos o inoportunos, así como el poder de infligir (caso por caso, en uso de la supremacía general o especial) sanciones a los administrados responsables por ilícitos administrativos, el poder de adoptar providencias cautelares, como suspensiones, secuestros, etc."

Ejemplo de la autotutela por decisiones es la existencia de todos los controles ex officio, facultativos y obligatorios, lo mismo que la de los que se implementan a través de recursos: autorizaciones, aprobaciones, anulaciones, convalidaciones, saneamientos, vistos, decisión de alzadas y revocatorias y todo lo que suele llamarse autoimpugnación o autoconfirmación de la conducta administrativa por la Administración; y entran igualmente en la autotutela por decisiones las providencias para obtener el cumplimiento de las obligaciones a favor de la Administración, como las sanciones y los actos administrativos que tienen por objeto hacer cumplir al administrado lo que debe a la Administración o, a la inversa, provocar la muerte de las relaciones con él, para evitar futuros incumplimientos.

La autotutela por actividad es la ejecución material y coactiva de los derechos de la Administración ante el particular, si ello es necesario y en la medida en que lo sea.

La ejecución forzosa del acto administrativo entronca directamente con la autotutela por decisiones, pues no es otra cosa que un medio de ejercicio de los derechos subjetivos de la Administración dentro de sus relaciones con terceros, que bien pueden nacer de un acto administrativo anterior. Como ya ha quedado ampliamente dicho, los privilegios de la Administración —y uno fundamental es la autotutela, género al que pertenece la ejecución forzosa del acto administrativo— son armas para garantizar y facilitar el pleno ejercicio de los derechos subjetivos de ella, que siempre se dan en sus relaciones bilaterales con terceros.

Sin perjuicio de examinar brevemente y por aparte el régimen de la coacción administrativa, cabe apuntar que la autotutela es un magno privilegio que permite a la Administración, como tanto se ha dicho y por mucho que se haya negado, el hacerse justicia por mano propia, pues la Administración puede imponer el cumplimiento coactivo de las obligaciones ajenas en su provecho, sin acudir al Juez, siempre que se den las condiciones necesarias al efecto.

En virtud de todo lo cual cabe reafirmar, a modo de colofón, que la autotutela es el género y la ejecución forzosa del acto administrativo (o de sus derechos) es la especie.<sup>(99 bis)</sup>

(99 bis) Para una brillante y hermosa síntesis sobre el tema de la Autotutela véase la voz correspondiente de la *Enciclopedia del Diritto*, de Benvenuti, mencionada en el texto, de la que se toma el esquema de clasificación enunciado.

b) Del régimen del acto administrativo (o ejecutoriedad del acto).

Las consecuencias y notas del acto unilateral e imperativo (decisión ejecutoria) fueron ya enunciadas brevemente. Procede examinar cuál es su raíz y función en nuestro ordenamiento pues, como se dijo, no siempre se dan todas juntas y ello depende de cada ordenamiento positivo, sin que exista ningún principio general que garantice la presencia de todas en cualquier acto adoptado o como consecuencia del mismo.

Examinemos una por una tales notas y consecuencias.

b-1) El acto ejecutorio merece fe pública. La afirmación es verdad y tiene base en el art. 735 del Código Civil, que da al documento público valor de plena prueba, mientras no sea arguido de falso, de los hechos que el funcionario afirma en él haber realizado o haber presenciado en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta una diferencia fundamental respecto del Notario: que éste tiene por función dar fe de un acto, en tanto que el servidor público que lo dicta y documenta tiene distinta competencia con otro fin, no la de dar fe pública, salvo que el hacerlo sea la suya, en cuyo caso su situación es igual a la de un Notario. Más claro: mientras el Notario tiene por oficio el dar fe de actos jurídicos de terceros a su respecto, el servidor público tiene otras funciones que le señala la regla de su competencia. De consiguiente, mientras el Notario se expide como tal y para dar valor de plena prueba al documento que extiende, el servidor público actúa con otro fin y como autor del acto en calidad de parte, no como tercero encargado de función documental. Esto significa que mientras el Notario es creíble —y para eso se tituló como tal— en cuanto a todo lo que dice haber pasado en su presencia o hecho él mismo, el servidor público no lo es y lo único que su palabra puede probar fue que la dijo, no la existencia de los hechos que narra. Luego, el acto administrativo escrito es plena prueba de su autenticidad en cuanto a fecha, firmas, otorgamiento, pero no de su contenido, ni de los hechos afirmados en su texto por los funcionarios, incluso si son relatados como de su directa visión, salvo —repetimos— que la función del servidor sea precisamente dar fe, de actos públicos (como el oficial o

secretario de actas de una Junta Directiva, cuya escritura sí hace plena prueba del contenido del acto y de su verdad).<sup>(100)</sup>

b-2) El acto ejecutorio exige obediencia. Es lo lógico y su fuerza de obligar se confunde con el privilegio de "prelable" o de decisión ejecutoria, por lo que resulta fuera de tema. La capacidad de obligar del acto está positivamente consagrada por el artículo 11 de nuestra Constitución Política, que —a contrario sensu— implica la fuerza de obligar de los actos que funcionarios realicen dentro de las potestades y competencias de su cargo, sin arrogación de otras funciones.

b-3) El retiro del acto requiere justificación, por razones de legalidad o de oportunidad. Los artículos 10 y 35 de la L.J.C. suponen la estabilidad de los derechos nacidos del acto administrativo, al consagrar el contencioso de lesividad. Pero, en todo caso, ello luce como cierto y fundado en la regla institucional y principio general del Derecho Administrativo de que toda potestad pública se ejerce para un fin legal, lo que exige la presencia de un motivo para retirarlo una vez dictado, que así lo justifique en relación con ese fin.

La consagración de la desviación de poder como vicio del acto, en el artículo 49 de nuestra Constitución y 1 de la L.J.C., es signo de corroboración de lo dicho.

b-4) El acto ejecutorio deviene firme e inimpugnable, por caducidad de los recursos administrativos procedentes.<sup>(101)</sup> Es cierto y verdad, según relación combinada de los artículos 21.1 y 2 con los artículos 41.1 b) y c), 50.1 a) y 60 c) y e) de la L.J.C. Esto no significa que el acto se convalide, si era inválido, por la firmeza. La invalidez no podrá hacerse valer por vía de acción, pero sí por vía de excepción (opuesta por el accionado en otro juicio en que se invoque en su contra, por el actor, el acto inválido y firme); o por el Juez al desaplicar el acto administrativo ilegal (en virtud de la potestad —deber que le confiere el artículo 8 inciso 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); y naturalmente

(100) Ver las agudas observaciones de Agustín Gordillo, *El Acto Administrativo*, págs. 170 a 178, especialmente 172 a 175, con las cuales coincidimos ampliamente.

(101) Eugenio Cannada Bartoli, *L'Inoppugnabilità dei Provvedimenti Amministrativi*, Riv. Trim. Dir. Pubb., año 1962, págs. 25, 26, 30, 31, 33 y 34.

por su autor o por el superior de éste, quienes podrán anular el acto inválido, aunque firme. Todavía más: el ciudadano ofendido en sus derechos, podrá reclamar y obtener la indemnización debida, pese a la firmeza del acto,<sup>(102)</sup> por los daños y perjuicios que haya creado su existencia y ejecución.

b-5) La resistencia pasiva (desobediencia) y la activa (violencia negativa) al cumplimiento del acto, originan un delito (de desobediencia e irrespeto a la autoridad, respectivamente).

Es verdad y tiene base en los artículos 302 y 303 del Código Penal.

b-6) El acto ejecutorio degrada los derechos subjetivos a intereses legítimos. Es esta una teoría netamente italiana, vinculada a la fina y trabajosa elaboración que allá se ha cumplido de la noción y la problemática del interés legítimo, que, con el derecho subjetivo (como se advirtió), es el criterio de distinción entre las dos jurisdicciones —la ordinaria judicial, sobre derechos subjetivos, y la especial administrativa, sobre intereses legítimos— en que se reparte en Italia la justicia administrativa.

La teoría del llamado "affievolimento dei diritti" fue ideada por Oreste Rannelletti, el ilustre profesor de Milano, y después hizo fortuna para explicar la situación y peripecias del derecho subjetivo frente a la potestad discrecional opuesta, que puede suprimirlo o comprimirlo. (Véase la respectiva voz: "Affievolimento" en Enciclopedia del Diritto, con una lúcida visión histórica de Eugenio Cannada). Posteriormente la tomó Giannini, quien la desarrolló con su habitual refinamiento y la hizo aceptable para la jurisprudencia italiana. Se trata de una elaboración cumplida al hilo de la jurisdicción contenciosa en Italia y su historia es más la sistematización de experiencias y ensayos para aclarar y justificar la distinción de las dos jurisdicciones ya dichas que un enfoque sistemático o dogmático válido por sí mismo. La teoría consiste en decir que el acto administrativo —incluso el que es ilegal e inválido, pero existente— está revestido —en la medida en que se lo conceda un ordenamiento positivo concreto— de una autoridad propia, que le permite destruir cualquier derecho subjetivo que tope en su nacimiento, degradándolo a mero interés legítimo, valedero

(102) Roger-Gerard Schwartzberg, L'autorité de chose décidée, págs. 285, 291, 301, 319.

ante la jurisdicción administrativa, pero no ante la ordinaria (en Italia). La polémica sobre los llamados "diritti affievoliti" empezó hace medio siglo y no ha terminado todavía, ni hay siquiera acuerdos sobre su concepto. Giannini se limita a dar su versión sin justificarla mayormente, fuera de enseñar su raíz histórica, y distingue la suya —predominante— de las demás, afirmando que el derecho no simplemente se debilita sino que desaparece, con la posibilidad de que, si la acción anulatoria fundada en el interés legítimo sucedáneo tiene éxito, el fenómeno de restitución a lo anterior, típico de toda anulación, hará revivir el derecho subjetivo muerto. La doctrina no tiene otro objeto aparente —creemos, salvo mejor criterio— que el de enriquecer la materia propia de la jurisdicción administrativa italiana y consolidar su existencia, pues su corolario obligado es que ahí donde haya acto administrativo, aunque sea inválido, sólo podrá haber intereses legítimos, dado que los derechos, aún si preexistentes al acto, habrán desaparecido necesariamente ante la autoridad imperativa de éste. Así, sólo si el acto no existe o padece tan graves vicios que es absolutamente nulo (por ejemplo: si carece de una potestad de base, a la inversa de lo que ocurriría si fuese inválido pero en todo caso producto del ejercicio ilegítimo de la misma) puede pensarse en la supervivencia del derecho subjetivo opuesto y en la vinculación al caso de la jurisdicción judicial ordinaria.<sup>(103)</sup> Giannini mismo reconoce la incertidumbre bizantina de este criterio, da ejemplos convincentes que lo desvirtúan y termina por sostener que por "mananza di potere" ha de entenderse no la falta de competencia ni de potestad, sino la de atribución del fin, cometido o intereses conexos con la potestad.

(103 bis)

La doctrina ha tenido adversarios tenaces y efectivos y Cannada Bartoli ha sostenido, a la inversa, que en un régimen liberal y humanista, donde la libertad es la regla y la intervención autoritaria la excepción, toda aquella que se dé sin estricto apego a la ley resulta ineficaz para suprimir el derecho subjetivo, pues caso opuesto el principio de libertad se invertiría y el individuo no podría ser ni pretender sino aquello que la Administración le permitiera, en la medida y oportunidad en que así lo hiciera. En consecuencia, y el argumento viene sustentado en una minuciosa y brillante investiga-

(103) Giannini, La Giustizia . . . , págs. 95 y 96.

(103 bis) Giannini, op. cit. pág. 96.

ción histórica, la distinción entre ambas jurisdicciones no puede hacerse —ni se hizo inicialmente— sobre la distinción entre los casos de falta de potestad y de ejercicio ilegítimo de la potestad (existente), sino entre ejercicio de ella ante derechos subjetivos— y entonces habrá jurisdicción judicial ordinaria— y ejercicio ante intereses legítimos, estrictamente tales, que serán únicamente los que la doctrina italiana conoce como ocasionalmente protegidos, porque se dan ante potestades discrecionales de tipo concesional o “autorizatorio”, o ante cualquier otro tipo de potestades, pero en favor de terceros en competencia con el “interesado”.<sup>(104)</sup>

Creemos exactamente aplicable a Costa Rica la doctrina de Cannada, no como criterio de clasificación o de localización de los intereses legítimos, sino como análisis de la autoridad del acto administrativo ante los derechos subjetivos opuestos. La regla que en Costa Rica es sostenible es la de que un acto ilegal no degrada derechos opuestos, en razón de su misma ilegalidad, que excluye la eficacia suficiente para operar tal efecto, razón por la cual los derechos se mantienen como tales, pero con ejercicio suspendido o condicionado, hasta que sobrevenga la anulación del acto, recobren su plena vitalidad y sea posible su ejercicio. En síntesis, la vieja y sabia teoría de los “diritti affievoliti”, pero sin la consecuencia de su clasificación (para efectos de identificar la jurisdicción competente) como intereses legítimos y no como verdaderos derechos subjetivos.

Es el mismo Giannini quien confiesa paladinamente el origen y proyección históricos, típicamente italianos, de la doctrina de la degradación de los derechos subjetivos en intereses legítimos y examina el sistema italiano como si se tratara del resultado de una opción, igualmente legítima y explicable en abstracto que la opuesta, sostenida por Cannada.<sup>(105)</sup>

b-7) Los recursos administrativos y la acción contenciosa suspenden los efectos del acto administrativo. La regla pareciera estar consagrada en Costa Rica por el incidente procesal de suspensión del acto impugnado, que supone la eficacia ininterrumpida de éste, salvo suspensión administrativa o judicial, a petición del actor en el proceso contencioso. Dada la importancia de la norma, conviene transcribirla en el texto:

(104) Eugenio Cannada Bartoli, *La Tutela Giudiziaria del Cittadino verso la Pubblica Amministrazione*, págs. 68, 86, 87, 94, 95, 147 y 151.

(105) Giannini, op. cit. págs. 82 y 93.

Artículo 91-1.—La interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición impugnados, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión.

2.—Procederá ésta cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil.

Pero, en primer término, hay también normas discrepantes, como el artículo 179 del Código Municipal (Ley N° 4574 de 4 de mayo de 1970), donde se dispone que los recursos de revocatoria y apelación para ante el Poder Ejecutivo contra los actos de funcionarios municipales que no dependan directamente del Concejo Municipal “suspenderán la ejecución del acto”. Y, en segundo término y sobre todo, la redacción del artículo 91 sólo permite lo que dice, sin llegar más allá, como es lógico, lo que significa que se limita a negar efectos suspensivos a la acción contenciosa sin referirse al impacto de los recursos administrativos sobre la eficacia del acto, ni mucho menos al problema previo de la posibilidad general de ejecución coactiva de este último en la vía administrativa y sin intervención del Juez.

Queremos decir que es forzar el sentido de tal texto extraer, a partir del mismo, dos reglas que no contiene en absoluto y que aquí suelen darse por implicadas en el artículo 91 en comentario, a saber:

i.—Que los recursos administrativos tampoco suspenden la ejecución del acto;

ii.—Que todo acto administrativo puede ser ejecutado coactivamente, aunque esté impugnado administrativa o jurisdiccionalmente, “salvo que... se acordare... la suspensión”.

Es evidente la ampliación de sentido que se introduce en el texto arriba transcrito al hacerlo contener dos reglas que no implica. La norma del artículo 91 significa, nada más, nada menos, que la impugnación contenciosa no suspenderá la ejecución del acto que legal o jurídicamente pueda ser ejecutado en forma coactiva en la vía administrativa, aún contra la rebeldía del administrado, que no lo cumple o se resiste a hacerlo. Es decir: tal norma no resuelve el problema previo y distinto al de su materia, de si es posible o no ejecutar coactivamente en la vía administrativa

cualquier acto administrativo, por ser tal, o el de si ello sólo es posible con algún tipo de acto y en ciertas circunstancias restringidas, de aplicación no analógica.

Es obvio que si damos por sentado lo que debe cuestionarse y resolverse primero, sea: la posibilidad de ejecución forzosa del acto administrativo, como regla general y normal aplicable a todo acto, tendríamos simultáneamente construida otra regla, según la cual el artículo 91 diría que la impugnación contenciosa no suspende la ejecución coactiva del acto administrativo y que ésta es normalmente posible sin intervención del Juez, salvo excepción legal expresa en contrario.

Creemos que hay razones para negar que tal conclusión pueda extraerse con fundamento en el artículo 91. En primer término, no hay absolutamente ninguna para equiparar la acción contenciosa con el recurso administrativo en punto a dilucidar el problema de su impacto sobre la eficacia del acto. Media una diferencia notoria de plazos de trámite y decisión (de días en el recurso, de años en la acción), y desde este ángulo —que ofrece una observación tan obvia— parece absurdo el tratar igualmente situaciones tan desiguales. En segundo término, la acción contenciosa implica una sumisión de la Administración al Juez y por ahí, la intromisión de una potestad ajena y superior a la suya en su esfera de poder, que suscita la vieja rencilla entre ambos y que, sobre todo, coloca la decisión del asunto, en cuanto a trámite y suerte del negocio, fuera del control de la Administración, que una vez sometida a la jurisdicción queda expuesta a un fallo seguramente lento y eventualmente desfavorable. Cuando se trata de un recurso administrativo, en cambio, es la propia Administración la que conserva libertad de disposición sobre el asunto y la que, de urgirle la ejecución del acto, puede tramitar el recurso administrativo planteado y dictar la resolución confirmatoria a la brevedad posible, sin grandes problemas de prueba ni solemnes garantías de audiencia al administrado. En tercer lugar, el valor a proteger: continuidad de la gestión y servicio públicos, no exige necesariamente la eficacia ininterrumpida del acto, salvo hipótesis de extrema urgencia, en las cuales pareciera justo y necesario que el efecto del mismo se produzca y pueda ejecutarse sin lapsos de espera. Caso opuesto y fuera de tales situaciones, de excepción, la regla normal y acorde con el respeto a los derechos del ciudadano,

quien sufre la continuidad de los efectos del acto y de los posibles daños en forma a menudo irreparable antes poder plantear y ganar un incidente de suspensión en la vía judicial, debe ser la de que cualquier recurso administrativo debe poder suspender esa eficacia y permitir al particular un breve pero indispensable lapso para preparar e intentar su defensa antes de que el daño sea de difícil o imposible reparación. Y finalmente, por ser de interpretación no analógica la norma que sienta un privilegio —como el de la continuidad de efectos y de la ejecución del acto pese a la acción contenciosa— debemos entender esa norma dentro de sus límites estrictos y no extenderla a un tipo de defensa —el recurso administrativo— que es esencialmente diferente de dicha acción, por todo concepto.

Lo cual nos lleva a sentar una regla opuesta a la tradicional en punto a eficacia del acto administrativo y a la posibilidad de su ejecución coactiva, frente a un recurso administrativo. La tradicional es que esa eficacia no se suspende y que es posible la ejecución coactiva del acto, pese a la interposición y pendencia del recurso, lo que suele fundarse en el texto del Art. 91 antecitado. La regla correcta es la opuesta: el recurso administrativo tiene efecto suspensivo de la eficacia y de la ejecución del acto administrativo, la cual última sería ilegítima en esa circunstancia y generaría no sólo invalidez de los actos ejecutivos sino también responsabilidad de la Ad. interesada. La regla es de principio y su excepciones tienen que darse a texto expreso de Ley.

Puede sostenerse lo mismo respecto de la acción contenciosa frente a la eficacia y a la ejecución del acto administrativo? La interrogante nos lleva directamente a considerar el problema de la coacción administrativa en relación con la ejecución del acto, frente al Juez.

b-8) Ejecución forzosa, ejecución coactiva, acción de oficio o vía administrativa de apremio.

Ante todo cabe reiterar la distinción entre imperatividad del acto (ejecutividad o capacidad actual de obligar unilateralmente) y ejecución forzosa del acto. Lo primero corresponde —como se anticipó— a la potestad de realizar actos administrativos con inmediato efecto sobre otros sujetos sin o contra la voluntad de éstos; lo segundo a la potestad de emplear la fuerza (violencia legitimada)

para conformar la realidad de acuerdo con el precepto —general o concreto— contenido en el acto administrativo. Y parece útil también reiterar la distinción entre ejecutoriedad del acto y ejecución forzosa del mismo, consistente en que la primera designa a la última como una entre otras notas y consecuencias del acto administrativo, aunque tal vez la más importante. Diríase que mientras la ejecutoriedad es el nombre abreviado de un régimen complejo, compuesto por varios elementos (situaciones objetivas y subjetivas nacidas de y con el acto) de privilegio en favor de la Administración, para el más fácil y satisfactorio ejercicio de los derechos subjetivos y potestades de ésta, la ejecución forzosa implica, en cambio, una potestad de decisión y actuación material indispensable para vencer la resistencia del particular al acto administrativo, parte de ese régimen.

Se desprende claramente de ello que no todos los actos ameritan ejecución forzosa, sino únicamente aquellos que crean obligaciones en los particulares o les suprimen derechos. Los que, a la inversa, se los otorgan o los liberan de obligaciones normalmente no lo requieren, aunque es posible que puedan requerirla, si, por ejemplo, terceros interfieren con el derecho habiente. Y esto indica que la ejecución forzosa es el medio de resolver por la fuerza un conflicto entre Administración y administrado, anticipando la labor del Juez. Esto pone en juego, en su punto crítico, el dilema y la confrontación entre autoridad y libertad.<sup>(107)</sup>

La solución clásica del derecho administrativo en garantía de la libertad ha sido someter la Administración a la ley siempre que sus poderes amenazan aquella libertad. Ha sido y es el principio de legalidad. Esto significa que para que se dé la potestad de coaccionar el patrimonio o la persona del administrado, en tutela de un derecho subjetivo de la Administración contra él, es necesario encontrar apoyo en la existencia de una norma que, expresa o inequí-

(107) Vedel, op. cit. págs. 161 y 162, ha planteado certera y vigorosamente el dilema: "La Administración tiene el derecho de usar la fuerza que detenta para ejecutar sus decisiones contra el administrado contumaz?... "La respuesta depende de dos órdenes de consideraciones. Por una parte, la ejecución forzosa conlleva frecuentemente atentados contra los derechos fundamentales (libertad individual, propiedad, inviolabilidad de domicilio, etc.); y es un principio de toda sociedad civilizada que tales atentados no pueden ser realizados sino bajo el control y con la autorización del Juez... Sin embargo, se necesita que la ley tenga el apoyo de la fuerza. No se puede admitir que las decisiones administrativas sean detraídas de su eficacia. Y hay casos en que la ayuda del Juez no puede procurar la ejecución de la decisión, sea porque es imposible, dado que la ley no la previó; o porque sería tardía, dada la urgencia de la ejecución necesaria".

vocamente, —aunque sea por implicación, pero clara y cierta— autorice el empleo de la fuerza en esa circunstancia. Y esto es así no porque la coacción administrativa sea una actividad de excepción en el derecho público, sino porque el principio de legalidad es enteramente normal dentro de éste y la sujeción al mismo es la condición natural de cualquier actividad administrativa autoritaria e imperativa. El principio de legalidad, como fundamento necesario de cualquier potestad de imperio, hace únicamente excepción cuando se trata de situaciones de urgencia (emergencias, catástrofes, precimiento inminente de bienes jurídicos o materiales al cuidado de la Administración, etc.) o de las relaciones especiales de poder. En el ámbito de la supremacía general del Estado sobre el individuo, que es la posición derivada para el Estado de su potestad de mando frente a cualquier súbdito en su territorio, fuera de toda relación personal o especial, la norma que autoriza las potestades de imperio —que tienen que estar autorizadas— es la escrita (ley o reglamento), y no los principios de derecho, cuya generalidad y labilidad son poco compatibles con la precisión que —en garantía de la libertad— exige el apoderamiento de potestades administrativas. Es evidente que la norma de base podrá ser reglamentaria (en una cualquiera de sus formas permitidas por el ordenamiento respectivo) e incluso implícita (en otra norma referida a la misma o a materia diversa), pero una norma de base siempre ha de haber. La más nueva doctrina apoya esta solución, cuya síntesis se puede hacer diciendo que, por tratarse de la forma máxima de imperio posible, el empleo de la violencia administrativa sobre cosas y personas sólo puede darse en la medida en que esté autorizada por una norma expresa, o implícita en ésta, pero inequívocamente.<sup>(108)</sup>

(108) Feliciano Benvenuti, Autotutela, voz mencionada de la Enciclopedia del Diritto, págs. 553 y 834. Giannini se pronuncia en igual sentido, a favor de la estricta previsión legal del uso de la fuerza por la Administración, en su obra *Le Obbligazioni Pubbliche*, pág. 80, pero pareciera haber cambiado de opinión en su curso *Diritto Amministrativo*, Tomo I, pág. 590, donde equipara la regla opuesta a un principio general no escrito en los Estados modernos, heredado de los absolutos. En igual sentido Carmelo Carbone, *Voz: Esecuzione dell'Atto Amministrativo*, pág. 416, quien, sin embargo, recurre a la analogía con leyes existentes para formular el principio general de la potestad de coacción, sin que quede claro si lo acepta aun sin ley de base para su extracción o si opera en el estrecho margen que le puede ofrecer la integración analógica. En L. A., Agustín Gordillo es expresivo y contundente a favor de tesis igual a la defendida en este trabajo, que niega la existencia del principio general de la ejecutoriedad como coercibilidad de principio y exige ley expresa o de base que legitime esa coacción, toma de opinión sobre el problema que es particularmente vigorosa y persuasiva en *El Acto Administrativo*, págs. 130 a 136, especialmente 133 y 134.

No hay principio general que autorice a la Administración para usar la violencia en el ejercicio de sus derechos o ante el incumplimiento por el ciudadano de sus deberes para con ella. La única intervención coactiva permitida es la que lo está caso por caso,<sup>(109)</sup> inequívocamente autorizada en una norma escrita.

De este modo la regla general es que la Administración no puede emplear la fuerza para ejecutar sus actos o ejercer sus derechos y exigir al ciudadano el cumplimiento de sus deberes administrativos, salvo que una norma le permita hacerlo expresamente o que se den especiales condiciones, que de seguido se enunciarán.

En Costa Rica creemos que tal conclusión está más que fundada, por varias razones, unas de teoría general que encajan con nuestro ordenamiento, y otras perfectamente locales.

Es indudable que la máxima influencia y fuente nutricia de nuestro Derecho Público ha sido el francés.<sup>(109-bis)</sup> De este modo, puede aceptarse que un parámetro de acierto y funcionalidad en nuestra doctrina y jurisprudencia es y tiene que ser, a menudo, su coincidencia con la doctrina y jurisprudencia francesas. Y lo cierto es que, de acuerdo con la doctrina francesa, en Costa Rica no podría darse frecuentemente la ejecución forzosa del acto, por virtud de un hecho incompatible con la misma, según jurisprudencia del Consejo de Estado, que es la sanción penal tanto para la resistencia pasiva (mera desobediencia) como para la activa (violencia contraria en el cumplimiento del acto administrativo).

El derecho francés señala varias condiciones para el ejercicio de la potestad de coacción, entre ellas como fundamental la de que no exista sanción penal prevista contra la desobediencia o resistencia del administrado.<sup>(110)</sup> La opinión y la jurisprudencia al respecto

(109) Sirven para este propósito las mismas notas de la cita anterior y, además, Ernst Forsthoff, Tratado de D. Ad., págs. 392, 395 y 396.

(109 bis) La progresiva formación de publicistas costarricenses en Italia no sólo no desvirtúa tal tesis sino que la confirma, puesto que Italia, como España, deben a Francia lo fundamental de sus instituciones y técnicas positivas, si bien no puede decirse lo mismo de su doctrina original en gran parte y en otra tributaria de Alemania.

(110) La doctrina francesa es casi unánime. Véase: Vedel, op. cit. págs. 162 y 163; Schwartzberg, op. cit. págs. 123, 135, 138, 140; Waline; op. cit. pág. 555; Charles Debasch, Droit Administratif, pág. 262; de Laubadere, op. cit. tomo I, pág. 269. Solamente Rivero (op. cit. págs. 90 y 91) parece introducir una cierta flexibilidad en favor de la coacción administrativa cuando afirma que aunque haya sanción penal, si resulta ineficaz su aplicación, puede emplearse aquella, lo que contrasta con el resto de la doctrina, concorde en que si hay sanción penal no hay ejecución forzosa. Es evidente, en todo caso, que aun con la versión de Rivero sería necesario intentar primero la acción penal y verla frustrada para pasar después a la ejecución administrativa; caso opuesto, habría seguramente una típica vía de hecho.

son enteramente conformes, de toda conformidad. La razón es una: el empleo de la violencia por la Administración como parte interesada en una relación jurídica es un recurso de último término al que debe acudir únicamente cuando no existe otro medio eficaz —como la pena— para lograr lo mismo. La doctrina francesa es concorde en sostener que la ejecución coactiva de las resoluciones y derechos de la Administración corresponde normalmente y en primer término al Juez (penal en el caso) y sólo subsidiariamente, en ausencia o por frustración de la jurisdicción penal ordinaria, a la Administración.<sup>(111)</sup>

Aunque se repite que también la posibilidad de una acción civil ordinaria puede coartar el uso de la coacción por la Administración, debe advertirse que ello no es así en la jurisprudencia y que la doctrina francesa está cada vez más consciente de ese hecho y ha empezado a reconocerlo. La Administración no sólo no puede acceder a la vía civil para ejecutar sus actos a través del Juez respectivo, sino que no debe hacerlo por ser la suya una jurisdicción especial (en Francia), lo mismo que por restar ello efectividad a su funcionamiento, dada la lentitud de la justicia civil ordinaria.<sup>(112)</sup>

Pero si hay acción penal contra el administrado rebelde, repetimos, no hay legitimación para el uso de la fuerza contra él en vía administrativa. Y en Costa Rica, como lo dijimos, esa responsabilidad penal del administrado con toda seguridad existe.

(111) Schwartzberg, op. cit. págs. 122 y 123, cita al famoso Comisario de Gobierno Romieu, con las siguientes palabras: "Es un principio fundamental de nuestro derecho público que la Administración debe operar ella misma la fuerza pública para asegurar manu militari la ejecución de los actos de poder público, y que, a la inversa, debe dirigirse antes que todo a la autoridad judicial para que ésta constate la desobediencia, castigue la infracción, y permita el empleo de medios materiales de coerción. El modo normal y habitual de ejecución de los actos del poder público es, entonces, la sanción penal, confiada a la justicia represiva".

El autor Schwartzberg (op. cit. pág. 138) llega a decir todavía más claramente: "La sanción penal sigue siendo la regla, el 'standard', la vía de derecho, que en sus consideraciones el Juez tendrá como ideal y ejemplar. Ella (la sanción penal) es, para la coerción con fines administrativos, la vía de derecho típica y la vía de derecho modelo".

Vedel, por su parte, no es menos contundente en favor de la total primacía del Juez penal ordinario para obtener el cumplimiento forzoso de actos administrativos, por encima de la Administración misma, y dice: "La ejecución forzosa no puede tener lugar sin recurso previo al Juez. En la mayoría de los casos, la resistencia de los administrados a la ejecución material de las decisiones administrativas está castigada por la ley penal. De consiguiente, en caso de resistencia de un interesado, la Administración debe provocar una acción penal. La condena penal conduce normalmente al delincuente a ceder y es norma aceptada que, una vez obtenida, justifica a la Administración en el empleo de la fuerza para lograr la ejecución".

(112) Vedel, op. cit. pág. 163.

## Dispone el artículo 305 del Código Penal:

### Artículo 305 (Desobediencia):

Se impondrá prisión de 15 días a un año al que desobedeciere la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, salvo que se trate de la propia detención.

Y lo complementa el artículo 303, que dice:

### Artículo 303 (Resistencia).

Se impondrá prisión de un mes a tres años al que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le preste asistencia a requerimiento de aquel o en virtud de un deber legal, para impedir u obstaculizar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones. (112 bis)

Creemos muy clara y sólida la afirmación de que entre ambas normas penales queda tipificado todo el campo de las rebeldías posibles ante las órdenes de hacer, no hacer, dar o soportar, emanadas de la Administración en uso de sus potestades de imperio y para el ejercicio de los derechos subjetivos nacidos de ese ejercicio. Luego, en Costa Rica, según la doctrina francesa, no podría haber una ejecución forzosa administrativa sobre cosas o personas, porque hay siempre a mano la vía independiente y preventiva del proceso penal.

Pero ello no es todo: creemos que es decisivo para saber si aquí existe o no el principio general de la coacción administrativa al servicio de los actos y de los derechos subjetivos de la

(112 bis) *La resistencia a la autoridad.*

"Si se empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público o contra la persona que le preste asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de un deber legal, para impedir u obstaculizar la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones".

El problema que presenta la resistencia a la autoridad se da cuando el funcionario público (o la persona que le preste ayuda) actúe en el ejercicio ilegítimo de sus funciones. Es legítima en este caso la resistencia a la autoridad por el particular?

Ciertamente una resistencia sistemática a la autoridad por cualquier acto ilegítimo llevaría a la anarquía y a la destrucción de cualquier poder social. Para el particular —dice Carlos Salvagno Campos (*"La Legitimidad de la resistencia ante el acto arbitrario de la autoridad"*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, Uruguay, 1953, pág. 170)— sería muy fácil excusarse aduciendo su buena fe al creer que era arbitraria y lesiva para sus derechos la conducta del funcionario resistido. Pero la tesis contraria, que se apoya en la posibilidad de que el perjudicado con el acto arbitrario de la autoridad vaya a los tribunales, a posteriori, a reclamar su perjuicio, llevaría a la dictadura de los funcionarios sobre el particular. Por lo demás, se observa que algunos perjuicios que una actuación arbitraria puede causar son frecuentemente irreparables.

De ahí que la doctrina sea partidaria de una solución intermedia: contra la actuación ilegítima del funcionario puede o no haber la resistencia: todo depende del tipo de ilicitud que conlleve la actuación arbitraria. La ilegitimidad de tipo no penal no engendra el derecho de resistencia: quien resiste es sujeto activo del delito previsto en el artículo 303 Cp. Pero cuando se trate de una ilegitimidad que implique la realización de un tipo penal por parte del funcionario, la actuación del particular puede estar justificada por la legítima defensa. Esta, colocada en la parte general del Código penal, justifica a cualquiera que se defienda o defienda a otro de la comisión de cualquier delito previsto en la parte especial del Código. Puede agregarse, además

que, siendo el fundamento de la legítima defensa la necesidad, ésta no tiene ley (Carlos Tozzini, *"Los Delitos de atentados y resistencia contra la autoridad"*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, enero, marzo, 1969, La Ley, Buenos Aires, Argentina, págs. 53 ss.). El funcionario que en el ejercicio de sus funciones comete un delito contra un particular, deja de ser funcionario para convertirse en delincuente, pues el Estado no inviste a sus funcionarios para cometer delitos. Admitido lo anterior, hay que tener presente, empero, que la licitud de la resistencia se moverá dentro del estrecho marco fijado por la legítima defensa. La resistencia, las violencias, etc., contra el funcionario solamente podrán ser justificadas si son proporcionales al mal evitado, si son necesarias para evitar el mal y si eran el único medio para evitar el perjuicio. Un ejemplo aclarará lo anterior: un agente de la autoridad detiene ilegalmente a una persona: la irregularidad de la orden (dictada por autoridad incompetente, por nulidad de la misma, etc.) ni el error sobre la identidad del detenido, autoriza la resistencia de éste. En este caso, la autoridad tiene un motivo legítimo para detener. Pero incluso la detención sin orden —detención arbitraria— no autoriza a que el detenido pueda resistir legalmente. Su resistencia realiza el tipo del artículo 303 Cp., pues éste solamente puede ser justificado por la legítima defensa. En ésta debe haber necesidad y lo cierto es que una detención puede cesar legalmente.

Pero estaría justificada la resistencia cuando el acto arbitrario produce un mal evidentemente injusto e irreparable. No cometería delito quien resiste al funcionario público que intenta, por ejemplo, violar a una mujer. Emile Garçon (*"Code Pénal Annoté"*, Tomo I, pág. 163, Dalloz, Sirey, 1959), pone el siguiente ejemplo que ilustra: dos agentes maltratan a una persona que han detenido, que no les opone ninguna resistencia: "Supongamos que un agente de la autoridad, movido por la cólera, amenaza seriamente con su revólver a un individuo arrestado, amarrado, reducido a la impotencia; los testigos tienen el derecho de intervenir para salvar una vida amenazada y defenderla por todos los medios que tengan a su alcance".

Concluyendo, la resistencia a la autoridad está justificada cuando existe una causa de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, etc.).

Hay que tener en cuenta, por otro lado, que aparte del problema de la legitimidad de la actuación del funcionario a que nos hemos referido, el delito puede encontrarse excluido por ausencia de un requisito típico de la figura. Ha sido la jurisprudencia, nacida bajo el Código de 1941 pero aplicable al de 1970, la que ha delimitado la figura: es necesario, para la existencia del delito que "... el sujeto activo de la infracción emplee amenaza grave o fuerza contra un funcionario público para exigirle la ejecución o la omisión de un acto propio de sus funciones..." (Así, Res. 15:50 hs. de 21 de octubre de 1955 de la Sala Primera Penal). De donde se deduce que la resistencia o amenaza debe tener éxito (Res. 16:10 hs. de 26 de octubre de 1955, Sala Primera Penal): "... la exigencia de parte del culpable G. para impedir al Juez de Paz Salazar llevar detenido a Luis Mena, no tuvo buen éxito, porque lo que logró el agresor fue lanzar al suelo a dicha autoridad y darle un cintarazo, pero Luis siempre fue detenido, lo cual quiere decir que no logró el reo exigirle la omisión del acto que el Juez de Paz quería realizar". Por otro lado, el delito puede ser excluido por ausencia de dolo: particularmente es frecuente el caso de que el detenido incurra en error sobre la calidad de funcionario que pretende realizar el acto o bien que el que resiste crea que su comportamiento se encuentra justificado por alguna causa de justificación, no siendo así. En el primer caso, si se da la prueba correspondiente, son aplicables las disposiciones sobre el error de tipo (de hecho) del artículo 34 Cp.; en el segundo, el mismo artículo precitado dispone que: "Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarán el hecho realizado".

Este es el estado del asunto desde el punto de vista penal. Desde el administrativo resulta claro que la acción penal excluyente de la ejecutoriedad del acto impenativo, es procedente en la mayoría de los casos, pues un deslinde previo es imposible entre los que envuelven una hipótesis de legítima defensa y los que no entran en ese concepto, y será al cabo de ese proceso y no antes que se despeje la interrogante. Entre tanto, la acción penal fundada en una cualquiera de las dos normas citadas es posible y excluyente de la ejecutoriedad. Los casos de legítima defensa, por palmaria arbitrariedad administrativa, son excepcionales y configuran casos de abuso de autoridad poco frecuentes en la vida, aunque propios de la especulación académica.

Administración frente al particular, ponderar el clima institucional y político-histórico que dejamos delineado en páginas atrás, clima de confianza en el Poder Judicial y desconfianza en el Poder Ejecutivo, al tiempo depositario de la mayor cantidad de poderes y de fuerzas.<sup>(113)</sup> Como bien ha dicho Benvenuti en su espléndido artículo ya citado (voz Autotutela en Enciclopedia del Diritto), la posibilidad de una acción contenciosa después de un total ejecución de lo decidido por la Administración, es nada alentadora normalmente, y sirve, en todo caso, no más que para obtener una reparación pecuniaria equivalente, nada satisfactoria para el administrado que quería la integridad y la satisfacción de sus derechos indebidamente sacrificados, y no el dinero en que se los convierte el obrar administrativo (ibídem, pág. 554). La instauración de la ejecución forzosa en la vía administrativa conduciría —como está conduciendo inexorablemente en Costa Rica— al desmantelamiento de la jurisdicción contenciosa, que no sólo queda sin casos que resolver sino que se enfrenta, cada vez más frecuentemente, a la responsabilidad de deshacer —si anula— situaciones ya consolidadas e imbricadas con intereses creados por la anticipada ejecución material del acto, en vía administrativa. La solución judicial ha sido hasta la fecha mantener la situación creada.

Todavía más y más concreto: el artículo 91 de la L.J.C. costarricense proviene del artículo 122 de la española, del cual es copia literal, aunque parcial. En España el artículo 122 ha sido justamente interpretado como expresión y consecuencia de la admisión por regla general de un acto administrativo ejecutorio en sentido estricto,

(113) Un hecho decisivo demuestra un cambio institucionalmente reflejado en la justicia administrativa en Costa Rica, desde el punto de vista de la división de los poderes. Hasta 1938 —con las excepciones inoperantes de las leyes Nos. 48 de 22 de julio de 1892 y del Decreto-Ley N.º 20 de 2 de agosto de 1916— no se creó en Costa Rica la jurisdicción contenciosa, con sede en el Poder Judicial, porque se creía ello opuesto a la división de poderes sobre la base de los mismos argumentos históricos utilizados en Francia para justificar la doble jurisdicción, que aquí sirvieron para no crear una de ellas (la administrativa). Pero a partir de la Constitución de 1949 se consagró expresamente la titularidad, por el Poder Judicial, de la justicia administrativa y más bien se ensalzó la función judicial como garante de la ley y de la libertad. Véase: Antonio Picado Guerrero. Explicaciones a la Reforma del C.P.C., págs. 313 y 420 y actas de la Asamblea Constituyente, tomo II, págs. 543 a 548. Este cambio de enfoque respecto de la titularidad total de la justicia administrativa en el Poder Judicial, dentro del sistema de división de poderes, es un dato que ilumina una ideología de sentido institucional, de verdadera primacía del Poder Judicial sobre los otros en punto a administrar justicia, y permite comprender bien la improcedencia histórica e institucional de la ejecutoriedad coactiva del acto administrativo en Costa Rica. Benvenuti ha tomado también cuenta de este clima institucional en los estados modernos para sostener igual compatibilidad entre su filosofía humanista y democrática y el dogma de la ejecución coactiva del acto administrativo como autotutela general y de principio. (pág. 554, op. cit.)

en cuanto armado con la potestad de coacción para la satisfacción de los derechos que crea en beneficio de la Administración Pública, y allá tienen razón en entenderlo así, como no la tienen aquí. Porque en España, a la inversa de lo que ocurre en Costa Rica, la posibilidad de la ejecución coactiva del acto, mediante el empleo de la fuerza pública, está consagrada expresamente y como principio general por otra norma distinta que despeja toda duda al respecto. Es el artículo 102 de la Ley de Procedimiento Administrativo de España, que dice:

Artículo 102.—La Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrá proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo cuando por ley se exija la intervención de los Tribunales.

Una norma con ese alcance no existe en Costa Rica y sin ella la coacción administrativa de principio que aquí comúnmente se reputa autorizada en forma implícita por el artículo 91 de la L.J.C., está prohibida, por el simple hecho de no estar permitida (principio de legalidad).

Ello no obstante, debe haber cierta flexibilidad en el enfoque de la coacción como medio al servicio de la ley y de los actos administrativos, sin lo cual peligraría la buena marcha de la Administración Pública. Hay cierta escala de la legalidad, de lo más estricto y literal a lo más impreciso e implícito, según la índole de coacción que se ejerza. Son múltiples los medios de coacción elencados por la doctrina y no es el lugar propio para su enumeración y clasificación.

Nos limitaremos a hacer ver que lo que aquí interesa es adecuar la legalidad a la peligrosidad de la coacción estatal, en forma tal que aquella sea tanto más literal y expresa cuanto más grave sea el tipo de coacción empleado.

Desde este punto de vista los medios y tipos de coacción pueden clasificarse en cuatro grandes rubros, a saber: por un lado, coacción sobre cosas (fungibles o no); por el otro, coacción sobre personas. En ambos casos, sea para obtener bienes o prestaciones (de hacer, no hacer o soportar) fungibles o infungibles.

La legalidad será lo más estricta para la coacción sobre la persona, que siempre se da en relación con conductas infungibles de ésta. Tal tipo de coacción no podrá darse en absoluto sino en

base a texto expreso de ley, de interpretación extensiva pero no analógica.<sup>(114)</sup> Se emplea la coacción sea porque cuando se aplica a una cosa, su dueño o un tercero cualquiera presenta resistencia; sea porque la operación administrativa exige actuar sobre el cuerpo de la persona (por ejemplo: vacunación obligatoria, dispersamiento de motín popular, etc.). Cuando la coacción es sobre cosas la legalidad será también estricta si son determinadas e infungibles, y a la inversa, si son dinero o fungibles, en cuyo caso se trata más bien de créditos comunes. Para ejercer violencia sobre cosas determinadas, la ley deberá también conferir expresamente la potestad respectiva, aunque sólo sea genéricamente (demoler obras, adoptar las medidas conducentes a la demolición, etc.). Y debe tomarse nota de que la posibilidad de disponer físicamente de una cosa determinada implica la de aplicar violencia sobre la persona que se oponga a ello. Y, a la inversa, la autorización para ejercer la violencia sobre las personas, implica la de hacer lo mismo con las cosas, cuando ello resulta inevitable e indispensable para lo primero: el allanamiento para llegar al enfermo contagioso, la ruptura de vallas y cercas para capturar al prófugo, etc.<sup>(115)</sup>

La coacción por sustitución (de obligaciones de dar o hacer, de objeto fungible) es lo mismo que la ejecución civil forzosa de alcance patrimonial y recae sobre el patrimonio y, después del embargo, sobre la cosa encuestada. Parte de la doctrina reputa posible este tipo de ejecución coactiva administrativa sin autorización expresa de la ley, y lo creemos correcto, a condición de que se respeten en el trámite los principios fundamentales de la defensa, básicamente las garantías de audiencia y prueba suficiente. La razón es una y bien clara: lo que se cobra por la ejecución forzosa administrativa es lo mismo que el deudor debía; pero dado el incremento de la deuda por las costas, la audiencia y, sobre todo, el requerimiento de pago con un plazo razonable para el mismo son absolutamente indispensables.

Ello no obstante, debe tomarse debida nota de que en el caso concreto de Costa Rica la coacción administrativa para el cobro de deudas y, sobre todo, de tributos, parece inexistente, por mandato del C. Tributario (Título VI, Cobro Judicial y Extrajudicial) o por analogía con el mismo, para toda clase de créditos

(114) Sandulli, Note Sul Pobre... 856; Forsthoff, op. cit. pág. 405.

(115) Sandulli, op. cit. pág. 855.

públicos, pues ahí la ejecución es necesariamente judicial y las potestades de la Administración Tributaria se limitan a expedir las certificaciones del débito con valor de título ejecutivo en la vía procesal común y a realizar las medidas cautelares, como el embargo de cosas y créditos, salarios y demás derechos (el cual último se tiene por trabado por simple comunicación, sin práctica del mimo).

Sandulli sienta el principio, de dudoso acogimiento, de que la coacción para el cumplimiento de las obligaciones administrativas de no hacer —que, según su tesis, no puede llamarse propiamente tal— debe entenderse autorizada con la existencia misma de la obligación, dado que la fuerza pública en esas circunstancias puede reputarse como una forma de legítima defensa de la Administración y de los bienes tutelados por la obligación negativa y la norma correspondiente, que generalmente es de orden público.

En síntesis: la coacción administrativa —que sirve para hacer efectivos los derechos subjetivos de la Administración, incluso los derivados de ley, pero más frecuentemente los nacidos de sus actos de imperio— sólo es posible cuando está autorizada, expresa o implícitamente, en este último caso en forma unívoca o inequívoca, a partir del texto de otra norma escrita. No hay un principio general que autorice el ejercicio coactivo de sus derechos por parte de la Administración Pública, que normalmente deberá acudir al Juez Penal para lograrlo.

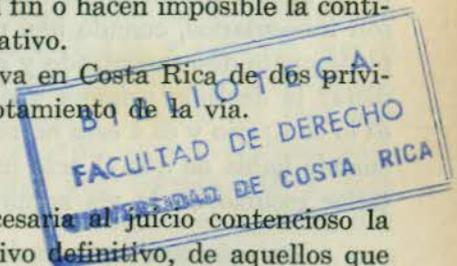
2) El privilegio del acto previo y del agotamiento de la vía administrativa.

Según el artículo 18.1 de la L.J.C. la acción será “admisibile en relación con las disposiciones y actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite”, y advierte que éstos últimos podrán ser impugnados solamente si le ponen fin o hacen imposible la continuación del procedimiento administrativo.

Esta es la consagración positiva en Costa Rica de dos privilegios: el del acto previo y el del agotamiento de la vía.

1.—El acto previo.

En virtud del primero es necesaria al juicio contencioso la preexistencia de un acto administrativo definitivo, de aquellos que cierran el procedimiento administrativo y van dirigidos al ciudadano.



no perjudicándolo o favoreciéndolo con entera independencia de otros actos anteriores o posteriores. El acto previo es el acto administrativo intersubjetivo y final, porque cierra el procedimiento (en primera o última instancia administrativa) y tiene capacidad para producir efectos jurídicos en forma autónoma, sobre otros sujetos. En virtud del acto previo el administrado queda lesionado y, por ahí, vinculado a la Administración de conformidad con el régimen de dicho acto. Para efectos de lo contencioso resalta la relevancia para el administrado de dos rasgos de ese régimen, que ya conocemos: el acto deviene inimpugnable si no se utilizan en su contra los recursos administrativos en tiempo y forma, ocurrido lo cual aquel se convierte en firme e inatacable, en la vía administrativa y en la jurisdiccional (artículo 21.1); y, si hay ley que lo permita, la Administración podrá proceder a ejecutar inmediatamente el acto, en forma coactiva si es preciso y el agravio podrá ser irreparable. Sin que haya jurisprudencia al respecto puede asegurarse que nuestros tribunales administrativos dan por existente esta última posibilidad, con base en el artículo 91.1 L.J.C., a modo de regla o principio general de coacción administrativa dentro de nuestro derecho público.

## ii.—El agotamiento de la vía administrativa.

En virtud del agotamiento de la vía administrativa el acto llega a causar estado, en jerga jurídica española. Es decir: el acto resulta directamente impugnabile ante la jurisdicción contenciosa, como emanado del órgano que puede decir la última palabra a nombre de la Administración sobre la materia controvertida. El agotamiento de la vía consiste, precisamente, en la interposición de todos los recursos disponibles contra el acto, hasta alcanzar el nivel de la última instancia administrativa. Ocasionalmente los recursos son innecesarios, cuando hay un órgano a competencia exclusiva o plenamente desconcentrado y capaz por sí y sin ulterior trámite de dictar la decisión primera y última en la materia, pero lo normal es lo contrario y es a esta normalidad a la que alude el artículo 18.1 cuando habla de que el acto impugnabile no "sea susceptible de ulterior recurso en la vía administrativa".

De este modo puede decirse que el acto previo o definitivo es el acto que decide por primera vez la materia del conflicto

a nombre de la Administración y abre la vía administrativa, previa a la contenciosa. El acto que agota la vía es, en cambio, el que la cierra y abre la puerta de la vía contenciosa, al decidir el asunto a nombre de la Administración y por ésta, en última instancia. El artículo 18.1, como se habrá ya comprendido, exige esto último —y no solamente lo primero— para efectos de admisión del contencioso planteado.

El agotamiento de la vía, más que del acto previo, viene a ser en Costa Rica un presupuesto procesal del proceso contencioso, en cuanto sin el mismo éste no es posible y si llega a ser real, sin aquel requisito, será anulable por defecto de una condición indispensable para su existencia.

Ello no obstante, es necesario relevar de inmediato, que para la impugnación del acto absolutamente nulo (o nulo de pleno derecho, como lo dice el artículo 21.2 de la L.J.C., con terminología extraña al derecho costarricense, pero necesariamente equivalente de nuestra nulidad absoluta, equiparación que parece aceptada —fuera de toda referencia a nuestro sistema— por un distinguido jurista español, Tomás Fernández Rodríguez, Orden Público y Nulidad de Pleno Derecho, Rev. Administración Pública N° 59, págs. 71 a 77, y, en general, todo el ensayo, donde se hace uso indistinto de ambos vocablos sin cuestionar seriamente su diferencia y más bien presuponiendo la equivalencia) es totalmente innecesario el trámite del agotamiento previo de la vía, puesto que puede ser impugnado fuera de plazo, sin límite de tiempo y aunque hayan caducado los recursos administrativos contra el mismo, como ocurre con el acto consentido y firme, pero sin que por ello llegue a ser inimpugnabile, sino a la inversa, siempre que la acción se plantee como de pura anulación, para eliminar el acto nulo y suprimir su ilegalidad, sin pretensión ni posible reconocimiento de derecho subjetivo ni de indemnizaciones. Esta regla de excepción está sentada por el artículo 21.2 de la L.J.C. y significa que el acto absolutamente nulo podrá ser impugnado en cualquier tiempo, sin que quepa contra la respectiva acción la defensa del acto consentido, firme, confirmatorio o reproductor, salvo —sostenemos— la excepción de prescripción decenal que corresponde a toda forma de nulidad, incluso a la absoluta, según el artículo 837 del Código Civil, aplicable y aplicado por analogía a la materia contenciosa. Esto resuelve por vía legislativa lo que en

España fue materia de ardua polémica doctrinal.<sup>(115-bis)</sup> En Costa Rica el único proceso contencioso que exige el agotamiento de la vía administrativa como presupuesto de validez formal, sin el cual es nulo e inadmisibles la acción, es el proceso contra el acto anulable o relativamente nulo. El que se dirige contra el acto que lo es absolutamente puede prescindir de tal requisito. Obvias razones de prudencia aconsejan agotar siempre la vía como si el trámite fuere esencial y necesario, aun ante la más sólida convicción de que el acto impugnado no lo exige, por ser absolutamente nulo o, con la terminología española importada e injertada en el artículo 21.2 de la L.J.C., nulo de pleno derecho. El extremo es para resolver en sentencia, pese a su íntima conexión con la caducidad o vigencia de la acción al momento de su interposición. Dice el artículo 21 de la L.J.C.

Artículo 21-1: no se admitirá la acción contenciosa administrativa respecto de:

1-a) los actos consentidos expresamente o por no haber sido recurridos en tiempo y forma; los que sean reproducción de actos anteriores ya definitivos o firmes; y, los confirmatorios de los consentidos.

2. En todo caso, se admitirá la impugnación contra los actos a que se refiere el inciso a) del párrafo anterior cuando fueren nulos de pleno derecho y estén surtiendo efectos; pero ello únicamente para fines de su anulación e inaplicabilidad futura.

Pareciera posible establecer una diferencia entre ambos privilegios —el del acto previo y del agotamiento de la vía— en nuestro ordenamiento procesal administrativo. Pues, en efecto, no es posible interponer la demanda sin la obligada identificación del acto previo impugnado (Artículo 36.2 d), y si el defecto persiste el proceso muere a corto plazo (por no corrección del mismo dentro de los diez días concedidos por el Juez con ese fin, antes de cual-

(115 bis) García de Enterría, Recurso Contencioso Directo contra Disposiciones Reglamentarias, op. cit. (Apéndice de Legislación Delegada, etc.) pág. 260, donde el autor da cuenta de su polémica al respecto con Garrido Falla, quien sostiene aparentemente la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, antes de la contenciosa, incluso para actos nulos de pleno derecho. Sin la norma de base que resuelva el conflicto, ciertamente el punto es discutible, aunque es obvio que la tesis más armónica con el principio de legalidad parece ser la de García de Enterría.

quier ulterior trámite, tal y como lo preceptúa el artículo 36.3). De este modo, la existencia del acto previo es verdaderamente requisito esencial y presupuesto necesario de la validez e iniciación del proceso contencioso.

Pareciera —y es sólo peligrosa apariencia, como se verá— que no ocurre lo mismo con el agotamiento de la vía. Si el accionado no revelare su inexistencia a modo de defensa previa, “el trámite, dice el artículo 33.4 *ibidem*, “se tendrá por cumplido”, como si ello fuere subsanable por renuncia de la defensa respectiva de parte de la Administración, lo que es perfectamente equívoco y hasta falso, porque ocurre exactamente lo contrario.

Es el resto del mismo artículo 33.4 lo que nos da la clave del asunto: el trámite se “tendrá por cumplido”, dice la norma, “sin perjuicio de lo que resultare acerca de la firmeza o consentimiento del acto o de la disposición, por no haber sido recurridos en tiempo y forma”. Debe advertirse que, pese a ello, el actor no deberá tener por cumplido el trámite, como lo dice la ley, porque hacerlo lo exponería a una inmediata derrota de su interés, si atendido a ese texto deja de expirar —sin interponerlos— el plazo de los recursos administrativos de la ley. Si ello ocurre, el mismo texto le será oponible, y la Administración podrá deducir en su contra la defensa del acto consentido y firme (firme por consentido), por no haberlo recurrido en tiempo y forma. Esto será inevitable en la mayoría de los casos, dados los perentorios plazos de impugnación de un acto en la vía administrativa, con base en el artículo 21.1 que así lo dispone.

En verdad el agotamiento de la vía sigue siendo un presupuesto formal del proceso contencioso, cuya existencia es necesaria para su validez y cuya inexistencia puede hacerse valer, tal es su importancia, o bien de oficio por el Juez (artículo 41.1 d); o bien por la accionada como defensa previa (artículo 33.3), mientras es subsanable el defecto, por estar vivos los recursos administrativos; o bien por ambos (y esto es lo más importante), si el defecto no es ya subsanable por haber expirado los plazos dichos, también como defensa previa pero bajo la forma de excepción de acto consentido y firme (todo según los artículos 33.3, 41.1 b), 50.1 a) y 60.1 c).

Es perfectamente lógico concluir —contra lo que creen algunos desprevénidos— que en Costa Rica el agotamiento de la vía sigue siendo parte esencial del proceso contencioso y privilegio

fundamental de la Administración, sin cuyo cumplimiento, a modo de carga sobre el administrado, éste queda derrotado en todas sus pretensiones litigiosas frente a aquella.

Mucho se ha discutido sobre la función de ambos privilegios. (116) Se ha dicho que son un medio de conciliación,<sup>(117)</sup> porque le dan oportunidad a la Administración para analizar su posición y la del adversario y ceder sin litigar, cuando ello procede; que son un medio para trabar la contienda, en cuanto el acto previo y último define en forma definitiva la posición de ambas partes en el conflicto, sin lo cual permitir al Juez que falle sería autorizarlo para una inadmisibles invasión de funciones típicamente administrativas con desnaturalización del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa<sup>(118)</sup>; y que es una consecuencia inevitable de la estructura del proceso contencioso, que va dirigido contra un acto y no contra un sujeto, para lo cual es esencial e inevitable que el acto exista previamente.

Todos los autores están de acuerdo en la relevancia técnico-jurídica del requisito como presupuesto formal de validez del proceso, cuya ausencia genera una defensa previa, irrenunciable y de tipo perentorio, porque —de no ser oportunamente subsanado el defecto— mata el proceso. Las justificaciones que quieran dársele después de admitido esto no son muy importantes, pero sí reveladoras y queremos dar la nuestra.

a) La versión de Waline. El maestro de París tiene una explicación mucho más coherente que aquellas. Hasta 1889 y aún después de instaurado en Francia el sistema de la justicia delegada (con la que el Consejo de Estado adquirió verdadera función jurisdiccional propia y abandonó la consultiva, lo que aconteció en 1872), el Ministro siguió siendo el Juez de primera instancia, con alzada ante el Consejo. Después de 1889 el sistema fue abandonado y el Ministro dejó de ser Juez para todo efecto, pero, por inercia, el Consejo siguió exigiendo, para tener por vinculada su jurisdicción, que todo reclamo fuese precedido de una resolución del Ministro sobre

(116) Sobre el concepto de función como actividad global y unitariamente relevante para el derecho léase Giannini, op. cit. tomo I, páginas 439 y 440. Sobre los diversos sentidos adjudicados al privilegio del acto previo y del agotamiento de la vía, véase por todos Nieto, La Inactividad . . . páginas 81 a 88.

(117) Manuel Alonso Olea, La Reclamación Administrativa Previa, páginas 13 a 21.

(118) Garrido Falla, La Llamada Doctrina del Silencio Administrativo, Rev. de Administración Pública, Número 16, páginas 93 y 94.

el mismo, y aquí apareció —para quedarse— el privilegio del acto previo. Explicación interesante pero de tipo histórico, que revela bien cómo la inercia ha jugado siempre a favor de la Administración en sus conflictos con el administrado.

b) La versión del administrado. En virtud del privilegio del acto previo y del agotamiento de la vía, la Administración logra una serie de ventajas totalmente inexistentes para nadie más. En primer término, delimita el campo del litigio mediante una cuidadosa redacción y motivación del acto —cuando lo da expreso y no calla, lo que es más frecuente todavía— y obliga al administrado a luchar en su propio terreno. De ese acto y de los hechos del futuro juicio la Administración tiene normalmente la prueba documental en sus archivos, fuera del alcance del administrado, por lo menos en la etapa anterior al juicio, que es cuando aquella dicta el acto previo. Y de seguido, obliga al administrado a enseñar su estrategia y enfoque cuando lo hace agotar la vía, deduciendo anticipadamente ante ella las pretensiones que después tendrá que repetir —sin cambiar— ante el Juez.

Normalmente la poca prudencia de partes y abogados lleva a extremos peores: se deduce ante la Administración no la pretensión sino la demanda tal y como se formalizará después, con exposición de hechos, derecho y todo lo demás, útil para orientar a la Administración en su defensa frente al ciudadano; pero aunque éste, sólo presente su pretensión, acota más y reduce el campo de lucha, en provecho de una Administración que ya lo había previamente recortado en su propio beneficio, con la redacción bien calculada de su acto previo. Finalmente, se obliga al administrado a asumir la posición —siempre más difícil— de actor, que garantiza un fácil triunfo a la Administración, no porque siempre tenga razón, sino por los explicables yerros y omisiones de enfoque de toda demanda, que es la máxima prueba de fuego de la madurez y la capacidad de previsión de un buen jurista. Todo lo demás puede ser cierto y verdad, pero esto también lo es y no somos —ni mucho menos— los primeros en decirlo:<sup>(119)</sup> los privilegios del acto previo y del agotamiento de la vía son básicamente un modo de obligar al adversario a enseñar el juego antes de empezarlo, por lo que no es raro que tan a menudo triunfe la Administración.

(119) García de Enterría, Apuntes de Derecho Administrativo, Tomo III, Madrid, 1970-1971, pág. 134.

Todo lo cual revela la última y no menos grave función del instituto, que es la sustracción al control de legalidad de la enorme porción de actividad administrativa que va antes o después del único punto de conducta impugnabile, el acto definitivo que causa estado. El artículo 49 de nuestra Constitución instituyó el contencioso para velar por la legalidad de la "función administrativa", que es algo bastante distinto y mucho más amplio de lo que preceptúa el artículo 1 de la L.J.C., cuando dice que su objeto es "conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad y disposiciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo". Pues, en efecto, es evidente que una cosa es función y otra muy distinta los actos y disposiciones que la expresan, lo cual queda confirmado por la forma en que la ley entiende la naturaleza de estos últimos, como actos definitivos que agotan la vía administrativa.

Esto implica múltiples exclusiones con quebranto de la norma constitucional, exclusiones que la misma ley se encarga de hacer.

Función es actividad globalmente ordenada al cumplimiento de un fin, en relación con el cual todos y cada uno de sus momentos son relevantes desde el punto de vista de las normas jurídicas o reglas técnicas para alcanzar lo querido. Como bien ha dicho Giannini "las razones por las cuales se funcionaliza una actividad, de cualquier sujeto, están en la necesidad de controlarla", por lo que es imprescindible a la idea de función la de un contralor que "emite un juicio valorativo y un controlado que responde de cómo ha desempeñado la función" (Diritto: . . . , tomo I, pág. 440). Significa lo dicho que al desplazar el objeto del control contencioso desde la función (artículo 49. Constitución Política) hasta el acto definitivo que agota la vía y causa estado (artículo 18.1 de la Ley), se reduce la función a éste último y se sustrae al control no sólo los actos de trámite, los ya ejecutados, o los en formación, sino también los comportamientos, que son hoy la inmensa mayoría de la actividad estatal. El artículo 18.1 de la L.J.C. ha inmuniado contra el control no sólo los actos que no son definitivos ni

causan estado, lo que puede ser razonable, sino también las actividades y las inactividades de la Administración, lo que obviamente no lo es.

Y es ésta —creemos— la función principal del privilegio del acto previo: recortar y enuclear de entre la inmensa variedad de conductas judicables de la Administración, un ámbito mínimo y pasible de control, fuera del cual la Administración puede hacer lo que quiera, sin medio alguno de defensa en mano del ciudadano, que vive tanto o más de las actividades —positivas y negativas— de la Administración, que de sus actos formales de autoridad.

De conformidad, quedan fuera del contencioso toda clase de actividades o comportamientos que, como tales, no pueden ser atacados ni controlados. En efecto: los comportamientos por acción (positivos), que generan responsabilidades, no pueden ser juzgados directamente ni impugnados por sí, y para lograrlo indirectamente la única técnica es deducir una pretensión frente a la Administración antes del juicio, y, entonces, impugnar la resolución (tácita, expresa o presunta) que rechaza la petición, dentro del ámbito de la cual ha de montarse y fenecerse el proceso contencioso subsiguiente. Para ser judicable, la actividad administrativa tiene que convertirse en acto.

La misma técnica rige los comportamientos negativos, y entendemos por ello dos tipos de conductas: a) la denegación expresa de un acto o actividad; b) la inactividad, sin denegación, acompañada del silencio de la Administración.

La denegación puede, a su vez, recaer sobre el fondo de lo pedido por el administrado o abstenerse de hacerlo por razones de forma, que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de parte de la Administración.

Todo lo cual nos lleva a comentar el último privilegio de la Administración, y no uno de los menos graves, que será analizado en este trabajo, cuyo objeto fue, como se dijo, despejar algunas oscuridades del derecho costarricense en punto a favores para la Administración con el fin de evitar que se le den algunos que no tiene y que se ignore, con grave perjuicio propio, los que verdaderamente tiene: es el privilegio nacido de la posibilidad que la Administración ostenta de resolver con el silencio o con evasivas, escudándose simultáneamente en el carácter discrecional de sus potestades.

### 3. El Silencio Administrativo y su Régimen.

#### i.—Silencio administrativo y caducidad de la acción contenciosa.<sup>(120)</sup>

La Administración Pública tiene el deber de resolver expresamente, lo que en Costa Rica es, además, una obligación en el sentido auténtico del vocablo, correlativa del derecho de petición del ciudadano. Dice el art. 27 de la Constitución:

Artículo 27 Constitución Política: Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho de obtener pronta respuesta."

Ello significa que toda petición o reclamo dirigido a la Administración por un ciudadano, grupo o entidad colectiva, debe recibir pronta respuesta de aquella, no necesariamente favorable. El contenido de la respuesta dependerá de las circunstancias de hecho y derecho que apoyen la petición y podrá ser, de conformidad con las mismas, tanto positiva si aquellas circunstancias crean efectivamente en el ciudadano el derecho subjetivo que reclama, como negativa, si lo contrario. Pero sea cual fuere el contenido de la respuesta, ésta tiene que darse y en un plazo razonable que permita calificarla como pronta y no como retrasada. Lo contrario es una violación cierta de una garantía constitucional, que como cualquier otra violación de un derecho subjetivo acarrea eventualmente responsabilidad de la Administración y amerita protección por la vía del amparo.<sup>(121)</sup>

(120) Para una literatura sobre el silencio administrativo particularmente útil en relación con nuestro sistema tenemos que referirnos a la española; véase especialmente: Garrido Falla, La llamada Doctrina del Silencio Administrativo, Rev. de Ad. Púb. N° 46; García de Enterría, Sobre el Silencio Administrativo y Recurso Contencioso, N° 47 ibidem; Martín Mateo, Silencio Positivo y Autoridad Autorizante, N° 48 ibidem; Fernández Rodríguez, Silencio Negativo, Actos Firmes y Actos Confirmatorios, N° 53 ibidem; Nieto, La Inactividad de la Administración y el Recurso Contencioso Administrativo N° 37, ibidem; Bolea Foradada, El Retraso de la Administración y El Silencio Administrativo, N° 51 ibidem. En la literatura italiana pueden consultarse con gran provecho la fundamental obra de Ledda, II Provvedimento di Rifiutto; y, además, Renato Alessi, Rilievi in Ordine Alle Impugnative del Comportamento Omissivo dell'Amministrazione Pubblica, Riv. Trim. Dir. Pub. 1964; y Francesco La Valle, Profili Giuridici dell' Inerzia Amministrativa, Riv. Trim. Diritto Pubb., 1962.

(121) La Garantía del Amparo (recurso de amparo) no es en Costa Rica lo mismo que en México, donde está llamada a la triple función de ser control de legalidad, control de constitucionalidad y tutela de los derechos humanos frente a la actividad del Estado y de otros entes públicos. Su función única en Costa Rica, a la inversa, es proteger contra flagrantes arbitrariedades y vías de hecho administrativas los derechos constitucionales, que por jurisprudencia constitucional son todos los que derivan de la Constitución y no únicamente las libertades públicas, en beneficio de toda clase de personas, incluyendo las públicas. El texto constitucional es el Art. 48, 'in fine', que dice: "Para

Es posible, además, que razones de forma propias de la vía administrativa —como de cualquier otro procedimiento— impidan a la Administración entrar al fondo del asunto. El derecho de petición puede formularse, desde este punto de vista, como el derecho del ciudadano a una pronta respuesta por el Estado sobre el fondo de sus peticiones, reclamos o instancias, salvo que lo impidan defectos formales de la vía correspondiente, en cuyo caso la respuesta deberá darse también y prontamente sobre la existencia de los mismos. Luego, la Administración puede abstenerse de resolver sobre el fondo, sea guardando total silencio y violando el derecho de petición, sea pronunciándose sobre los obstáculos de forma de la vía administrativa iniciada con la instancia del particular, en cuyo caso la violación sólo se dará si tales impedimentos formales no existen y su invocación es una técnica dilatoria en perjuicio del petente. Todo lo que sea abstenerse de resolver sobre el fondo, en forma pronta y razonada, sin motivo que lo justifique, es violar aquel sagrado derecho constitucional.

La L.J.C. ha venido a complementar esa obligación —estrictamente correlacionada con un derecho subjetivo a la respuesta en quien dedujo la petición— con otro deber, en el sentido técnico antes explicado, (de vínculo que hace necesaria una conducta fuera de toda relación con otro sujeto o con su interés individual, indeterminada en cuanto a su contenido en la disposición legal que lo crea, pero determinada en relación con cada caso concreto de aplicación de la ley que haga necesario el cumplimiento del deber).

mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución a toda persona le asiste, además, el recurso de amparo, del que conocerán los tribunales que fije la ley". Nuestro amparo sólo sirve para enervar la arbitrariedad administrativa; para lograr la reparación de los daños y perjuicios causados por la misma es necesario acudir a la vía contenciosa independiente de plena jurisdicción. La sentencia estimatoria es de condena, a no hacer o a abstenerse de ejecutar el acto, lo mismo que a hacer o dictar los necesarios para el retorno real a la vigencia de la libertad o derecho constitucional violados. La sentencia contiene apercibimiento de sanción penal si hay desobediencia a la autoridad, pena que es la prevista por el Art. 305 del Código Penal. La sentencia no anula el acto, sino que implica la orden judicial dirigida a la Administración demandada de anularlo, cuando así sea necesario para la imperativa restitución al estado original de cosas. Si la anulación no es necesaria al efecto, es omisible. La jurisdicción de amparo está en Costa Rica en manos de jueces penales, que pueden, en proceso penal ordinario independiente, sancionar el desacato a la sentencia. Se trata de un evidente error, pues dicha jurisdicción debería ser o especializada (lo que es impráctico por el reducido número de casos), o incluida en la contencioso-administrativa.

El derecho subjetivo constitucional excluido del texto del artículo es únicamente el de libre circulación en el territorio nacional, consagrado por los Arts. 22 y 37, cuya protección específica está en el Art. 48 'ab initio', que crea la garantía procesal del 'habeas corpus', de estructura y función históricas de sobra conocidas en el derecho comparado y reafirmadas en Costa Rica.

Así, el deber de resolver expresamente nace en función de la buena marcha de la Administración y para garantizar que los negocios de ésta serán objeto de estudio y decisión por sus servidores, en vez de preteridos o ignorados con olvido de su intrínseca importancia; pero, en abstracto, es imposible determinar cuáles resoluciones habrá que dictar y en cuáles casos habrá que hacerlo. Ello quedará concretado cuando surjan los hechos o peticiones que obliguen a dictar la decisión expresa, de contenido desconocido e indeterminado en la ley, que se particulariza con vista de cada petición o reclamo.

La L.J.C. consagra este deber —abstracto y sin un derecho subjetivo correlativo a la respuesta— en términos muy similares a como lo hace la ley española, matriz de la nuestra, pero al copiar ésta introduce un agregado que es no sólo la creación de un privilegio más de la Administración sino de uno de los más inmorales e injustos de que ésta goza en Costa Rica.

En efecto: el artículo 38.2 de la L.J.C. de España se limita a imponerle un deber a la Administración, cuando dice:

“Artículo 38.2: En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada”.

El artículo 19.2 de la nuestra agrega algo decisivo y queda redactado así:

“En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada, dentro del plazo de un año señalado en el párrafo 2 del artículo 37.”

El párrafo 2 del artículo 37 dispone:

Artículo 37.2: El plazo para interponer el juicio será de dos meses, que se contará: 1) ...

2) En los supuestos de actos presuntos por silencio administrativo, el plazo será de un año desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, salvo si con posterioridad —dentro de dicho plazo de un año— recayere acuerdo expreso, en cuyo caso será el indicado en el párrafo anterior”.

Esta solución legislativa no sólo borra de la ley el deber de resolver expresamente después del año sino que mata la potestad del órgano para hacerlo, puesto que el plazo aparece como máximo

y, en tanto que tal, de caducidad de la competencia en uso de la cual la Administración puede resolver.

Una vez transcurrido el año de que habla el artículo 37.2, la Administración no sólo no tiene ningún deber de resolver expresamente sino que tampoco tiene la facultad, pues aunque quisiera le estaría prohibido hacerlo y si lo hiciera la nueva resolución sería ineficaz para revivir la acción y sus plazos.<sup>(122)</sup>

No sólo eso: la jurisprudencia ha formulado ya la “filosofía” de tal disposición, cuando ha dicho que se trata de una válvula de seguridad de la Administración, para no mantener indefinidamente abiertas en su contra los plazos de impugnación de las resoluciones o actos administrativos, razón por la cual la resolución tardía dictada después del año carece de valor para revivir una acción ya caduca y habilitar una vía contenciosa definitiva e irreversiblemente clausurada al administrado.<sup>(123)</sup>

Bien lo ha dicho Fernández Rodríguez:

“Si sobre esta falta de resolución expresa, sólo imputable a la Administración, el representante de ésta pretende apoyar la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto por el intere-

(122) Ver casaciones número 86 de las 16 horas del 27 de setiembre de 1967 y número 116 de las 15 horas del 17 de noviembre de 1967. La injusticia de tal solución está a la vista y su disposición es tan tajante en contra del administrado que, para evitarlo y salvar casos injustamente perdidos por su aplicación, nuestros Tribunales han tenido que recurrir a soluciones igualmente criticables, consistentes por ejemplo: en sostener que la caducidad de que hablamos no rige para el Tribunal Fiscal Administrativo y sus resoluciones, porque de la lectura de las normas que regulan su organización y sus decisiones se desprende claramente que se trata de una especie de tribunal administrativo, cuyas decisiones tienen que ser expresas —como las de los jueces ordinarios— y respecto del cual no juegan las normas que crean el rechazo presunto de pretensiones por silencio administrativo, que rige en el resto de la Administración. El artilugio no sólo es totalmente infundado, porque el deber de resolver expresamente pesa también sobre el resto de la administración, literalmente impuesto por el artículo 19.2 de la L.J.C., sino, además, gravemente perjudicial, porque priva al ciudadano del beneficio que la regla del rechazo por silencio significa como medio de acceso al contencioso administrativo, ante la inercia de la Administración que nada hace para resolver expresamente. Y como resultado de tal línea de decisión el ciudadano queda expuesto a esperar indefinidamente la resolución del Tribunal Fiscal Administrativo, sin el recurso facultativo que en otras áreas tiene de dar por agotada la vía dos meses después de haberla iniciado sin recibir notificación de la correspondiente resolución.

(123) Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, sentencia de 16 horas del 8 de junio de 1967:

“Si transcurrido el plazo para la interposición de la acción contencioso administrativa el órgano dictó resolución rechazando el reclamo en la vía administrativa y declarando agotada esa vía ello no significa renuncia de la caducidad que ya estaba cumplida, pues ésta, por su naturaleza jurídica, no es susceptible de renuncia, como sucede con la prescripción consumada, ya que de admitirse aquella posibilidad se abriría las puertas a probables colusiones para reabrir el término de presentación de la acción contencioso administrativa, fuera de que al Estado no le es dable legalmente hacer renunciar de esta especie”.

sado resultaría que de prosperar la excepción alegada la Administración obtendría en beneficio de su propia torpeza un resultado injustificable que supone una infracción flagrante del principio "allegans propriam turpitudine non auditur". ... "Esta regla impide en su significado más primario que una persona trate de obtener un resultado favorable para ella con fundamento en un acto o en una situación irregular, cuando de esta irregularidad o de esta ilegalidad es culpable el mismo que trata de obtener el beneficio" (Silencio Negativo, Actos Firmes y Actos Confirmatorios, Revista de Administración Pública Número 53, página 300.)

ii.—El silencio negativo: un hecho jurídico procesal y una eventual forma de incumplimiento de deberes y obligaciones.

El silencio es la nada y como tal, nada puede producir ni expresar, a no ser que la ley le otorgue valor. El rechazo de la pretensión del administrado por silencio de la Administración sólo puede tener tal valor porque se lo da el artículo 19.1 de la L.J.C. y en la medida en que se lo da. Y ese valor lo tiene exclusivamente para hacer posible que el administrado pueda, si quiere y a título enteramente facultativo, dar por agotada la vía administrativa y entablar la acción contenciosa, dos meses después de planteada su petición a la Administración sin respuesta alguna. Se trata de un hecho jurídico, con la única consecuencia procesal de habilitar la vía contenciosa en el interés del administrado, que bien puede, si no quiere aprovechar esa favorable consecuencia, esperar la resolución expresa, como literalmente lo dice el artículo 19.1:

"El interesado podrá considerar desestimada su instancia, al efecto de formular, frente a esta denegación presunta, el correspondiente reclamo administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición."

En consecuencia: la ley no dice, por ningún lado, que la denegación presunta sea un acto equiparable al rechazo expreso, sino que lo será única y exclusivamente para efectos de dar por agotada la vía previa y entablar la acción contenciosa. Esa denegación por silencio no puede tener ningún otro efecto, puesto que la ley, que es la única que puede conferirle eficacia adicional al silencio, no se lo ha dado y al no dárselo se lo ha negado.

El silencio, como omisión total de una conducta debida o esperada, no es siquiera comportamiento, que es lo que podría ser si

—como vimos— tampoco es acto. Ni la ley podría dar a la ausencia de conducta la consistencia de ésta, dado que ello depende de la realidad antropológica y no del derecho. Pero la ley puede darle a la omisión los efectos de la acción, sin pretender en absoluto crear ésta de la nada. Crear actos o actividades sin conducta humana está fuera del alcance del derecho, pero otorgar efecto jurídico a las omisiones o al silencio es algo que cae dentro de su ámbito, pues el derecho no es otra cosa —en gran porción de su contenido— que una regulación autónoma e independiente de las leyes naturales sobre la creación de efectos jurídicos, a partir de los más dispares objetos o eventos. Desde este punto de vista es claro que el silencio no es acto ni comportamiento jurídico sino una ausencia de los mismos— ausencia que es pensable y que tiene realidad sólo en el pensamiento, como ente de mera razón, que decían los escolásticos— que más bien puede calificarse pura y simplemente como hecho jurídico, igual en naturaleza a los otros —como las cualidades de las cosas —que nada tienen que ver con la conducta humana, pero que, ello no obstante, son igualmente productoras de consecuencias de derecho.

El derecho puede otorgar al silencio el valor que quiera en cuanto a sus efectos e incluso, como es bien sabido, el de acogimiento de la instancia dirigida a la Administración. Es el llamado silencio positivo, corriente en las relaciones de tutela administrativa, donde es frecuente que una aprobación, visto o autorización se tengan por dados pasado un plazo de espera dentro del cual tiene que vetar o aceptar el órgano contralor. Pero el silencio positivo es totalmente diverso del rechazo presunto por silencio (o silencio negativo), en cuanto a sus efectos y función. Pues siempre que se da silencio positivo la ley entiende efectivamente equiparar el silencio al acto positivo, en lo relativo a sus efectos jurídicos, que son los mismos en ambos casos. En consecuencia, el silencio positivo modifica e innova el ordenamiento, con igual efecto constitutivo que el acto expreso equivalente. El silencio positivo puede reputarse como acto expreso, para todo efecto, y sobre el mismo puede aplicarse las normas que regulan los actos, con las mismas consecuencias (estabilidad, invalidez, impugnación, etc.).

El silencio negativo, en cambio, tiene en la L.J.C. sólo un efecto: abrir la posibilidad de impugnar el acto en la vía contenciosa, ninguno otro, y es, por tanto, un evento puramente procesal

o preparatorio del proceso, que carece de valor sustantivo como verdadero acto administrativo negativo, cuyo régimen y demás notas jurídicas le son enteramente extraños. Desde el punto de vista de la L.J.C. se trata de un hecho —como se dijo— y no de un acto jurídico, cuyos efectos derivan de la ley y no de la voluntad de la Administración, lo que es evidente si su existencia nace, justamente, de la renuencia de la Administración a resolver en forma expresa.

El silencio negativo puede producir otro efecto, pero de nuevo como hecho jurídico y no como acto administrativo. Ese silencio es, además y necesariamente, un acto ilícito, que viola el deber y la obligación administrativos —correlato esta última del derecho constitucional de petición— de resolver expresamente. El administrado puede fundar un reclamo de responsabilidad contra la Administración por el retraso indebido en resolver expresamente, si el mismo le ha parado perjuicio, con entera independencia de si el acto pedido era o no discrecional y de si tenía derecho o no a una resolución favorable. Si la incertidumbre creada por el retraso injustificado produce por sí misma rompimiento de un negocio, la disminución de clientela, la pérdida de otro derecho condicionado a la decisión en cualquier sentido de la petición planteada, el administrado tendrá ahí una causa autónoma de daño y podrá reclamar la reparación, en forma también autónoma respecto de cualquier otra causa de pedir.

Y si el silencio no es un acto no podrá sujetarse al régimen de tal en ningún aspecto ni adquirir las cualidades del acto administrativo común: no podrá llegar a ser firme, ni consentido, ni confirmatorio, ni reproductor, ni fundar ni desmejorar otras resoluciones o situaciones jurídicas, fuera de la estrictamente procesal de habilitar la vía contenciosa, agotando la administrativa.

Es por esta carencia total de efecto jurídico como acto negativo, que la doctrina esta acorde en que el juicio anulatorio de ese rechazo presunto sólo puede ser declaratorio y equivale a lo mismo que a sentar la existencia de la obligación o deber de la Ad. de proveer expresamente en un determinado sentido, que fue violado, por el silencio, sin que la sentencia pueda tener el menor valor modificativo de la realidad en contra de la Ad., si, además de esa platónica declaración, no se da simultáneamente a ésta, la orden de realizar el acto o de prestar el servicio omitidos, y, subsidiariamente, la sustitución de la Ad. por el Juez en la conducta

debida. La anulación de la nada, efectivamente, nada puede producir, a no ser que —como se apuntó— se complemente esa pretendida anulación con un mandato o una sustitución de conducta. Hecho procesal, no acto sustantivo, eso es el silencio presunto de nuestra L.J.C. y como tal —no como acto— debe considerarse.

iii.—El silencio y los expedientes sujetos a trámite.

Si un acto definitivo es discrecional, ello basta para hacer imposible que el Juez pueda ordenarlo o sustituirse a la Administración para dictarlo, salvo que tenga jurisdicción de mérito (como ocurre con el Consejo de Estado de Italia, dentro del juicio de “ottemperanza”). Pero si el acto pedido es totalmente reglado y debido, el silencio administrativo implica una violación del derecho subjetivo, ya no a una respuesta cualquiera, sino a la decisión favorable, que es objeto de ese derecho. En tal hipótesis y en sistemas diversos al francés (donde el silencio administrativo equivale a la muerte del derecho, porque no hay jurisdicción de condena ni sustitutiva frente a la Administración, ni aún en ejecución de sentencia) la inercia de la Administración puede dar origen a un juicio en que, aparte de la responsabilidad, la Administración resulte condenada a otorgar el acto pedido y, eventualmente, sustituida por el Juez en ejecución de sentencia, como lo creemos posible en Costa Rica (respecto de actos totalmente reglados).

Pero he aquí que topamos nuevamente con los privilegios de la Administración sutilmente conectados a su posición de demandada en todo proceso contencioso, pues la Administración suele jugar con el silencio a sabiendas del grave aprieto en que coloca al administrado y su interés por el simple retraso en decidir. En efecto: la omisión contenida en el silencio y la inercia pueden ser tanto del acto final como de un acto inicial o intermedio de trámite. El trámite preparatorio es necesario para dictar el acto no sólo legalmente (lo que es obvio en nuestra hipótesis) sino técnicamente, por la complejidad del asunto y por la experiencia administrativa que su decisión requiere. Es posible, incluso, que los plazos de ese trámite, aún diligentemente aprovechados, sumen más de los dos meses, lo que es más claro todavía cuando están legalmente fijados y el resultado lleva al mismo desfaseamiento por exceso sobre el plazo legal productor del rechazo presunto.

Son muchas las interrogantes que surgen y la solución de la mayoría —práctica, sino teóricamente— siempre favorable a la Administración. Esta, al abstenerse, obliga al administrado a tener por rechazada su petición y a impugnar un rechazo absolutamente misterioso por inmotivado, que, por otra parte, puede resultar eventualmente fundado y legal como resultado de la investigación y de los estudios que la Administración debió y no ha querido iniciar. La incertidumbre del Juez no será menor que la del administrado. El Juez podrá difícilmente fallar un asunto dentro de una jurisdicción revisora montada sobre y contra actos administrativos supuestamente bien tramitados, cuando no existen ni el acto ni el expediente y cuando, además, este último es totalmente necesario por la complejidad técnica de la materia, complejidad que, por otra parte, convertirá al Juez en un improvisador peligroso si trata de sustituir a la Administración en la valoración de los diversos elementos de juicio, típicamente administrativa. Es casi seguro que el Juez, dentro de ese marco, se abstendrá de fallar sobre el fondo y enviará al actor victorioso, de pírrica victoria, ante la misma Administración para que ésta resuelva, limitándose a ordenarle que inicie inmediatamente el expediente y decida a la mayor prevedad. Mandato vano del Juez, si la Administración, sabedora de la situación de ignorancia y precariedad de juicio que padece el Juez, decide no obedecer y prolongar abierta o veladamente el silencio. En cuyo caso el único remedio para el administrado y sus quejas sería hacer otro juicio de responsabilidad contra la Administración, y eventualmente penal contra el funcionario culpable, quien llegada la hora de nuevas órdenes judiciales, podría ser libre y maliciosamente sustituido por otro, con la orden ya dada de no ejecutar el fallo. Y no faltará algún Juez que —con la típica y universal benignidad judicial para con la Administración— sostenga que abstenerse de fallar, cuando el Juez debía y tenía que hacerlo, es legal y correcto, dado que por ese su carácter revisor, la jurisdicción contenciosa le impide entrar a resolver extremos que la Administración no ha resuelto, aunque le hayan sido pedidos a ésta y aunque el no haberlo decidido sea exclusiva y maliciosa culpa de la Administración. La tendencia de los tribunales en España, con ley igual a la nuestra (que viene de ella), ha sido la de no fallar, enviar al actor ante la Administración para que ésta resuelva el fondo del asunto y obligarlo a entablar posteriormente otro proceso, si el acto final de fondo también resulta

contrario a sus intereses; solución ampliamente criticada por la doctrina de allá y con toda razón, dado que sólo conduce a multiplicar los juicios y los gastos del administrado por la exclusiva culpa o dolo de la Administración, que adrede juega en su contra con el silencio o con las resoluciones de evasiva, que, sobre la base de argumentos de forma, escamotean la decisión de fondo.

La solución doctrinal dada en España al arduo problema planteado —del fallo sobre actos denegatorios presuntos (por silencio de la Administración) o sobre actos que no entran al fondo del expediente, por razones de forma invocadas en la vía administrativa —es matizada y nada satisfactoria.<sup>(124)</sup>

En primer lugar, se da el inevitable y correcto, pero desalentador, reconocimiento de que no habrá solución jurisdiccional posible cuando el acto denegado (expresa o presuntamente) sea discrecional y la jurisdicción sea —como en España y Costa Rica— de pura legalidad y no de mérito, pues entonces la sentencia —aún favorable y anulatoria— equivaldrá a una pírrica declaración de la infracción por la Administración del deber de resolver, sin que el Juez pueda hacerlo en lugar de ésta ni, al menos, ordenarle el dictar un acto de contenido determinado. Problema éste, respecto de la discrecionalidad administrativa, que no tiene otra solución que la arbitrada en Italia con el juicio de “ottemperanza”, jurisdicción de mérito que recae sobre la oportunidad de ejecutar o no el fallo y, caso afirmativo, cómo, con posibilidades para el Juez de levantar el expediente sustitutivo del de la Administración y, ante la omisión de ésta en resolver, de sustituirse a ella, dictando en su lugar el acto discrecional que la circunstancia amerite.

El problema se plantea, además, en relación con los actos totalmente reglados, debidos por la Administración frente a un particular que normalmente tiene un derecho subjetivo correlato de ese deber, que es más bien una obligación. Y aquí tampoco la solución propuesta parece conveniente ni satisfactoria, por mucho que parezca razonable y lógica: el Juez podrá y deberá fallar no sólo sobre los aspectos de forma que supuestamente han impedido a la Administración entrar al fondo del asunto, sino que deberá fallar sobre éste, pero a condición de que el pronunciamiento de admisión de la Administración se haya dado al final del procedimiento admi-

(124) Manuel Clavero Arévalo, El Carácter Revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y las Sentencias Anulatorias de Actos en los que la Administración no entró en el Fondo del Asunto, Rev. de Ad. Púb. N° 42, páginas 217 y siguientes.

nistrativo debidamente tramitado, con aporte de toda la prueba necesaria para resolver, y no al principio y de entrada, cuando ese material de juicio para la Administración no existía todavía ni, por tanto, puede estar actualmente disponible para el Juez. En esta hipótesis —la doctrina española parece sugerir— es procedente la recomendación de que el asunto sea devuelto a la Administración, para que ésta instruya —como tenía que hacerlo— y resuelva, con la posibilidad de un nuevo juicio para el administrado, si la Administración se mantiene en su inercia o resuelve contra su interés. Discrepamos de tal solución que, sin embargo, es más liberal que la de la jurisprudencia española, desfavorable a un pronunciamiento del Juez sobre el fondo cuando no haya otro de la Administración, con estímulo para la inercia administrativa en su forma más dolosa, articulada hacia el fin de provocar una cadena de juicios escalonados del administrado, sólo en conjunto efectivos para depararle justicia, que así resulta no sólo costosa sino lenta e incumplida. La solución para evitarlo es justamente la contraria: cuando hay silencio o evasiva de la Administración para no resolver el fondo del asunto el administrado debe poder demandar y obtener no solamente que se declare la infracción del deber de resolver en forma expresa y se anule el eventual rechazo por razones de mera forma, sino que se declare también el deber de resolver sobre el fondo en el sentido conveniente al interés del actor, para que, en ejecución de sentencia, el Juez dicte el acto reglado y debido, subsidiariamente y si no lo hace la Administración. Lo contrario sería obligar al administrado a hacer un juicio para lograr un mandato sobre la Administración de iniciar o fallar el expediente administrativo, y eventualmente otro u otros, para que ésta última inicie cada una de las etapas del mismo, en las que ella se detiene adrede, antes de lograr un primer fallo judicial sobre el fondo del negocio.

No tenemos ni hemos encontrado respuesta para la hipótesis de procedimientos con plazos legales (o razonables) de trámite mayores que los dos meses constitutivos del silencio negativo. Es nuestra opinión que la inercia continúa por dos meses de inactividad de la Administración, en tales casos, equivale a renuncia por ella del resto de los plazos y hace aplicables en su contra las soluciones anteriormente propuestas, para las hipótesis en que aquella habilidosamente rehuye decidir el fondo, invocando falsas razones de forma.

privilegios y principios de legalidad.



Los privilegios son, tal y como han quedado definidos, formas de desigualdad a favor de la Ad. Pub. y contra el ciudadano, con efecto inmediato sobre éste, a quien exponen a una intervención administrativa agravada (por la disponibilidad de medios de decisión y coerción más efectivos) o a un debilitamiento, cuando no supresión, de sus derechos subjetivos o de sus medios jurídicos de ataque y defensa frente la Ad Pub. Cuando se examinan, su perfil más notorio es justamente el que presentan como situaciones jurídicas subjetivas y objetivas, que afectan directamente el régimen de existencia y de ejercicio de los poderes y deberes del individuo ante la Ad.

Desde este ángulo se ve claramente que se trata de incidencias sobre la libertad, la propiedad, las garantías constitucionales y las demás situaciones jurídicas del ciudadano, cuyo régimen debe estar reservado a la ley y a fuentes secundarias con limitada delegación o autorización de ésta (donde tal limitada delegación sea posible).

Las situaciones objetivas tendrán que estar expresamente legisladas para ser tales, puesto que no representan otra cosa que ese régimen aplicado a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. En la medida en que ese régimen sea inexistente, lo serán también las ventajas que depara y de ellas no podrá prevalecerse la Administración.

En cuanto a los privilegios que son potestades de imperio, como el de la ejecutoriedad y, en general, todos aquellos que son situaciones jurídicas activas, no accesorias de relaciones administrativas especiales (como las contractuales de la Administración), regiría el principio de legalidad expresa, que exige la ley de base para la existencia de cualquier potestad pública y tal requisito sólo podría excusarse en los términos comunes de las excepciones a la legalidad escrita, en las cuales el principio opera pero sobre reglas no escritas, como los principios generales de derecho, la jurisprudencia, la costumbre, etc. Una de esas excepciones es justamente la supremacía especial, entendida como la superioridad de la Administración frente a otros sujetos, que, con motivo de otra relación principal, están en contacto físico y jurídico permanente o de largo plazo con el aparato administrativo.

Pero ocurre igualmente con los privilegios que son, a la inversa, liberación de sujeciones o imposición de cargas, pues siempre, para que lo sean, ese efecto habrá de producirse frente al ciudadano como sujeto pasivo y receptor de las limitaciones que impone: liberación de sujeciones, pero en favor de la Administración; imposición de cargas, pero sobre el particular. Lo que permite reiterar que cualquier forma de privilegio de la Administración, sea cual sea su incidencia sobre la situación jurídica del ciudadano como sujeto pasivo del mismo, exige previsión legal expresa, sin la cual debe reputarse inexistente y nulos los actos que la Administración realice invocándolo.

Esto es lógico por la misma razón que justifica el principio de legalidad, que es la ubicación de la libertad como valor supremo de un sistema humanista, en el que el derecho administrativo ha crecido no para habilitar a la Administración, sino para habilitarla limitándola, en beneficio del ciudadano. La libertad es la regla y la intervención, o el tratado discriminatorio a favor de la autoridad, la excepción. Lo que naturalmente no conlleva sostener, como se ha hecho, que los privilegios sean excepcionales en el derecho público. Si se trata de medios necesarios para el ejercicio de las potestades de imperio de la Administración, instrumento único para alcanzar sus fines en circunstancias definidas por la ley (que impone actuar autoritariamente) o por los hechos (cuando queda mejor servido el interés público con el imperio que con el contrato), se trata de medios o modos normales para la Administración de gestionar sus cometidos. No hay carácter excepcional en el privilegio con relación al derecho administrativo ni público en general, porque en relación con el derecho administrativo el privilegio de la Administración es absolutamente debido y normal con relación al derecho privado. Y dado que aquel es el derecho común de la Administración y que el derecho privado sólo puede regir si está modificado por el contacto con ella, cuando es llamado supletoriamente para llenar la ausencia total de reglas específicas aplicables, es bien claro que la norma que consagra el privilegio no puede reputarse excepcional ni de interpretación restrictiva, como suele decir alguna parte de la doctrina. Es regla consustancial con el derecho administrativo, que es un derecho transpersonal y de desigualdad frente al ciudadano.

Es evidente, sin embargo, que ese carácter normal del privilegio y de la norma que lo habilita o crea, no impide que rijan a su

respecto todas las reglas del derecho administrativo, una entre las cuales es, como se apuntó, la estricta legalidad de las posiciones subjetivas de la Administración, desfavorables al particular, como garantía de la libertad y de la propiedad. Sin ley de base no habrá privilegio y ese solo principio bastará para coartar la creación del mismo por vía analógica o a lo largo de un pretendido derecho institucional, impuesto por la realidad autoritaria de la Administración y de su funcionamiento diario.

La realidad institucional parte de la histórica o política, pero para arribar al derecho que se impone a ella, seleccionando y consagrando sus diversos aspectos en función de valores. Quiere decirse que si el valor supremo del derecho administrativo es la persona y su dignidad, el sentido institucional de éste y del derecho de los privilegios es primariamente la defensa de esa dignidad conciliada con la autoridad, nunca su erradicación por la supresión de las garantías y defensas del individuo, entre ellas como principal la legalidad de la acción administrativa.

Desde este ángulo los privilegios son —como las potestades públicas— entidades peligrosas aunque absolutamente normales dentro del derecho administrativo, y como tales existirán únicamente ahí donde estén autorizadas, en la medida en que lo estén. La interpretación extensiva que desarrolla el contenido del texto escrito es posible, pero sólo dudosamente la analógica, que habría que evitar, salvo inminente peligro para un valor colectivo titulado por la Administración, que no pueda salvarse sin utilizarla.

Todo lo anterior queda firmemente enraizado en nuestro derecho público, después de observar —como lo hemos hecho— el progresivo afianzamiento del Poder Judicial en Costa Rica, conjuntamente con la desconfianza institucionalizada en contra del Poder Ejecutivo, el más poderoso de los nuestros, precisamente en razón de su supremacía histórica y política.

En un sistema así, la legalidad ha de exigirse estrictamente frente a los privilegios de la Administración, sean éstos cuales fueren y del rango que fueren.

## LA NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA \*

Dr. FERNANDO MORA ROJAS

### INTRODUCCION

La nominatividad obligatoria es un tema de gran actualidad y siempre candente. Confluyen en ella grandes problemas ideológicos, políticos y económicos.

En nuestro medio no puede dejar de suscitar polémica desde que en la Asamblea Legislativa se encuentra un Proyecto de Ley para crearla.

Frente a ella surgen grandes interrogantes. ¿Es beneficiosa desde el punto de vista de que el Estado, que frente a la "impersonalización del capital ha acelerado a pasos agigantados el proceso de su intervención en el funcionamiento de las sociedades anónimas, considerándolas como instrumentos colaboradores de las economías nacionales, y a sus directores como meros fiduciarios de la comunidad de partícipes",<sup>(1)</sup> puede efectivamente desarrollar esa labor, y sólo puede desarrollarla bajo ese supuesto, como se demostrará, en este desarrollo? ¿O más bien es nociva, por cuanto aleja la inversión extranjera, aparentemente al menos tan necesaria, según algunos, para el desarrollo económico de nuestros países? He ahí otra interrogante.<sup>(2)</sup>

"La anónima es —dice Rodríguez—,<sup>(3)</sup> quizás la más compleja de las formas de sociedades mercantiles, donde se encuentra

\* El siguiente texto constituye la relación que el Dr. Fernando Mora presentó al Segundo Congreso Jurídico Nacional, organizado por el Colegio de Abogados en el año de 1973.

(1) R. Gay de Montellá, *La vida económica y financiera de las sociedades anónimas*, Bosch, Barcelona, 1944, 20. Por otra parte esa es la tesis del Derecho Angloamericano, que considera a los administradores como meros "TRUSTEES" o fiduciarios.

(2) En todo caso la inversión extranjera puede que sea necesaria pero debe ser orientada, controlada, planificada, como lo debe ser la inversión interna.

(3) Miguel Angel Rodríguez, *El síndico de la sociedad anónima*, Ed. Cangallo, Buenos Aires, 1971, 28 y ss.

el mayor número de intereses opuestos, cuya reglamentación moderadora es sumamente difícil. Intervienen motivos económicos, jurídicos, fiscales y sociales. Existe un motivo económico cuando observamos la sociedad como arma de penetración y dominación económica de mercados. La concentración de este poder repercute en el plano político nacional derivando lo político a lo económico y viceversa”.

Por ello —sigue diciendo Rodríguez—, “la legislación mundial ha dejado de considerar esta figura económica jurídica con una gran libertad de movimiento o voluntad e iniciativa privada. Somos testigos de un momento en que debemos restarle importancia a la sociedad anónima como elemento de significación privada para atribuirle su justa medida como elemento u órgano de las economías nacionales, frente a los centros económicos y financieros”. Es decir, la función de la anónima en la economía nacional es tal —y cada día lo será mayor— que el Estado debe necesariamente, controlarla dentro de la medida de lo aceptable en un régimen de libre empresa.

Pero es evidente que ningún control es posible, como lo veremos, mientras subsista la acción al portador.

Las legislaciones han comprendido muy bien esa situación y la tendencia, como lo sostiene Solá Cañizares,<sup>(4)</sup> en el Derecho Comparado, es suprimir las acciones al portador. La misma opinión de Solá Cañizares es sostenida por Jesús Rubio,<sup>(4 bis)</sup> para quien existe un movimiento general hacia la nominatividad obligatoria de las acciones. Es una reacción de los últimos cuarenta años decía Rubio en 1967: “es la reacción frente al capitalismo individualista anónimo, a la aspiración a la irresponsabilidad propia de la mentalidad económica y jurídica de los siglos XIX y XX, que subraya por ejemplo Ripert en su conocida obra “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno”. Es necesario reconocer que se camina hacia la nominatividad obligatoria para todas las acciones, dice Broseta Pont.<sup>(5)</sup>

Y lo curioso es que de tales medidas, como la eliminación de las acciones al portador, quienes más necesitan de ellas son los esta-

(4) *Tratado de Sociedades por acciones en Derecho Comparado*, TEA, Buenos Aires, 1957, III, 155.

(4 bis) *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. Derecho Financiero, Madrid, 1967, 120.

(5) *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, 195.

dos subdesarrollados si desean llevar a cabo una sana y controlable política de afluencia de capitales extranjeros. Ya en ocasión anterior<sup>(6)</sup> hice resaltar la interesante conclusión de SERICK,<sup>(7)</sup> de que “numerosos Estados, especialmente los países de capital débil que procuran atraerse capitales extranjeros, han adoptado por dicha razón ciertas medidas contra la posibilidad de que pasen a depender del extranjero las personas jurídicas nacionales. Así, se ha dispuesto que los órganos de administración de la sociedad anónima deben estar desempeñados por ciudadanos nacionales con una relación numérica exactamente delimitada. Además, se exige a veces un determinado número de fundadores nacionales, o se prescribe que sólo un determinado porcentaje del capital en acciones puede estar en manos de extranjeros”. Dentro de esas medidas se encuentra la eliminación por una u otra vía, de las acciones al portador o al menos la eliminación del efecto anónimo de las mismas. En algunos casos para obtener el mismo objeto se ha tratado de hacer engorroso o costoso el uso de la acción al portador. En otras, más bien, se ha tratado de hacer más ventajosa la acción nominativa. A veces se eliminan las acciones al portador para ciertas actividades comerciales o industriales.

En tales medidas hay razones de defensa nacional: es sano conocer a quiénes pertenece el capital, (y la dirección efectiva de las sociedades anónimas), a nacionales o a extranjeros.

También hay razones de política económica; la nominatividad de las acciones es el único medio que permite “darle un adecuado tratamiento a peligrosos fenómenos de la concentración de sociedades” y por otra parte sólo ella permite la aplicación de los controles sobre conflicto de intereses, como veremos.

Razones de política legislativa recomiendan también la nominatividad, óptimo medio de protección al poseedor del título contra pérdida o robo. Es bien sabido que la reposición del título al portador es mucho más engorrosa que la del título nominativo.

Y, finalmente, hay razones de orden fiscal. En el desarrollo de este trabajo analizaremos cada una de las razones dichas y otras más.

(6) Ver mi exposición de motivos al Proyecto de Ley, 5550, Asamblea Legislativa, 1973.

(7) *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ariel, Barcelona, 1958, 166.

Se suele decir que la nominatividad obligatoria ahuyenta la inversión extranjera. Creo que lo más práctico es analizar, en el capítulo respectivo, "acción al portador y desarrollo", un caso real, a fin de determinar si el inversionista busca realmente el anonimato de la acción al portador. Baste por ahora decir con Rubio, que "Ascarelli vuelve a favor de la nominatividad un argumento que suele esgrimirse en contra: Las inversiones de capitales extranjeros. Su dificultad radica principalmente en el peligro de la doble imposición, la del país de domicilio y funcionamiento de la sociedad y la del país de nacionalidad y residencia del accionista; problema —afirma— más fácil de resolver equitativamente cuando los titulares pueden identificarse a través de las acciones nominativas".

La ofensiva, por todas las razones esbozadas, contra la acción al portador es lenta pero segura y es más antigua de lo que se podría creer. Ya en 1916 César Vivante se convirtió en un defensor de la nominatividad obligatoria, no tanto por razones fiscales sino de funcionamiento interno de la sociedad y por razones de política económica.

Es bien sabido que en los Estados Unidos de Norteamérica está establecida la nominatividad obligatoria y las sociedades están en la obligación de comunicar a quién (a qué nombre) han pagado dividendos. Por otra parte, en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde no hay secreto bancario frente al fisco, los bancos deben comunicar a éste los nombres de clientes por cuya cuenta hayan cobrado dividendos, y el monto de éstos.

En Siria las acciones deben ser siempre nominativas.

En Inglaterra, prácticamente se puede afirmar que no hay acciones al portador. Ciertamente la ley prevé un tipo de acción que podría asimilarse a la acción al portador —SHARE WARRANTS—. Sin embargo, como sostiene Solá Cañizares,<sup>(8)</sup> "esta clase de títulos apenas se usan en Inglaterra y se requiere además una autorización previa administrativa que rara vez se concede."<sup>(9)</sup> Por otra parte, es el sistema que se sigue en la mayor parte de los países del Commonwealth (Miembros o ex miembros).

(8) Citando a GOWER, POLLOCK ON PARTNERSHIP (Stevens), 15ª Ed., 1952, Solá Cañizares, op. cit., II, 36. Sobre la no existencia, prácticamente, de acciones al portador en Inglaterra, léase MIMOLA Antonio, *L'esperanza delle azioni al portatore in Gran Bretagna*, Riv. delle Soc., 1973, 243 y ss.

(9) Op. cit., III, 127.

En Noruega desde 1921<sup>(10)</sup> "las acciones deben ser nominativas pues la ley ha prohibido la acción al portador".

Canadá ha ideado, siempre llevada en parte por las ideas —especialmente las de Derecho Comercial— que veremos, un sistema por el que, si bien se autorizan acciones al portador, a los tenedores de éstas no se les puede elegir administradores.<sup>(11)</sup>

En Chile ya en 1934 la Superintendencia de sociedades anónimas se oponía a las acciones al portador por lo que en la práctica se usaba una nominatividad obligatoria. Posteriormente y con base en la reforma al artículo 451 del Código de Comercio, se establece que las sociedades anónimas sólo pueden emitir acciones nominativas estando, en consecuencia prohibidas las acciones al portador.<sup>(12)</sup> Por otra parte las sociedades deberán mantener en un lugar destinado a la recepción del público, la lista de sus accionistas, con indicación de sus domicilios y número de acciones perteneciente a cada uno de ellos, debidamente actualizada.<sup>(13), (14)</sup>

España es un caso particular. Según el artículo 34 de la Ley de Sociedades Anónimas pueden emitirse acciones nominativas o al portador. Sin embargo la Ley de 19 de setiembre de 1936 mantenida vigente por el decreto de 14 de diciembre de 1951, posterior a la nueva L.S.A. (que es de julio de ese año) hace obligatoria, so pena de nulidad, la intervención de un agente de cambio y bolsa para cualquier transmisión de títulos que se realice. "Sea cual fuere el alcance del Decreto de 1936 —dice Rubio—,<sup>(15)</sup> a los efectos indicados y su futura y definitiva interpretación jurisprudencial, lo cierto es que altera esencialmente el sistema de circulación de las acciones al portador. Se trata de una nueva manifestación de un movimiento general hacia la nominatividad obligatoria de las acciones". Creo que huelga todo ulterior comentario. Por otra parte en España deben tener acciones necesariamente nominativas en la totalidad del capital social los bancos<sup>(16)</sup>; las empresas de productos farma-

(10) Ley de 28 de julio de 1921.

(11) Artículo 35 de la Ley Federal N° 4 de 28 de junio de 1934.

(12) FERNANDEZ VILLAMOR Angel, *La sociedad anónima*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, s.f.e., 68.

(13) Artículo 118 inciso 3º del D. F. L. 251.

(14) Op. cit., 74.

(15) Op. cit., 119-129.

(16) Ley de 31 de diciembre de 1946.

céuticos<sup>(17)</sup>; las empresas cinematográficas<sup>(18)</sup>; las empresas aéreas<sup>(19)</sup>; las empresas navieras<sup>(20)</sup>; las actividades de tabacalera S. A.<sup>(21)</sup>; las empresas periodísticas<sup>(22)</sup>; las empresas de financiación de ventas a plazos de bienes de equipos industriales y agrícolas<sup>(23)</sup>; las sociedades gestoras de fondos de inversión mobiliaria<sup>(24)</sup>; las sociedades de empresas<sup>(25)</sup>; las empresas publicitarias<sup>(26)</sup>.

En Francia las acciones pueden ser nominativas, al portador o al portador depositadas en cuenta corriente de títulos.

“Esta última forma —explica Solá Cañizares—,<sup>(27)</sup> es el resultado de una ofensiva contra las acciones al portador por ley de 28 de febrero de 1941, que sin prohibirlas, exigió que fuesen depositadas en cuenta corriente en una Caja de Depósitos y Giros de Títulos. Las acciones depositadas se convierten en fungibles y la Caja devuelve otras de la misma naturaleza, y no las mismas. A partir del decreto de 4 de agosto de 1949 este sistema continúa, pero con carácter meramente facultativo, y el organismo que ha reemplazado a la antigua caja de Depósitos y giros es la *Société inter professionnelle pour la compensation des valeurs mobilières S.I.C.O.V.A.M.*”. Sin embargo el anonimato de la acción al portador ha desaparecido puesto que al eliminar el depósito obligatorio en la Caja se estableció la obligación de enviar al fisco una nota indicativa de la persona a quien se ha pagado el dividendo.<sup>(28)</sup>

En China insular las sociedades anónimas pueden emitir acciones nominativas y al portador siempre que estas últimas no superen el cincuenta por ciento del capital.

Argentina tiene un sistema dual, es decir, acciones nominativas y acciones al portador. Sin embargo, las compañías de seguros

(17) Ley de 17 de julio de 1947.

(18) Ley de 27 de abril de 1946.

(19) Ley de 14 de junio de 1946.

(20) Real Decreto de 13 de junio de 1916.

(21) Decreto de 3 de marzo de 1945.

(22) Ordenanzas de 10 de enero de 1957 y Ley de agosto de 1958.

(23) Decreto Ley de 27 de febrero de 1962.

(24) Ordenanza de 5 de abril de 1964.

(25) Ley de 28 de diciembre de 1963.

(26) Ley de 11 de junio de 1964, artículo 17.

(27) Op. cit., I, 499, nota 57.

(28) ASCARELLI, *Apostilla*, Riv. delle Soc., 1957, 651.

están sujetas a limitaciones en la transmisión de sus acciones nominativas, la que sólo puede realizarse previa autorización de la Superintendencia. Se trata, con ello, de mantener en esas empresas el mínimo de capital argentino exigido para conservar el carácter nacional.<sup>(29)</sup> Recientemente se dictó una ley sobre inversiones extranjeras y es probable que se eliminen las acciones al portador, como única vía de control y aplicación de la ley.<sup>(30)</sup>

El Código de Comercio del Ecuador permitía tanto las acciones nominativas como las acciones al portador. Sin embargo, en 1948 se prohibió la emisión de acciones al portador y se ordenó la conversión de éstas —las que existieren— en nominativas.<sup>(31)</sup>

En Grecia las acciones necesaria y obligatoriamente han de ser nominativas ya que una ley especial prohibió las acciones al portador.<sup>(32)</sup>

El principado de Mónaco ha terminado con el anonimato de la acción al portador ordenando el depósito obligatorio, en un establecimiento bancario de Mónaco, de todas las acciones de tal tipo.<sup>(33)</sup>

En Italia las acciones al portador siguen un proceso muy particular. En la década del 20 fueron eliminadas pero la prohibición no duró mucho tiempo. El régimen de Musolini las restituyó. Posteriormente el real decreto ley italiano de 25 de octubre de 1941, N° 1148 estableció que “las acciones de las sociedades con sede en la República deben ser nominativas”. El real decreto de 16 de marzo de 1942, con el que se promulgó el Código Civil, estableció en su artículo 2355 que “las acciones pueden ser nominativas o al portador a escogencia del accionista si el acto constitutivo no establece que deban ser nominativas”. Finalmente el real decreto de 29 de marzo de 1942, N° 239 estableció que “las acciones emitidas por las sociedades con sede en la República deben ser extendidas a nombre de una determinada persona física o jurídica”.

El argumento italiano para la eliminación de las acciones al portador es bastante simple: las acciones al portador implican una desigualdad ante la ley tributaria: aquellos que logran colocar su

(29) ALEGRIA, Héctor, *Sociedades anónimas*, FORUM, Buenos Aires, 1966, 61.

(30) VISION, 25 agosto, 1973.

(31) Decreto 118 del Ministerio de Economía de 27 de enero de 1948 y Reglamento de 12 de marzo de 1948.

(32) Ley 1527 de 29 de octubre de 1950.

(33) Ordenanza Soberana número 72 de 27 de febrero de 1953.

capital en acciones al portador o que obtienen sus rentas de acciones al portador estarán en condiciones de manipular los títulos en modo tal que deban pagar menos impuestos que aquellos que no puedan hacer desaparecer o que no puedan dividir al menos parte de sus ingresos tras el anonimato que las acciones al portador permiten. Debo aclarar que el anonimato que las acciones al portador dan es total pues en el acta de la asamblea no se debe decir a quién pertenecen las acciones o quién se presentó con ellas. Sobre este aspecto la doctrina y la jurisprudencia comparada contienen una avalancha de opiniones que defienden el total anonimato. Sin embargo, a pesar de que el argumento contra las acciones al portador fue un argumento constitucional de igualdad ante la ley, el fondo del asunto es muy otro: se trató de evitar que los inversionistas principalmente extranjeros, dominaran o manipularan, por una parte la economía nacional; por otra, se pretendía saber quién es quién en el mundo de los negocios; y finalmente, hubo fuertes razones de orden tributario, es decir se intentó eliminar las evasiones de impuestos que se pueden realizar a través de sociedades anónimas con acciones al portador, principalmente evasiones del impuesto sobre la renta y, como en otros países, las de los impuestos sucesorios.

Finalmente, pensando en Italia en la tan socorrida afirmación de que la acción al portador es el gran atractivo del inversionista, a fin de desarrollar sus zonas subdesarrolladas, se permitió en ciertas regiones el uso de tales acciones. Veremos en el capítulo respectivo los resultados de ese experimento.

Finalmente creo interesante hacer referencia al Proyecto de Bases sobre la Sociedad anónima multinacional centroamericana. Durante los meses de setiembre, octubre y noviembre de 1967 los miembros del Proyecto de Reforma Jurídica Universidad de Costa Rica —A.I.D. - ROCAP— Dr. Boris Kozolchyk, Profesor Octavio Torrealba, Lic. Blake Franklin, Lic. David Loring, Lic. Rodrigo Oreamuno, Lic. Harry Zürcher Acuña, Lic. Harry Zürcher Blen y quien estas líneas escribe, nos dedicamos a la preparación de lo que se llamó Proyecto de Bases para una Sociedad Anónima Centroamericana.<sup>(34)</sup> Luego de una amplia discusión sobre los tipos de acciones

(34) Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, Número 12, diciembre de 1968. El Colegio de Abogados de Costa Rica, tras escuchar un informe respecto al mismo por parte de uno de sus redactores y colaboradores, el Lic. Harry Zürcher Acuña, decidió imprimir y distribuir el texto de nuestras Bases entre un número limitado de profesionales con el visto bueno y la aprobación de la Junta Directiva.

a permitirse en la S.A.C. el acuerdo fue unánime en el sentido de que una sana política económica en el área centroamericana y de controles sobre la S.A.C. obligaba al establecimiento de la nominatividad. De ahí que la base 32 aparezca redactada:

“32.—Clases de acciones. Las acciones serán nominativas. La sociedad llevará un registro en el que se inscribirán las transmisiones y sólo reconocerá como accionista a los tenedores de acciones o certificados que aparezcan inscritos en ese registro. El registro social podrá ser consultado por cualquier accionista o por tercero autorizado por un accionista, por un tribunal o por el organismo de control. Cualquier persona, accionista o no, podrá exigir del registro social que se le entregue una constancia indicando si determinada persona es o no accionista, y si tal, de cuántas acciones es dueño . . .

En el comentario a esta base dicen el Dr. Boris Kozolchyk, representante de la A.I.D. en el Proyecto de Reforma Jurídica y el Prof. Octavio Torrealba:

“El grupo acordó eliminar las acciones al portador ya que estas se han prestado a un número de abusos en la práctica mercantil que frecuentemente se reflejan en simulaciones ilícitas. Además, es inconsistente la idea de un organismo de control cuya función frecuentemente será la de proteger grupos mayoritarios o minoritarios contra maniobras por parte de accionistas cuando la identidad de estos accionistas no puede llegar a establecerse. De igual manera, debe tenerse en cuenta la conveniencia del público inversionista quien cabalmente pudiese ser atraído a invertir en determinada compañía si tiene conocimiento de quienes han sido o son los otros inversionistas”.

La anterior base encontró decidido apoyo en cuanto a la eliminación de las acciones al portador, en el criterio del ilustre mercantilista Prof. Raúl Cervantes Ahumada.<sup>(35)</sup> Como ya lo dije en otra sede,<sup>(36)</sup> como parte del mismo movimiento tendiente a suprimir la acción al portador o al menos a hacerla impopular o impráctica, se han usado otros medios: Se ha empleado el camino de

(35) Op. cit., 54.

(36) Exposición de motivos del Proyecto de Ley 3284 de 30 de abril de 1974, 4.

dar mayor número de votos a las acciones nominativas en comparación con las acciones al portador (Francia). Se ha decidido imponer un tributo a la acción al portador (Venezuela) o a su producto: en Alemania se paga 25 por ciento de impuesto preventivo sobre dividendos que luego se tasa en definitiva en la declaración. Otro tanto sucede en Suiza. En Francia se carga impuesto de 18 por ciento cedular, además del impuesto progresivo sobre la renta.<sup>(37)</sup>

En Suecia se ha acordado permitir las acciones al portador sólo previa autorización (Artículo 3 de la Ley de 1944). Sin embargo, como anota Solá Cañizares,<sup>(38)</sup> "en la práctica su uso es muy raro en Suecia y generalmente son nominativas". Luego de las anteriores consideraciones generales creo oportuno pasar a la revisión de cada uno de los subtemas en que se dividió nuestro tema, "de las acciones al portador" no sin antes señalar que omito deliberadamente el tratamiento de la "reivindicabilidad de acciones al portador" pues considero que es ajeno al acuerdo de esta comisión cuando decidió centrar sus discusiones alrededor de la conveniencia o inconveniencia de la eliminación de las acciones al portador en Costa Rica.

#### A) ACCION AL PORTADOR Y DERECHO CONSTITUCIONAL

La acción al portador plantea algunos problemas en el campo del Derecho constitucional sobre los que haré aquí un análisis rápido.

En primer término hablaremos del control sobre los monopolios. El artículo 46 de la Constitución Política dice que "son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolio de hecho deben ser sometidas a una legislación especial". ¿Qué garantía da un sistema que, por autorizar las acciones al portador, impide el determi-

(37) ANTONIO GELPI, *Nominatividad obligatoria* . . . Riv. Soc., 1956, 786.

(38) Op. cit., I, 432.

nar las tendencias monopolísticas del país? Porque creo que es evidente y no necesita demostración el hecho de que en un sistema de sociedades anónimas con acciones al portador se hace difícilísimo, por no decir imposible, el determinar la existencia de grupos monopolísticos en el mercado. Los controles que al respecto se pudieran establecer se quiebran contra el anonimato que la acción al portador proporciona. Imaginemos qué sería de las leyes anti-trust en los Estados Unidos de Norteamérica si allá se permitieran las acciones al portador —las share warrants—. ¿Cuál ha sido el medio de controlar, hace poco, a la I.B.M. y detectar sus violaciones a las anti-trust laws y ordenarle el rompimiento del monopolio? Precisamente la nominatividad obligaria. Porque nadie pensará que la I.B.M. manipula el mercado siempre bajo su nombre —International Brain Machines— la I.B.M. del mercado monopolístico es un inmenso Konzern que aparece al público y a las autoridades bajo gran cantidad de nombres diversos. Es un konzern, un grupo coaligado de holdings cuyos contactos no se podrían establecer ni siquiera siguiendo las prescripciones de las leyes anti-trust si no fuera por la nominatividad obligatoria. Es la nominatividad la que permite seguir la pista a los intereses entrelazados de unas empresas sociales en otras.

¿Qué podemos nosotros esperar con el anonimato feliz e irresponsable que conceden nuestras acciones al portador? ¿Cuántas empresas económicas no estarán hoy en día modelando el mercado a su antojo, por medio de la mampara de las acciones al portador y al margen de la norma constitucional 46 de Costa Rica?

Analícemos ahora otro caso de roce de la Carta Magna con la acción al portador.

Reza el artículo 193 constitucional: "El Presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejan fondos públicos están obligados a declarar sus bienes, los cuales deben ser valorados, todo conforme a la ley".

Recuerdo que nuestro cónsul en Florencia, el ilustre Profesor Emilio Peruzzi, a propósito de un debate público por la prensa defendía calurosamente el sistema de Costa Rica que, con base en el artículo 193 constitucional, permitía controlar los ingresos y aumentos del capital de los supremos funcionarios del país. ¡Qué lejos estaba el ilustre profesor florentino de saber que el artículo 193 de

la Constitución Política se convierte en letra constitucional muerta mediante el uso de acciones al portador! ¡De qué nos sirve el artículo 193 constitucional cuando los funcionarios pueden ocultar lo que deseen tras el anónimo biombo de las acciones al portador!

Veamos ahora un tercer aspecto constitucional con el que rozan las acciones al portador.

“Todo hombre es igual ante la ley”, dice el artículo 33 de la Constitución”.

¿Pero qué igualdad puede haber ante la ley tributaria, por ejemplo en un sistema que permite a unos, mediante el uso de acciones al portador, dividir su renta global y pagar según escalas bajas y a otros, en cambio, no se les permite (por ejemplo a aquellos que perciben su renta del trabajo, a través del salario)?

Esta desigualdad se hace aún más notoria con las nuevas escalas de la ley de impuesto sobre la renta, reformada, y de nada sirven las disposiciones del artículo 15 que establecen que “cuando varias sociedades de hecho o de derecho tengan actividades que sean similares o complementarias y además se encuentren en la circunstancia de que el 51 por ciento o más de su capital esté en poder de personas o socios comunes, sean unas u otras personas naturales o jurídicas, sociedades de hecho o sucesiones, deberán consolidar en una sola declaración los diferentes resultados fiscales correspondientes a las sociedades que procede reunir, con el único fin de calcular el impuesto y los recargos si los hubiere”.

Letra muerta en este artículo así como el 21 de la Ley del Impuesto de Ventas.

A pesar de tales normas todas tendientes a mantener la igualdad ante la ley tributaria y el cumplimiento del artículo 33 de la Constitución Política, las acciones al portador hacen de esa igualdad, insisto, letra muerta.

## B) ACCION AL PORTADOR Y BOLSA DE VALORES

Es sabido que en España la acción al portador prácticamente no existe desde que la ley de 19 de setiembre de 1936 (en vigencia aún después de la ley de Sociedades Anónimas del 51, en vista del Decreto de 14 de diciembre de 1951) “declara obligatoria bajo pena

de nulidad la intervención de un agente de cambio y bolsa para toda transmisión de títulos”, inclusive para la de títulos al portador.<sup>(39)</sup>

El conocido y renombrado mercantilista español “última generación”, Manuel Broseta Pont, en una reciente obra, *Estudios de Derecho Bursátil*,<sup>(40)</sup> manifiesta: “A nadie medianamente versado en materia económica o financiera se le oculta que el mercado de valores mobiliarios es la palanca esencial del sistema capitalista. La demanda de capitales a largo plazo de las empresas debe satisfacerse, precisamente, mediante la emisión de valores —acciones y obligaciones— que suscritos o adquiridos por quienes ofertan capital o ahorro, cierran o deben cerrar el ciclo de oferta-demanda de recursos financieros. Recursos financieros que son esenciales para el desarrollo económico. Desarrollo económico que es, dentro de un sistema como el capitalista, meta y, a la vez, medio para la paz social y el propio progreso político”.

“Por todo ello, en cualquier economía adscrita al sistema capitalista —o neocapitalista— el mercado de valores mobiliarios (mercado de oferta y demanda de recursos financieros) debe funcionar con la máxima perfección posible. Perfección que será inalcanzable si, a su vez no se logra para todos y cada uno de los instrumentos y protagonistas, que en él operan. Perfección que sería ingenuo pensar otra cosa, será puramente utópica o “formal” si la Administración no tutela y controla adecuadamente el mercado de capitales y a sus protagonistas. Pocos personajes como los del quehacer económico muestran una más acusada tendencia a abusar de su poder”.

El profesor Broseta Pont, en la obra que cité —287 páginas de interesante análisis— dedica toda la primera parte a puntualizar los problemas y defectos del sistema español (en cuanto a depósito, administración y negociación de los valores al portador) y en ningún momento critica el sistema en cuanto elimina el anonimato de las acciones al portador. Por lo contrario,<sup>(41)</sup> analizando el problema que representa para el buen funcionamiento de la Bolsa de Valores el tener que manipular materialmente, físicamente, los millones de títulos que forman el mercado de valores español, encuentra que el sistema francés establecido en 1941 (Ley de 18 de

(39) Solá Cañizares, op. cit., I, 344.

(40) Técno., Madrid, 1971, 15.

(41) Op. cit., 46-47.

junio de 1941) que crea la C.C.D.V.T. (Caja Central de Depósito y Giro de Títulos) en la que resultaba obligatorio el depósito de los títulos al portador, eliminando su anonimato, sustituido por la actual S.I.C.O.V.A.M., "cuyo objeto es la constitución de depósitos de títulos mediante la apertura de cuentas corrientes a los profesionales depositantes", es un buen sistema que "ha resuelto satisfactoriamente en Francia la imperiosa necesidad de impedir, o, al menos de aligerar la movilización y la entrega material de los títulos para su transmisión de unos a otros titulares y también para el ejercicio de los derechos que incorporan".

Como se ve, desde el punto de vista de la Bolsa de Valores resulta conveniente un sistema que en el fondo elimina la acción al portador, al hacer desaparecer el anonimato que suele otorgar. O sea: una Bolsa de Valores obligada a manipular individual y materialmente, millones de títulos al portador, como único medio de garantizar el anonimato del vendedor, es una Bolsa poco eficiente, como lo demuestra el ejemplo francés y como se ve del caso español.

Ciertamente no es este el problema de las Bolsas de Valores en los Estados Unidos o en los países del Commonwealth y en otros en donde la no existencia de títulos al portador no crea tales problemas.

En Alemania ya desde finales del siglo pasado se hizo patente el mismo problema que fue solucionado en un primer tiempo, de hecho, mediante depósito irregular de los títulos en los Bancos. El sistema fue sancionado por la ley (Ley alemana de depósitos de 4 de febrero de 1937).

Es claro que la necesidad de eliminar la manipulación material de los títulos ha obligado a diversos países a terminar con el anonimato de la acción al portador en aras de un buen funcionamiento de las bolsas. Por otra parte no puede afirmarse que la acción al portador sea un requerimiento "sine qua non" para el funcionamiento de la Bolsa de Valores pues muchos países hacen funcionar sus Bolsas aún sin tener acciones al portador. (Suecia, Siria, Noruega, Mónaco, Grecia, Francia en cierta forma, prácticamente España, Ecuador, China Insular, Chile y Canadá, así como casi todos los países del Common Law. Nótese que se incluye en esta lista países altamente desarrollados y capitalistas, como Suecia, Noruega, Canadá, el principado de Mónaco).

Y no se diga que en estos países sin títulos accionarios al portador se ha alcanzado el mismo efecto a través de la emisión de certificados al portador de acciones, porque, por una parte es ésta una práctica que se trata de combatir, y por otra, las sociedades deben siempre comunicar a quién (a qué nombre) han pagado dividendos (es decir, por medio de los certificados al portador no se alcanza ningún anonimato y dichos certificados no son un requisito imprescindible de funcionamiento de la Bolsa). Y por otra parte, como sucede en todos los países capitalistas, en los Estados Unidos de Norteamérica el tenedor de acciones (o de otros títulos) los maneja no personalmente sino por medio de un Banco. Y los Bancos en Estados Unidos —en donde no existe el secreto bancario frente al fisco— deben comunicar a la tributación los nombres de los clientes por cuya cuenta hayan cobrado dividendos, ya se trate de acciones dadas en fideicomiso (trust) o recibidas bajo contrato de reporto, o adquiridas con pacto de retrocompra, o recibidas en depósito o comodato irregulares.<sup>(42)</sup>

En los Estados Unidos, sostiene Ascarelli,<sup>(43)</sup> se prohíbe la emisión de certificados al portador representativos de acciones nominativas. Efectivamente el parágrafo 21 de la Model Business Corporation Act, por ejemplo, ordena el nombre del titular en los certificados de acciones (certificates representing Shares), (párrafo 2º, b).

Del mismo autor son las siguientes palabras:<sup>(44)</sup> La experiencia norteamericana es ciertamente positiva al demostrar cómo una nominatividad obligatoria, sin tarjetero y con comunicación por parte de la sociedad de las rentas accionarias no obstaculizan el mercado accionario.

### C) ACCION AL PORTADOR Y DERECHO COMERCIAL

La nominatividad obligatoria es un elemento indispensable para llevar adelante el control, hoy en día admitido por todas las legislaciones importantes, sobre uniones de sociedades.

<sup>(42)</sup> ASCARELLI, Tullio, Riv. Soc., 1957, 651-652.

<sup>(43)</sup> Op. cit., 652.

<sup>(44)</sup> Op. cit., 652.

Sabido es por todos el problema que plantea para la defensa de las minorías, la unión de sociedades. Bastante ruido hizo en nuestro ambiente el interesante caso de una conocida sociedad anónima que prácticamente desfinanció a otra sobre la que tenía el control.

No puede estar lejano el día en que debemos hacerle frente a este problema y nos veamos obligados a legislar al respecto. Entre más pronto mejor. Ahora que los intereses creados no son tan fuertes, usando el buen sentido y mirándonos en la experiencia de países más adelantados que el nuestro, deberíamos preocuparnos por regular las uniones de sociedades, en defensa de las minorías y del público en general. La regulación de las uniones de sociedades debe correr pareja con la reforma general de la sociedad anónima, cuya regulación actual obedece a patrones ya superados y que cada día responderán menos a la realidad.

En tal sentido, respecto a un control de las uniones de sociedades la nominatividad obligatoria es un elemento indispensable. No es posible controlar la existencia de paquetes de acciones de una sociedad en otra sino a través de la nominatividad.

Por otra parte, respecto al funcionamiento y a la disciplina interna de la Sociedad no puede prácticamente funcionar sin la nominatividad.

Dos aspectos esenciales del funcionamiento interno de las sociedades requieren de la nominatividad obligatoria: el control de conflicto de intereses y el control de responsabilidad de los administradores.<sup>(45)</sup>

Es evidente que la "affectio societatis" obliga al socio a tener una participación en las deliberaciones asambleares que no vaya contra el interés de la sociedad como institución, ni contra la buena fe que debe existir en la ejecución de los contratos. (Artículo 1023 del Código Civil: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta").

La buena fe en la ejecución del contrato de sociedad obliga a los socios a no concurrir con su voto a la formación de una voluntad, asamblearia contraria al interés social.

(45) Ver Mantilla Molina, *La responsabilidad de los administradores de las Sociedades Anónimas*, "Boletín del Instituto de Derecho Comparado", pp. 43 y 47, (mayo-diciembre, 1954). Ver texto Torrealba, III, p. 153, nota 138.

Algunas legislaciones inclusive han legislado expresamente sobre el conflicto de intereses (Alemania, Italia, España, Francia, por ejemplo, la primera en su nueva ley de Sociedades Anónimas de 1965 (y ya lo había hecho en la de 1937) e Italia en el Código Civil del 42; ver por ejemplo artículo 136 Aktiengesetz 1965 y artículos 2391, 2464, 2487, 2516 y 2373 C. C. italiano España introdujo la norma en el artículo 67 de su nueva ley de sociedades anónimas de 1951. Francia en su nueva ley de Sociedades Comerciales de 1966, artículo 101, 143 y otros). Aunque los artículos equivalentes al 1023 C. C. de Costa Rica citado son suficientes para resolver el caso en todas las legislaciones que lo contengan.

Evidentemente la buena fe en la ejecución del contrato obliga al socio a abstenerse de concurrir con su voto en aquellas deliberaciones en que su interés personal se opone al interés social. No voy a extenderme en esta relación acerca del concepto de interés social pues no es esta la oportunidad y es un concepto bien conocido por ustedes. Basta decir que en el derecho societario de los sistemas romanistas cada día esta moderna concepción se abre más campo y tiende a ser el norte orientador de los estudios más interesantes al respecto.<sup>(46)</sup> Su importancia está indicada por la profusa literatura que se le ha dedicado en los últimos años.

Ahora bien. La única forma de dar una buena aplicación a las normas sobre el conflicto de intereses (ya sean expresas, como en Alemania, Italia, España y Francia, por ejemplo, o ya se deduzcan de la norma general) es mediante la nominatividad obligatoria. Los accionistas al portador imposibilitan una correcta aplicación de los principios legislativos sobre conflictos de interés e impiden por ello una efectiva defensa de las minorías (que por otra parte, por el eterno problema del absentismo son realmente las mayorías, pero las mayorías desorganizadas y faltas de cohesión, que merecen toda la defensa del legislador).

Por otra parte esas disposiciones del Código de Comercio referentes a la constitución por suscripción pública (Artículos 108 y siguientes, C. de C.) de tan poco uso aún hoy en día, dentro de pocos años darán origen a una gran aplicación, así como las normas sobre constitución simultánea con capital autorizado. Para entonces el legislador debería haber establecido las normas necesarias para

(46) Ver JEAN PAILLUSSEAU, *La société anonymes Technique d'organisation de l'entreprise*, SIREY, PARIS, 1967 y PIER GIUSTO JAEGGER, *L'interesse sociale*, GIUFFRÉ, Milano, 1964.

la protección del socio, normas que “faciliten e integren la deficiente autotutela del individuo mismo”.<sup>(47)</sup> Dentro de esas normas necesarias debería ocupar lugar prominente la normatividad obligatoria, nominatividad imprescindible para un efectivo control del conflicto de intereses.

En general se debe reconocer que mientras el socio tenga la posibilidad de transmitir simuladamente sus acciones al portador, (que no se sabe que son suyas por el anonimato que conceden) a un testafarro que votará según el interés de su confidente, no podrán tener una correcta aplicación las normas sobre conflicto de intereses, tan necesarias y útiles en un correcto y leal desenvolvimiento del contrato de sociedad.

Las legislaciones “de los países libres” para usar la expresión de Bruno Visentini,<sup>(48)</sup> “a fin de evitar que la sociedad por acciones se convierta en un instrumento por cuyo medio los grupos de control puedan depauperar, en su propia ventaja, a los otros accionistas”, han creado diversas soluciones: la teoría de la empresa en sí (UNTERNEHMEN AN SICH) la del exceso de poder, la afirmación de una obligación de fidelidad del accionista frente a la sociedad, el reclamo a la buena fe en las relaciones contractuales (sería nuestro sistema del artículo 1023 del C. C.), la invalidez de las declaraciones contractuales con las que se persigan intereses particulares de algunos socios o de terceros extraños a la sociedad y con daño de ésta, la prohibición del ejercicio del derecho de voto en caso de conflictos de interés.

Todas estas soluciones tienen como presupuesto indispensable la nominatividad obligatoria puesto que la acción al portador no permite ningún control.

En segundo término, desde el punto de vista siempre del funcionamiento y de la disciplina interna de la sociedad en lo que respecta a la responsabilidad de los administradores, el peor enemigo de una efectiva realización de esa responsabilidad es la acción al portador. Particularmente en un medio como el nuestro en que, por mucho tiempo aún, en vista de la dimensión del mercado, los administradores serán siempre socios, (estamos muy lejos de la

(47) TULLIO ASCARELLI, *Apostilla sobre la normatividad*, Riv. Soc., 1957, 377.

(48) *Osservazioni sulla nominativa delle azioni in relazione all' Art. 2373, Cod. Civ.* Riv. Soc., 1957, 644.

etapa de la tecnocracia a la que se refiere GALBRAITH), se hace indispensable pensar en normas que eviten que los administradores, con trasposos oportunos de sus acciones al portador, envíen sus corifeos a las asambleas a declarar su inocencia y la pureza de su administración (artículos 191 y 192 C. de C. de Costa Rica) y no se debe olvidar que, como lo señalaba VIVANTE hace más de 60 años, los administradores si no son los mayores accionistas de la compañía, representan a estos al menos; en todo caso están íntimamente ligados a ellos<sup>(49)</sup> y en consecuencia —dice Graziani parafraseando a Vivante— “cuando la acción es al portador y cuando se discute de la responsabilidad de los administradores, será fácil, a estos administradores, consignar su paquete de acciones a un testafarro, a un amigo, el que viene a la asamblea y, frente a las lamentaciones del pequeño accionista aislado, eleva en cambio un himno a la sabia administración del administrador y lo exonera de toda responsabilidad.”<sup>(50)</sup>

“Si los administradores —decía Vivante— poseen la mitad más una de las acciones, pueden estar seguros de hacerse absolver de toda responsabilidad”. Y bien sabemos que, en vista del pronunciado absentismo en las organizaciones colectivas, en la mayoría de los casos no es necesario tener 51 por ciento del paquete, bastando a veces un 10 por ciento y menos, del capital, para manejar la asamblea.

“Se trata —dice Graziani siguiendo a Vivante— de acuerdos de liquidación y nombramiento de liquidadores, que los administradores acuerdan para adquirir la hacienda a precios ruinosos para ejercitarla luego por cuenta propia bajo otra forma de sociedad, despojando a la minoría. Se trata de aumentos de capital aprobados por los administradores para dar como contrapartida de las nuevas acciones, sus haciendas en mal funcionamiento y poco remunerativas. Esconden el conflicto de intereses, que debería en conciencia hacerles abstenerse de votar, bajo el fraude del que las acciones nominativas descubrirían fácilmente el hilo. “Por la salvación del instituto de la sociedad anónima —concluía Vivante—,<sup>(51)</sup> para salvarla de la corrupción que desacredita su función y aleja de ella los ahorros,

(49) ALESSANDRO GRAZIANI, *Nominativa obbligatoria dei titoli azionari?*, Riv. Soc., 1967, 627.

(50) Op. et loc. cit.

(51) Citado por Graziani, op. cit., 628.

es necesaria la transformación de las acciones que ahora circulan libremente según la forma anónima al portador, en títulos nominativos”.

Este punto de vista está en la base —hoy en día— de la doctrina anglosajona y alemana,<sup>(52)</sup> como único medio de mantener uno de los cánones sobre los que se basa la economía capitalista: la relación íntima y constante entre poder económico y riesgo, entre iniciativa y responsabilidad. “De aquí —dice Visentini—,<sup>(53)</sup> siguiendo la doctrina anglosajona y alemana— la necesidad de una disciplina jurídica que considere nuevas formas de responsabilidad y de nuevas garantías al funcionamiento de la sociedad”.

“Entre los aspectos de esta disciplina están el reforzamiento y la adecuación de las normas sobre el conflicto de intereses, la más amplia publicidad de los elementos relativos a la gestión social, la posibilidad de conocer quiénes son los accionistas que controlan la sociedad y de identificar los grupos de los que forma parte”.

Deseo repetir aquí las premonitarias palabras finales de Visentini:<sup>(54)</sup>

“Una iniciativa que no se esconda la realidad y las consecuencias que de ella derivan, que no se esconda, sobre todo, la exigencia de que el apelar de las sociedades por acciones al ahorro público debe tener como corolario o contrapartida un amplio conocimiento del público de la vida de la sociedad— puede ser un acto de inteligente prudencia: puede ser bastante más útil que la inercia, para defender y salvar la sociedad por acciones como libre empresa”.

Finalmente, como argumento a favor de la nominatividad obligatoria se ha sostenido que la ausencia del anonimato que dan las acciones al portador, aumentaría la decisión de los socios de asistir a las asambleas. Es decir, es —la nominatividad— un instrumento contra el absentismo crónico en la Sociedad Anónima.<sup>(55)</sup>

Se ha criticado que una nominatividad obligatoria implica la abolición de una de las diferencias substanciales entre sociedad

(52) Visentini, op. cit., 649.

(53) Op. cit., 649.

(54) Op. cit., 649.

(55) CESARE COSCIANI, *Su di alcuni problemi tributari delle Società Commerciali*, Riv. Soc. 1956, 424.

por acciones y las sociedades de personas, eliminando el carácter impersonal propio de la sociedad por acciones.

La crítica es inconsistente porque existen infinidad de Sociedades Anónimas con sólo acciones nominativas, y no por eso dejan de ser sociedades por acciones. Como bien dice Messineo,<sup>(56)</sup> no es así “puesto que la contribución del accionista consiste en la realización de la aportación prometida (desembolso del importe de la acción, o de las acciones suscritas) y cuando el desembolso haya tenido lugar, la persona del socio, aunque sea titular de acción nominativa, resulta indiferente”.

#### D) ACCION AL PORTADOR Y DERECHO TRIBUTARIO \*

Las acciones al portador se ven envueltas siempre en las discusiones sobre imposición personal de los réditos de los socios de sociedades anónimas.

Este fenómeno se debe a problemas diversos como por ejemplo al problema de la identificación del sujeto que percibe el rédito. Se lee en cualquier manual de ciencia de las finanzas, que un impuesto personal progresivo puede funcionar sólo y en cuanto se base en la renta global del contribuyente.

Las otras vías, evidentemente injustas, tomarían en cuenta sólo una parte de la renta imponible o tomarían en cuenta, en forma separada y para un mismo contribuyente, las diversas partes de su renta con base en su diversa naturaleza o conforme a su lugar de origen (como en un sistema de impuestos reales). En cualquiera de esos casos es evidente la distribución inequitativa de las cargas fiscales, entre los diversos sujetos de la imposición.

“Es decir, se imponen cargas tributarias diversas, entre sujetos que, si bien tienen el mismo monto global de renta, lo obtienen de una única fuente o bien de varias fuentes o de varias localidades”.

Creo que es evidente que el sistema más justo es el de la aplicación progresiva según el monto global de la renta personal.

(56) FRANCESCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Commercial*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1955, V. 402.

\* Este capítulo ha sido redactado básicamente mediante traducción e integración del artículo citado de Cesare Cosciani.

Esto, al menos, es la tesis que sostiene el grueso de la doctrina en la materia a pesar de los embates de una minoría.

En un sistema de impuesto progresivo, revisten importancia fundamental dos problemas:

- a) La identificación de los sujetos que perciben las rentas de las sociedades (poseedores de los títulos) a fin de incluirlas en la renta global; y
- b) La determinación cuantitativa de lo que cada socio percibe.

Y aquí entran, con toda claridad en escena los títulos al portador.

El título al portador es el instrumento ideal para violar las normas del impuesto —que, huelga decirlo, es el de Costa Rica— progresivo sobre la renta, y evidentemente, como paréntesis, la acción al portador no solamente crea un problema en cuanto al impuesto sobre la renta, sino también respecto al impuesto de sucesiones, al timbre universitario, al impuesto de educación, al impuesto patrimonial en aquellos sistemas en que existe el impuesto sobre las acciones mismas. En cuanto al impuesto sobre la renta una solución poco feliz es el impuesto proporcional real sobre los dividendos pagados, creado por la última reforma tributaria: este sistema tiene el carácter injusto de todo sistema tributario proporcional: tasa por igual a quien mucho recibe frente a quien poco recibe.

En todo caso a los problemas señalados pueden darse diversas soluciones que trataremos aquí de enumerar.

#### Primera solución.

##### a) Nominatividad obligatoria de los títulos

Por medio de este sistema se alcanza el mecanismo más eficiente y seguro puesto que es posible rastrear el título a través de todas sus transmisiones.

Puede asumir al menos dos variantes.

##### a.1 Nominatividad obligatoria para fines substanciales

##### a.2 Nominatividad obligatoria para fines fiscales

#### a.1 NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA PARA FINES SUBSTANCIALES

En este sistema “normas de derecho común imponen la nominatividad de los títulos accionarios, haciendo derivar de ello una serie de efectos jurídicos de naturaleza privatística”.<sup>(57)</sup> Así, por ejemplo, como sucede con los títulos nominativos es propietario quien ha adquirido el título según la ley de circulación propia de los títulos nominativos: la doble intestación. Frente a la sociedad y a los terceros se es propietario sólo si la “concorde voluntad de los contratantes resulta del registro de la sociedad misma. La transmisión material del título no produce efectos jurídicos. Los frutos deberán ser pagados a aquél a cuyo nombre aparece intestado el título mismo, quien previa inscripción en el libro de socios podrá participar en la asamblea”.

La rigidez de este sistema puede ser atenuada permitiendo la transmisión del título por endoso, que incluso podría ser en blanco, pero “condicionando algunos derechos como el ejercicio del voto en asamblea, o la percepción de dividendos, a la inscripción dentro de cierto plazo. Es el sistema que de hecho existe en Inglaterra donde el dividendo es expedido al domicilio del poseedor del título que aparezca inscrito en el registro de socios a una fecha determinada”.<sup>(58)</sup>

Ahora bien. En esta alternativa y desde el punto de vista fiscal, podemos proponer dos vías:

I.—Un sistema de información.

II.—Un sistema de consulta.

#### UN SISTEMA DE INFORMACION

La sociedad debe comunicar al fisco cada año y dentro de un plazo posterior al pago de dividendos, la lista de los perceptores de tales dividendos y el monto pagado en cada caso. Si el pago se ha realizado a un Banco que tiene los títulos bajo cualquier con-

(57) Cosciani, op. cit., 414.

(58) Idem, 414.

cepto pero pertenecientes a terceros, son los Bancos los obligados a comunicar al fisco a quién han transmitido los frutos y en qué monto.

## UN SISTEMA DE CONSULTA

El fisco puede consultar en cualquier momento el control que deberán llevar las sociedades y los Bancos intermediarios, acerca de aquellos a quienes se ha pagado dividendos.

Este sistema tiene la ventaja de que mantiene un control constante y permite constatar el hecho impositivo con gran certeza.

### a.2 NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA PARA FINES FISCALES

Los títulos serían a la orden, no pudiendo girarse en blanco. Su transmisión deberá realizarse siempre con la intervención de un agente de cambio (u otra persona autorizada). La intervención del agente sería obligatoria, bajo pena de nulidad y el agente debería comunicar al fisco las transmisiones. Es el sistema español desde 1936 y que, a raíz de la nueva regulación española sobre sociedades anónimas de 1951, no fue modificado sino más bien ratificado por el apartado a) del Decreto de Vigencia de 1951.<sup>(59)</sup>

Con este sistema se puede saber a quién han pertenecido las acciones en cada momento de su circulación.

#### Segunda solución

### b) NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA DE LOS FRUTOS DE LOS TÍTULOS

Otra vía de solución es el establecer la nominatividad obligatoria ya no de los títulos al portador mismo sino la nominatividad obligatoria de los frutos provenientes de esos títulos.

(59) RUBIO Jesús, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1967, 118.

El primer sistema implica el conocimiento por parte del fisco del propietario del título y según se escoja una vía u otra, el fisco podría conocer quién es el propietario del título en el momento del pago del dividendo o quién lo es en cualquier momento de la vida circulatoria del título. Este sistema que permite la identificación del propietario es útil en aquellos países en que existen tasas sobre la transmisión de títulos, o para determinar el origen, circulación y control del capital. Con la nominatividad obligatoria de los frutos se sabe únicamente quién es el beneficiario de la renta.

Este sistema puede ser llevado a la práctica con diversas modalidades:

b-1) Se subordina el pago del rédito o dividendo a la demostración por parte de quien la percibe de haberlo declarado preventivamente al fisco o mediante una garantía de que lo declarará.

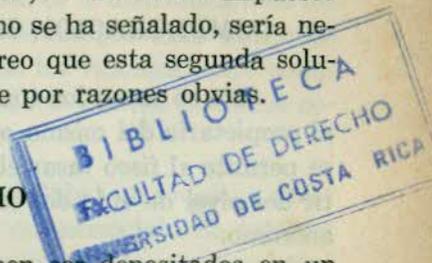
O se encarga a los Bancos intermediarios y a las sociedades de enviar copias de las facturas de pago, a las oficinas tributarias. El sistema puede perfeccionarse haciendo que el pago deba realizarse siempre por medio de un Banco del Sistema Bancario Nacional.

Para evitar transferencias ficticias, en este sistema, se podría obligar al receptor del rédito o dividendo a una declaración jurada de que el título o títulos son realmente de su propiedad o también se podría crear, como se ha recomendado,<sup>(60)</sup> un fuerte impuesto sobre los trasposos de acciones. Pero, como se ha señalado, sería necesario entonces la nominatividad. No creo que esta segunda solución —la del impuesto— sea conveniente por razones obvias.

### b-2) DEPOSITO OBLIGATORIO

Todos los títulos al portador deben ser depositados en un organismo central, a nombre del propietario, quien puede transmitir la propiedad con simples cheques o títulos (recuérdese que se trata de la constitución de cuentas corrientes de títulos) (es el sistema francés anterior a la S.I.C.O.V.A.M.).

(60) Cosciani, op. cit., 416.



Tercera solución.

### c) NOMINATIVIDAD FORZADA

Es el sistema más combatido. No se establece una nominatividad obligatoria pero se procura, por diversos medios alejar a los interesados de los títulos al portador.

Así es, por ejemplo, en Venezuela, en donde se impone a las acciones un gravamen fiscal. (L. I. S. S.: 33 LMEV: 1 Dc. 581, de 30-6-63: 1, ordinal 3). A esta misma finalidad tiende el sistema francés de la ley 66-537 de 24 de julio de 1966, sobre sociedades comerciales, artículos 175 y 176. Es clara la ley en el sentido de dar, bajo ciertas condiciones, voto doble a las acciones nominativas. Es una manera indirecta de no recomendar la acción al portador. El artículo 176 citado dice expresamente que pierde el doble voto la acción que se convierte al portador.

En todo caso el sistema puede asumir diversas modalidades, las más generalizadas de las cuales son las que imponen un tributo a la emisión de acciones al portador a cargo de la sociedad, la que lo transmite al receptor de los dividendos en el momento de pagar estos.

Cuarta solución.

### d) COMPROBACION INDUCTIVA

No se tocan los títulos al portador ni se pretende identificar al propietario del mismo o al receptor del dividendo. Simplemente se permite al fisco tasar el monto probable por vía inductiva a partir del nivel de vida del contribuyente; así se comprueba el ingreso anónimo.

Vistas todas las posibles soluciones anteriores, tendientes todas a eliminar el problema que dentro de un sistema tributario progresivo sobre la renta crean las acciones al portador (además de que crean problemas para otros tributos, como por ejemplo el impuesto de sucesiones) analicemos ahora los diversos tipos de accionistas en la anónima y cómo los afecta una nominatividad obligatoria.

Podríamos hablar de tres tipos de accionistas: el accionista ahorrante, el accionista empresario y el el accionista especulador.

El accionista ahorrante intenta solo una inversión que le produzca una renta suficiente; no busca la especulación y por ello no se interesa en el movimiento de la bolsa; a lo sumo lo estudia para decidir si cambia de títulos o no.

A este accionista la nominatividad obligatoria lo afecta esencialmente desde el punto de vista fiscal, lo afecta en el monto del impuesto que podría ahorrar.

Si el sistema no es de nominatividad obligatoria sino de comprobación inductiva, lo afecta menos, puesto que puede ocultar su renta disminuyendo su tenor de vida.

El accionista empresario pretende participar activamente en la vida de la sociedad y tomar parte en las decisiones. Se interesa por ello en formar parte de la administración y a veces está interesado en la renta que como salario o dietas puede percibir de su calidad de miembro de los cuadros administrativos. Conoce o al menos cree que conoce, acerca del futuro de la empresa y sobre esa base decide si mantener las acciones o venderlas.

A este accionista empresario la nominatividad obligatoria lo afecta con respecto a la conducta frente a la hacienda puesto que la acción al portador le permite ocultar cuál es la distribución de los paquetes accionarios, es decir, ocultar de donde proviene realmente el poder dentro de la sociedad y cuáles son los vínculos entre sociedades, permitiendo así los manejos de fondos y otros de todos conocidos.

El accionista especulador no es en realidad un socio y a veces su comportamiento frente a la sociedad es antisocial. Se interesa en la crisis que hace bajar los títulos para adquirirlos y revenderlos luego con ganancia. A las dos categorías anteriores les interesa una cierta estabilidad de los títulos, de los dividendos, de las rentas. Al accionista especulador en cambio, le interesa el curso de la cotización y desea la evasión y la inestabilidad.

Las dos categorías anteriores no realizan frecuentes cambios de títulos o contratación sobre los mismos, mientras que para el es-

peculador esa constante contratación es necesaria: compra y vende constantemente. Para él es necesaria la máxima plasticidad del mercado.

A este accionista especulador la nominatividad obligatoria no lo afecta: está interesado en una ágil circulación del título, sea al portador o no; le interesa que las negociaciones no sean obstaculizadas porque el presupuesto de la actividad económica del especulador es un mínimo de amplitud de mercado, que garantice una colocación rápida del título en el momento oportuno. Le interesa que la circulación del título no sea gravada con un impuesto. No le interesa que el título sea nominativo para fines fiscales pues en la mayoría de los casos cuando se paguen los dividendos aquél ya no será suyo. No tiene tampoco interés en la administración y por tanto no tiene tampoco interés en el anonimato. La Bolsa, como especulador, no se ve pues afectada con la nominatividad obligatoria.

## E) ACCION AL PORTADOR Y DESARROLLO ECONOMICO

Creo que en este caso el problema debe plantearse en estos términos:

Partiendo del supuesto de que el desarrollo económico en los sectores subdesarrollados requiere de las inversiones externas de capital, un incentivo a las inversiones extranjeras lo dan el anonimato de las acciones al portador y la posibilidad que estas otorgan de realizar manipulaciones fiscales a fin de tributar en las escalas más bajas del impuesto sobre la renta.

He querido plantear el problema en los términos anteriores sin eufemismos porque no es cierto que la acción al portador sea buscada por la gran movilidad que da a las transferencias de capital. En primer término el inversionista que viene a nuestras zonas no busca la especulación bolsística por una parte y por otra no la pretende porque simplemente la Bolsa no existe, y aun en el caso de que existiera, en la Bolsa de Valores no es requisito "sine qua non" de su funcionamiento la existencia de títulos al portador; lo demuestra la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica —que como dice Ascarrelli "en materia de negocios y de bolsa de

valores "se ne intendono"— la de Inglaterra y otros países miembros o ex miembros del Commonwealth y la de todos aquellos Estados que por una u otra vía han eliminado o bloqueado el uso de las acciones al portador.

Por otra parte el grueso de las inversiones extranjeras en el mundo son norteamericanas. "La inversión privada estadounidense directa en el exterior representaba en 1968 un 63 por ciento de la inversión privada en el exterior...<sup>(61)</sup> De esas empresas norteamericanas, en 1957, 45 de ellas controlaban el 57 por ciento del valor total de las inversiones directas en el mundo.<sup>(62)</sup> Por razones obvias esos porcentajes son mayores en relación con las inversiones extranjeras en Costa Rica y estaríamos obligados a reconocer que en lo que a inversiones extranjeras se refiere, nuestras regulaciones deben tomar en cuenta fundamentalmente la mentalidad del inversionista nortamericano. Este inversionista, si es un hombre de negocios sano y no un aventurero y estafador internacional, viene de un mundo en donde la acción al portador no existe. Este tipo de títulos no es para él un esquema mental condicionador en la realización de negocios. El inversionista sano persigue cosas diversas al anonimato y a la defraudación fiscal. Resulta maleado más bien ya en relación con nuestro ambiente y lo cierto es que un inversionista que venga a invertir confiando en la defraudación fiscal y en el anonimato, no creo que sea una valiosa adquisición para el país.

En todo caso, sobre este asunto se ha dicho mucho y no se han aportado datos concretos. Lo que pretendo hacer precisamente es aportar datos concretos, estadísticas ciertas, a la discusión del problema, en modo tal que se puedan hacer juicios objetivos y no meras lucubraciones y suposiciones seudoeconómicas sin ningún fundamento real.

Ya vimos que Italia es uno de los países en donde no existen las acciones al portador, como regla general. Precisamente, sobre la hipótesis de que la acción al portador atrae al inversionista como la miel a las abejas, se realizó en Italia un cambio de legislación que paso a explicar en su contenido y en sus efectos.

(61) CEPAL-ONU, *La expansión de las empresas internacionales y su gravitación en el Desarrollo Latinoamericano*, cuarta parte del Estudio económico de América Latina, 1970", New York, 1971, 304-305.

(62) Departamento de Comercio, EE.UU., *Business Investments in Foreign Countries*, p. 144, cit. por Héctor Melo, en *Empresario Nacional y Desarrollo Socioeconómico de América Latina*, CEDAL, Costa Rica, 1972.

Como argumento de discusión podría pensarse que el inversionista pudiera sentirse atraído por la acción al portador que le permite interesantes manipulaciones tributarias y el anonimato. Desde ese dato se partió en Italia en lo que podríamos llamar la segunda etapa de su proceso legislativo. Si el inversionista está interesado en el anonimato o en otras ventajas que las acciones al portador le dan, un modo de atraer las inversiones a ciertas zonas subdesarrolladas es permitir dentro de ellas el uso de las acciones al portador. En esta filosofía se basaron las leyes italianas para el uso de las acciones al portador en las regiones subdesarrolladas, Sicilia, Cerdeña, Trento-Alto Adige y Valle de Aosta. Permitiendo el uso de acciones al portador en aquellas sociedades que se formarían, bajo ciertas condiciones (industrias nuevas principalmente para la construcción de naves en Sicilia; igualmente en Cerdeña; industrias y comercio nuevos especialmente en cuanto a turismo y para renovar y dar mayor vitalidad a las actividades industriales o comerciales ya existentes en Trento-Alto Adige) se pensó que muchos inversionistas buscarían establecer sus inversiones en esas regiones lo que ayudaría a su desarrollo económico. Al fin y al cabo, se decía, al inversionista le gusta el anonimato y el poder manipular el capital con fines de evasión fiscal.

Pero los resultados han demostrado una cosa bien distinta de lo que se había pensado. El inversionista no está interesado tanto en el anonimato como en la productividad de su empresa; no está interesado tanto en el menor volumen de obligaciones tributarias como en la posibilidad de encontrar tranquilidad política, buena y eficiente mano de obra, buen mercado, buenas condiciones de transporte de materias primas y de otros servicios, etc. Ciertamente el inversionista está interesado en pagar menos impuestos y en muchos casos en mantenerse tras el biombo del anonimato producido por las acciones al portador, y cuando el sistema jurídico se lo permite se ampara tras estas. Pero tales elementos vienen a ser secundarios frente a otros de mayor trascendencia y de índole económica más productiva.

A tal propósito creo que resulta interesante transcribir los siguientes datos estadísticos. Diez años después de introducidas en Italia las leyes que permiten el establecimiento de acciones al portador (es decir al final de 1968) "solamente el 4.2 por ciento del capital total de las sociedades italianas era al portador... si se tiene

en cuenta que la población total de la región de Sicilia, de la región de Cerdeña y de la región de Trento-Alto Adige es siete millones ciento noventa y un mil seiscientos seis habitantes, es decir el 7.5 por ciento de la población total italiana, tal porcentaje confirma que el **anonimato accionario no constituye un incentivo eficaz para llenar la diferencia entre norte y sur...** se ha hecho notar que las previsiones de los tres ordenamientos regionales hoy vigentes... han sido cada una de ellas más liberales que la anterior (permitiendo a un mayor número de empresas y más diversificadas, acogerse al beneficio. A tal ampliación cualitativa, no ha correspondido, como se ha notado, una correspondiente ampliación cuantitativa, **probablemente también porque la acción al portador no interesa al inversionista extranjero...**<sup>(63)</sup>

A tal punto la acción al portador no ha tenido importancia en la determinación de las inversiones nacionales o extranjeras que las nuevas leyes tributarias que se pretende establecer en Italia tienen entre sus directivas fundamentales eliminar definitivamente las acciones al portador en las regiones a estatuto especial (Sicilia, Cerdeña, Trento-Alto Adige y Valle de Aosta en donde no se permitió —en este último caso— su introducción por razones constitucionales).

"La acción al portador, dice el Profesor Lanza,<sup>(64)</sup> prevista por las leyes regionales ha quedado como un fenómeno marginal en la vida de las sociedades italianas, destinado a desaparecer con la llegada de la nueva legislación tributaria".

Y, efectivamente, el artículo 11, inciso 13 del "Proyecto de ley sobre la reforma tributaria confiada al Ejecutivo por delegación del Poder Legislativo, manifiesta que deberá establecerse... 13. La abolición de la derogatoria al principio de la nominatividad obligatoria de los títulos accionarios previstos en las leyes de regiones a estatuto especial."<sup>(65)</sup>

Dejo con lo anterior cumplido mi cometido de presentar a los estimables colegas participantes en este Congreso una relación sobre las acciones al portador. He querido en la misma exponer los puntos principales que dentro de las ramas escogidas por la comisión, pue-

(63) LANZA Amilcare, *Brevi note sulle azioni al portatore nelle regioni*, Riv. Soc. 1969, 1108.

(64) Op. cit., 1108.

(65) Ver Riv. Soc., 1969, V, 1636.

den prestarse a una mayor discusión y argumentación alrededor de la posibilidad de introducir en Costa Rica una nominatividad obligatoria. Debo insistir en que me he visto obligado a desarrollar la relación en tales términos y no en otros más amplios y, desde el punto de vista estrictamente científico, quizá más proficuos, en vista de la decisión de la comisión de discutir única y exclusivamente alrededor de la conveniencia o inconveniencia de la introducción en Costa Rica de la dicha nominatividad obligatoria. Espero que la benevolencia de los estimables colegas sabrá pasar por alto las deficiencias de este trabajo.



## EL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES

MAURO MURILLO

### SUMARIO:

1. Introducción.
2. Naturaleza jurídica del Tribunal.
3. El Tribunal como órgano independiente.
4. Organización.
5. Atribuciones.
6. El Registro Civil.

### 1. INTRODUCCION

La escogencia del tema ha sido meramente accidental.

El objeto del trabajo es el de contribuir con un más bien insignificante aporte a la ardua tarea de la construcción de nuestro Derecho Público.

Un tratado de nuestro Derecho Público (de cualquiera de sus ramas) no existe. Y no existirá durante mucho tiempo, por la sencilla razón de que falta toda la base. Esta se elabora a través del tiempo, a través de cientos de aportes.

Nuestro sistema de Derecho Público no podrá construirse sino como resultado de todos estos esfuerzos, que están apenas en ciernes.

Hablamos de nuestro Derecho Público no por caso. Hacer Derecho Público en términos generales es mera calistenia mental. Lo que urge es la sistematización de nuestro Derecho positivo, el examen minucioso, exhaustivo, de nuestra legislación.

Dentro de esta línea, de interpretación de nuestras normas, aunque necesariamente utilizando las ideas que nos suministra la

doctrina extranjera, pretendemos ubicar el escrito que sigue, fundamentalmente de Derecho Constitucional.

## 2. NATURALEZA JURIDICA DEL TRIBUNAL

El artículo 99 de nuestra Constitución define al Tribunal Supremo de Elecciones como "organismo", al señalar que de éste "dependen los demás organismos electorales".

"Organismo" es ciertamente un término ambiguo, en tanto bien puede significar "órgano" como "ente". Pero debe reconocerse que la Constitución sólo lo usa en el sentido de órgano. Este debe ser precisamente nuestro punto de partida: el Tribunal es un órgano y no un ente. La demostración de lo anterior deriva no sólo de la terminología empleada por la Constitución: deriva igualmente de la índole de la función ejercida, que debe (aunque por supuesto la Constitución podría disponer lo contrario) ser centralizada. Ambas circunstancias hacen presumir su naturaleza de mero órgano, sin que haya razón alguna que pueda inducirnos a creer otra cosa.<sup>(1)</sup>

Por supuesto que no es suficiente advertir que el Tribunal es un órgano. Debe además decirse órgano de quién, de cuál persona.

Lógicamente lo es del Estado. Específicamente<sup>(2)</sup> del Gobierno, entendido como elemento del Estado-ordenamiento, aunque ésta no es la acepción de "Gobierno" que utiliza nuestra Constitución.

Queda entonces por determinar qué tipo de órgano es el Tribunal. Concretamente, podríamos plantearnos la cuestión de si es el Tribunal un Poder.

Para justificar la pregunta, baste señalar que el proyecto de Constitución enviado por la Junta de Gobierno a la Asamblea Constituyente que emitió el texto que comentamos, definía también al Tribunal como "organismo" (artículo 127), aunque tenía al Electoral como un cuarto poder (artículo 7º).

(1) En la Ley Orgánica del Tribunal existe una curiosa disposición, según la cual al Presidente del mismo corresponde "ejercer la representación legal del Tribunal" (art. 13. d).

(2) En nuestro medio el vocablo "Estado" tiene tres acepciones: como ordenamiento en sentido amplio o sea el Estado-comunidad; como Gobierno (Gobierno en sentido amplio), o sea el estado-persona; y como Administración Pública (Estado-persona más antes descentralizados).

En verdad el interrogante no es de difícil solución. La Constitución expresamente señala que existen solamente tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial (artículo 9º).<sup>(3)</sup>

Pero si se estimare que no es suficiente lo dispuesto por el artículo 9º, es decir, que es lícito discutir si el Tribunal es o no Poder, en atención a que aunque no lo está como tal calificado expresamente sin embargo, bien podría estar organizado como Poder, entonces habría que recurrir a este último concepto.

Poder, en sentido subjetivo, con mayúscula, es decir como figura organizativa, es un órgano. Es, más exactamente, un órgano de órganos, en cuanto todo Poder está a su vez constituido por varios órganos (igualmente contemplados por la Constitución, al menos los fundamentales).

Este conjunto de órganos se distingue, primero, por su ubicación, pues se encuentra dentro del Gobierno del Estado; y, segundo, por su actividad. Es en efecto esencial en el Poder el desarrollo de una de las tres funciones públicas clásicas: legislativa, administrativa y judicial. Cada Poder ejercita una función, pero como todo órgano tiene que desarrollar alguna de las tres funciones clásicas, dicho así no se lograría mayor precisión. Debe entonces agregarse que el Poder, cada Poder tiende a ejercer en forma monopolística una función. Se dice "tiende" porque como se sabe la atribución a cada Poder de una función no es hecha en forma exclusiva sino prevaleciente. Pero lo típico de un Poder es aquella tendencia, puesto que la atribución a un Poder de función distinta de aquella que lo define se hace sólo como excepción.

Ahora bien: el Tribunal realiza en forma prevaleciente una función administrativa, cual es la electoral. Como ya existe un Poder administrativo (el Ejecutivo), lógicamente no podría haber otro. Es por esto que el Tribunal no puede ser un Poder.

Es obvio que lo dicho define al Tribunal sólo negativamente. Queda siempre por ver qué es lo que es el Tribunal.

Hay una cuestión previa: el Estado (Estado-persona), es sólo la suma de los tres Poderes enumerados en el artículo 9º?

Si el Tribunal no es un Poder, ni tampoco está fuera del Estado-persona, debe entonces resolverse si el Tribunal integra

(3) La suma de estos tres Poderes es lo que llama la Constitución "Gobierno" (mismo art. 9º).

o no alguno de los tres Poderes del Gobierno. Ello por cuanto hemos dicho que los Poderes son conjuntos de órganos y bien podría darse que el Tribunal no sea más que un órgano integrante de algún Poder. Parece claro que de serlo lo sería del Ejecutivo, dada la naturaleza de su función (prevaleciente). La pregunta es, dicho en forma quizá menos imprecisa, si el Tribunal reúne las condiciones propias de los órganos que integran los Poderes, pues la cuestión quedaría por sí sola resuelta si el Tribunal no llenare aquellas condiciones.

En cada Poder encontramos un órgano que está a la cabeza del mismo, y otros órganos que de él dependen. En el Poder Legislativo el órgano "supremo" es el Plenario; en el Judicial la Corte Suprema de Justicia; en el Ejecutivo la Presidencia. De estos órganos dependen otros, dependencia que puede darse en múltiples formas (jerárquicas o no). Pero lo típico de estos otros órganos no es sólo ello: tienen además una vinculación funcional inmediata entre sí, en forma tal que en el ejercicio mismo de la función están íntimamente relacionados.

El artículo 99 de la Constitución prescribe que "la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de sus funciones". La Constitución, pues, ha sancionado expresamente la independencia del Tribunal. Tal garantía es suficiente, a nuestro modo de ver, para excluir toda posibilidad de que el Tribunal forme parte de Poder alguno. Más bien la independencia conferida por la Constitución debe entenderse que la ha establecido precisamente frente a los Poderes del Estado.

Dentro del Estado-persona hay entonces un tipo genérico de órganos, creados por la Constitución misma y dotados de una garantía específica: de independencia. Estos son los órganos constitucionales. Ellos son los tres Poderes, el Tribunal Supremo de Elecciones, y además la Contraloría General de la República (que la enumeramos sin más por no ser objeto sino indirectamente de nuestro estudio).

Sin embargo, queda aún una cuestión por tratar, antes de dar por concluida la respuesta a la pregunta de cuál es el tipo de órgano que es el Tribunal.

El Estado-persona no está compuesto exclusivamente por órganos constitucionales (aún sin salirnos del campo de las normas constitucionales). Ello habida cuenta de que existen otros órganos, igualmente creados por la Constitución. Valgan como ejemplos el "organismo técnico" de que habla el artículo 57, el "Consejo Superior" referido en el 81, el "Departamento especializado" sancionado en el 177. Pero todos estos órganos se caracterizan por la falta de independencia, de cuya garantía adolecen. Son los órganos con relevancia constitucional.

El Tribunal entonces no es un órgano con relevancia constitucional, por ser independiente.

### 3. EL TRIBUNAL COMO ORGANISMO INDEPENDIENTE

Se trata ahora de examinar cuál es el contenido de aquella independencia atribuida al Tribunal, o, lo que es lo mismo, cuáles son las relaciones que corren entre el Tribunal y los demás órganos constitucionales.<sup>(4)</sup>

#### a) Empecemos con el análisis de las vinculaciones con el Poder Legislativo.

Es ocioso afirmar que el Tribunal no está sujeto a órdenes ni directrices de la Asamblea Legislativa, y que sí está en cambio sometido a la ley.

La sujeción a la ley es de rigor, pues el nuestro es un Estado de Derecho. Lo que interesa al respecto no es entonces recalcar un hecho tan claro sino sus alcances (límites y excepciones).

El principal límite que nos interesa resaltar es el que deriva de la independencia del Tribunal ya referida. La sanción de tal independencia confiere una garantía en favor de dicho órgano, garantía precisamente (como ya se dijo) entre otros frente al Poder Legislativo. El límite consiste en la imposibilidad de parte de este Poder de establecer normas que afecten aquella independencia.

(4) La independencia del Tribunal podría ser examinada desde otro punto de vista, precisamente como reacción contra el régimen anterior. En realidad no hubo quien no estuviera de acuerdo en que la "autonomía de la función electoral" (inciso 1º del art. 95) era indispensable para garantizar la pureza del sufragio. Esta reacción fue la que incluso llevó a concebir al Tribunal como Poder, en el proyecto de Constitución de la Junta de Gobierno.

El Legislativo no puede votar leyes que establezcan restricciones o vínculos en perjuicio del Tribunal, no previstos por la Constitución.

Otro límite, ya no relativo al contenido de las leyes sino al procedimiento legislativo, es el de la necesidad de obtener la Asamblea del Tribunal su parecer previamente a emitir leyes relativas a la materia electoral (artículo 97.1).

Exclusiones de la potestad normativa de la Asamblea respecto del Tribunal se dan dos, una relativa y otra absoluta.

En la primera se excluye temporalmente el ejercicio de la potestad, sin que se le atribuya a otro órgano. Según el artículo 97.2, dentro de cierto período pre y post-electoral, la Asamblea no puede dictar leyes respecto de las cuales el Tribunal ha emitido parecer contrario.

En la segunda, la exclusión de la potestad legislativa es total. El artículo 102 inciso 3) prescribe la competencia exclusiva del Tribunal en materia de interpretación de las normas constitucionales<sup>(5)</sup> y legales electorales. Se excluye, pues, la posibilidad de una interpretación auténtica.

Otra relación está prevista en el artículo 98.2. La Asamblea es la que determina si un partido político es o no de los prohibidos por la Constitución, pero no puede resolver sin "previo informe" del Tribunal. Se trata por supuesto de una relación de colaboración.

También de este tipo es la relación contemplada en el inciso 5º del artículo 102. El Tribunal es el que resuelve las denuncias sobre parcialidad política o sobre actividades políticas de los servidores del Estado, pero en tratándose de ciertos funcionarios se limita a "dar cuenta" a la Asamblea.

Todas las precitadas normas serán analizadas posteriormente con el detalle suficiente.

(5) Es dudoso hasta qué punto la competencia exclusiva de interpretación de las normas constitucionales sea un caso de exclusión de potestad normativa de la Asamblea. En el fondo de esta cuestión lo que está es el problema (que aquí no se resuelve) de si la Asamblea puede o no interpretar la Constitución. En la Constituyente se presentó una moción para reducir las atribuciones interpretativas del Tribunal a las solas normas legales. Los opositores se basaron en que al Tribunal debía quedar todo lo relativo a la materia electoral, y que si no se le daba la atribución de interpretar las normas constitucionales ello lo haría entonces la Asamblea (Acta Nº 100 de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente).

También puede hablarse de relaciones del Poder Legislativo con los miembros del Tribunal (los Magistrados), las que se dan en materia de privilegios de aquellos, aspecto que se tratará más adelante.

#### b) Véamos ahora las relaciones del Tribunal con el Poder Judicial.

El análisis debe centrarse en el artículo 103, conforme al cual las "resoluciones" del Tribunal "no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato". Múltiples cuestiones plantea esta norma.

Se habla de "resoluciones", pero es lo cierto que el Tribunal emite actos de muy diversos tipos. Sin pretender hacer una clasificación útil para otros efectos, debemos decir que el Tribunal emite no sólo resoluciones sino también órdenes y normas, que dicta actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y que sus actos pueden referirse a materia electoral, civil o laboral.

El primer problema es pues si "resolución" está usado en sentido estricto.

El presupuesto de la resolución es una petición que viene decidida por el órgano. La petición, por otra parte, implica un conflicto de intereses, aún frente al mismo órgano decidente.

Pero por otro lado, la intención de la norma es clara: tiende a darle estabilidad a ciertos actos, entre los cuales fundamentalmente la "declaratoria" sobre los resultados de las elecciones. Actos como éste es dudoso que entren dentro del concepto de resolución expuesto, de donde debe seguirse que no se utilizó una acepción restringida de "resolución".

Aparte de ello, las resoluciones de que habla la Constitución tienen que ser las referidas a las materias que constituyen el objeto de la actividad del Tribunal, o sea su giro ordinario, su especialidad. Esto excluiría la materia laboral (administración de su personal) y contractual, puesto que tales actividades son meramente instrumentales en relación con aquellas cuyo desarrollo configura la finalidad del órgano. Pero tampoco sería exacto reducir los alcances de la norma en cuestión refiriéndola sólo a la materia electoral, propiamente dicha, pues el Tribunal no fue creado solamente para administrar tal materia. Baste como prueba señalar el encargo de admi-

nistrar el Registro Civil (artículo 104), y la posibilidad de que por ley se le confiera cualquier otra atribución (artículo 102, inciso 9).

Se impide toda suerte de "recurso" contra las resoluciones del Tribunal. La excepción hecha del prevaricato es inútil, no tanto porque es propiamente una acción y no un recurso (ya que tampoco entendemos que "recurso" se usó en sentido restringido, pues precisamente lo que fundamentalmente allí se niega es el recurso contencioso-administrativo, que es también una acción), como cuanto porque el prevaricato, por ser delito, está referido más bien a la responsabilidad del agente; es decir, los recursos se refieren al acto, en tanto que el prevaricato se refiere al funcionario.

Si la expresión de la salvedad de prevaricato tendió a aclarar la norma, más bien la confundió, porque ahora cabe preguntarse: es que están los miembros del Tribunal excluidos de cualquier otra responsabilidad penal o de responsabilidad civil?, interrogante que sin embargo no puede sino tener una respuesta afirmativa, a nuestro juicio, dado que tales responsabilidades son de principio.

Los "recursos" que resultan negados son las acciones jurisdiccionales (civil y contencioso-administrativa, en su caso). Esta negativa es precisamente la que da al Tribunal su carácter de órgano jurisdiccional, pues éste queda facultado para dictar resoluciones con valor de cosa juzgada material.<sup>(6)</sup>

Pero existen otros recursos, garantizados por la misma Constitución, que deben aquí ser examinados. Nos referimos, en primer término, al de Hábeas Corpus (artículo 48.1). Un problema de privación de libertad personal en relación con el Tribunal bien puede darse, toda vez que éste puede emitir órdenes dirigidas a la fuerza pública que bien podrían comprender la detención (artículo 102 inciso 6º). El recurso debe admitirse, en nuestro criterio, por cuanto no estaríamos frente a una "resolución" sino más bien ante una orden, y aún usándose resolución en sentido amplio no podría llegar a comprender las órdenes.

(6) Uno de los constituyentes, defensor del 103, sostuvo que era necesario mantener esta disposición "para que en el futuro, por ejemplo, nadie pueda pretender que las decisiones del Tribunal sean apelables ante el Ministerio de Gobernación" (Acta 76 de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente). Por supuesto que semejante duda seriamente no puede siquiera plantearse.

Nos referimos también al recurso de Amparo, pues es fácil que se presente una de las situaciones previstas por el párrafo 3º del artículo 48. En principio, es nuestro criterio, debe rechazarse la posibilidad de un recurso de esta especie, por cuanto podría dejar sin efecto, al menos parcialmente, el artículo 103 que nos ocupa. Sin embargo, tal rechazo debe referirse solamente a las atribuciones propias (las exclusivas) del Tribunal. El recurso de Hábeas Corpus lo admitimos en todo caso precisamente porque no se daría respecto de las atribuciones que constituyen objeto del Tribunal, sino más bien respecto de poderes meramente instrumentales.

El otro recurso establecido en la Constitución es el de inconstitucionalidad. La solución aquí es más fácil, pues el artículo 10 sólo se refiere a actos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y hemos precedentemente determinado que el Tribunal no integra Poder alguno.

Aún se puede hablar de otros recursos, de los internos. De la apelación no tiene sentido ocuparse, pues en verdad cuando el artículo 103 se refiere al Tribunal entiende como tal el órgano colegiado formado por los Magistrados. El discurso se reduce entonces a la revocatoria.

Admitimos de principio la revocatoria, salvo en dos casos: a) cuando se trate de una resolución dictada con motivo de un recurso presentado contra un acto de un órgano inferior (v.gr: contra una "resolución" del Registro Civil); b) cuando se trate de aquellas decisiones fundamentales como la declaratoria de los resultados de las elecciones. Este último porque la finalidad del artículo 103 ha sido básicamente la de evitar toda suerte de posibilidad de poner en duda tal tipo de decisiones, por razones obvias.

El recurso extraordinario de revisión, previsto en el párrafo 2º del artículo 42, no parece tener aquí aplicación, pues por ser extraordinario requiere texto expreso. La misma redacción de dicho párrafo así lo sugiere: "Se prohíbe reabrir causas . . . , salvo cuando proceda el recurso de revisión".<sup>(7)</sup>

(7) El artículo 91 de la Constitución del 71 facultaba formular reclamaciones ante el Congreso por nulidad en las elecciones de sus miembros.

c) Ocupémosnos de las relaciones con el Poder Ejecutivo.

Quizá el aspecto más relevante es el relativo a la materia presupuestaria, en donde se da una verdadera dependencia del Tribunal. La preparación del proyecto de presupuesto nacional corresponde al Poder Ejecutivo; el Tribunal sólo elabora un anteproyecto, que puede ser objetado por aquel Poder, salvo los gastos programados "para dar efectividad al sufragio" (artículo 177). La ejecución del presupuesto es igualmente atribuida al Ejecutivo,<sup>(8)</sup> y es donde se hace más manifiesta la apuntada dependencia.

Otras relaciones, de menor monta, serán examinadas cuando veamos las atribuciones del Tribunal.

d) Quedan por estudiar las relaciones con la Contraloría General de la República.

En punto a las atribuciones fiscalizadoras de la Contraloría, cabe advertir que no se presenta una situación especial para el Tribunal, sino que éste está sujeto a dicho control del mismo modo que los otros órganos constitucionales. Según el artículo 184, a la Contraloría compete fiscalizar la ejecución de los presupuestos, y aprobar toda orden de pago contra los gastos del Estado.

#### 4. ORGANIZACION.

La Constitución prevé solamente tres órganos: a) El Tribunal, órgano colegiado; b) las Juntas Electorales; y c) el Registro Civil.

El Tribunal en sentido estricto (órgano colegiado) es el órgano supremo del Tribunal en sentido amplio (como órgano de órganos). Está integrado por Magistrados, ordinariamente en número de tres (con seis suplentes), y para la época electoral (desde un año antes y hasta seis meses después de la fecha de las elecciones) en número de cinco (con cuatro suplentes), de nombramiento de la Corte Suprema de Justicia (por acuerdo que requiere mayoría de dos tercios de sus miembros). Artículo 100.

(8) En este trabajo se da por un hecho que la ejecución del presupuesto nacional corresponde al Ejecutivo, sobre todo con base en la legislación vigente. En realidad las diversas normas de la Constitución que tratan el problema merecen una cuidadosa exégesis.

Las Juntas Electorales están previstas en el artículo 93. La Constitución se limita a decir que ante ellas se ejerce el sufragio.<sup>(9)</sup>

El Registro Civil está regulado en el artículo 104. Esta norma sólo se ocupa de sus funciones. Sin embargo, en los artículos 109, inciso 4º, y 132, inciso 5º, se habla de un "Director".

En cuanto a los Magistrados del Tribunal, la Constitución se remite a diversas disposiciones establecidas en la ley (Ley Orgánica del Poder Judicial) para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Así, los Magistrados del Tribunal deben reunir los mismos requisitos (y, por extensión, no estar comprendidos en las prohibiciones o incompatibilidades en lo conducente) establecidos para los miembros de la Corte (artículo 100.1).

Por otra parte, están equiparados a los Magistrados de la Sala de Casación en cuanto a jornada mínima de trabajo, remuneraciones y demás condiciones de trabajo (estas últimas "en lo que fueren aplicables"), conforme al artículo 103. El derecho a igual remuneración va referido lógicamente no sólo al sueldo base establecido en la Ley de Presupuestos sino también a las demás ventajas que integran el salario (v. gr: aumentos periódicos).

Duran en su cargo seis años, pero son reelegibles indefinidamente. Cada dos años se renueva un propietario y dos suplentes (artículo 100.1).

Gozan de las "inmunidades y prerrogativas que corresponden a los miembros de los Supremos Poderes" (artículo 101.2). Para conocer cuáles son esos privilegios, debe precisarse antes quiénes son los "miembros de los Supremos Poderes".

Los Supremos Poderes son los Poderes Públicos (terminología del 182). Es decir, los tres Poderes de que habla el artículo 9º. O sea que "Supremos" aquí no agrega nada.

En el artículo 96.2, los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo son los electos popularmente. En el inciso 8º del artículo 121 se incluyen los Ministros de Gobierno entre aquellos miem-

(9) El Código Electoral (Ley Nº 1536/52) habla de "Juntas Electorales" en un sentido más amplio. Comprende las Juntas Provinciales, las Cantonales y las Receptoras (artículos 11 y 12).

bros. En el inciso 9º del mismo artículo se excluyen el Presidente y los Vicepresidentes de tales miembros. Todo esto en realidad no va más allá de una demostración de descuido en la redacción de la Constitución: miembros de los Supremos Poderes son todos aquellos que integran los órganos (a su vez constitucionales) enmarcados dentro de ellos. Son, entonces, el Presidente, los Vicepresidentes, los Ministros, los Diputados y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Aunque sin un análisis específico, debemos ahora señalar los privilegios establecidos para dichos miembros.

Las reglas generales están contenidas en el artículo 121. El inciso 9º, referido a delitos cometidos en el ejercicio del cargo, señala que es a la Asamblea a la que corresponde declarar por dos tercios de votos si hay lugar a no a formación de causa. El inciso 10, referido a delitos "comunes", atribuye a la Asamblea la potestad de suspender a los funcionarios en cuestión.

La irresponsabilidad por sus "opiniones" de los Diputados (artículo 110.1) no es aplicable a los Magistrados del Tribunal, pues para probar su responsabilidad basta recordar el artículo 103 que les declara sujetos al prevaricato.

La imposibilidad de arresto de los Diputados "por causa civil" durante las sesiones, salvo autorización de la Asamblea (artículo 110.1) se aplica a los Magistrados pero refiriéndola a toda época, por ser continuo el trabajo del Tribunal.

El párrafo 2º del artículo 110, referido siempre a los legisladores, introduce el supuesto del flagrante delito, en cuyo caso cabe la detención, sin perjuicio de que la Asamblea ordene la libertad del funcionario.

De las inmunidades del Presidente y Vicepresidentes se ocupó el artículo 151, innecesaria e imperfectamente. Dado que éste no es nuestro tema, nos limitamos a presumir que el artículo en nada contradice las normas generales indicadas supra.

Lo mismo decimos en cuanto al artículo 165, relativo a los privilegios de los Magistrados de la Corte.

## 5. ATRIBUCIONES.

Expondremos primero sus atribuciones de índole administrativa, para luego ver aquellas jurisdiccionales y legislativas.

### a) Atribuciones de administración activa.

1) Convocar a elecciones (artículo 102 inciso 1º). Se refiere a las elecciones de Presidente, Vicepresidentes, Diputados, Regidores y Síndicos. No se dice cuándo debe hacerse, pero deberá ser lógicamente suficientemente antes de dichas elecciones, y la Constitución sólo se refiere a la de Presidente y Vicepresidentes, que debe realizarse el primer domingo de febrero del año en que finaliza cada período (artículo 133).

2) Nombrar a los miembros de las Juntas Electorales (artículo 102.2). Tales Juntas son las encargadas de recibir el voto (artículo 93).

3) Vigilar por la efectividad de la garantía de libertad política durante las elecciones (artículo 102.6). Para ello puede utilizar la fuerza pública. Pero no queda clara la forma de esta utilización. Según el artículo 102, tal utilización será directa. "Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes, etc.", en tanto que conforme al artículo 140.9º la utilización más parece indirecta: es atribución o deber del Poder Ejecutivo (Presidente y Ministro) "ejecutar y hacer cumplir todo cuanto . . . dispongan . . . los organismos electorales . . .".

La fuerza pública está compuesta por las fuerzas de policía (artículo 12). En situación de defensa nacional, el Tribunal puede igualmente disponer de las fuerzas militares (que también integran la fuerza pública), lo que por otra parte indica largamente que ni aún en tal caso los procesos electorales pueden suspenderse.

4) Realizar el escrutinio de los votos (artículo 102.7), o sea su calificación y cómputo. El recuento definitivo corresponde al Tribunal. Este interviene en todas las elecciones populares.<sup>(10)</sup>

5) Declarar el resultado de las elecciones (Artículo 102 8º). El Tribunal declara quiénes quedaron elegidos. Respecto de las elec-

(10) El escrutinio de los votos para Presidente era realizado por el Congreso, en la Constitución de 1871.

ciones para Presidente y Vicepresidentes, la declaratoria debe hacerse dentro de los treinta días hábiles siguientes.

#### b) Atribuciones de control.

1) Aprobación de los gastos electorales de los partidos políticos (art. 96, párrafo 2º inciso d) a fin de recibir el reembolso de los gastos efectuados por los partidos políticos, estos deben comprobarlos ante el Tribunal.

2) Determinación de parcialidades políticas o actividades políticas de altos funcionarios (artículo 102.5). El Tribunal puede investigar estos hechos, en relación con el Presidente (se excluye a los Vicepresidentes), Ministros (de Gobierno y Diplomáticos), Contralor y Subcontralor Generales, y Magistrados de la Corte, y si concluyere con la existencia de los mismos dará cuenta de ello a la Asamblea Legislativa, para la aplicación de los incisos 9) y 10) del artículo 121, en su caso.

#### c) Atribuciones consultivas.

1) Dictaminar sobre proyectos de ley (artículo 97). La Asamblea debe oír al Tribunal previamente a discutir cualquier proyecto de ley relativo a la materia electoral.

El dictamen negativo del Tribunal es semivinculante, pues la Asamblea puede apartarse de él sólo con el voto de los dos tercios de sus miembros. En época electoral (seis meses antes y cuatro después de las elecciones), el dictamen negativo resulta vinculante, pues la Asamblea no podría aprobar el proyecto.

La falta de audiencia, de la mayoría calificada, en su caso, o la separación del dictamen vinculante señalado, producen obviamente la inconstitucionalidad de la ley.

2) Dictaminar sobre la ilicitud de los partidos políticos (artículo 98.2). Sabido es que conforme a la Constitución resultan prohibidos los partidos que “tiendan a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica,<sup>(11)</sup> o que atenten contra la

(11) Cuáles son esos fundamentos fue ampliamente explicado por el constituyente VOLIO SANCHEZ (V. Acta Nº 81 de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente).

soberanía del país”, según sus programas, medios de acción o vinculaciones internacionales. La determinación de si la norma es aplicable o no corresponde a la Asamblea, pero ésta no puede resolver sin un dictamen previo del Tribunal, meramente informativo.

#### d) Atribuciones jurisdiccionales.

La jurisdiccionalidad de las resoluciones del Tribunal resulta formalmente de la ya apuntada irrecorribilidad consagrada en el artículo 103.

En particular, podemos señalar dos casos:

1) Resolver las apelaciones que se presenten contra el Registro Civil y las Juntas Electorales (artículo 102.4). Se habla de “resoluciones apelables”, con lo cual se da margen a que algunas resoluciones de dichos órganos no sean susceptibles de alzada.<sup>(12)</sup> Sin embargo, las decisiones sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad, y suspensión y recuperación de la ciudadanía, son apelables en todo caso (artículo 104.2).

2) Resolver los casos de parcialidad y actividad políticas de funcionarios públicos, con excepción de los altos funcionarios (situación esta última ya examinada). El inciso 5) del artículo 102 dice: “Investigar por sí o por medio de delegados, y pronunciarse con respecto a toda denuncia formulada por los partidos...”, sin dejar claro si el Tribunal podría o no actuar de oficio, lo cual no parece posible. La resolución del Tribunal no excluye la responsabilidad penal prevista en las leyes, e implica, primero, inhabilitación para ejercer cualquier cargo público, por dos años; y, segundo, causa obligatoria de destitución. Esta se convierte en un acto constitucionalmente obligado.<sup>(13)</sup>

La inhabilitación señalada es indudablemente de índole penal.<sup>(14)</sup> Por ello es aplicable en la especie la garantía de defensa sancionada en el artículo 39.<sup>(15)</sup>

(12) Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal (Nº 3504/65) tiene como apelables todas las resoluciones del Registro (artículos 2º y 110).

(13) Un constituyente insistió (innecesariamente) en que debía establecerse la obligación del Poder Ejecutivo de acatar la resolución del Tribunal (Acta Nº 75 de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente).

(14) Esta fue la tesis de uno de los constituyentes. Otro sostuvo que se trataba de una mera sanción disciplinaria (Acta Nº 75 de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente).

(15) El artículo 29 de la Ley Orgánica del Tribunal citado atribuye a éste la imposición de una multa con evidente carácter penal. Aquél, pues es también un órgano de justicia punitiva

### e) Atribuciones legislativas.

Ya habíamos indicado que al Tribunal compete interpretar las normas constitucionales y legales electorales (artículo 102.3).<sup>(16)</sup>

La problemática que sugiere este inciso es bastante amplia y compleja. Podríamos empezar por el concepto de materia electoral, indispensable para delimitar la aplicación de esta norma y de otras (recuérdese el artículo 97).

Es evidente que un criterio formal (materia electoral es toda aquella atribuida al órgano que nos ocupa) no tiene cabida, pues la competencia del Tribunal va más allá.

Un concepto simple diría que es toda aquella atinente de un modo directo e inmediato al proceso electoral, es decir, al sufragio, pero no se nos escapa que los contornos de un tal concepto resultan bastante vagos.

En nuestro criterio, la determinación (a hacer en cada caso) debe ser más bien restrictiva, dado que semejante competencia (artículo 102.3 y 97) debe entenderse como excepcional.

La interpretación es "exclusiva y obligatoria". El dictado de "exclusiva" evidentemente tiende a excluir la competencia de la Asamblea, pero no queda del todo claro si también excluye la de la Corte (de fiscalización jurisdiccional sobre el uso de la potestad). La duda se presenta pues no parece que siquiera en sentido amplio pueda hablarse de "resolución" (para los efectos del artículo 103 ya visto), sin embargo, recuérdese que el artículo 10 no comprende los actos del Tribunal.

La obligatoriedad es precisamente la que le da el valor de norma constitucional (uno de los pocos casos de leyes constitucionales en nuestro medio) o legal, en su caso.

(16) Sobre la materia conviene transcribir los precedentes legislativos. Disponía la Ley anterior al Código Electoral de 1946:

"La interpretación doctrinaria que dé el Presidente de la República, cuando sea consultado sobre algún punto que aparezca oscuro deberá ser acatada por los funcionarios encargados de aplicar la presente ley" (Artículo 135).

El Código Electoral de 1946 señaló que correspondía al Tribunal Nacional Electoral:

"Interpretar y aclarar doctrinariamente, con carácter provisional a solicitud de los personeros de cualquier partido político inscrito, cualquier punto de esta ley. Tales interpretaciones o aclaraciones tendrán carácter obligatorio hasta tanto no sobrevenga interpretación auténtica del Congreso Constitucional que las modifique o contradiga" (artículo 10, inciso d).

Al respecto v. res. N° 168 del 12 de abril de 1957 del Tribunal (La Gaceta de 16 de abril de 1957).

Siguiendo los principios generales, las interpretaciones en cuestión tienen que ser distinguibles formalmente (se trata de actos emitidos con la única finalidad de interpretar) y publicados en el Diario Oficial. Pueden igualmente ser objeto de modificaciones. Como interpretaciones, se incorporan a las normas interpretadas, de donde les deriva su (aunque relativo) efecto retroactivo.

No se trata propiamente de interpretaciones auténticas, a menos que no se exija en este concepto su realización por el mismo órgano que emitió la norma inicial. Se trata ciertamente de interpretaciones<sup>(17)</sup> que se realizan a través de normas necesariamente de igual rango que las interpretadas.

## 6. EL REGISTRO CIVIL.

La Constitución (artículo 104) se limita a señalar su dependencia del Tribunal y sus atribuciones. Como se dijo, presupone también la existencia de un "Director" (artículos 109.4° y 132.5°).

Compete al Registro:

a) Llevar el Registro Civil, o sea el registro de los nacimientos, matrimonios, defunciones, etc.

b) Formar las listas de electores, o sea el padrón electoral. Para votar se requiere, según el artículo 93, estar inscrito en el Registro Civil, lo cual debe interpretarse en el sentido de aparecer en el padrón electoral, identificación que se hace a través de la cédula de identidad (V. artículo 95.5). La inscripción es de oficio (artículo 95.2).

c) Resolver lo relativo a la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad (calidad de costarricense, y suspensión y recuperación de la ciudadanía (calidad de titular de derechos políticos).

d) Expedir las cédulas de identidad, lo que debe hacerse de oficio según el artículo 95.2.

(17) Interpretaciones por modo de decir, pues sabido es que la actividad de interpretación es de aplicación y no de normación.

# LOS EFECTOS DE LA INVERSIÓN EN EL DESARROLLO Y SU RELACIÓN CON LAS ACCIONES AL PORTADOR

Por el Lic. ROLANDO SOTO JIMENEZ

Profesor de Derecho Económico e  
Introducción al Estudio del Derecho.

## 1.—LA INVERSIÓN Y EL DESARROLLO

1.1 Desde hace muchas décadas, tanto los legos como los conocedores de la economía, llegaron al convencimiento de que el “fenómeno de la inversión”, es el único medio idóneo observado y conocido, capaz de relacionarse con el factor de trabajo para producir más riqueza.<sup>(1)</sup> Se podría afirmar que, después de la década de los años treinta, una preocupación constante de gobernantes y de las personas relacionadas con la producción de cada comunidad, ha sido la de moldear el comportamiento de “la inversión” de tal manera que sus resultados en el desarrollo, sean óptimos y llenen las necesidades apremiantes de la época. Inquietudes tales como cuánto invertir en carreteras, cuánto en educación; qué proporción localizar en inventarios o en maquinaria y equipo de trabajo, desde entonces son discusión de cada día para aquellos hombres que tanto en el sector público como el de privado, bregan con la eficiencia de sus empresas respectivas. Una tarea fundamental de las oficinas de planeamiento y desarrollo en los países subindustrializados, es precisamente la de detectar en forma continuada, las trayectorias y los efectos finales que los diversos tipos de inversión siguen y causan en los diferentes sectores económicos de cada nación.

Si a nivel local el fenómeno de la inversión ha tenido especial relevancia, en el estrato internacional, éste también ha cobrado caracteres singulares. Me refiero aquí a la situación de los mercados comunes y los procesos de integración regional. La inversión como factor de desarrollo es tenido hoy como un punto de especial

(1) Debe observarse aquí, que “fenómeno de la inversión” se asimila al factor capital.

cuidado al momento de las discusiones sobre integración económica entre países independientes. La necesidad vital de economizar energías y esfuerzos mediante la colaboración y la unión, es uno de los motores principales que mueven a los países subdesarrollados hacia la formación de bloques económicos o regionales. Dentro de tal esquema, el tratamiento dado a los canales de inversión a nivel local, desde un punto de vista regional, es insoslayable. En otras palabras, la configuración de empresas públicas o privadas dentro del concepto del mercado común, conlleva decisiones mancomunadas en relación al tratamiento de los canales de inversión que se piensan orientar hacia tales empresas. Puede observarse entonces, cómo la llamada inversión, es el único instrumento capaz de brindar las fuentes de financiamiento que en colaboración con otros factores de la producción, harán que un país cree o no más riqueza.<sup>(2)</sup>

1.2 Los países en vías de desarrollo se han caracterizado entre otras cosas, por su poca habilidad para producir ahorro interno, es decir ahorro local. Por años los economistas y los interesados en el desarrollo de un país determinado —en especial aquellos de los países en proceso de industrialización—, han venido notando la seria escasez de ahorro interno, que redundaba negativamente en las posibilidades de inversión pública y privada.<sup>(3)</sup> A pesar de que el fenómeno de la poca inversión en los países en vías de desarrollo es muy complejo y no se puede explicar en unas pocas líneas, si es necesario y se puede recalcar el hecho de los bajos niveles de salarios y el alto consumo de bienes durables y semidurables, como obstáculos importantes en la generación de ahorro a nivel local.

Para poder ahorrar parte de los ingresos que cada individuo recibe periódicamente, es necesario que una parte proporcional de los mismos quede "ociosa", si tal término cabe, después de haberse separado lo necesario para las necesidades vitales y cotidianas de dicha persona (o familia). Es precisamente ese "pedazo de ociosidad" del ingreso, el que no se produce en los países que como el nuestro todavía tienen escalas salariales ajustadas y estrechas, que en último término, impiden o frenan sustancialmente la formación

(2) Me refiero aquí a la inversión como un fenómeno de toma de decisión por parte tanto de aquellas personas que han producido ahorro como los que captan ese ahorro.

(3) Ver Chenery y Strout A. Foreign Assistance and Economic Development en "American Economic Review, sept. 1966, Vol. XVI. (Tomado de Marshall, El modelo de dos Brechas como medio de cuantificar los requerimientos de Recursos Externos de América Latina. "Revista de la Integración, mayo 1970, p. 43).

de ahorro. Es así que los gobiernos de los países en proceso de industrialización, han optado por captar "coercitivamente" el ahorro, mediante la utilización de los instrumentos tributarios, es decir mediante la aplicación de impuestos obligatorios, que sustraen una parte proporcional del ingreso de los particulares. Sin entrar a discutir las bondades de tales métodos en países como el nuestro, por salirse evidentemente del tema de este trabajo, cabe decir que el cúmulo de esas captaciones de ahorro privado, mediante medidas fiscales y tributarias, configura lo que se denomina "la inversión pública", es decir, el monto de ahorros percibidos por el Estado, que serán destinados para atender las innumerables actividades del mismo.

Pero dejando de lado dicha inversión pública, que como se dijo, no obedece a un mecanismo de ahorro espontáneo de los particulares, ni puede decirse que tendrá un destino estrictamente privado (pensando en términos de desarrollo propio de dicho sector), **tenemos que concluir, que en nuestros países, las posibilidades para los entes particulares de captar ahorro, son muy pobres y limitadas.** El sector privado de la economía en los países en proceso de desarrollo, a pesar de su gran importancia dentro de sus respectivas economías, ha venido enfrentándose en forma continuada al problema de la falta de recursos suficientes, capaces de permitirle un crecimiento y desarrollos que le permitan competir eficazmente con otras empresas y unidades económicas de otros países y conglomerados. Es por esta razón que los gobernantes de estos países, dentro de sus preocupaciones por el fenómeno de la inversión, deberían otorgarle especial atención a los **medios de canalización de ahorro hacia el sector privado, y en especial a aquellos que no menoscaban el esfuerzo de captación de dichos ahorros, por parte del Estado mismo.**

1.3 Aparte de la problemática que encierra la relación entre los negocios y empresas privadas y sus posibilidades de captación de ahorros, es importante para una mejor comprensión de estos temas, el conocer los efectos inmediatos de la inversión en tanto se le considera como local o extranjera o como privada y pública.

Como ya lo manifesté en líneas anteriores, en países como el nuestro, las posibilidades de ahorro local y por consiguiente, las alternativas de inversión doméstica, son muy escasas. El ahorro originado localmente, es una de las fuentes primarias para el incremento de los negocios en general. Esto por diversas razones entre

ellas las más importantes: la inmediata disponibilidad de los fondos y la eliminación de agentes o intermediarios que en la mayoría de los casos, tienden a encarecer el costo del capital prestado. Por otra parte, el ahorro doméstico, permite a las empresas nacionales (públicas o privadas), el incitar a la inversión, a personas o individuos, sin distinción alguna que de otra manera (faltando el acicate o incitación), no pensarían en ahorrar ni un medio de centavo. Y esto es una realidad palpable no sólo en los países en vías de desarrollo sino que también en los ya industrializados. Una persona estaría dispuesta a invertir una pequeña proporción de su ingreso-unidad, si se le ofrecen planes atractivos de inversión, no sólo en una empresa determinada, sino en muchas de ellas. Pero por otro lado, la misma persona, no estaría en forma alguna dispuesta —y es lo contradictorio—, a colocar una gran proporción de su ingreso-unidad en una sola empresa.

Esta es precisamente otra de las limitaciones con las que se enfrenta la empresa privada en los países en vías de industrialización o de desarrollo; porque si bien es cierto que el fenómeno se da en otros países de mayor crecimiento económico, el mismo no asume caracteres tan marcados como en el caso nuestro.

Las posibilidades para una empresa particular en Costa Rica, de captar ahorros generados localmente se circunscribe fundamentalmente a la alternativa antes explicada, de la percepción de pequeñas proporciones de ahorros, que fragmentalmente sumados, permiten en algunos casos, reunir sumas relativamente importantes. La otra posibilidad, sea la de lograr que un ahorrante, se desprenda (invierta) de una sola vez de una buena parte de sus ahorros para colocarlos en una sola empresa, no es muy probable que suceda en nuestro medio, excepción hecha de casos muy particulares. Al contrario, es bastante probable que tal persona prefiera transferir tales ahorros, a instituciones o empresas del extranjero, que hayan logrado incitar suficientemente al inversionista a tal punto de convencerlo de las bondades de tal transferencia.

Opuesto al ahorro local, tenemos el ahorro generado en el exterior o si se quiere canalizado a través de entidades internacionales. En este punto, los efectos inmediatos del fenómeno de la inversión en la economía en general, y sus relaciones con las fuentes de captación del ahorro son bastante diferentes en cuanto se les estudia desde el punto de vista del sector público o el privado.

Desde un punto de vista práctico, tenemos que las alternativas para el sector privado de recibir en forma directa los beneficios de los ahorros generados en el exterior, son muy limitadas. Por múltiples razones que obedecen a principios muy enraizados dentro de las mentes de los políticos y economistas del desarrollo, la canalización de los ahorros del exterior se ha venido dirigiendo básicamente hacia el sector gubernamental en cada país. “Hoy —dice el Dr. Carlos Manuel Castillo—, la función de los ahorros externos para el financiamiento del desarrollo es vista como complementaria a los esfuerzos de la inversión interna. En general, los trabajos públicos y la infraestructura económica han dejado ya de absorber fondos privados de capital del exterior; estos fondos son ahora sustancialmente brindados por agencias internacionales de crédito o por los gobiernos en forma individual. Aún más, el desarrollo de la agricultura ha venido a ser considerado como un esfuerzo exclusivamente nacional, auxiliado únicamente por empréstitos extranjeros y asistencia técnica foránea. En esta forma, el énfasis puesto sobre las inversiones extranjeras directas, ha sido variado gradualmente hacia las áreas de la manufactura y el desarrollo relacionado con los recursos naturales”.<sup>(4)</sup>

Este fenómeno descrito en forma clara por el Dr. Castillo, se ha venido acentuando cada vez más, a tal forma de que la alternativa de la captación de los ahorros externos en forma directa, por parte de las empresas privadas es casi inexistente, con escasas excepciones contadas con los dedos de la mano. El cúmulo de fondos para inversión existentes o disponibles en el exterior, no puede considerarse hoy como una posibilidad para el sector privado. Es importante aclarar aquí el papel que juegan los bancos de desarrollo fundamentalmente en el marco de los mercados comunes, los que dentro de sus innumerables funciones tienen precisamente la de dotar de capital de trabajo y de desarrollo a cierto tipo de empresas particulares, que de esta manera sí se benefician directamente de los ahorros foráneos. Pero como dije antes, este tipo de negocios susceptibles de tal financiamiento es limitado y calificado.

Otra clasificación de la inversión (ahorro) relevante para los objetivos de este trabajo, es la que se refiere al carácter privado o público de la misma.

(4) Carlos M. Castillo, *Growth and Integration in Central America*, Praeger Special Studies, New York - London, 1966, págs. 163 y ss. Traducción hecha por el autor de este trabajo. El subrayado es nuestro.

Desde el punto de vista de la inversión particular, las posibilidades de captación de los ahorros generados localmente por parte de los empresarios particulares a efecto de cristalizar la inversión, como lo afirmé en líneas atrás—, son muy estrechas por cuanto el monto de dichos ahorros es pequeño además de que el pequeño o mediano ahorrante no está debidamente impregnado y convencido de los beneficios de una conducta ahorrativa y de inversión.

A pesar de tales limitaciones, los negocios privados han podido desarrollarse aquí y en otros países, basándose para ello en unos pocos instrumentos de captación de ahorros del sector privado, que en una u otra forma han operado como los únicos medios de producir más riqueza por parte de este sector de la economía.

En el caso de la inversión pública, si se le estudia —como lo dije—, por sus efectos inmediatos en la economía general del país, veremos que, el panorama es bastante diferente. En efecto, al menos en Costa Rica—, las relaciones entre los posibles inversionistas y los efectos inmediatos de dichos ahorros tiene caracteres especiales por cuanto la toma de la decisión del ahorrante de invertir, es transferida al ente público o gubernamental, que es el que decide qué, cuánto y cómo invertir. Débese a esto la compulsoriedad de los tributos, que permite a la larga la obtención de cantidades de ahorro sustanciales que en otra forma, sería dudoso lograr. No incluyo aquí la colocación de títulos u obligaciones en serie que el sector público puede inyectar en la masa de ahorrantes, que sin lugar a duda no obedecen a una obligatoriedad sino que simplemente incitan a tales individuos a tomar o no su decisión.

Este es el caso de los bonos de gobierno o bonos de las instituciones descentralizadas, que también deben considerarse como una seria competencia del sector privado por cuanto aún con sus fluctuantes depreciaciones, representan fuertes sumas de dinero destinadas al sector público, que por tener el respaldo del Estado (con todas las implicaciones psicológicas que esto conlleva), incitan bastante al ahorrante para invertir su dinero ocioso.

Obsérvese entonces, que la limitación de que yo hablaba en cuanto a las posibilidades que tienen las empresas privadas de captar ahorros locales, no aparecen tan marcadas dentro del sector de la inversión pública, a pesar de que gran parte de ésta y de la privada provienen de los ahorros domésticos o locales.

## 2.—LAS ACCIONES AL PORTADOR COMO UN MEDIO IMPORTANTE DE CANALIZAR EL AHORRO HACIA EL SECTOR DE LA EMPRESA PRIVADA

2.1 Enfocando este tema estrictamente desde el punto de vista de captación de recursos financieros por parte del sector privado, observaremos que, dentro de los medios disponibles para atraer el ahorro local o externo, según sea el caso, las acciones en general, son uno de los más aptos para tal fin. Digo las acciones en general, por cuanto en este punto, tanto las acciones comunes componentes del capital social, como las especiales, preferidas o privilegiadas, también emitidas por la empresa, son vehículos capaces de atraer el ahorro generado por otras personas o entidades.

Dentro de la gama de las acciones comunes, tenemos a las nominativas y las acciones al portador. Veamos primero el caso de las nominativas en forma breve tomando en cuenta la naturaleza de este tema, para luego confrontar su estudio con el de las al portador.

Las acciones nominativas y su relación con la captación de ahorro por parte de los empresarios particulares a pesar de que nos permitiría concluir que sí ofrece una buena posibilidad de atracción, no creo que constituya hoy día un vehículo suficientemente ágil y adaptable de captación.

Lo anterior se debe principalmente a que en el mundo de hoy, la modalidad de la acción nominativa puede tener algún impacto en la atracción de capital pero sólo en cierto tipo de empresas, fundamentalmente en aquellas de tipo familiar o que si bien no implican un lazo de amistad, al menos no requieren la recolección de sumas de dinero importantes.

Tal situación obedece y procede del esquema primario de la configuración del negocio social, en el cual, sus caracteres esenciales son por un lado la llamada "*affectio societatis*" y por otro la **aportación de los socios**. Está en el segundo elemento mencionado, sea las aportaciones sociales, el origen de mi tesis de que en la actualidad, las acciones nominativas, no constituyen un instrumento ágil y eficaz para la atracción del ahorro en general. Y esto porque las aportaciones nominales tuvieron su importancia ( y la tienen hoy según sea el tipo de economía nacional de que se trate), en los

### 3. El Silencio Administrativo y su Régimen.

#### i.—Silencio administrativo y caducidad de la acción contenciosa.<sup>(120)</sup>

La Administración Pública tiene el deber de resolver expresamente, lo que en Costa Rica es, además, una obligación en el sentido auténtico del vocablo, correlativa del derecho de petición del ciudadano. Dice el art. 27 de la Constitución:

Artículo 27 Constitución Política: Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho de obtener pronta respuesta."

Ello significa que toda petición o reclamo dirigido a la Administración por un ciudadano, grupo o entidad colectiva, debe recibir pronta respuesta de aquella, no necesariamente favorable. El contenido de la respuesta dependerá de las circunstancias de hecho y derecho que apoyen la petición y podrá ser, de conformidad con las mismas, tanto positiva si aquellas circunstancias crean efectivamente en el ciudadano el derecho subjetivo que reclama, como negativa, si lo contrario. Pero sea cual fuere el contenido de la respuesta, ésta tiene que darse y en un plazo razonable que permita calificarla como pronta y no como retrasada. Lo contrario es una violación cierta de una garantía constitucional, que como cualquier otra violación de un derecho subjetivo acarrea eventualmente responsabilidad de la Administración y amerita protección por la vía del amparo.<sup>(121)</sup>

(120) Para una literatura sobre el silencio administrativo particularmente útil en relación con nuestro sistema tenemos que referirnos a la española; véase especialmente: Garrido Falla, La llamada Doctrina del Silencio Administrativo, Rev. de Ad. Púb. N° 46; García de Enterría, Sobre el Silencio Administrativo y Recurso Contencioso, N° 47 ibidem; Martín Mateo, Silencio Positivo y Autoridad Autorizante, N° 48 ibidem; Fernández Rodríguez, Silencio Negativo, Actos Firmes y Actos Confirmatorios, N° 53 ibidem; Nieto, La Inactividad de la Administración y el Recurso Contencioso Administrativo N° 37, ibidem; Bolea Foradada, El Retraso de la Administración y El Silencio Administrativo, N° 51 ibidem. En la literatura italiana pueden consultarse con gran provecho la fundamental obra de Ledda, II Provvedimento di Rifiutto; y, además, Renato Alessi, Rilievi in Ordine Alle Impugnative del Comportamento Omissivo dell'Amministrazione Pubblica, Riv. Trim. Dir. Pub. 1964; y Francesco La Valle, Profili Giuridici dell' Inerzia Amministrativa, Riv. Trim. Diritto Pubb., 1962.

(121) La Garantía del Amparo (recurso de amparo) no es en Costa Rica lo mismo que en México, donde está llamada a la triple función de ser control de legalidad, control de constitucionalidad y tutela de los derechos humanos frente a la actividad del Estado y de otros entes públicos. Su función única en Costa Rica, a la inversa, es proteger contra flagrantes arbitrariedades y vías de hecho administrativas los derechos constitucionales, que por jurisprudencia constitucional son todos los que derivan de la Constitución y no únicamente las libertades públicas, en beneficio de toda clase de personas, incluyendo las públicas. El texto constitucional es el Art. 48, 'in fine', que dice: "Para

Es posible, además, que razones de forma propias de la vía administrativa —como de cualquier otro procedimiento— impidan a la Administración entrar al fondo del asunto. El derecho de petición puede formularse, desde este punto de vista, como el derecho del ciudadano a una pronta respuesta por el Estado sobre el fondo de sus peticiones, reclamos o instancias, salvo que lo impidan defectos formales de la vía correspondiente, en cuyo caso la respuesta deberá darse también y prontamente sobre la existencia de los mismos. Luego, la Administración puede abstenerse de resolver sobre el fondo, sea guardando total silencio y violando el derecho de petición, sea pronunciándose sobre los obstáculos de forma de la vía administrativa iniciada con la instancia del particular, en cuyo caso la violación sólo se dará si tales impedimentos formales no existen y su invocación es una técnica dilatoria en perjuicio del petente. Todo lo que sea abstenerse de resolver sobre el fondo, en forma pronta y razonada, sin motivo que lo justifique, es violar aquel sagrado derecho constitucional.

La L.J.C. ha venido a complementar esa obligación —estrictamente correlacionada con un derecho subjetivo a la respuesta en quien dedujo la petición— con otro deber, en el sentido técnico antes explicado, (de vínculo que hace necesaria una conducta fuera de toda relación con otro sujeto o con su interés individual, indeterminada en cuanto a su contenido en la disposición legal que lo crea, pero determinada en relación con cada caso concreto de aplicación de la ley que haga necesario el cumplimiento del deber).

mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución a toda persona le asiste, además, el recurso de amparo, del que conocerán los tribunales que fije la ley". Nuestro amparo sólo sirve para enervar la arbitrariedad administrativa; para lograr la reparación de los daños y perjuicios causados por la misma es necesario acudir a la vía contenciosa independiente de plena jurisdicción. La sentencia estimatoria es de condena, a no hacer o a abstenerse de ejecutar el acto, lo mismo que a hacer o dictar los necesarios para el retorno real a la vigencia de la libertad o derecho constitucional violados. La sentencia contiene apercibimiento de sanción penal si hay desobediencia a la autoridad, pena que es la prevista por el Art. 305 del Código Penal. La sentencia no anula el acto, sino que implica la orden judicial dirigida a la Administración demandada de anularlo, cuando así sea necesario para la imperativa restitución al estado original de cosas. Si la anulación no es necesaria al efecto, es omisible. La jurisdicción de amparo está en Costa Rica en manos de jueces penales, que pueden, en proceso penal ordinario independiente, sancionar el desacato a la sentencia. Se trata de un evidente error, pues dicha jurisdicción debería ser o especializada (lo que es impráctico por el reducido número de casos), o incluida en la contencioso-administrativa.

El derecho subjetivo constitucional excluido del texto del artículo es únicamente el de libre circulación en el territorio nacional, consagrado por los Arts. 22 y 37, cuya protección específica está en el Art. 48 'ab initio', que crea la garantía procesal del 'habeas corpus', de estructura y función históricas de sobra conocidas en el derecho comparado y reafirmadas en Costa Rica.

Así, el deber de resolver expresamente nace en función de la buena marcha de la Administración y para garantizar que los negocios de ésta serán objeto de estudio y decisión por sus servidores, en vez de preteridos o ignorados con olvido de su intrínseca importancia; pero, en abstracto, es imposible determinar cuáles resoluciones habrá que dictar y en cuáles casos habrá que hacerlo. Ello quedará concretado cuando surjan los hechos o peticiones que obliguen a dictar la decisión expresa, de contenido desconocido e indeterminado en la ley, que se particulariza con vista de cada petición o reclamo.

La L.J.C. consagra este deber —abstracto y sin un derecho subjetivo correlativo a la respuesta— en términos muy similares a como lo hace la ley española, matriz de la nuestra, pero al copiar ésta introduce un agregado que es no sólo la creación de un privilegio más de la Administración sino de uno de los más inmorales e injustos de que ésta goza en Costa Rica.

En efecto: el artículo 38.2 de la L.J.C. de España se limita a imponerle un deber a la Administración, cuando dice:

“Artículo 38.2: En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa, debidamente fundada”.

El artículo 19.2 de la nuestra agrega algo decisivo y queda redactado así:

“En todo caso, la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa debidamente fundada, dentro del plazo de un año señalado en el párrafo 2 del artículo 37.”

El párrafo 2 del artículo 37 dispone:

Artículo 37.2: El plazo para interponer el juicio será de dos meses, que se contará: 1) ...

2) En los supuestos de actos presuntos por silencio administrativo, el plazo será de un año desde el día siguiente a aquel en que se entienda desestimada la petición, salvo si con posterioridad —dentro de dicho plazo de un año— recayere acuerdo expreso, en cuyo caso será el indicado en el párrafo anterior”.

Esta solución legislativa no sólo borra de la ley el deber de resolver expresamente después del año sino que mata la potestad del órgano para hacerlo, puesto que el plazo aparece como máximo

y, en tanto que tal, de caducidad de la competencia en uso de la cual la Administración puede resolver.

Una vez transcurrido el año de que habla el artículo 37.2, la Administración no sólo no tiene ningún deber de resolver expresamente sino que tampoco tiene la facultad, pues aunque quisiera le estaría prohibido hacerlo y si lo hiciera la nueva resolución sería ineficaz para revivir la acción y sus plazos.<sup>(122)</sup>

No sólo eso: la jurisprudencia ha formulado ya la “filosofía” de tal disposición, cuando ha dicho que se trata de una válvula de seguridad de la Administración, para no mantener indefinidamente abiertas en su contra los plazos de impugnación de las resoluciones o actos administrativos, razón por la cual la resolución tardía dictada después del año carece de valor para revivir una acción ya caduca y habilitar una vía contenciosa definitiva e irreversiblemente clausurada al administrado.<sup>(123)</sup>

Bien lo ha dicho Fernández Rodríguez:

“Si sobre esta falta de resolución expresa, sólo imputable a la Administración, el representante de ésta pretende apoyar la declaración de inadmisibilidad del recurso interpuesto por el intere-

(122) Ver casaciones número 86 de las 16 horas del 27 de setiembre de 1967 y número 116 de las 15 horas del 17 de noviembre de 1967. La injusticia de tal solución está a la vista y su disposición es tan tajante en contra del administrado que, para evitarlo y salvar casos injustamente perdidos por su aplicación, nuestros Tribunales han tenido que recurrir a soluciones igualmente criticables, consistentes por ejemplo: en sostener que la caducidad de que hablamos no rige para el Tribunal Fiscal Administrativo y sus resoluciones, porque de la lectura de las normas que regulan su organización y sus decisiones se desprende claramente que se trata de una especie de tribunal administrativo, cuyas decisiones tienen que ser expresas —como las de los jueces ordinarios— y respecto del cual no juegan las normas que crean el rechazo presunto de pretensiones por silencio administrativo, que rige en el resto de la Administración. El artilugio no sólo es totalmente infundado, porque el deber de resolver expresamente pesa también sobre el resto de la administración, literalmente impuesto por el artículo 19.2 de la L.J.C., sino, además, gravemente perjudicial, porque priva al ciudadano del beneficio que la regla del rechazo por silencio significa como medio de acceso al contencioso administrativo, ante la inercia de la Administración que nada hace para resolver expresamente. Y como resultado de tal línea de decisión el ciudadano queda expuesto a esperar indefinidamente la resolución del Tribunal Fiscal Administrativo, sin el recurso facultativo que en otras áreas tiene de dar por agotada la vía dos meses después de haberla iniciado sin recibir notificación de la correspondiente resolución.

(123) Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, sentencia de 16 horas del 8 de junio de 1967:

“Si transcurrido el plazo para la interposición de la acción contencioso administrativa el órgano dictó resolución rechazando el reclamo en la vía administrativa y declarando agotada esa vía ello no significa renuncia de la caducidad que ya estaba cumplida, pues ésta, por su naturaleza jurídica, no es susceptible de renuncia, como sucede con la prescripción consumada, ya que de admitirse aquella posibilidad se abriría las puertas a probables colusiones para reabrir el término de presentación de la acción contencioso administrativa, fuera de que al Estado no le es dable legalmente hacer renunciar de esta especie”.

sado resultaría que de prosperar la excepción alegada la Administración obtendría en beneficio de su propia torpeza un resultado injustificable que supone una infracción flagrante del principio "allegans propriam turpitudine non auditur". ... "Esta regla impide en su significado más primario que una persona trate de obtener un resultado favorable para ella con fundamento en un acto o en una situación irregular, cuando de esta irregularidad o de esta ilegalidad es culpable el mismo que trata de obtener el beneficio" (Silencio Negativo, Actos Firmes y Actos Confirmatorios, Revista de Administración Pública Número 53, página 300.)

ii.—El silencio negativo: un hecho jurídico procesal y una eventual forma de incumplimiento de deberes y obligaciones.

El silencio es la nada y como tal, nada puede producir ni expresar, a no ser que la ley le otorgue valor. El rechazo de la pretensión del administrado por silencio de la Administración sólo puede tener tal valor porque se lo da el artículo 19.1 de la L.J.C. y en la medida en que se lo da. Y ese valor lo tiene exclusivamente para hacer posible que el administrado pueda, si quiere y a título enteramente facultativo, dar por agotada la vía administrativa y entablar la acción contenciosa, dos meses después de planteada su petición a la Administración sin respuesta alguna. Se trata de un hecho jurídico, con la única consecuencia procesal de habilitar la vía contenciosa en el interés del administrado, que bien puede, si no quiere aprovechar esa favorable consecuencia, esperar la resolución expresa, como literalmente lo dice el artículo 19.1:

"El interesado podrá considerar desestimada su instancia, al efecto de formular, frente a esta denegación presunta, el correspondiente reclamo administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición."

En consecuencia: la ley no dice, por ningún lado, que la denegación presunta sea un acto equiparable al rechazo expreso, sino que lo será única y exclusivamente para efectos de dar por agotada la vía previa y entablar la acción contenciosa. Esa denegación por silencio no puede tener ningún otro efecto, puesto que la ley, que es la única que puede conferirle eficacia adicional al silencio, no se lo ha dado y al no dárselo se lo ha negado.

El silencio, como omisión total de una conducta debida o esperada, no es siquiera comportamiento, que es lo que podría ser si

—como vimos— tampoco es acto. Ni la ley podría dar a la ausencia de conducta la consistencia de ésta, dado que ello depende de la realidad antropológica y no del derecho. Pero la ley puede darle a la omisión los efectos de la acción, sin pretender en absoluto crear ésta de la nada. Crear actos o actividades sin conducta humana está fuera del alcance del derecho, pero otorgar efecto jurídico a las omisiones o al silencio es algo que cae dentro de su ámbito, pues el derecho no es otra cosa —en gran porción de su contenido— que una regulación autónoma e independiente de las leyes naturales sobre la creación de efectos jurídicos, a partir de los más dispares objetos o eventos. Desde este punto de vista es claro que el silencio no es acto ni comportamiento jurídico sino una ausencia de los mismos— ausencia que es pensable y que tiene realidad sólo en el pensamiento, como ente de mera razón, que decían los escolásticos— que más bien puede calificarse pura y simplemente como hecho jurídico, igual en naturaleza a los otros —como las cualidades de las cosas —que nada tienen que ver con la conducta humana, pero que, ello no obstante, son igualmente productoras de consecuencias de derecho.

El derecho puede otorgar al silencio el valor que quiera en cuanto a sus efectos e incluso, como es bien sabido, el de acogimiento de la instancia dirigida a la Administración. Es el llamado silencio positivo, corriente en las relaciones de tutela administrativa, donde es frecuente que una aprobación, visto o autorización se tengan por dados pasado un plazo de espera dentro del cual tiene que vetar o aceptar el órgano contralor. Pero el silencio positivo es totalmente diverso del rechazo presunto por silencio (o silencio negativo), en cuanto a sus efectos y función. Pues siempre que se da silencio positivo la ley entiende efectivamente equiparar el silencio al acto positivo, en lo relativo a sus efectos jurídicos, que son los mismos en ambos casos. En consecuencia, el silencio positivo modifica e innova el ordenamiento, con igual efecto constitutivo que el acto expreso equivalente. El silencio positivo puede reputarse como acto expreso, para todo efecto, y sobre el mismo puede aplicarse las normas que regulan los actos, con las mismas consecuencias (estabilidad, invalidez, impugnación, etc.).

El silencio negativo, en cambio, tiene en la L.J.C. sólo un efecto: abrir la posibilidad de impugnar el acto en la vía contenciosa, ninguno otro, y es, por tanto, un evento puramente procesal

o preparatorio del proceso, que carece de valor sustantivo como verdadero acto administrativo negativo, cuyo régimen y demás notas jurídicas le son enteramente extraños. Desde el punto de vista de la L.J.C. se trata de un hecho —como se dijo— y no de un acto jurídico, cuyos efectos derivan de la ley y no de la voluntad de la Administración, lo que es evidente si su existencia nace, justamente, de la renuencia de la Administración a resolver en forma expresa.

El silencio negativo puede producir otro efecto, pero de nuevo como hecho jurídico y no como acto administrativo. Ese silencio es, además y necesariamente, un acto ilícito, que viola el deber y la obligación administrativos —correlato esta última del derecho constitucional de petición— de resolver expresamente. El administrado puede fundar un reclamo de responsabilidad contra la Administración por el retraso indebido en resolver expresamente, si el mismo le ha parado perjuicio, con entera independencia de si el acto pedido era o no discrecional y de si tenía derecho o no a una resolución favorable. Si la incertidumbre creada por el retraso injustificado produce por sí misma rompimiento de un negocio, la disminución de clientela, la pérdida de otro derecho condicionado a la decisión en cualquier sentido de la petición planteada, el administrado tendrá ahí una causa autónoma de daño y podrá reclamar la reparación, en forma también autónoma respecto de cualquier otra causa de pedir.

Y si el silencio no es un acto no podrá sujetarse al régimen de tal en ningún aspecto ni adquirir las cualidades del acto administrativo común: no podrá llegar a ser firme, ni consentido, ni confirmatorio, ni reproductor, ni fundar ni desmejorar otras resoluciones o situaciones jurídicas, fuera de la estrictamente procesal de habilitar la vía contenciosa, agotando la administrativa.

Es por esta carencia total de efecto jurídico como acto negativo, que la doctrina esta acorde en que el juicio anulatorio de ese rechazo presunto sólo puede ser declaratorio y equivale a lo mismo que a sentar la existencia de la obligación o deber de la Ad. de proveer expresamente en un determinado sentido, que fue violado, por el silencio, sin que la sentencia pueda tener el menor valor modificativo de la realidad en contra de la Ad., si, además de esa platónica declaración, no se da simultáneamente a ésta, la orden de realizar el acto o de prestar el servicio omitidos, y, subsidiariamente, la sustitución de la Ad. por el Juez en la conducta

debida. La anulación de la nada, efectivamente, nada puede producir, a no ser que —como se apuntó— se complemente esa pretendida anulación con un mandato o una sustitución de conducta. Hecho procesal, no acto sustantivo, eso es el silencio presunto de nuestra L.J.C. y como tal —no como acto— debe considerarse.

iii.—El silencio y los expedientes sujetos a trámite.

Si un acto definitivo es discrecional, ello basta para hacer imposible que el Juez pueda ordenarlo o sustituirse a la Administración para dictarlo, salvo que tenga jurisdicción de mérito (como ocurre con el Consejo de Estado de Italia, dentro del juicio de “ottemperanza”). Pero si el acto pedido es totalmente reglado y debido, el silencio administrativo implica una violación del derecho subjetivo, ya no a una respuesta cualquiera, sino a la decisión favorable, que es objeto de ese derecho. En tal hipótesis y en sistemas diversos al francés (donde el silencio administrativo equivale a la muerte del derecho, porque no hay jurisdicción de condena ni sustitutiva frente a la Administración, ni aún en ejecución de sentencia) la inercia de la Administración puede dar origen a un juicio en que, aparte de la responsabilidad, la Administración resulte condenada a otorgar el acto pedido y, eventualmente, sustituida por el Juez en ejecución de sentencia, como lo creemos posible en Costa Rica (respecto de actos totalmente reglados).

Pero he aquí que topamos nuevamente con los privilegios de la Administración sutilmente conectados a su posición de demandada en todo proceso contencioso, pues la Administración suele jugar con el silencio a sabiendas del grave aprieto en que coloca al administrado y su interés por el simple retraso en decidir. En efecto: la omisión contenida en el silencio y la inercia pueden ser tanto del acto final como de un acto inicial o intermedio de trámite. El trámite preparatorio es necesario para dictar el acto no sólo legalmente (lo que es obvio en nuestra hipótesis) sino técnicamente, por la complejidad del asunto y por la experiencia administrativa que su decisión requiere. Es posible, incluso, que los plazos de ese trámite, aún diligentemente aprovechados, sumen más de los dos meses, lo que es más claro todavía cuando están legalmente fijados y el resultado lleva al mismo desfase por exceso sobre el plazo legal productor del rechazo presunto.

Son muchas las interrogantes que surgen y la solución de la mayoría —práctica, sino teóricamente— siempre favorable a la Administración. Esta, al abstenerse, obliga al administrado a tener por rechazada su petición y a impugnar un rechazo absolutamente misterioso por inmotivado, que, por otra parte, puede resultar eventualmente fundado y legal como resultado de la investigación y de los estudios que la Administración debió y no ha querido iniciar. La incertidumbre del Juez no será menor que la del administrado. El Juez podrá difícilmente fallar un asunto dentro de una jurisdicción revisora montada sobre y contra actos administrativos supuestamente bien tramitados, cuando no existen ni el acto ni el expediente y cuando, además, este último es totalmente necesario por la complejidad técnica de la materia, complejidad que, por otra parte, convertirá al Juez en un improvisador peligroso si trata de sustituir a la Administración en la valoración de los diversos elementos de juicio, típicamente administrativa. Es casi seguro que el Juez, dentro de ese marco, se abstendrá de fallar sobre el fondo y enviará al actor victorioso, de pírrica victoria, ante la misma Administración para que ésta resuelva, limitándose a ordenarle que inicie inmediatamente el expediente y decida a la mayor prevedad. Mandato vano del Juez, si la Administración, sabedora de la situación de ignorancia y precariedad de juicio que padece el Juez, decide no obedecer y prolongar abierta o veladamente el silencio. En cuyo caso el único remedio para el administrado y sus quejas sería hacer otro juicio de responsabilidad contra la Administración, y eventualmente penal contra el funcionario culpable, quien llegada la hora de nuevas órdenes judiciales, podría ser libre y maliciosamente sustituido por otro, con la orden ya dada de no ejecutar el fallo. Y no faltará algún Juez que —con la típica y universal benignidad judicial para con la Administración— sostenga que abstenerse de fallar, cuando el Juez debía y tenía que hacerlo, es legal y correcto, dado que por ese su carácter revisor, la jurisdicción contenciosa le impide entrar a resolver extremos que la Administración no ha resuelto, aunque le hayan sido pedidos a ésta y aunque el no haberlo decidido sea exclusiva y maliciosa culpa de la Administración. La tendencia de los tribunales en España, con ley igual a la nuestra (que viene de ella), ha sido la de no fallar, enviar al actor ante la Administración para que ésta resuelva el fondo del asunto y obligarlo a entablar posteriormente otro proceso, si el acto final de fondo también resulta

contrario a sus intereses; solución ampliamente criticada por la doctrina de allá y con toda razón, dado que sólo conduce a multiplicar los juicios y los gastos del administrado por la exclusiva culpa o dolo de la Administración, que adrede juega en su contra con el silencio o con las resoluciones de evasiva, que, sobre la base de argumentos de forma, escamotean la decisión de fondo.

La solución doctrinal dada en España al arduo problema planteado —del fallo sobre actos denegatorios presuntos (por silencio de la Administración) o sobre actos que no entran al fondo del expediente, por razones de forma invocadas en la vía administrativa —es matizada y nada satisfactoria.<sup>(124)</sup>

En primer lugar, se da el inevitable y correcto, pero desalentador, reconocimiento de que no habrá solución jurisdiccional posible cuando el acto denegado (expresa o presuntamente) sea discrecional y la jurisdicción sea —como en España y Costa Rica— de pura legalidad y no de mérito, pues entonces la sentencia —aún favorable y anulatoria— equivaldrá a una pírrica declaración de la infracción por la Administración del deber de resolver, sin que el Juez pueda hacerlo en lugar de ésta ni, al menos, ordenarle el dictar un acto de contenido determinado. Problema éste, respecto de la discrecionalidad administrativa, que no tiene otra solución que la arbitrada en Italia con el juicio de “ottemperanza”, jurisdicción de mérito que recae sobre la oportunidad de ejecutar o no el fallo y, caso afirmativo, cómo, con posibilidades para el Juez de levantar el expediente sustitutivo del de la Administración y, ante la omisión de ésta en resolver, de sustituirse a ella, dictando en su lugar el acto discrecional que la circunstancia amerite.

El problema se plantea, además, en relación con los actos totalmente reglados, debidos por la Administración frente a un particular que normalmente tiene un derecho subjetivo correlato de ese deber, que es más bien una obligación. Y aquí tampoco la solución propuesta parece conveniente ni satisfactoria, por mucho que parezca razonable y lógica: el Juez podrá y deberá fallar no sólo sobre los aspectos de forma que supuestamente han impedido a la Administración entrar al fondo del asunto, sino que deberá fallar sobre éste, pero a condición de que el pronunciamiento de admisión de la Administración se haya dado al final del procedimiento admi-

(124) Manuel Clavero Arévalo, El Carácter Revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y las Sentencias Anulatorias de Actos en los que la Administración no entró en el Fondo del Asunto, Rev. de Ad. Púb. N° 42, páginas 217 y siguientes.

nistrativo debidamente tramitado, con aporte de toda la prueba necesaria para resolver, y no al principio y de entrada, cuando ese material de juicio para la Administración no existía todavía ni, por tanto, puede estar actualmente disponible para el Juez. En esta hipótesis —la doctrina española parece sugerir— es procedente la recomendación de que el asunto sea devuelto a la Administración, para que ésta instruya —como tenía que hacerlo— y resuelva, con la posibilidad de un nuevo juicio para el administrado, si la Administración se mantiene en su inercia o resuelve contra su interés. Discrepamos de tal solución que, sin embargo, es más liberal que la de la jurisprudencia española, desfavorable a un pronunciamiento del Juez sobre el fondo cuando no haya otro de la Administración, con estímulo para la inercia administrativa en su forma más dolosa, articulada hacia el fin de provocar una cadena de juicios escalonados del administrado, sólo en conjunto efectivos para depararle justicia, que así resulta no sólo costosa sino lenta e incumplida. La solución para evitarlo es justamente la contraria: cuando hay silencio o evasiva de la Administración para no resolver el fondo del asunto el administrado debe poder demandar y obtener no solamente que se declare la infracción del deber de resolver en forma expresa y se anule el eventual rechazo por razones de mera forma, sino que se declare también el deber de resolver sobre el fondo en el sentido conveniente al interés del actor, para que, en ejecución de sentencia, el Juez dicte el acto reglado y debido, subsidiariamente y si no lo hace la Administración. Lo contrario sería obligar al administrado a hacer un juicio para lograr un mandato sobre la Administración de iniciar o fallar el expediente administrativo, y eventualmente otro u otros, para que ésta última inicie cada una de las etapas del mismo, en las que ella se detiene adrede, antes de lograr un primer fallo judicial sobre el fondo del negocio.

No tenemos ni hemos encontrado respuesta para la hipótesis de procedimientos con plazos legales (o razonables) de trámite mayores que los dos meses constitutivos del silencio negativo. Es nuestra opinión que la inercia continúa por dos meses de inactividad de la Administración, en tales casos, equivale a renuncia por ella del resto de los plazos y hace aplicables en su contra las soluciones anteriormente propuestas, para las hipótesis en que aquella habilidosamente rehuye decidir el fondo, invocando falsas razones de forma.

Privilegios y principios de legalidad.



Los privilegios son, tal y como han quedado definidos, formas de desigualdad a favor de la Ad. Pub. y contra el ciudadano, con efecto inmediato sobre éste, a quien exponen a una intervención administrativa agravada (por la disponibilidad de medios de decisión y coerción más efectivos) o a un debilitamiento, cuando no supresión, de sus derechos subjetivos o de sus medios jurídicos de ataque y defensa frente la Ad Pub. Cuando se examinan, su perfil más notorio es justamente el que presentan como situaciones jurídicas subjetivas y objetivas, que afectan directamente el régimen de existencia y de ejercicio de los poderes y deberes del individuo ante la Ad.

Desde este ángulo se ve claramente que se trata de incidencias sobre la libertad, la propiedad, las garantías constitucionales y las demás situaciones jurídicas del ciudadano, cuyo régimen debe estar reservado a la ley y a fuentes secundarias con limitada delegación o autorización de ésta (donde tal limitada delegación sea posible).

Las situaciones objetivas tendrán que estar expresamente legisladas para ser tales, puesto que no representan otra cosa que ese régimen aplicado a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. En la medida en que ese régimen sea inexistente, lo serán también las ventajas que depara y de ellas no podrá prevalecerse la Administración.

En cuanto a los privilegios que son potestades de imperio, como el de la ejecutoriedad y, en general, todos aquellos que son situaciones jurídicas activas, no accesorias de relaciones administrativas especiales (como las contractuales de la Administración), regiría el principio de legalidad expresa, que exige la ley de base para la existencia de cualquier potestad pública y tal requisito sólo podría excusarse en los términos comunes de las excepciones a la legalidad escrita, en las cuales el principio opera pero sobre reglas no escritas, como los principios generales de derecho, la jurisprudencia, la costumbre, etc. Una de esas excepciones es justamente la supremacía especial, entendida como la superioridad de la Administración frente a otros sujetos, que, con motivo de otra relación principal, están en contacto físico y jurídico permanente o de largo plazo con el aparato administrativo.

Pero ocurre igualmente con los privilegios que son, a la inversa, liberación de sujeciones o imposición de cargas, pues siempre, para que lo sean, ese efecto habrá de producirse frente al ciudadano como sujeto pasivo y receptor de las limitaciones que impone: liberación de sujeciones, pero en favor de la Administración; imposición de cargas, pero sobre el particular. Lo que permite reiterar que cualquier forma de privilegio de la Administración, sea cual sea su incidencia sobre la situación jurídica del ciudadano como sujeto pasivo del mismo, exige previsión legal expresa, sin la cual debe reputarse inexistente y nulos los actos que la Administración realice invocándolo.

Esto es lógico por la misma razón que justifica el principio de legalidad, que es la ubicación de la libertad como valor supremo de un sistema humanista, en el que el derecho administrativo ha crecido no para habilitar a la Administración, sino para habilitarla limitándola, en beneficio del ciudadano. La libertad es la regla y la intervención, o el tratado discriminatorio a favor de la autoridad, la excepción. Lo que naturalmente no conlleva sostener, como se ha hecho, que los privilegios sean excepcionales en el derecho público. Si se trata de medios necesarios para el ejercicio de las potestades de imperio de la Administración, instrumento único para alcanzar sus fines en circunstancias definidas por la ley (que impone actuar autoritariamente) o por los hechos (cuando queda mejor servido el interés público con el imperio que con el contrato), se trata de medios o modos normales para la Administración de gestionar sus cometidos. No hay carácter excepcional en el privilegio con relación al derecho administrativo ni público en general, porque en relación con el derecho administrativo el privilegio de la Administración es absolutamente debido y normal con relación al derecho privado. Y dado que aquel es el derecho común de la Administración y que el derecho privado sólo puede regir si está modificado por el contacto con ella, cuando es llamado supletoriamente para llenar la ausencia total de reglas específicas aplicables, es bien claro que la norma que consagra el privilegio no puede reputarse excepcional ni de interpretación restrictiva, como suele decir alguna parte de la doctrina. Es regla consustancial con el derecho administrativo, que es un derecho transpersonal y de desigualdad frente al ciudadano.

Es evidente, sin embargo, que ese carácter normal del privilegio y de la norma que lo habilita o crea, no impide que rijan a su

respecto todas las reglas del derecho administrativo, una entre las cuales es, como se apuntó, la estricta legalidad de las posiciones subjetivas de la Administración, desfavorables al particular, como garantía de la libertad y de la propiedad. Sin ley de base no habrá privilegio y ese solo principio bastará para coartar la creación del mismo por vía analógica o a lo largo de un pretendido derecho institucional, impuesto por la realidad autoritaria de la Administración y de su funcionamiento diario.

La realidad institucional parte de la histórica o política, pero para arribar al derecho que se impone a ella, seleccionando y consagrando sus diversos aspectos en función de valores. Quiere decirse que si el valor supremo del derecho administrativo es la persona y su dignidad, el sentido institucional de éste y del derecho de los privilegios es primariamente la defensa de esa dignidad conciliada con la autoridad, nunca su erradicación por la supresión de las garantías y defensas del individuo, entre ellas como principal la legalidad de la acción administrativa.

Desde este ángulo los privilegios son —como las potestades públicas— entidades peligrosas aunque absolutamente normales dentro del derecho administrativo, y como tales existirán únicamente ahí donde estén autorizadas, en la medida en que lo estén. La interpretación extensiva que desarrolla el contenido del texto escrito es posible, pero sólo dudosamente la analógica, que habría que evitar, salvo inminente peligro para un valor colectivo titulado por la Administración, que no pueda salvarse sin utilizarla.

Todo lo anterior queda firmemente enraizado en nuestro derecho público, después de observar —como lo hemos hecho— el progresivo afianzamiento del Poder Judicial en Costa Rica, conjuntamente con la desconfianza institucionalizada en contra del Poder Ejecutivo, el más poderoso de los nuestros, precisamente en razón de su supremacía histórica y política.

En un sistema así, la legalidad ha de exigirse estrictamente frente a los privilegios de la Administración, sean éstos cuales fueren y del rango que fueren.

## LA NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA \*

Dr. FERNANDO MORA ROJAS

### INTRODUCCION

La nominatividad obligatoria es un tema de gran actualidad y siempre candente. Confluyen en ella grandes problemas ideológicos, políticos y económicos.

En nuestro medio no puede dejar de suscitar polémica desde que en la Asamblea Legislativa se encuentra un Proyecto de Ley para crearla.

Frente a ella surgen grandes interrogantes. ¿Es beneficiosa desde el punto de vista de que el Estado, que frente a la "impersonalización del capital ha acelerado a pasos agigantados el proceso de su intervención en el funcionamiento de las sociedades anónimas, considerándolas como instrumentos colaboradores de las economías nacionales, y a sus directores como meros fiduciarios de la comunidad de partícipes",<sup>(1)</sup> puede efectivamente desarrollar esa labor, y sólo puede desarrollarla bajo ese supuesto, como se demostrará, en este desarrollo? ¿O más bien es nociva, por cuanto aleja la inversión extranjera, aparentemente al menos tan necesaria, según algunos, para el desarrollo económico de nuestros países? He ahí otra interrogante.<sup>(2)</sup>

"La anónima es —dice Rodríguez—,<sup>(3)</sup> quizás la más compleja de las formas de sociedades mercantiles, donde se encuentra

\* El siguiente texto constituye la relación que el Dr. Fernando Mora presentó al Segundo Congreso Jurídico Nacional, organizado por el Colegio de Abogados en el año de 1973.

(1) R. Gay de Montellá, *La vida económica y financiera de las sociedades anónimas*, Bosch, Barcelona, 1944, 20. Por otra parte esa es la tesis del Derecho Angloamericano, que considera a los administradores como meros "TRUSTEES" o fiduciarios.

(2) En todo caso la inversión extranjera puede que sea necesaria pero debe ser orientada, controlada, planificada, como lo debe ser la inversión interna.

(3) Miguel Angel Rodríguez, *El síndico de la sociedad anónima*, Ed. Cangallo, Buenos Aires, 1971, 28 y ss.

el mayor número de intereses opuestos, cuya reglamentación moderadora es sumamente difícil. Intervienen motivos económicos, jurídicos, fiscales y sociales. Existe un motivo económico cuando observamos la sociedad como arma de penetración y dominación económica de mercados. La concentración de este poder repercute en el plano político nacional derivando lo político a lo económico y viceversa”.

Por ello —sigue diciendo Rodríguez—, “la legislación mundial ha dejado de considerar esta figura económica jurídica con una gran libertad de movimiento o voluntad e iniciativa privada. Somos testigos de un momento en que debemos restarle importancia a la sociedad anónima como elemento de significación privada para atribuirle su justa medida como elemento u órgano de las economías nacionales, frente a los centros económicos y financieros”. Es decir, la función de la anónima en la economía nacional es tal —y cada día lo será mayor— que el Estado debe necesariamente, controlarla dentro de la medida de lo aceptable en un régimen de libre empresa.

Pero es evidente que ningún control es posible, como lo veremos, mientras subsista la acción al portador.

Las legislaciones han comprendido muy bien esa situación y la tendencia, como lo sostiene Solá Cañizares,<sup>(4)</sup> en el Derecho Comparado, es suprimir las acciones al portador. La misma opinión de Solá Cañizares es sostenida por Jesús Rubio,<sup>(4 bis)</sup> para quien existe un movimiento general hacia la nominatividad obligatoria de las acciones. Es una reacción de los últimos cuarenta años decía Rubio en 1967: “es la reacción frente al capitalismo individualista anónimo, a la aspiración a la irresponsabilidad propia de la mentalidad económica y jurídica de los siglos XIX y XX, que subraya por ejemplo Ripert en su conocida obra “Aspectos jurídicos del capitalismo moderno”. Es necesario reconocer que se camina hacia la nominatividad obligatoria para todas las acciones, dice Broseta Pont.<sup>(5)</sup>

Y lo curioso es que de tales medidas, como la eliminación de las acciones al portador, quienes más necesitan de ellas son los esta-

(4) *Tratado de Sociedades por acciones en Derecho Comparado*, TEA, Buenos Aires, 1957, III, 155.

(4 bis) *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. Derecho Financiero, Madrid, 1967, 120.

(5) *Manual de Derecho Mercantil*, Tecnos, Madrid, 1971, 195.

dos subdesarrollados si desean llevar a cabo una sana y controlable política de afluencia de capitales extranjeros. Ya en ocasión anterior<sup>(6)</sup> hice resaltar la interesante conclusión de SERICK,<sup>(7)</sup> de que “numerosos Estados, especialmente los países de capital débil que procuran atraerse capitales extranjeros, han adoptado por dicha razón ciertas medidas contra la posibilidad de que pasen a depender del extranjero las personas jurídicas nacionales. Así, se ha dispuesto que los órganos de administración de la sociedad anónima deben estar desempeñados por ciudadanos nacionales con una relación numérica exactamente delimitada. Además, se exige a veces un determinado número de fundadores nacionales, o se prescribe que sólo un determinado porcentaje del capital en acciones puede estar en manos de extranjeros”. Dentro de esas medidas se encuentra la eliminación por una u otra vía, de las acciones al portador o al menos la eliminación del efecto anónimo de las mismas. En algunos casos para obtener el mismo objeto se ha tratado de hacer engorroso o costoso el uso de la acción al portador. En otras, más bien, se ha tratado de hacer más ventajosa la acción nominativa. A veces se eliminan las acciones al portador para ciertas actividades comerciales o industriales.

En tales medidas hay razones de defensa nacional: es sano conocer a quiénes pertenece el capital, (y la dirección efectiva de las sociedades anónimas), a nacionales o a extranjeros.

También hay razones de política económica; la nominatividad de las acciones es el único medio que permite “darle un adecuado tratamiento a peligrosos fenómenos de la concentración de sociedades” y por otra parte sólo ella permite la aplicación de los controles sobre conflicto de intereses, como veremos.

Razones de política legislativa recomiendan también la nominatividad, óptimo medio de protección al poseedor del título contra pérdida o robo. Es bien sabido que la reposición del título al portador es mucho más engorrosa que la del título nominativo.

Y, finalmente, hay razones de orden fiscal. En el desarrollo de este trabajo analizaremos cada una de las razones dichas y otras más.

(6) Ver mi exposición de motivos al Proyecto de Ley, 5550, Asamblea Legislativa, 1973.

(7) *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, Ariel, Barcelona, 1958, 166.

Se suele decir que la nominatividad obligatoria ahuyenta la inversión extranjera. Creo que lo más práctico es analizar, en el capítulo respectivo, "acción al portador y desarrollo", un caso real, a fin de determinar si el inversionista busca realmente el anonimato de la acción al portador. Baste por ahora decir con Rubio, que "Ascarelli vuelve a favor de la nominatividad un argumento que suele esgrimirse en contra: Las inversiones de capitales extranjeros. Su dificultad radica principalmente en el peligro de la doble imposición, la del país de domicilio y funcionamiento de la sociedad y la del país de nacionalidad y residencia del accionista; problema —afirma— más fácil de resolver equitativamente cuando los titulares pueden identificarse a través de las acciones nominativas".

La ofensiva, por todas las razones esbozadas, contra la acción al portador es lenta pero segura y es más antigua de lo que se podría creer. Ya en 1916 César Vivante se convirtió en un defensor de la nominatividad obligatoria, no tanto por razones fiscales sino de funcionamiento interno de la sociedad y por razones de política económica.

Es bien sabido que en los Estados Unidos de Norteamérica está establecida la nominatividad obligatoria y las sociedades están en la obligación de comunicar a quién (a qué nombre) han pagado dividendos. Por otra parte, en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde no hay secreto bancario frente al fisco, los bancos deben comunicar a éste los nombres de clientes por cuya cuenta hayan cobrado dividendos, y el monto de éstos.

En Siria las acciones deben ser siempre nominativas.

En Inglaterra, prácticamente se puede afirmar que no hay acciones al portador. Ciertamente la ley prevé un tipo de acción que podría asimilarse a la acción al portador —SHARE WARRANTS—. Sin embargo, como sostiene Solá Cañizares,<sup>(8)</sup> "esta clase de títulos apenas se usan en Inglaterra y se requiere además una autorización previa administrativa que rara vez se concede."<sup>(9)</sup> Por otra parte, es el sistema que se sigue en la mayor parte de los países del Commonwealth (Miembros o ex miembros).

(8) Citando a GOWER, POLLOCK ON PARTNERSHIP (Stevens), 15ª Ed., 1952, Solá Cañizares, op. cit., II, 36. Sobre la no existencia, prácticamente, de acciones al portador en Inglaterra, léase MIMOLA Antonio, *L'esperanza delle azioni al portatore in Gran Bretagna*, Riv. delle Soc., 1973, 243 y ss.

(9) Op. cit., III, 127.

En Noruega desde 1921<sup>(10)</sup> "las acciones deben ser nominativas pues la ley ha prohibido la acción al portador".

Canadá ha ideado, siempre llevada en parte por las ideas —especialmente las de Derecho Comercial— que veremos, un sistema por el que, si bien se autorizan acciones al portador, a los tenedores de éstas no se les puede elegir administradores.<sup>(11)</sup>

En Chile ya en 1934 la Superintendencia de sociedades anónimas se oponía a las acciones al portador por lo que en la práctica se usaba una nominatividad obligatoria. Posteriormente y con base en la reforma al artículo 451 del Código de Comercio, se establece que las sociedades anónimas sólo pueden emitir acciones nominativas estando, en consecuencia prohibidas las acciones al portador.<sup>(12)</sup> Por otra parte las sociedades deberán mantener en un lugar destinado a la recepción del público, la lista de sus accionistas, con indicación de sus domicilios y número de acciones perteneciente a cada uno de ellos, debidamente actualizada.<sup>(13), (14)</sup>

España es un caso particular. Según el artículo 34 de la Ley de Sociedades Anónimas pueden emitirse acciones nominativas o al portador. Sin embargo la Ley de 19 de setiembre de 1936 mantenida vigente por el decreto de 14 de diciembre de 1951, posterior a la nueva L.S.A. (que es de julio de ese año) hace obligatoria, so pena de nulidad, la intervención de un agente de cambio y bolsa para cualquier transmisión de títulos que se realice. "Sea cual fuere el alcance del Decreto de 1936 —dice Rubio—,<sup>(15)</sup> a los efectos indicados y su futura y definitiva interpretación jurisprudencial, lo cierto es que altera esencialmente el sistema de circulación de las acciones al portador. Se trata de una nueva manifestación de un movimiento general hacia la nominatividad obligatoria de las acciones". Creo que huelga todo ulterior comentario. Por otra parte en España deben tener acciones necesariamente nominativas en la totalidad del capital social los bancos<sup>(16)</sup>; las empresas de productos farma-

(10) Ley de 28 de julio de 1921.

(11) Artículo 35 de la Ley Federal N° 4 de 28 de junio de 1934.

(12) FERNANDEZ VILLAMOR Angel, *La sociedad anónima*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, s.f.e., 68.

(13) Artículo 118 inciso 3º del D. F. L. 251.

(14) Op. cit., 74.

(15) Op. cit., 119-129.

(16) Ley de 31 de diciembre de 1946.

céuticos<sup>(17)</sup>; las empresas cinematográficas<sup>(18)</sup>; las empresas aéreas<sup>(19)</sup>; las empresas navieras<sup>(20)</sup>; las actividades de tabacalera S. A.<sup>(21)</sup>; las empresas periodísticas<sup>(22)</sup>; las empresas de financiación de ventas a plazos de bienes de equipos industriales y agrícolas<sup>(23)</sup>; las sociedades gestoras de fondos de inversión mobiliaria<sup>(24)</sup>; las sociedades de empresas<sup>(25)</sup>; las empresas publicitarias<sup>(26)</sup>.

En Francia las acciones pueden ser nominativas, al portador o al portador depositadas en cuenta corriente de títulos.

“Esta última forma —explica Solá Cañizares—,<sup>(27)</sup> es el resultado de una ofensiva contra las acciones al portador por ley de 28 de febrero de 1941, que sin prohibirlas, exigió que fuesen depositadas en cuenta corriente en una Caja de Depósitos y Giros de Títulos. Las acciones depositadas se convierten en fungibles y la Caja devuelve otras de la misma naturaleza, y no las mismas. A partir del decreto de 4 de agosto de 1949 este sistema continúa, pero con carácter meramente facultativo, y el organismo que ha reemplazado a la antigua caja de Depósitos y giros es la *Société inter professionnelle pour la compensation des valeurs mobilières S.I.C.O.V.A.M.*”. Sin embargo el anonimato de la acción al portador ha desaparecido puesto que al eliminar el depósito obligatorio en la Caja se estableció la obligación de enviar al fisco una nota indicativa de la persona a quien se ha pagado el dividendo.<sup>(28)</sup>

En China insular las sociedades anónimas pueden emitir acciones nominativas y al portador siempre que estas últimas no superen el cincuenta por ciento del capital.

Argentina tiene un sistema dual, es decir, acciones nominativas y acciones al portador. Sin embargo, las compañías de seguros

(17) Ley de 17 de julio de 1947.

(18) Ley de 27 de abril de 1946.

(19) Ley de 14 de junio de 1946.

(20) Real Decreto de 13 de junio de 1916.

(21) Decreto de 3 de marzo de 1945.

(22) Ordenanzas de 10 de enero de 1957 y Ley de agosto de 1958.

(23) Decreto Ley de 27 de febrero de 1962.

(24) Ordenanza de 5 de abril de 1964.

(25) Ley de 28 de diciembre de 1963.

(26) Ley de 11 de junio de 1964, artículo 17.

(27) Op. cit., I, 499, nota 57.

(28) ASCARELLI, *Apostilla*, Riv. delle Soc., 1957, 651.

están sujetas a limitaciones en la transmisión de sus acciones nominativas, la que sólo puede realizarse previa autorización de la Superintendencia. Se trata, con ello, de mantener en esas empresas el mínimo de capital argentino exigido para conservar el carácter nacional.<sup>(29)</sup> Recientemente se dictó una ley sobre inversiones extranjeras y es probable que se eliminen las acciones al portador, como única vía de control y aplicación de la ley.<sup>(30)</sup>

El Código de Comercio del Ecuador permitía tanto las acciones nominativas como las acciones al portador. Sin embargo, en 1948 se prohibió la emisión de acciones al portador y se ordenó la conversión de éstas —las que existieren— en nominativas.<sup>(31)</sup>

En Grecia las acciones necesaria y obligatoriamente han de ser nominativas ya que una ley especial prohibió las acciones al portador.<sup>(32)</sup>

El principado de Mónaco ha terminado con el anonimato de la acción al portador ordenando el depósito obligatorio, en un establecimiento bancario de Mónaco, de todas las acciones de tal tipo.<sup>(33)</sup>

En Italia las acciones al portador siguen un proceso muy particular. En la década del 20 fueron eliminadas pero la prohibición no duró mucho tiempo. El régimen de Musolini las restituyó. Posteriormente el real decreto ley italiano de 25 de octubre de 1941, N° 1148 estableció que “las acciones de las sociedades con sede en la República deben ser nominativas”. El real decreto de 16 de marzo de 1942, con el que se promulgó el Código Civil, estableció en su artículo 2355 que “las acciones pueden ser nominativas o al portador a escogencia del accionista si el acto constitutivo no establece que deban ser nominativas”. Finalmente el real decreto de 29 de marzo de 1942, N° 239 estableció que “las acciones emitidas por las sociedades con sede en la República deben ser extendidas a nombre de una determinada persona física o jurídica”.

El argumento italiano para la eliminación de las acciones al portador es bastante simple: las acciones al portador implican una desigualdad ante la ley tributaria: aquellos que logran colocar su

(29) ALEGRIA, Héctor, *Sociedades anónimas*, FORUM, Buenos Aires, 1966, 61.

(30) VISION, 25 agosto, 1973.

(31) Decreto 118 del Ministerio de Economía de 27 de enero de 1948 y Reglamento de 12 de marzo de 1948.

(32) Ley 1527 de 29 de octubre de 1950.

(33) Ordenanza Soberana número 72 de 27 de febrero de 1953.

capital en acciones al portador o que obtienen sus rentas de acciones al portador estarán en condiciones de manipular los títulos en modo tal que deban pagar menos impuestos que aquellos que no puedan hacer desaparecer o que no puedan dividir al menos parte de sus ingresos tras el anonimato que las acciones al portador permiten. Debo aclarar que el anonimato que las acciones al portador dan es total pues en el acta de la asamblea no se debe decir a quién pertenecen las acciones o quién se presentó con ellas. Sobre este aspecto la doctrina y la jurisprudencia comparada contienen una avalancha de opiniones que defienden el total anonimato. Sin embargo, a pesar de que el argumento contra las acciones al portador fue un argumento constitucional de igualdad ante la ley, el fondo del asunto es muy otro: se trató de evitar que los inversionistas principalmente extranjeros, dominaran o manipularan, por una parte la economía nacional; por otra, se pretendía saber quién es quién en el mundo de los negocios; y finalmente, hubo fuertes razones de orden tributario, es decir se intentó eliminar las evasiones de impuestos que se pueden realizar a través de sociedades anónimas con acciones al portador, principalmente evasiones del impuesto sobre la renta y, como en otros países, las de los impuestos sucesorios.

Finalmente, pensando en Italia en la tan socorrida afirmación de que la acción al portador es el gran atractivo del inversionista, a fin de desarrollar sus zonas subdesarrolladas, se permitió en ciertas regiones el uso de tales acciones. Veremos en el capítulo respectivo los resultados de ese experimento.

Finalmente creo interesante hacer referencia al Proyecto de Bases sobre la Sociedad anónima multinacional centroamericana. Durante los meses de setiembre, octubre y noviembre de 1967 los miembros del Proyecto de Reforma Jurídica Universidad de Costa Rica —A.I.D. - ROCAP— Dr. Boris Kozolchyk, Profesor Octavio Torrealba, Lic. Blake Franklin, Lic. David Loring, Lic. Rodrigo Oreamuno, Lic. Harry Zürcher Acuña, Lic. Harry Zürcher Blen y quien estas líneas escribe, nos dedicamos a la preparación de lo que se llamó Proyecto de Bases para una Sociedad Anónima Centroamericana.<sup>(34)</sup> Luego de una amplia discusión sobre los tipos de acciones

(34) Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, Número 12, diciembre de 1968. El Colegio de Abogados de Costa Rica, tras escuchar un informe respecto al mismo por parte de uno de sus redactores y colaboradores, el Lic. Harry Zürcher Acuña, decidió imprimir y distribuir el texto de nuestras Bases entre un número limitado de profesionales con el visto bueno y la aprobación de la Junta Directiva.

a permitirse en la S.A.C. el acuerdo fue unánime en el sentido de que una sana política económica en el área centroamericana y de controles sobre la S.A.C. obligaba al establecimiento de la nominatividad. De ahí que la base 32 aparezca redactada:

“32.—Clases de acciones. Las acciones serán nominativas. La sociedad llevará un registro en el que se inscribirán las transmisiones y sólo reconocerá como accionista a los tenedores de acciones o certificados que aparezcan inscritos en ese registro. El registro social podrá ser consultado por cualquier accionista o por tercero autorizado por un accionista, por un tribunal o por el organismo de control. Cualquier persona, accionista o no, podrá exigir del registro social que se le entregue una constancia indicando si determinada persona es o no accionista, y si tal, de cuántas acciones es dueño . . .

En el comentario a esta base dicen el Dr. Boris Kozolchyk, representante de la A.I.D. en el Proyecto de Reforma Jurídica y el Prof. Octavio Torrealba:

“El grupo acordó eliminar las acciones al portador ya que estas se han prestado a un número de abusos en la práctica mercantil que frecuentemente se reflejan en simulaciones ilícitas. Además, es inconsistente la idea de un organismo de control cuya función frecuentemente será la de proteger grupos mayoritarios o minoritarios contra maniobras por parte de accionistas cuando la identidad de estos accionistas no puede llegar a establecerse. De igual manera, debe tenerse en cuenta la conveniencia del público inversionista quien cabalmente pudiese ser atraído a invertir en determinada compañía si tiene conocimiento de quienes han sido o son los otros inversionistas”.

La anterior base encontró decidido apoyo en cuanto a la eliminación de las acciones al portador, en el criterio del ilustre mercantilista Prof. Raúl Cervantes Ahumada.<sup>(35)</sup> Como ya lo dije en otra sede,<sup>(36)</sup> como parte del mismo movimiento tendiente a suprimir la acción al portador o al menos a hacerla impopular o impráctica, se han usado otros medios: Se ha empleado el camino de

(35) Op. cit., 54.

(36) Exposición de motivos del Proyecto de Ley 3284 de 30 de abril de 1974, 4.

dar mayor número de votos a las acciones nominativas en comparación con las acciones al portador (Francia). Se ha decidido imponer un tributo a la acción al portador (Venezuela) o a su producto: en Alemania se paga 25 por ciento de impuesto preventivo sobre dividendos que luego se tasa en definitiva en la declaración. Otro tanto sucede en Suiza. En Francia se carga impuesto de 18 por ciento cedular, además del impuesto progresivo sobre la renta.<sup>(37)</sup>

En Suecia se ha acordado permitir las acciones al portador sólo previa autorización (Artículo 3 de la Ley de 1944). Sin embargo, como anota Solá Cañizares,<sup>(38)</sup> "en la práctica su uso es muy raro en Suecia y generalmente son nominativas". Luego de las anteriores consideraciones generales creo oportuno pasar a la revisión de cada uno de los subtemas en que se dividió nuestro tema, "de las acciones al portador" no sin antes señalar que omito deliberadamente el tratamiento de la "reivindicabilidad de acciones al portador" pues considero que es ajeno al acuerdo de esta comisión cuando decidió centrar sus discusiones alrededor de la conveniencia o inconveniencia de la eliminación de las acciones al portador en Costa Rica.

#### A) ACCION AL PORTADOR Y DERECHO CONSTITUCIONAL

La acción al portador plantea algunos problemas en el campo del Derecho constitucional sobre los que haré aquí un análisis rápido.

En primer término hablaremos del control sobre los monopolios. El artículo 46 de la Constitución Política dice que "son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolio de hecho deben ser sometidas a una legislación especial". ¿Qué garantía da un sistema que, por autorizar las acciones al portador, impide el determi-

(37) ANTONIO GELPI, *Nominatividad obligatoria* . . . Riv. Soc., 1956, 786.

(38) Op. cit., I, 432.

nar las tendencias monopolísticas del país? Porque creo que es evidente y no necesita demostración el hecho de que en un sistema de sociedades anónimas con acciones al portador se hace difícilísimo, por no decir imposible, el determinar la existencia de grupos monopolísticos en el mercado. Los controles que al respecto se pudieran establecer se quiebran contra el anonimato que la acción al portador proporciona. Imaginemos qué sería de las leyes anti-trust en los Estados Unidos de Norteamérica si allá se permitieran las acciones al portador —las share warrants—. ¿Cuál ha sido el medio de controlar, hace poco, a la I.B.M. y detectar sus violaciones a las anti-trust laws y ordenarle el rompimiento del monopolio? Precisamente la nominatividad obligaria. Porque nadie pensará que la I.B.M. manipula el mercado siempre bajo su nombre —International Brain Machines— la I.B.M. del mercado monopolístico es un inmenso Konzern que aparece al público y a las autoridades bajo gran cantidad de nombres diversos. Es un Konzern, un grupo coaligado de holdings cuyos contactos no se podrían establecer ni siquiera siguiendo las prescripciones de las leyes anti-trust si no fuera por la nominatividad obligatoria. Es la nominatividad la que permite seguir la pista a los intereses entrelazados de unas empresas sociales en otras.

¿Qué podemos nosotros esperar con el anonimato feliz e irresponsable que conceden nuestras acciones al portador? ¿Cuántas empresas económicas no estarán hoy en día modelando el mercado a su antojo, por medio de la mampara de las acciones al portador y al margen de la norma constitucional 46 de Costa Rica?

Analícemos ahora otro caso de roce de la Carta Magna con la acción al portador.

Reza el artículo 193 constitucional: "El Presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejan fondos públicos están obligados a declarar sus bienes, los cuales deben ser valorados, todo conforme a la ley".

Recuerdo que nuestro cónsul en Florencia, el ilustre Profesor Emilio Peruzzi, a propósito de un debate público por la prensa defendía calurosamente el sistema de Costa Rica que, con base en el artículo 193 constitucional, permitía controlar los ingresos y aumentos del capital de los supremos funcionarios del país. ¡Qué lejos estaba el ilustre profesor florentino de saber que el artículo 193 de

la Constitución Política se convierte en letra constitucional muerta mediante el uso de acciones al portador! ¡De qué nos sirve el artículo 193 constitucional cuando los funcionarios pueden ocultar lo que deseen tras el anónimo biombo de las acciones al portador!

Veamos ahora un tercer aspecto constitucional con el que rozan las acciones al portador.

“Todo hombre es igual ante la ley”, dice el artículo 33 de la Constitución”.

¿Pero qué igualdad puede haber ante la ley tributaria, por ejemplo en un sistema que permite a unos, mediante el uso de acciones al portador, dividir su renta global y pagar según escalas bajas y a otros, en cambio, no se les permite (por ejemplo a aquellos que perciben su renta del trabajo, a través del salario)?

Esta desigualdad se hace aún más notoria con las nuevas escalas de la ley de impuesto sobre la renta, reformada, y de nada sirven las disposiciones del artículo 15 que establecen que “cuando varias sociedades de hecho o de derecho tengan actividades que sean similares o complementarias y además se encuentren en la circunstancia de que el 51 por ciento o más de su capital esté en poder de personas o socios comunes, sean unas u otras personas naturales o jurídicas, sociedades de hecho o sucesiones, deberán consolidar en una sola declaración los diferentes resultados fiscales correspondientes a las sociedades que procede reunir, con el único fin de calcular el impuesto y los recargos si los hubiere”.

Letra muerta en este artículo así como el 21 de la Ley del Impuesto de Ventas.

A pesar de tales normas todas tendientes a mantener la igualdad ante la ley tributaria y el cumplimiento del artículo 33 de la Constitución Política, las acciones al portador hacen de esa igualdad, insisto, letra muerta.

## B) ACCION AL PORTADOR Y BOLSA DE VALORES

Es sabido que en España la acción al portador prácticamente no existe desde que la ley de 19 de setiembre de 1936 (en vigencia aún después de la ley de Sociedades Anónimas del 51, en vista del Decreto de 14 de diciembre de 1951) “declara obligatoria bajo pena

de nulidad la intervención de un agente de cambio y bolsa para toda transmisión de títulos”, inclusive para la de títulos al portador.<sup>(39)</sup>

El conocido y renombrado mercantilista español “última generación”, Manuel Broseta Pont, en una reciente obra, *Estudios de Derecho Bursátil*,<sup>(40)</sup> manifiesta: “A nadie medianamente versado en materia económica o financiera se le oculta que el mercado de valores mobiliarios es la palanca esencial del sistema capitalista. La demanda de capitales a largo plazo de las empresas debe satisfacerse, precisamente, mediante la emisión de valores —acciones y obligaciones— que suscritos o adquiridos por quienes ofertan capital o ahorro, cierran o deben cerrar el ciclo de oferta-demanda de recursos financieros. Recursos financieros que son esenciales para el desarrollo económico. Desarrollo económico que es, dentro de un sistema como el capitalista, meta y, a la vez, medio para la paz social y el propio progreso político”.

“Por todo ello, en cualquier economía adscrita al sistema capitalista —o neocapitalista— el mercado de valores mobiliarios (mercado de oferta y demanda de recursos financieros) debe funcionar con la máxima perfección posible. Perfección que será inalcanzable si, a su vez no se logra para todos y cada uno de los instrumentos y protagonistas, que en él operan. Perfección que sería ingenuo pensar otra cosa, será puramente utópica o “formal” si la Administración no tutela y controla adecuadamente el mercado de capitales y a sus protagonistas. Pocos personajes como los del quehacer económico muestran una más acusada tendencia a abusar de su poder”.

El profesor Broseta Pont, en la obra que cité —287 páginas de interesante análisis— dedica toda la primera parte a puntualizar los problemas y defectos del sistema español (en cuanto a depósito, administración y negociación de los valores al portador) y en ningún momento critica el sistema en cuanto elimina el anonimato de las acciones al portador. Por lo contrario,<sup>(41)</sup> analizando el problema que representa para el buen funcionamiento de la Bolsa de Valores el tener que manipular materialmente, físicamente, los millones de títulos que forman el mercado de valores español, encuentra que el sistema francés establecido en 1941 (Ley de 18 de

(39) Solá Cañizares, op. cit., I, 344.

(40) Técnos., Madrid, 1971, 15.

(41) Op. cit., 46-47.

junio de 1941) que crea la C.C.D.V.T. (Caja Central de Depósito y Giro de Títulos) en la que resultaba obligatorio el depósito de los títulos al portador, eliminando su anonimato, sustituido por la actual S.I.C.O.V.A.M., "cuyo objeto es la constitución de depósitos de títulos mediante la apertura de cuentas corrientes a los profesionales depositantes", es un buen sistema que "ha resuelto satisfactoriamente en Francia la imperiosa necesidad de impedir, o, al menos de aligerar la movilización y la entrega material de los títulos para su transmisión de unos a otros titulares y también para el ejercicio de los derechos que incorporan".

Como se ve, desde el punto de vista de la Bolsa de Valores resulta conveniente un sistema que en el fondo elimina la acción al portador, al hacer desaparecer el anonimato que suele otorgar. O sea: una Bolsa de Valores obligada a manipular individual y materialmente, millones de títulos al portador, como único medio de garantizar el anonimato del vendedor, es una Bolsa poco eficiente, como lo demuestra el ejemplo francés y como se ve del caso español.

Ciertamente no es este el problema de las Bolsas de Valores en los Estados Unidos o en los países del Commonwealth y en otros en donde la no existencia de títulos al portador no crea tales problemas.

En Alemania ya desde finales del siglo pasado se hizo patente el mismo problema que fue solucionado en un primer tiempo, de hecho, mediante depósito irregular de los títulos en los Bancos. El sistema fue sancionado por la ley (Ley alemana de depósitos de 4 de febrero de 1937).

Es claro que la necesidad de eliminar la manipulación material de los títulos ha obligado a diversos países a terminar con el anonimato de la acción al portador en aras de un buen funcionamiento de las bolsas. Por otra parte no puede afirmarse que la acción al portador sea un requerimiento "sine qua non" para el funcionamiento de la Bolsa de Valores pues muchos países hacen funcionar sus Bolsas aún sin tener acciones al portador. (Suecia, Siria, Noruega, Mónaco, Grecia, Francia en cierta forma, prácticamente España, Ecuador, China Insular, Chile y Canadá, así como casi todos los países del Common Law. Nótese que se incluye en esta lista países altamente desarrollados y capitalistas, como Suecia, Noruega, Canadá, el principado de Mónaco).

Y no se diga que en estos países sin títulos accionarios al portador se ha alcanzado el mismo efecto a través de la emisión de certificados al portador de acciones, porque, por una parte es ésta una práctica que se trata de combatir, y por otra, las sociedades deben siempre comunicar a quién (a qué nombre) han pagado dividendos (es decir, por medio de los certificados al portador no se alcanza ningún anonimato y dichos certificados no son un requisito imprescindible de funcionamiento de la Bolsa). Y por otra parte, como sucede en todos los países capitalistas, en los Estados Unidos de Norteamérica el tenedor de acciones (o de otros títulos) los maneja no personalmente sino por medio de un Banco. Y los Bancos en Estados Unidos —en donde no existe el secreto bancario frente al fisco— deben comunicar a la tributación los nombres de los clientes por cuya cuenta hayan cobrado dividendos, ya se trate de acciones dadas en fideicomiso (trust) o recibidas bajo contrato de reporto, o adquiridas con pacto de retrocompra, o recibidas en depósito o comodato irregulares.<sup>(42)</sup>

En los Estados Unidos, sostiene Ascarelli,<sup>(43)</sup> se prohíbe la emisión de certificados al portador representativos de acciones nominativas. Efectivamente el parágrafo 21 de la Model Business Corporation Act, por ejemplo, ordena el nombre del titular en los certificados de acciones (certificates representing Shares), (párrafo 2º, b).

Del mismo autor son las siguientes palabras:<sup>(44)</sup> La experiencia norteamericana es ciertamente positiva al demostrar cómo una nominatividad obligatoria, sin tarjetero y con comunicación por parte de la sociedad de las rentas accionarias no obstaculizan el mercado accionario.

### C) ACCION AL PORTADOR Y DERECHO COMERCIAL

La nominatividad obligatoria es un elemento indispensable para llevar adelante el control, hoy en día admitido por todas las legislaciones importantes, sobre uniones de sociedades.

<sup>(42)</sup> ASCARELLI, Tullio, Riv. Soc., 1957, 651-652.

<sup>(43)</sup> Op. cit., 652.

<sup>(44)</sup> Op. cit., 652.

Sabido es por todos el problema que plantea para la defensa de las minorías, la unión de sociedades. Bastante ruido hizo en nuestro ambiente el interesante caso de una conocida sociedad anónima que prácticamente desfinanció a otra sobre la que tenía el control.

No puede estar lejano el día en que debemos hacerle frente a este problema y nos veamos obligados a legislar al respecto. Entre más pronto mejor. Ahora que los intereses creados no son tan fuertes, usando el buen sentido y mirándonos en la experiencia de países más adelantados que el nuestro, deberíamos preocuparnos por regular las uniones de sociedades, en defensa de las minorías y del público en general. La regulación de las uniones de sociedades debe correr pareja con la reforma general de la sociedad anónima, cuya regulación actual obedece a patrones ya superados y que cada día responderán menos a la realidad.

En tal sentido, respecto a un control de las uniones de sociedades la nominatividad obligatoria es un elemento indispensable. No es posible controlar la existencia de paquetes de acciones de una sociedad en otra sino a través de la nominatividad.

Por otra parte, respecto al funcionamiento y a la disciplina interna de la Sociedad no puede prácticamente funcionar sin la nominatividad.

Dos aspectos esenciales del funcionamiento interno de las sociedades requieren de la nominatividad obligatoria: el control de conflicto de intereses y el control de responsabilidad de los administradores.<sup>(45)</sup>

Es evidente que la "affectio societatis" obliga al socio a tener una participación en las deliberaciones asambleares que no vaya contra el interés de la sociedad como institución, ni contra la buena fe que debe existir en la ejecución de los contratos. (Artículo 1023 del Código Civil: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta").

La buena fe en la ejecución del contrato de sociedad obliga a los socios a no concurrir con su voto a la formación de una voluntad, asamblearia contraria al interés social.

(45) Ver Mantilla Molina, *La responsabilidad de los administradores de las Sociedades Anónimas*, "Boletín del Instituto de Derecho Comparado", pp. 43 y 47, (mayo-diciembre, 1954). Ver texto Torrealba, III, p. 153, nota 138.

Algunas legislaciones inclusive han legislado expresamente sobre el conflicto de intereses (Alemania, Italia, España, Francia, por ejemplo, la primera en su nueva ley de Sociedades Anónimas de 1965 (y ya lo había hecho en la de 1937) e Italia en el Código Civil del 42; ver por ejemplo artículo 136 Aktiengesetz 1965 y artículos 2391, 2464, 2487, 2516 y 2373 C. C. italiano España introdujo la norma en el artículo 67 de su nueva ley de sociedades anónimas de 1951. Francia en su nueva ley de Sociedades Comerciales de 1966, artículo 101, 143 y otros). Aunque los artículos equivalentes al 1023 C. C. de Costa Rica citado son suficientes para resolver el caso en todas las legislaciones que lo contengan.

Evidentemente la buena fe en la ejecución del contrato obliga al socio a abstenerse de concurrir con su voto en aquellas deliberaciones en que su interés personal se opone al interés social. No voy a extenderme en esta relación acerca del concepto de interés social pues no es esta la oportunidad y es un concepto bien conocido por ustedes. Basta decir que en el derecho societario de los sistemas romanistas cada día esta moderna concepción se abre más campo y tiende a ser el norte orientador de los estudios más interesantes al respecto.<sup>(46)</sup> Su importancia está indicada por la profusa literatura que se le ha dedicado en los últimos años.

Ahora bien. La única forma de dar una buena aplicación a las normas sobre el conflicto de intereses (ya sean expresas, como en Alemania, Italia, España y Francia, por ejemplo, o ya se deduzcan de la norma general) es mediante la nominatividad obligatoria. Los accionistas al portador imposibilitan una correcta aplicación de los principios legislativos sobre conflictos de interés e impiden por ello una efectiva defensa de las minorías (que por otra parte, por el eterno problema del absentismo son realmente las mayorías, pero las mayorías desorganizadas y faltas de cohesión, que merecen toda la defensa del legislador).

Por otra parte esas disposiciones del Código de Comercio referentes a la constitución por suscripción pública (Artículos 108 y siguientes, C. de C.) de tan poco uso aún hoy en día, dentro de pocos años darán origen a una gran aplicación, así como las normas sobre constitución simultánea con capital autorizado. Para entonces el legislador debería haber establecido las normas necesarias para

(46) Ver JEAN PAILLUSSEAU, *La société anonymes Technique d'organisation de l'entreprise*, SIREY, PARIS, 1967 y PIER GIUSTO JAEGGER, *L'interesse sociale*, GIUFFRÉ, Milano, 1964.

la protección del socio, normas que “faciliten e integren la deficiente autotutela del individuo mismo”.<sup>(47)</sup> Dentro de esas normas necesarias debería ocupar lugar prominente la normatividad obligatoria, nominatividad imprescindible para un efectivo control del conflicto de intereses.

En general se debe reconocer que mientras el socio tenga la posibilidad de transmitir simuladamente sus acciones al portador, (que no se sabe que son suyas por el anonimato que conceden) a un testafiero que votará según el interés de su confidente, no podrán tener una correcta aplicación las normas sobre conflicto de intereses, tan necesarias y útiles en un correcto y leal desenvolvimiento del contrato de sociedad.

Las legislaciones “de los países libres” para usar la expresión de Bruno Visentini,<sup>(48)</sup> “a fin de evitar que la sociedad por acciones se convierta en un instrumento por cuyo medio los grupos de control puedan depauperar, en su propia ventaja, a los otros accionistas”, han creado diversas soluciones: la teoría de la empresa en sí (UNTERNEHMEN AN SICH) la del exceso de poder, la afirmación de una obligación de fidelidad del accionista frente a la sociedad, el reclamo a la buena fe en las relaciones contractuales (sería nuestro sistema del artículo 1023 del C. C.), la invalidez de las declaraciones contractuales con las que se persigan intereses particulares de algunos socios o de terceros extraños a la sociedad y con daño de ésta, la prohibición del ejercicio del derecho de voto en caso de conflictos de interés.

Todas estas soluciones tienen como presupuesto indispensable la nominatividad obligatoria puesto que la acción al portador no permite ningún control.

En segundo término, desde el punto de vista siempre del funcionamiento y de la disciplina interna de la sociedad en lo que respecta a la responsabilidad de los administradores, el peor enemigo de una efectiva realización de esa responsabilidad es la acción al portador. Particularmente en un medio como el nuestro en que, por mucho tiempo aún, en vista de la dimensión del mercado, los administradores serán siempre socios, (estamos muy lejos de la

(47) TULLIO ASCARELLI, *Apostilla sobre la normatividad*, Riv. Soc., 1957, 377.

(48) *Osservazioni sulla nominativa delle azioni in relazione all' Art. 2373, Cod. Civ.* Riv. Soc., 1957, 644.

etapa de la tecnocracia a la que se refiere GALBRAITH), se hace indispensable pensar en normas que eviten que los administradores, con trasposos oportunos de sus acciones al portador, envíen sus corifeos a las asambleas a declarar su inocencia y la pureza de su administración (artículos 191 y 192 C. de C. de Costa Rica) y no se debe olvidar que, como lo señalaba VIVANTE hace más de 60 años, los administradores si no son los mayores accionistas de la compañía, representan a estos al menos; en todo caso están íntimamente ligados a ellos<sup>(49)</sup> y en consecuencia —dice Graziani parafraseando a Vivante— “cuando la acción es al portador y cuando se discute de la responsabilidad de los administradores, será fácil, a estos administradores, consignar su paquete de acciones a un testafiero, a un amigo, el que viene a la asamblea y, frente a las lamentaciones del pequeño accionista aislado, eleva en cambio un himno a la sabia administración del administrador y lo exonera de toda responsabilidad.”<sup>(50)</sup>

“Si los administradores —decía Vivante— poseen la mitad más una de las acciones, pueden estar seguros de hacerse absolver de toda responsabilidad”. Y bien sabemos que, en vista del pronunciado absentismo en las organizaciones colectivas, en la mayoría de los casos no es necesario tener 51 por ciento del paquete, bastando a veces un 10 por ciento y menos, del capital, para manejar la asamblea.

“Se trata —dice Graziani siguiendo a Vivante— de acuerdos de liquidación y nombramiento de liquidadores, que los administradores acuerdan para adquirir la hacienda a precios ruinosos para ejercitarla luego por cuenta propia bajo otra forma de sociedad, despojando a la minoría. Se trata de aumentos de capital aprobados por los administradores para dar como contrapartida de las nuevas acciones, sus haciendas en mal funcionamiento y poco remunerativas. Esconden el conflicto de intereses, que debería en conciencia hacerles abstenerse de votar, bajo el fraude del que las acciones nominativas descubrirían fácilmente el hilo. “Por la salvación del instituto de la sociedad anónima —concluía Vivante—,<sup>(51)</sup> para salvarla de la corrupción que desacredita su función y aleja de ella los ahorros,

(49) ALESSANDRO GRAZIANI, *Nominativa obbligatoria dei titoli azionari?*, Riv. Soc., 1967, 627.

(50) Op. et loc. cit.

(51) Citado por Graziani, op. cit., 628.

es necesaria la transformación de las acciones que ahora circulan libremente según la forma anónima al portador, en títulos nominativos”.

Este punto de vista está en la base —hoy en día— de la doctrina anglosajona y alemana,<sup>(52)</sup> como único medio de mantener uno de los cánones sobre los que se basa la economía capitalista: la relación íntima y constante entre poder económico y riesgo, entre iniciativa y responsabilidad. “De aquí —dice Visentini—,<sup>(53)</sup> siguiendo la doctrina anglosajona y alemana— la necesidad de una disciplina jurídica que considere nuevas formas de responsabilidad y de nuevas garantías al funcionamiento de la sociedad”.

“Entre los aspectos de esta disciplina están el reforzamiento y la adecuación de las normas sobre el conflicto de intereses, la más amplia publicidad de los elementos relativos a la gestión social, la posibilidad de conocer quiénes son los accionistas que controlan la sociedad y de identificar los grupos de los que forma parte”.

Deseo repetir aquí las premonitarias palabras finales de Visentini:<sup>(54)</sup>

“Una iniciativa que no se esconda la realidad y las consecuencias que de ella derivan, que no se esconda, sobre todo, la exigencia de que el apelar de las sociedades por acciones al ahorro público debe tener como corolario o contrapartida un amplio conocimiento del público de la vida de la sociedad— puede ser un acto de inteligente prudencia: puede ser bastante más útil que la inercia, para defender y salvar la sociedad por acciones como libre empresa”.

Finalmente, como argumento a favor de la nominatividad obligatoria se ha sostenido que la ausencia del anonimato que dan las acciones al portador, aumentaría la decisión de los socios de asistir a las asambleas. Es decir, es —la nominatividad— un instrumento contra el absentismo crónico en la Sociedad Anónima.<sup>(55)</sup>

Se ha criticado que una nominatividad obligatoria implica la abolición de una de las diferencias substanciales entre sociedad

(52) Visentini, op. cit., 649.

(53) Op. cit., 649.

(54) Op. cit., 649.

(55) CESARE COSCIANI, *Su di alcuni problemi tributari delle Società Commerciali*, Riv. Soc. 1956, 424.

por acciones y las sociedades de personas, eliminando el carácter impersonal propio de la sociedad por acciones.

La crítica es inconsistente porque existen infinidad de Sociedades Anónimas con sólo acciones nominativas, y no por eso dejan de ser sociedades por acciones. Como bien dice Messineo,<sup>(56)</sup> no es así “puesto que la contribución del accionista consiste en la realización de la aportación prometida (desembolso del importe de la acción, o de las acciones suscritas) y cuando el desembolso haya tenido lugar, la persona del socio, aunque sea titular de acción nominativa, resulta indiferente”.

#### D) ACCION AL PORTADOR Y DERECHO TRIBUTARIO \*

Las acciones al portador se ven envueltas siempre en las discusiones sobre imposición personal de los réditos de los socios de sociedades anónimas.

Este fenómeno se debe a problemas diversos como por ejemplo al problema de la identificación del sujeto que percibe el rédito. Se lee en cualquier manual de ciencia de las finanzas, que un impuesto personal progresivo puede funcionar sólo y en cuanto se base en la renta global del contribuyente.

Las otras vías, evidentemente injustas, tomarían en cuenta sólo una parte de la renta imponible o tomarían en cuenta, en forma separada y para un mismo contribuyente, las diversas partes de su renta con base en su diversa naturaleza o conforme a su lugar de origen (como en un sistema de impuestos reales). En cualquiera de esos casos es evidente la distribución inequitativa de las cargas fiscales, entre los diversos sujetos de la imposición.

“Es decir, se imponen cargas tributarias diversas, entre sujetos que, si bien tienen el mismo monto global de renta, lo obtienen de una única fuente o bien de varias fuentes o de varias localidades”.

Creo que es evidente que el sistema más justo es el de la aplicación progresiva según el monto global de la renta personal.

(56) FRANCESCO MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Commercial*, E.J.E.A., Buenos Aires, 1955, V. 402.

\* Este capítulo ha sido redactado básicamente mediante traducción e integración del artículo citado de Cesare Cosciani.

Esto, al menos, es la tesis que sostiene el grueso de la doctrina en la materia a pesar de los embates de una minoría.

En un sistema de impuesto progresivo, revisten importancia fundamental dos problemas:

- a) La identificación de los sujetos que perciben las rentas de las sociedades (poseedores de los títulos) a fin de incluirlas en la renta global; y
- b) La determinación cuantitativa de lo que cada socio percibe.

Y aquí entran, con toda claridad en escena los títulos al portador.

El título al portador es el instrumento ideal para violar las normas del impuesto —que, huelga decirlo, es el de Costa Rica— progresivo sobre la renta, y evidentemente, como paréntesis, la acción al portador no solamente crea un problema en cuanto al impuesto sobre la renta, sino también respecto al impuesto de sucesiones, al timbre universitario, al impuesto de educación, al impuesto patrimonial en aquellos sistemas en que existe el impuesto sobre las acciones mismas. En cuanto al impuesto sobre la renta una solución poco feliz es el impuesto proporcional real sobre los dividendos pagados, creado por la última reforma tributaria: este sistema tiene el carácter injusto de todo sistema tributario proporcional: tasa por igual a quien mucho recibe frente a quien poco recibe.

En todo caso a los problemas señalados pueden darse diversas soluciones que trataremos aquí de enumerar.

#### Primera solución.

##### a) Nominatividad obligatoria de los títulos

Por medio de este sistema se alcanza el mecanismo más eficiente y seguro puesto que es posible rastrear el título a través de todas sus transmisiones.

Puede asumir al menos dos variantes.

##### a.1 Nominatividad obligatoria para fines substanciales

##### a.2 Nominatividad obligatoria para fines fiscales

#### a.1 NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA PARA FINES SUBSTANCIALES

En este sistema “normas de derecho común imponen la nominatividad de los títulos accionarios, haciendo derivar de ello una serie de efectos jurídicos de naturaleza privatística”.<sup>(57)</sup> Así, por ejemplo, como sucede con los títulos nominativos es propietario quien ha adquirido el título según la ley de circulación propia de los títulos nominativos: la doble intestación. Frente a la sociedad y a los terceros se es propietario sólo si la “concorde voluntad de los contratantes resulta del registro de la sociedad misma. La transmisión material del título no produce efectos jurídicos. Los frutos deberán ser pagados a aquél a cuyo nombre aparece intestado el título mismo, quien previa inscripción en el libro de socios podrá participar en la asamblea”.

La rigidez de este sistema puede ser atenuada permitiendo la transmisión del título por endoso, que incluso podría ser en blanco, pero “condicionando algunos derechos como el ejercicio del voto en asamblea, o la percepción de dividendos, a la inscripción dentro de cierto plazo. Es el sistema que de hecho existe en Inglaterra donde el dividendo es expedido al domicilio del poseedor del título que aparezca inscrito en el registro de socios a una fecha determinada”.<sup>(58)</sup>

Ahora bien. En esta alternativa y desde el punto de vista fiscal, podemos proponer dos vías:

I.—Un sistema de información.

II.—Un sistema de consulta.

#### UN SISTEMA DE INFORMACION

La sociedad debe comunicar al fisco cada año y dentro de un plazo posterior al pago de dividendos, la lista de los perceptores de tales dividendos y el monto pagado en cada caso. Si el pago se ha realizado a un Banco que tiene los títulos bajo cualquier con-

(57) Cosciani, op. cit., 414.

(58) Idem, 414.

cepto pero pertenecientes a terceros, son los Bancos los obligados a comunicar al fisco a quién han transmitido los frutos y en qué monto.

## UN SISTEMA DE CONSULTA

El fisco puede consultar en cualquier momento el control que deberán llevar las sociedades y los Bancos intermediarios, acerca de aquellos a quienes se ha pagado dividendos.

Este sistema tiene la ventaja de que mantiene un control constante y permite constatar el hecho impositivo con gran certeza.

### a.2 NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA PARA FINES FISCALES

Los títulos serían a la orden, no pudiendo girarse en blanco. Su transmisión deberá realizarse siempre con la intervención de un agente de cambio (u otra persona autorizada). La intervención del agente sería obligatoria, bajo pena de nulidad y el agente debería comunicar al fisco las transmisiones. Es el sistema español desde 1936 y que, a raíz de la nueva regulación española sobre sociedades anónimas de 1951, no fue modificado sino más bien ratificado por el apartado a) del Decreto de Vigencia de 1951.<sup>(59)</sup>

Con este sistema se puede saber a quién han pertenecido las acciones en cada momento de su circulación.

#### Segunda solución

### b) NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA DE LOS FRUTOS DE LOS TÍTULOS

Otra vía de solución es el establecer la nominatividad obligatoria ya no de los títulos al portador mismo sino la nominatividad obligatoria de los frutos provenientes de esos títulos.

(59) RUBIO Jesús, *Curso de Derecho de Sociedades Anónimas*, Ed. de Derecho Financiero, Madrid, 1967, 118.

El primer sistema implica el conocimiento por parte del fisco del propietario del título y según se escoja una vía u otra, el fisco podría conocer quién es el propietario del título en el momento del pago del dividendo o quién lo es en cualquier momento de la vida circulatoria del título. Este sistema que permite la identificación del propietario es útil en aquellos países en que existen tasas sobre la transmisión de títulos, o para determinar el origen, circulación y control del capital. Con la nominatividad obligatoria de los frutos se sabe únicamente quién es el beneficiario de la renta.

Este sistema puede ser llevado a la práctica con diversas modalidades:

b-1) Se subordina el pago del rédito o dividendo a la demostración por parte de quien la percibe de haberlo declarado preventivamente al fisco o mediante una garantía de que lo declarará.

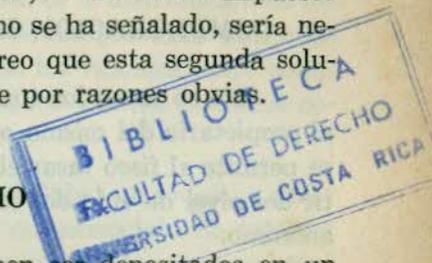
O se encarga a los Bancos intermediarios y a las sociedades de enviar copias de las facturas de pago, a las oficinas tributarias. El sistema puede perfeccionarse haciendo que el pago deba realizarse siempre por medio de un Banco del Sistema Bancario Nacional.

Para evitar transferencias ficticias, en este sistema, se podría obligar al receptor del rédito o dividendo a una declaración jurada de que el título o títulos son realmente de su propiedad o también se podría crear, como se ha recomendado,<sup>(60)</sup> un fuerte impuesto sobre los trasposos de acciones. Pero, como se ha señalado, sería necesario entonces la nominatividad. No creo que esta segunda solución —la del impuesto— sea conveniente por razones obvias.

### b-2) DEPOSITO OBLIGATORIO

Todos los títulos al portador deben ser depositados en un organismo central, a nombre del propietario, quien puede transmitir la propiedad con simples cheques o títulos (recuérdese que se trata de la constitución de cuentas corrientes de títulos) (es el sistema francés anterior a la S.I.C.O.V.A.M.).

(60) Cosciani, op. cit., 416.



Tercera solución.

### c) NOMINATIVIDAD FORZADA

Es el sistema más combatido. No se establece una nominatividad obligatoria pero se procura, por diversos medios alejar a los interesados de los títulos al portador.

Así es, por ejemplo, en Venezuela, en donde se impone a las acciones un gravamen fiscal. (L. I. S. S.: 33 LMEV: 1 Dc. 581, de 30-6-63: 1, ordinal 3). A esta misma finalidad tiende el sistema francés de la ley 66-537 de 24 de julio de 1966, sobre sociedades comerciales, artículos 175 y 176. Es clara la ley en el sentido de dar, bajo ciertas condiciones, voto doble a las acciones nominativas. Es una manera indirecta de no recomendar la acción al portador. El artículo 176 citado dice expresamente que pierde el doble voto la acción que se convierte al portador.

En todo caso el sistema puede asumir diversas modalidades, las más generalizadas de las cuales son las que imponen un tributo a la emisión de acciones al portador a cargo de la sociedad, la que lo transmite al receptor de los dividendos en el momento de pagar estos.

Cuarta solución.

### d) COMPROBACION INDUCTIVA

No se tocan los títulos al portador ni se pretende identificar al propietario del mismo o al receptor del dividendo. Simplemente se permite al fisco tasar el monto probable por vía inductiva a partir del nivel de vida del contribuyente; así se comprueba el ingreso anónimo.

Vistas todas las posibles soluciones anteriores, tendientes todas a eliminar el problema que dentro de un sistema tributario progresivo sobre la renta crean las acciones al portador (además de que crean problemas para otros tributos, como por ejemplo el impuesto de sucesiones) analicemos ahora los diversos tipos de accionistas en la anónima y cómo los afecta una nominatividad obligatoria.

Podríamos hablar de tres tipos de accionistas: el accionista ahorrante, el accionista empresario y el el accionista especulador.

El accionista ahorrante intenta solo una inversión que le produzca una renta suficiente; no busca la especulación y por ello no se interesa en el movimiento de la bolsa; a lo sumo lo estudia para decidir si cambia de títulos o no.

A este accionista la nominatividad obligatoria lo afecta esencialmente desde el punto de vista fiscal, lo afecta en el monto del impuesto que podría ahorrar.

Si el sistema no es de nominatividad obligatoria sino de comprobación inductiva, lo afecta menos, puesto que puede ocultar su renta disminuyendo su tenor de vida.

El accionista empresario pretende participar activamente en la vida de la sociedad y tomar parte en las decisiones. Se interesa por ello en formar parte de la administración y a veces está interesado en la renta que como salario o dietas puede percibir de su calidad de miembro de los cuadros administrativos. Conoce o al menos cree que conoce, acerca del futuro de la empresa y sobre esa base decide si mantener las acciones o venderlas.

A este accionista empresario la nominatividad obligatoria lo afecta con respecto a la conducta frente a la hacienda puesto que la acción al portador le permite ocultar cuál es la distribución de los paquetes accionarios, es decir, ocultar de donde proviene realmente el poder dentro de la sociedad y cuáles son los vínculos entre sociedades, permitiendo así los manejos de fondos y otros de todos conocidos.

El accionista especulador no es en realidad un socio y a veces su comportamiento frente a la sociedad es antisocial. Se interesa en la crisis que hace bajar los títulos para adquirirlos y revenderlos luego con ganancia. A las dos categorías anteriores les interesa una cierta estabilidad de los títulos, de los dividendos, de las rentas. Al accionista especulador en cambio, le interesa el curso de la cotización y desea la evasión y la inestabilidad.

Las dos categorías anteriores no realizan frecuentes cambios de títulos o contratación sobre los mismos, mientras que para el es-

peculador esa constante contratación es necesaria: compra y vende constantemente. Para él es necesaria la máxima plasticidad del mercado.

A este accionista especulador la nominatividad obligatoria no lo afecta: está interesado en una ágil circulación del título, sea al portador o no; le interesa que las negociaciones no sean obstaculizadas porque el presupuesto de la actividad económica del especulador es un mínimo de amplitud de mercado, que garantice una colocación rápida del título en el momento oportuno. Le interesa que la circulación del título no sea gravada con un impuesto. No le interesa que el título sea nominativo para fines fiscales pues en la mayoría de los casos cuando se paguen los dividendos aquél ya no será suyo. No tiene tampoco interés en la administración y por tanto no tiene tampoco interés en el anonimato. La Bolsa, como especulador, no se ve pues afectada con la nominatividad obligatoria.

## E) ACCION AL PORTADOR Y DESARROLLO ECONOMICO

Creo que en este caso el problema debe plantearse en estos términos:

Partiendo del supuesto de que el desarrollo económico en los sectores subdesarrollados requiere de las inversiones externas de capital, un incentivo a las inversiones extranjeras lo dan el anonimato de las acciones al portador y la posibilidad que estas otorgan de realizar manipulaciones fiscales a fin de tributar en las escalas más bajas del impuesto sobre la renta.

He querido plantear el problema en los términos anteriores sin eufemismos porque no es cierto que la acción al portador sea buscada por la gran movilidad que da a las transferencias de capital. En primer término el inversionista que viene a nuestras zonas no busca la especulación bolsística por una parte y por otra no la pretende porque simplemente la Bolsa no existe, y aun en el caso de que existiera, en la Bolsa de Valores no es requisito "sine qua non" de su funcionamiento la existencia de títulos al portador; lo demuestra la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica —que como dice Ascarrelli "en materia de negocios y de bolsa de

valores "se ne intendono"— la de Inglaterra y otros países miembros o ex miembros del Commonwealth y la de todos aquellos Estados que por una u otra vía han eliminado o bloqueado el uso de las acciones al portador.

Por otra parte el grueso de las inversiones extranjeras en el mundo son norteamericanas. "La inversión privada estadounidense directa en el exterior representaba en 1968 un 63 por ciento de la inversión privada en el exterior...<sup>(61)</sup> De esas empresas norteamericanas, en 1957, 45 de ellas controlaban el 57 por ciento del valor total de las inversiones directas en el mundo.<sup>(62)</sup> Por razones obvias esos porcentajes son mayores en relación con las inversiones extranjeras en Costa Rica y estaríamos obligados a reconocer que en lo que a inversiones extranjeras se refiere, nuestras regulaciones deben tomar en cuenta fundamentalmente la mentalidad del inversionista norteamericano. Este inversionista, si es un hombre de negocios sano y no un aventurero y estafador internacional, viene de un mundo en donde la acción al portador no existe. Este tipo de títulos no es para él un esquema mental condicionador en la realización de negocios. El inversionista sano persigue cosas diversas al anonimato y a la defraudación fiscal. Resulta maleado más bien ya en relación con nuestro ambiente y lo cierto es que un inversionista que venga a invertir confiando en la defraudación fiscal y en el anonimato, no creo que sea una valiosa adquisición para el país.

En todo caso, sobre este asunto se ha dicho mucho y no se han aportado datos concretos. Lo que pretendo hacer precisamente es aportar datos concretos, estadísticas ciertas, a la discusión del problema, en modo tal que se puedan hacer juicios objetivos y no meras lucubraciones y suposiciones seudoeconómicas sin ningún fundamento real.

Ya vimos que Italia es uno de los países en donde no existen las acciones al portador, como regla general. Precisamente, sobre la hipótesis de que la acción al portador atrae al inversionista como la miel a las abejas, se realizó en Italia un cambio de legislación que paso a explicar en su contenido y en sus efectos.

(61) CEPAL-ONU, *La expansión de las empresas internacionales y su gravitación en el Desarrollo Latinoamericano*, cuarta parte del Estudio económico de América Latina, 1970", New York, 1971, 304-305.

(62) Departamento de Comercio, EE.UU., *Business Investments in Foreign Countries*, p. 144, cit. por Héctor Melo, en *Empresario Nacional y Desarrollo Socioeconómico de América Latina*, CEDAL, Costa Rica, 1972.

Como argumento de discusión podría pensarse que el inversionista pudiera sentirse atraído por la acción al portador que le permite interesantes manipulaciones tributarias y el anonimato. Desde ese dato se partió en Italia en lo que podríamos llamar la segunda etapa de su proceso legislativo. Si el inversionista está interesado en el anonimato o en otras ventajas que las acciones al portador le dan, un modo de atraer las inversiones a ciertas zonas subdesarrolladas es permitir dentro de ellas el uso de las acciones al portador. En esta filosofía se basaron las leyes italianas para el uso de las acciones al portador en las regiones subdesarrolladas, Sicilia, Cerdeña, Trento-Alto Adige y Valle de Aosta. Permitiendo el uso de acciones al portador en aquellas sociedades que se formaran, bajo ciertas condiciones (industrias nuevas principalmente para la construcción de naves en Sicilia; igualmente en Cerdeña; industrias y comercio nuevos especialmente en cuanto a turismo y para renovar y dar mayor vitalidad a las actividades industriales o comerciales ya existentes en Trento-Alto Adige) se pensó que muchos inversionistas buscarían establecer sus inversiones en esas regiones lo que ayudaría a su desarrollo económico. Al fin y al cabo, se decía, al inversionista le gusta el anonimato y el poder manipular el capital con fines de evasión fiscal.

Pero los resultados han demostrado una cosa bien distinta de lo que se había pensado. El inversionista no está interesado tanto en el anonimato como en la productividad de su empresa; no está interesado tanto en el menor volumen de obligaciones tributarias como en la posibilidad de encontrar tranquilidad política, buena y eficiente mano de obra, buen mercado, buenas condiciones de transporte de materias primas y de otros servicios, etc. Ciertamente el inversionista está interesado en pagar menos impuestos y en muchos casos en mantenerse tras el biombo del anonimato producido por las acciones al portador, y cuando el sistema jurídico se lo permite se ampara tras estas. Pero tales elementos vienen a ser secundarios frente a otros de mayor trascendencia y de índole económica más productiva.

A tal propósito creo que resulta interesante transcribir los siguientes datos estadísticos. Diez años después de introducidas en Italia las leyes que permiten el establecimiento de acciones al portador (es decir al final de 1968) "solamente el 4.2 por ciento del capital total de las sociedades italianas era al portador... si se tiene

en cuenta que la población total de la región de Sicilia, de la región de Cerdeña y de la región de Trento-Alto Adige es siete millones ciento noventa y un mil seiscientos seis habitantes, es decir el 7.5 por ciento de la población total italiana, tal porcentaje confirma que el **anonimato accionario no constituye un incentivo eficaz para llenar la diferencia entre norte y sur...** se ha hecho notar que las previsiones de los tres ordenamientos regionales hoy vigentes... han sido cada una de ellas más liberales que la anterior (permitiendo a un mayor número de empresas y más diversificadas, acogerse al beneficio. A tal ampliación cualitativa, no ha correspondido, como se ha notado, una correspondiente ampliación cuantitativa, **probablemente también porque la acción al portador no interesa al inversionista extranjero...**<sup>(63)</sup>

A tal punto la acción al portador no ha tenido importancia en la determinación de las inversiones nacionales o extranjeras que las nuevas leyes tributarias que se pretende establecer en Italia tienen entre sus directivas fundamentales eliminar definitivamente las acciones al portador en las regiones a estatuto especial (Sicilia, Cerdeña, Trento-Alto Adige y Valle de Aosta en donde no se permitió —en este último caso— su introducción por razones constitucionales).

"La acción al portador, dice el Profesor Lanza,<sup>(64)</sup> prevista por las leyes regionales ha quedado como un fenómeno marginal en la vida de las sociedades italianas, destinado a desaparecer con la llegada de la nueva legislación tributaria".

Y, efectivamente, el artículo 11, inciso 13 del "Proyecto de ley sobre la reforma tributaria confiada al Ejecutivo por delegación del Poder Legislativo, manifiesta que deberá establecerse... 13. La abolición de la derogatoria al principio de la nominatividad obligatoria de los títulos accionarios previstos en las leyes de regiones a estatuto especial."<sup>(65)</sup>

Dejo con lo anterior cumplido mi cometido de presentar a los estimables colegas participantes en este Congreso una relación sobre las acciones al portador. He querido en la misma exponer los puntos principales que dentro de las ramas escogidas por la comisión, pue-

(63) LANZA Amilcare, *Brevi note sulle azioni al portatore nelle regioni*, Riv. Soc. 1969, 1108.

(64) Op. cit., 1108.

(65) Ver Riv. Soc., 1969, V, 1636.

den prestarse a una mayor discusión y argumentación alrededor de la posibilidad de introducir en Costa Rica una nominatividad obligatoria. Debo insistir en que me he visto obligado a desarrollar la relación en tales términos y no en otros más amplios y, desde el punto de vista estrictamente científico, quizá más proficuos, en vista de la decisión de la comisión de discutir única y exclusivamente alrededor de la conveniencia o inconveniencia de la introducción en Costa Rica de la dicha nominatividad obligatoria. Espero que la benevolencia de los estimables colegas sabrá pasar por alto las deficiencias de este trabajo.



## EL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES

MAURO MURILLO

### SUMARIO:

1. Introducción.
2. Naturaleza jurídica del Tribunal.
3. El Tribunal como órgano independiente.
4. Organización.
5. Atribuciones.
6. El Registro Civil.

### 1. INTRODUCCION

La escogencia del tema ha sido meramente accidental.

El objeto del trabajo es el de contribuir con un más bien insignificante aporte a la ardua tarea de la construcción de nuestro Derecho Público.

Un tratado de nuestro Derecho Público (de cualquiera de sus ramas) no existe. Y no existirá durante mucho tiempo, por la sencilla razón de que falta toda la base. Esta se elabora a través del tiempo, a través de cientos de aportes.

Nuestro sistema de Derecho Público no podrá construirse sino como resultado de todos estos esfuerzos, que están apenas en ciernes.

Hablamos de nuestro Derecho Público no por caso. Hacer Derecho Público en términos generales es mera calistenia mental. Lo que urge es la sistematización de nuestro Derecho positivo, el examen minucioso, exhaustivo, de nuestra legislación.

Dentro de esta línea, de interpretación de nuestras normas, aunque necesariamente utilizando las ideas que nos suministra la

doctrina extranjera, pretendemos ubicar el escrito que sigue, fundamentalmente de Derecho Constitucional.

## 2. NATURALEZA JURIDICA DEL TRIBUNAL

El artículo 99 de nuestra Constitución define al Tribunal Supremo de Elecciones como "organismo", al señalar que de éste "dependen los demás organismos electorales".

"Organismo" es ciertamente un término ambiguo, en tanto bien puede significar "órgano" como "ente". Pero debe reconocerse que la Constitución sólo lo usa en el sentido de órgano. Este debe ser precisamente nuestro punto de partida: el Tribunal es un órgano y no un ente. La demostración de lo anterior deriva no sólo de la terminología empleada por la Constitución: deriva igualmente de la índole de la función ejercida, que debe (aunque por supuesto la Constitución podría disponer lo contrario) ser centralizada. Ambas circunstancias hacen presumir su naturaleza de mero órgano, sin que haya razón alguna que pueda inducirnos a creer otra cosa.<sup>(1)</sup>

Por supuesto que no es suficiente advertir que el Tribunal es un órgano. Debe además decirse órgano de quién, de cuál persona.

Lógicamente lo es del Estado. Específicamente<sup>(2)</sup> del Gobierno, entendido como elemento del Estado-ordenamiento, aunque ésta no es la acepción de "Gobierno" que utiliza nuestra Constitución.

Queda entonces por determinar qué tipo de órgano es el Tribunal. Concretamente, podríamos plantearnos la cuestión de si es el Tribunal un Poder.

Para justificar la pregunta, baste señalar que el proyecto de Constitución enviado por la Junta de Gobierno a la Asamblea Constituyente que emitió el texto que comentamos, definía también al Tribunal como "organismo" (artículo 127), aunque tenía al Electoral como un cuarto poder (artículo 7º).

(1) En la Ley Orgánica del Tribunal existe una curiosa disposición, según la cual al Presidente del mismo corresponde "ejercer la representación legal del Tribunal" (art. 13. d).

(2) En nuestro medio el vocablo "Estado" tiene tres acepciones: como ordenamiento en sentido amplio o sea el Estado-comunidad; como Gobierno (Gobierno en sentido amplio), o sea el estado-persona; y como Administración Pública (Estado-persona más antes descentralizados).

En verdad el interrogante no es de difícil solución. La Constitución expresamente señala que existen solamente tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial (artículo 9º).<sup>(3)</sup>

Pero si se estimare que no es suficiente lo dispuesto por el artículo 9º, es decir, que es lícito discutir si el Tribunal es o no Poder, en atención a que aunque no lo está como tal calificado expresamente sin embargo, bien podría estar organizado como Poder, entonces habría que recurrir a este último concepto.

Poder, en sentido subjetivo, con mayúscula, es decir como figura organizativa, es un órgano. Es, más exactamente, un órgano de órganos, en cuanto todo Poder está a su vez constituido por varios órganos (igualmente contemplados por la Constitución, al menos los fundamentales).

Este conjunto de órganos se distingue, primero, por su ubicación, pues se encuentra dentro del Gobierno del Estado; y, segundo, por su actividad. Es en efecto esencial en el Poder el desarrollo de una de las tres funciones públicas clásicas: legislativa, administrativa y judicial. Cada Poder ejercita una función, pero como todo órgano tiene que desarrollar alguna de las tres funciones clásicas, dicho así no se lograría mayor precisión. Debe entonces agregarse que el Poder, cada Poder tiende a ejercer en forma monopolística una función. Se dice "tiende" porque como se sabe la atribución a cada Poder de una función no es hecha en forma exclusiva sino prevaleciente. Pero lo típico de un Poder es aquella tendencia, puesto que la atribución a un Poder de función distinta de aquella que lo define se hace sólo como excepción.

Ahora bien: el Tribunal realiza en forma prevaleciente una función administrativa, cual es la electoral. Como ya existe un Poder administrativo (el Ejecutivo), lógicamente no podría haber otro. Es por esto que el Tribunal no puede ser un Poder.

Es obvio que lo dicho define al Tribunal sólo negativamente. Queda siempre por ver qué es lo que es el Tribunal.

Hay una cuestión previa: el Estado (Estado-persona), es sólo la suma de los tres Poderes enumerados en el artículo 9º?

Si el Tribunal no es un Poder, ni tampoco está fuera del Estado-persona, debe entonces resolverse si el Tribunal integra

(3) La suma de estos tres Poderes es lo que llama la Constitución "Gobierno" (mismo art. 9º).

o no alguno de los tres Poderes del Gobierno. Ello por cuanto hemos dicho que los Poderes son conjuntos de órganos y bien podría darse que el Tribunal no sea más que un órgano integrante de algún Poder. Parece claro que de serlo lo sería del Ejecutivo, dada la naturaleza de su función (prevaleciente). La pregunta es, dicho en forma quizá menos imprecisa, si el Tribunal reúne las condiciones propias de los órganos que integran los Poderes, pues la cuestión quedaría por sí sola resuelta si el Tribunal no llenare aquellas condiciones.

En cada Poder encontramos un órgano que está a la cabeza del mismo, y otros órganos que de él dependen. En el Poder Legislativo el órgano "supremo" es el Plenario; en el Judicial la Corte Suprema de Justicia; en el Ejecutivo la Presidencia. De estos órganos dependen otros, dependencia que puede darse en múltiples formas (jerárquicas o no). Pero lo típico de estos otros órganos no es sólo ello: tienen además una vinculación funcional inmediata entre sí, en forma tal que en el ejercicio mismo de la función están íntimamente relacionados.

El artículo 99 de la Constitución prescribe que "la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de sus funciones". La Constitución, pues, ha sancionado expresamente la independencia del Tribunal. Tal garantía es suficiente, a nuestro modo de ver, para excluir toda posibilidad de que el Tribunal forme parte de Poder alguno. Más bien la independencia conferida por la Constitución debe entenderse que la ha establecido precisamente frente a los Poderes del Estado.

Dentro del Estado-persona hay entonces un tipo genérico de órganos, creados por la Constitución misma y dotados de una garantía específica: de independencia. Estos son los órganos constitucionales. Ellos son los tres Poderes, el Tribunal Supremo de Elecciones, y además la Contraloría General de la República (que la enumeramos sin más por no ser objeto sino indirectamente de nuestro estudio).

Sin embargo, queda aún una cuestión por tratar, antes de dar por concluida la respuesta a la pregunta de cuál es el tipo de órgano que es el Tribunal.

El Estado-persona no está compuesto exclusivamente por órganos constitucionales (aún sin salirnos del campo de las normas constitucionales). Ello habida cuenta de que existen otros órganos, igualmente creados por la Constitución. Valgan como ejemplos el "organismo técnico" de que habla el artículo 57, el "Consejo Superior" referido en el 81, el "Departamento especializado" sancionado en el 177. Pero todos estos órganos se caracterizan por la falta de independencia, de cuya garantía adolecen. Son los órganos con relevancia constitucional.

El Tribunal entonces no es un órgano con relevancia constitucional, por ser independiente.

### 3. EL TRIBUNAL COMO ORGANISMO INDEPENDIENTE

Se trata ahora de examinar cuál es el contenido de aquella independencia atribuida al Tribunal, o, lo que es lo mismo, cuáles son las relaciones que corren entre el Tribunal y los demás órganos constitucionales.<sup>(4)</sup>

#### a) Empecemos con el análisis de las vinculaciones con el Poder Legislativo.

Es ocioso afirmar que el Tribunal no está sujeto a órdenes ni directrices de la Asamblea Legislativa, y que sí está en cambio sometido a la ley.

La sujeción a la ley es de rigor, pues el nuestro es un Estado de Derecho. Lo que interesa al respecto no es entonces recalcar un hecho tan claro sino sus alcances (límites y excepciones).

El principal límite que nos interesa resaltar es el que deriva de la independencia del Tribunal ya referida. La sanción de tal independencia confiere una garantía en favor de dicho órgano, garantía precisamente (como ya se dijo) entre otros frente al Poder Legislativo. El límite consiste en la imposibilidad de parte de este Poder de establecer normas que afecten aquella independencia.

(4) La independencia del Tribunal podría ser examinada desde otro punto de vista, precisamente como reacción contra el régimen anterior. En realidad no hubo quien no estuviera de acuerdo en que la "autonomía de la función electoral" (inciso 1º del art. 95) era indispensable para garantizar la pureza del sufragio. Esta reacción fue la que incluso llevó a concebir al Tribunal como Poder, en el proyecto de Constitución de la Junta de Gobierno.

El Legislativo no puede votar leyes que establezcan restricciones o vínculos en perjuicio del Tribunal, no previstos por la Constitución.

Otro límite, ya no relativo al contenido de las leyes sino al procedimiento legislativo, es el de la necesidad de obtener la Asamblea del Tribunal su parecer previamente a emitir leyes relativas a la materia electoral (artículo 97.1).

Exclusiones de la potestad normativa de la Asamblea respecto del Tribunal se dan dos, una relativa y otra absoluta.

En la primera se excluye temporalmente el ejercicio de la potestad, sin que se le atribuya a otro órgano. Según el artículo 97.2, dentro de cierto período pre y post-electoral, la Asamblea no puede dictar leyes respecto de las cuales el Tribunal ha emitido parecer contrario.

En la segunda, la exclusión de la potestad legislativa es total. El artículo 102 inciso 3) prescribe la competencia exclusiva del Tribunal en materia de interpretación de las normas constitucionales<sup>(5)</sup> y legales electorales. Se excluye, pues, la posibilidad de una interpretación auténtica.

Otra relación está prevista en el artículo 98.2. La Asamblea es la que determina si un partido político es o no de los prohibidos por la Constitución, pero no puede resolver sin "previo informe" del Tribunal. Se trata por supuesto de una relación de colaboración.

También de este tipo es la relación contemplada en el inciso 5º del artículo 102. El Tribunal es el que resuelve las denuncias sobre parcialidad política o sobre actividades políticas de los servidores del Estado, pero en tratándose de ciertos funcionarios se limita a "dar cuenta" a la Asamblea.

Todas las precitadas normas serán analizadas posteriormente con el detalle suficiente.

(5) Es dudoso hasta qué punto la competencia exclusiva de interpretación de las normas constitucionales sea un caso de exclusión de potestad normativa de la Asamblea. En el fondo de esta cuestión lo que está es el problema (que aquí no se resuelve) de si la Asamblea puede o no interpretar la Constitución. En la Constituyente se presentó una moción para reducir las atribuciones interpretativas del Tribunal a las solas normas legales. Los opositores se basaron en que al Tribunal debía quedar todo lo relativo a la materia electoral, y que si no se le daba la atribución de interpretar las normas constitucionales ello lo haría entonces la Asamblea (Acta Nº 100 de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente).

También puede hablarse de relaciones del Poder Legislativo con los miembros del Tribunal (los Magistrados), las que se dan en materia de privilegios de aquellos, aspecto que se tratará más adelante.

#### b) Véamos ahora las relaciones del Tribunal con el Poder Judicial.

El análisis debe centrarse en el artículo 103, conforme al cual las "resoluciones" del Tribunal "no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato". Múltiples cuestiones plantea esta norma.

Se habla de "resoluciones", pero es lo cierto que el Tribunal emite actos de muy diversos tipos. Sin pretender hacer una clasificación útil para otros efectos, debemos decir que el Tribunal emite no sólo resoluciones sino también órdenes y normas, que dicta actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, y que sus actos pueden referirse a materia electoral, civil o laboral.

El primer problema es pues si "resolución" está usado en sentido estricto.

El presupuesto de la resolución es una petición que viene decidida por el órgano. La petición, por otra parte, implica un conflicto de intereses, aún frente al mismo órgano decidente.

Pero por otro lado, la intención de la norma es clara: tiende a darle estabilidad a ciertos actos, entre los cuales fundamentalmente la "declaratoria" sobre los resultados de las elecciones. Actos como éste es dudoso que entren dentro del concepto de resolución expuesto, de donde debe seguirse que no se utilizó una acepción restringida de "resolución".

Aparte de ello, las resoluciones de que habla la Constitución tienen que ser las referidas a las materias que constituyen el objeto de la actividad del Tribunal, o sea su giro ordinario, su especialidad. Esto excluiría la materia laboral (administración de su personal) y contractual, puesto que tales actividades son meramente instrumentales en relación con aquellas cuyo desarrollo configura la finalidad del órgano. Pero tampoco sería exacto reducir los alcances de la norma en cuestión refiriéndola sólo a la materia electoral, propiamente dicha, pues el Tribunal no fue creado solamente para administrar tal materia. Baste como prueba señalar el encargo de admi-

nistrar el Registro Civil (artículo 104), y la posibilidad de que por ley se le confiera cualquier otra atribución (artículo 102, inciso 9).

Se impide toda suerte de "recurso" contra las resoluciones del Tribunal. La excepción hecha del prevaricato es inútil, no tanto porque es propiamente una acción y no un recurso (ya que tampoco entendemos que "recurso" se usó en sentido restringido, pues precisamente lo que fundamentalmente allí se niega es el recurso contencioso-administrativo, que es también una acción), como cuanto porque el prevaricato, por ser delito, está referido más bien a la responsabilidad del agente; es decir, los recursos se refieren al acto, en tanto que el prevaricato se refiere al funcionario.

Si la expresión de la salvedad de prevaricato tendió a aclarar la norma, más bien la confundió, porque ahora cabe preguntarse: es que están los miembros del Tribunal excluidos de cualquier otra responsabilidad penal o de responsabilidad civil?, interrogante que sin embargo no puede sino tener una respuesta afirmativa, a nuestro juicio, dado que tales responsabilidades son de principio.

Los "recursos" que resultan negados son las acciones jurisdiccionales (civil y contencioso-administrativa, en su caso). Esta negativa es precisamente la que da al Tribunal su carácter de órgano jurisdiccional, pues éste queda facultado para dictar resoluciones con valor de cosa juzgada material.<sup>(6)</sup>

Pero existen otros recursos, garantizados por la misma Constitución, que deben aquí ser examinados. Nos referimos, en primer término, al de Hábeas Corpus (artículo 48.1). Un problema de privación de libertad personal en relación con el Tribunal bien puede darse, toda vez que éste puede emitir órdenes dirigidas a la fuerza pública que bien podrían comprender la detención (artículo 102 inciso 6º). El recurso debe admitirse, en nuestro criterio, por cuanto no estaríamos frente a una "resolución" sino más bien ante una orden, y aún usándose resolución en sentido amplio no podría llegar a comprender las órdenes.

(6) Uno de los constituyentes, defensor del 103, sostuvo que era necesario mantener esta disposición "para que en el futuro, por ejemplo, nadie pueda pretender que las decisiones del Tribunal sean apelables ante el Ministerio de Gobernación" (Acta 76 de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente). Por supuesto que semejante duda seriamente no puede siquiera plantearse.

Nos referimos también al recurso de Amparo, pues es fácil que se presente una de las situaciones previstas por el párrafo 3º del artículo 48. En principio, es nuestro criterio, debe rechazarse la posibilidad de un recurso de esta especie, por cuanto podría dejar sin efecto, al menos parcialmente, el artículo 103 que nos ocupa. Sin embargo, tal rechazo debe referirse solamente a las atribuciones propias (las exclusivas) del Tribunal. El recurso de Hábeas Corpus lo admitimos en todo caso precisamente porque no se daría respecto de las atribuciones que constituyen objeto del Tribunal, sino más bien respecto de poderes meramente instrumentales.

El otro recurso establecido en la Constitución es el de inconstitucionalidad. La solución aquí es más fácil, pues el artículo 10 sólo se refiere a actos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y hemos precedentemente determinado que el Tribunal no integra Poder alguno.

Aún se puede hablar de otros recursos, de los internos. De la apelación no tiene sentido ocuparse, pues en verdad cuando el artículo 103 se refiere al Tribunal entiende como tal el órgano colegiado formado por los Magistrados. El discurso se reduce entonces a la revocatoria.

Admitimos de principio la revocatoria, salvo en dos casos: a) cuando se trate de una resolución dictada con motivo de un recurso presentado contra un acto de un órgano inferior (v.gr: contra una "resolución" del Registro Civil); b) cuando se trate de aquellas decisiones fundamentales como la declaratoria de los resultados de las elecciones. Este último porque la finalidad del artículo 103 ha sido básicamente la de evitar toda suerte de posibilidad de poner en duda tal tipo de decisiones, por razones obvias.

El recurso extraordinario de revisión, previsto en el párrafo 2º del artículo 42, no parece tener aquí aplicación, pues por ser extraordinario requiere texto expreso. La misma redacción de dicho párrafo así lo sugiere: "Se prohíbe reabrir causas . . . , salvo cuando proceda el recurso de revisión".<sup>(7)</sup>

(7) El artículo 91 de la Constitución del 71 facultaba formular reclamaciones ante el Congreso por nulidad en las elecciones de sus miembros.

c) Ocupémosnos de las relaciones con el Poder Ejecutivo.

Quizá el aspecto más relevante es el relativo a la materia presupuestaria, en donde se da una verdadera dependencia del Tribunal. La preparación del proyecto de presupuesto nacional corresponde al Poder Ejecutivo; el Tribunal sólo elabora un anteproyecto, que puede ser objetado por aquel Poder, salvo los gastos programados "para dar efectividad al sufragio" (artículo 177). La ejecución del presupuesto es igualmente atribuida al Ejecutivo,<sup>(8)</sup> y es donde se hace más manifiesta la apuntada dependencia.

Otras relaciones, de menor monta, serán examinadas cuando veamos las atribuciones del Tribunal.

d) Quedan por estudiar las relaciones con la Contraloría General de la República.

En punto a las atribuciones fiscalizadoras de la Contraloría, cabe advertir que no se presenta una situación especial para el Tribunal, sino que éste está sujeto a dicho control del mismo modo que los otros órganos constitucionales. Según el artículo 184, a la Contraloría compete fiscalizar la ejecución de los presupuestos, y aprobar toda orden de pago contra los gastos del Estado.

#### 4. ORGANIZACION.

La Constitución prevé solamente tres órganos: a) El Tribunal, órgano colegiado; b) las Juntas Electorales; y c) el Registro Civil.

El Tribunal en sentido estricto (órgano colegiado) es el órgano supremo del Tribunal en sentido amplio (como órgano de órganos). Está integrado por Magistrados, ordinariamente en número de tres (con seis suplentes), y para la época electoral (desde un año antes y hasta seis meses después de la fecha de las elecciones) en número de cinco (con cuatro suplentes), de nombramiento de la Corte Suprema de Justicia (por acuerdo que requiere mayoría de dos tercios de sus miembros). Artículo 100.

(8) En este trabajo se da por un hecho que la ejecución del presupuesto nacional corresponde al Ejecutivo, sobre todo con base en la legislación vigente. En realidad las diversas normas de la Constitución que tratan el problema merecen una cuidadosa exégesis.

Las Juntas Electorales están previstas en el artículo 93. La Constitución se limita a decir que ante ellas se ejerce el sufragio.<sup>(9)</sup>

El Registro Civil está regulado en el artículo 104. Esta norma sólo se ocupa de sus funciones. Sin embargo, en los artículos 109, inciso 4º, y 132, inciso 5º, se habla de un "Director".

En cuanto a los Magistrados del Tribunal, la Constitución se remite a diversas disposiciones establecidas en la ley (Ley Orgánica del Poder Judicial) para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Así, los Magistrados del Tribunal deben reunir los mismos requisitos (y, por extensión, no estar comprendidos en las prohibiciones o incompatibilidades en lo conducente) establecidos para los miembros de la Corte (artículo 100.1).

Por otra parte, están equiparados a los Magistrados de la Sala de Casación en cuanto a jornada mínima de trabajo, remuneraciones y demás condiciones de trabajo (estas últimas "en lo que fueren aplicables"), conforme al artículo 103. El derecho a igual remuneración va referido lógicamente no sólo al sueldo base establecido en la Ley de Presupuestos sino también a las demás ventajas que integran el salario (v. gr: aumentos periódicos).

Duran en su cargo seis años, pero son reelegibles indefinidamente. Cada dos años se renueva un propietario y dos suplentes (artículo 100.1).

Gozan de las "inmunidades y prerrogativas que corresponden a los miembros de los Supremos Poderes" (artículo 101.2). Para conocer cuáles son esos privilegios, debe precisarse antes quiénes son los "miembros de los Supremos Poderes".

Los Supremos Poderes son los Poderes Públicos (terminología del 182). Es decir, los tres Poderes de que habla el artículo 9º. O sea que "Supremos" aquí no agrega nada.

En el artículo 96.2, los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo son los electos popularmente. En el inciso 8º del artículo 121 se incluyen los Ministros de Gobierno entre aquellos miem-

(9) El Código Electoral (Ley Nº 1536/52) habla de "Juntas Electorales" en un sentido más amplio. Comprende las Juntas Provinciales, las Cantonales y las Receptoras (artículos 11 y 12).

bros. En el inciso 9° del mismo artículo se excluyen el Presidente y los Vicepresidentes de tales miembros. Todo esto en realidad no va más allá de una demostración de descuido en la redacción de la Constitución: miembros de los Supremos Poderes son todos aquellos que integran los órganos (a su vez constitucionales) enmarcados dentro de ellos. Son, entonces, el Presidente, los Vicepresidentes, los Ministros, los Diputados y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Aunque sin un análisis específico, debemos ahora señalar los privilegios establecidos para dichos miembros.

Las reglas generales están contenidas en el artículo 121. El inciso 9°, referido a delitos cometidos en el ejercicio del cargo, señala que es a la Asamblea a la que corresponde declarar por dos tercios de votos si hay lugar a no a formación de causa. El inciso 10, referido a delitos "comunes", atribuye a la Asamblea la potestad de suspender a los funcionarios en cuestión.

La irresponsabilidad por sus "opiniones" de los Diputados (artículo 110.1) no es aplicable a los Magistrados del Tribunal, pues para probar su responsabilidad basta recordar el artículo 103 que les declara sujetos al prevaricato.

La imposibilidad de arresto de los Diputados "por causa civil" durante las sesiones, salvo autorización de la Asamblea (artículo 110.1) se aplica a los Magistrados pero refiriéndola a toda época, por ser continuo el trabajo del Tribunal.

El párrafo 2° del artículo 110, referido siempre a los legisladores, introduce el supuesto del flagrante delito, en cuyo caso cabe la detención, sin perjuicio de que la Asamblea ordene la libertad del funcionario.

De las inmunidades del Presidente y Vicepresidentes se ocupó el artículo 151, innecesaria e imperfectamente. Dado que éste no es nuestro tema, nos limitamos a presumir que el artículo en nada contradice las normas generales indicadas supra.

Lo mismo decimos en cuanto al artículo 165, relativo a los privilegios de los Magistrados de la Corte.

## 5. ATRIBUCIONES.

Expondremos primero sus atribuciones de índole administrativa, para luego ver aquellas jurisdiccionales y legislativas.

### a) Atribuciones de administración activa.

1) Convocar a elecciones (artículo 102 inciso 1°). Se refiere a las elecciones de Presidente, Vicepresidentes, Diputados, Regidores y Síndicos. No se dice cuándo debe hacerse, pero deberá ser lógicamente suficientemente antes de dichas elecciones, y la Constitución sólo se refiere a la de Presidente y Vicepresidentes, que debe realizarse el primer domingo de febrero del año en que finaliza cada período (artículo 133).

2) Nombrar a los miembros de las Juntas Electorales (artículo 102.2). Tales Juntas son las encargadas de recibir el voto (artículo 93).

3) Vigilar por la efectividad de la garantía de libertad política durante las elecciones (artículo 102.6). Para ello puede utilizar la fuerza pública. Pero no queda clara la forma de esta utilización. Según el artículo 102, tal utilización será directa. "Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes, etc.", en tanto que conforme al artículo 140.9° la utilización más parece indirecta: es atribución o deber del Poder Ejecutivo (Presidente y Ministro) "ejecutar y hacer cumplir todo cuanto . . . dispongan . . . los organismos electorales . . .".

La fuerza pública está compuesta por las fuerzas de policía (artículo 12). En situación de defensa nacional, el Tribunal puede igualmente disponer de las fuerzas militares (que también integran la fuerza pública), lo que por otra parte indica largamente que ni aún en tal caso los procesos electorales pueden suspenderse.

4) Realizar el escrutinio de los votos (artículo 102.7), o sea su calificación y cómputo. El recuento definitivo corresponde al Tribunal. Este interviene en todas las elecciones populares.<sup>(10)</sup>

5) Declarar el resultado de las elecciones (Artículo 102 8°). El Tribunal declara quiénes quedaron elegidos. Respecto de las elec-

(10) El escrutinio de los votos para Presidente era realizado por el Congreso, en la Constitución de 1871.

ciones para Presidente y Vicepresidentes, la declaratoria debe hacerse dentro de los treinta días hábiles siguientes.

#### b) Atribuciones de control.

1) Aprobación de los gastos electorales de los partidos políticos (art. 96, párrafo 2º inciso d) a fin de recibir el reembolso de los gastos efectuados por los partidos políticos, estos deben comprobarlos ante el Tribunal.

2) Determinación de parcialidades políticas o actividades políticas de altos funcionarios (artículo 102.5). El Tribunal puede investigar estos hechos, en relación con el Presidente (se excluye a los Vicepresidentes), Ministros (de Gobierno y Diplomáticos), Contralor y Subcontralor Generales, y Magistrados de la Corte, y si concluyere con la existencia de los mismos dará cuenta de ello a la Asamblea Legislativa, para la aplicación de los incisos 9) y 10) del artículo 121, en su caso.

#### c) Atribuciones consultivas.

1) Dictaminar sobre proyectos de ley (artículo 97). La Asamblea debe oír al Tribunal previamente a discutir cualquier proyecto de ley relativo a la materia electoral.

El dictamen negativo del Tribunal es semivinculante, pues la Asamblea puede apartarse de él sólo con el voto de los dos tercios de sus miembros. En época electoral (seis meses antes y cuatro después de las elecciones), el dictamen negativo resulta vinculante, pues la Asamblea no podría aprobar el proyecto.

La falta de audiencia, de la mayoría calificada, en su caso, o la separación del dictamen vinculante señalado, producen obviamente la inconstitucionalidad de la ley.

2) Dictaminar sobre la ilicitud de los partidos políticos (artículo 98.2). Sabido es que conforme a la Constitución resultan prohibidos los partidos que “tiendan a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica,<sup>(11)</sup> o que atenten contra la

(11) Cuáles son esos fundamentos fue ampliamente explicado por el constituyente VOLIO SANCHEZ (V. Acta Nº 81 de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente).

soberanía del país”, según sus programas, medios de acción o vinculaciones internacionales. La determinación de si la norma es aplicable o no corresponde a la Asamblea, pero ésta no puede resolver sin un dictamen previo del Tribunal, meramente informativo.

#### d) Atribuciones jurisdiccionales.

La jurisdiccionalidad de las resoluciones del Tribunal resulta formalmente de la ya apuntada irrecorribilidad consagrada en el artículo 103.

En particular, podemos señalar dos casos:

1) Resolver las apelaciones que se presenten contra el Registro Civil y las Juntas Electorales (artículo 102.4). Se habla de “resoluciones apelables”, con lo cual se da margen a que algunas resoluciones de dichos órganos no sean susceptibles de alzada.<sup>(12)</sup> Sin embargo, las decisiones sobre adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad, y suspensión y recuperación de la ciudadanía, son apelables en todo caso (artículo 104.2).

2) Resolver los casos de parcialidad y actividad políticas de funcionarios públicos, con excepción de los altos funcionarios (situación esta última ya examinada). El inciso 5) del artículo 102 dice: “Investigar por sí o por medio de delegados, y pronunciarse con respecto a toda denuncia formulada por los partidos...”, sin dejar claro si el Tribunal podría o no actuar de oficio, lo cual no parece posible. La resolución del Tribunal no excluye la responsabilidad penal prevista en las leyes, e implica, primero, inhabilitación para ejercer cualquier cargo público, por dos años; y, segundo, causa obligatoria de destitución. Esta se convierte en un acto constitucionalmente obligado.<sup>(13)</sup>

La inhabilitación señalada es indudablemente de índole penal.<sup>(14)</sup> Por ello es aplicable en la especie la garantía de defensa sancionada en el artículo 39.<sup>(15)</sup>

(12) Sin embargo, la Ley Orgánica del Tribunal (Nº 3504/65) tiene como apelables todas las resoluciones del Registro (artículos 2º y 110).

(13) Un constituyente insistió (innecesariamente) en que debía establecerse la obligación del Poder Ejecutivo de acatar la resolución del Tribunal (Acta Nº 75 de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente).

(14) Esta fue la tesis de uno de los constituyentes. Otro sostuvo que se trataba de una mera sanción disciplinaria (Acta Nº 75 de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente).

(15) El artículo 29 de la Ley Orgánica del Tribunal citado atribuye a éste la imposición de una multa con evidente carácter penal. Aquél, pues es también un órgano de justicia punitiva

### e) Atribuciones legislativas.

Ya habíamos indicado que al Tribunal compete interpretar las normas constitucionales y legales electorales (artículo 102.3).<sup>(16)</sup>

La problemática que sugiere este inciso es bastante amplia y compleja. Podríamos empezar por el concepto de materia electoral, indispensable para delimitar la aplicación de esta norma y de otras (recuérdese el artículo 97).

Es evidente que un criterio formal (materia electoral es toda aquella atribuida al órgano que nos ocupa) no tiene cabida, pues la competencia del Tribunal va más allá.

Un concepto simple diría que es toda aquella atinente de un modo directo e inmediato al proceso electoral, es decir, al sufragio, pero no se nos escapa que los contornos de un tal concepto resultan bastante vagos.

En nuestro criterio, la determinación (a hacer en cada caso) debe ser más bien restrictiva, dado que semejante competencia (artículo 102.3 y 97) debe entenderse como excepcional.

La interpretación es "exclusiva y obligatoria". El dictado de "exclusiva" evidentemente tiende a excluir la competencia de la Asamblea, pero no queda del todo claro si también excluye la de la Corte (de fiscalización jurisdiccional sobre el uso de la potestad). La duda se presenta pues no parece que siquiera en sentido amplio pueda hablarse de "resolución" (para los efectos del artículo 103 ya visto), sin embargo, recuérdese que el artículo 10 no comprende los actos del Tribunal.

La obligatoriedad es precisamente la que le da el valor de norma constitucional (uno de los pocos casos de leyes constitucionales en nuestro medio) o legal, en su caso.

(16) Sobre la materia conviene transcribir los precedentes legislativos. Disponía la Ley anterior al Código Electoral de 1946:

"La interpretación doctrinaria que dé el Presidente de la República, cuando sea consultado sobre algún punto que aparezca oscuro deberá ser acatada por los funcionarios encargados de aplicar la presente ley" (Artículo 135).

El Código Electoral de 1946 señaló que correspondía al Tribunal Nacional Electoral:

"Interpretar y aclarar doctrinariamente, con carácter provisional a solicitud de los personeros de cualquier partido político inscrito, cualquier punto de esta ley. Tales interpretaciones o aclaraciones tendrán carácter obligatorio hasta tanto no sobrevenga interpretación auténtica del Congreso Constitucional que las modifique o contradiga" (artículo 10, inciso d).

Al respecto v. res. N° 168 del 12 de abril de 1957 del Tribunal (La Gaceta de 16 de abril de 1957).

Siguiendo los principios generales, las interpretaciones en cuestión tienen que ser distinguibles formalmente (se trata de actos emitidos con la única finalidad de interpretar) y publicados en el Diario Oficial. Pueden igualmente ser objeto de modificaciones. Como interpretaciones, se incorporan a las normas interpretadas, de donde les deriva su (aunque relativo) efecto retroactivo.

No se trata propiamente de interpretaciones auténticas, a menos que no se exija en este concepto su realización por el mismo órgano que emitió la norma inicial. Se trata ciertamente de interpretaciones<sup>(17)</sup> que se realizan a través de normas necesariamente de igual rango que las interpretadas.

## 6. EL REGISTRO CIVIL.

La Constitución (artículo 104) se limita a señalar su dependencia del Tribunal y sus atribuciones. Como se dijo, presupone también la existencia de un "Director" (artículos 109.4° y 132.5°).

Compete al Registro:

a) Llevar el Registro Civil, o sea el registro de los nacimientos, matrimonios, defunciones, etc.

b) Formar las listas de electores, o sea el padrón electoral. Para votar se requiere, según el artículo 93, estar inscrito en el Registro Civil, lo cual debe interpretarse en el sentido de aparecer en el padrón electoral, identificación que se hace a través de la cédula de identidad (V. artículo 95.5). La inscripción es de oficio (artículo 95.2).

c) Resolver lo relativo a la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad (calidad de costarricense, y suspensión y recuperación de la ciudadanía (calidad de titular de derechos políticos).

d) Expedir las cédulas de identidad, lo que debe hacerse de oficio según el artículo 95.2.

(17) Interpretaciones por modo de decir, pues sabido es que la actividad de interpretación es de aplicación y no de normación.

## LOS EFECTOS DE LA INVERSIÓN EN EL DESARROLLO Y SU RELACIÓN CON LAS ACCIONES AL PORTADOR

Por el Lic. ROLANDO SOTO JIMENEZ

Profesor de Derecho Económico e  
Introducción al Estudio del Derecho.

### 1.—LA INVERSIÓN Y EL DESARROLLO

1.1 Desde hace muchas décadas, tanto los legos como los conocedores de la economía, llegaron al convencimiento de que el “fenómeno de la inversión”, es el único medio idóneo observado y conocido, capaz de relacionarse con el factor de trabajo para producir más riqueza.<sup>(1)</sup> Se podría afirmar que, después de la década de los años treinta, una preocupación constante de gobernantes y de las personas relacionadas con la producción de cada comunidad, ha sido la de moldear el comportamiento de “la inversión” de tal manera que sus resultados en el desarrollo, sean óptimos y llenen las necesidades apremiantes de la época. Inquietudes tales como cuánto invertir en carreteras, cuánto en educación; qué proporción localizar en inventarios o en maquinaria y equipo de trabajo, desde entonces son discusión de cada día para aquellos hombres que tanto en el sector público como el de privado, bregan con la eficiencia de sus empresas respectivas. Una tarea fundamental de las oficinas de planeamiento y desarrollo en los países subindustrializados, es precisamente la de detectar en forma continuada, las trayectorias y los efectos finales que los diversos tipos de inversión siguen y causan en los diferentes sectores económicos de cada nación.

Si a nivel local el fenómeno de la inversión ha tenido especial relevancia, en el estrato internacional, éste también ha cobrado caracteres singulares. Me refiero aquí a la situación de los mercados comunes y los procesos de integración regional. La inversión como factor de desarrollo es tenido hoy como un punto de especial

(1) Debe observarse aquí, que “fenómeno de la inversión” se asimila al factor capital.

cuidado al momento de las discusiones sobre integración económica entre países independientes. La necesidad vital de economizar energías y esfuerzos mediante la colaboración y la unión, es uno de los motores principales que mueven a los países subdesarrollados hacia la formación de bloques económicos o regionales. Dentro de tal esquema, el tratamiento dado a los canales de inversión a nivel local, desde un punto de vista regional, es insoslayable. En otras palabras, la configuración de empresas públicas o privadas dentro del concepto del mercado común, conlleva decisiones mancomunadas en relación al tratamiento de los canales de inversión que se piensan orientar hacia tales empresas. Puede observarse entonces, cómo la llamada inversión, es el único instrumento capaz de brindar las fuentes de financiamiento que en colaboración con otros factores de la producción, harán que un país cree o no más riqueza.<sup>(2)</sup>

1.2 Los países en vías de desarrollo se han caracterizado entre otras cosas, por su poca habilidad para producir ahorro interno, es decir ahorro local. Por años los economistas y los interesados en el desarrollo de un país determinado —en especial aquellos de los países en proceso de industrialización—, han venido notando la seria escasez de ahorro interno, que redundaba negativamente en las posibilidades de inversión pública y privada.<sup>(3)</sup> A pesar de que el fenómeno de la poca inversión en los países en vías de desarrollo es muy complejo y no se puede explicar en unas pocas líneas, si es necesario y se puede recalcar el hecho de los bajos niveles de salarios y el alto consumo de bienes durables y semidurables, como obstáculos importantes en la generación de ahorro a nivel local.

Para poder ahorrar parte de los ingresos que cada individuo recibe periódicamente, es necesario que una parte proporcional de los mismos quede "ociosa", si tal término cabe, después de haberse separado lo necesario para las necesidades vitales y cotidianas de dicha persona (o familia). Es precisamente ese "pedazo de ociosidad" del ingreso, el que no se produce en los países que como el nuestro todavía tienen escalas salariales ajustadas y estrechas, que en último término, impiden o frenan sustancialmente la formación

(2) Me refiero aquí a la inversión como un fenómeno de toma de decisión por parte tanto de aquellas personas que han producido ahorro como los que captan ese ahorro.

(3) Ver Chenery y Strout A. Foreign Assistance and Economic Development en "American Economic Review, sept. 1966, Vol. XVI. (Tomado de Marshall, El modelo de dos Brechas como medio de cuantificar los requerimientos de Recursos Externos de América Latina. "Revista de la Integración, mayo 1970, p. 43).

de ahorro. Es así que los gobiernos de los países en proceso de industrialización, han optado por captar "coercitivamente" el ahorro, mediante la utilización de los instrumentos tributarios, es decir mediante la aplicación de impuestos obligatorios, que sustraen una parte proporcional del ingreso de los particulares. Sin entrar a discutir las bondades de tales métodos en países como el nuestro, por salirse evidentemente del tema de este trabajo, cabe decir que el cúmulo de esas captaciones de ahorro privado, mediante medidas fiscales y tributarias, configura lo que se denomina "la inversión pública", es decir, el monto de ahorros percibidos por el Estado, que serán destinados para atender las innumerables actividades del mismo.

Pero dejando de lado dicha inversión pública, que como se dijo, no obedece a un mecanismo de ahorro espontáneo de los particulares, ni puede decirse que tendrá un destino estrictamente privado (pensando en términos de desarrollo propio de dicho sector), **tenemos que concluir, que en nuestros países, las posibilidades para los entes particulares de captar ahorro, son muy pobres y limitadas.** El sector privado de la economía en los países en proceso de desarrollo, a pesar de su gran importancia dentro de sus respectivas economías, ha venido enfrentándose en forma continuada al problema de la falta de recursos suficientes, capaces de permitirle un crecimiento y desarrollos que le permitan competir eficazmente con otras empresas y unidades económicas de otros países y conglomerados. Es por esta razón que los gobernantes de estos países, dentro de sus preocupaciones por el fenómeno de la inversión, deberían otorgarle especial atención a los **medios de canalización de ahorro hacia el sector privado, y en especial a aquellos que no menoscaban el esfuerzo de captación de dichos ahorros, por parte del Estado mismo.**

1.3 Aparte de la problemática que encierra la relación entre los negocios y empresas privadas y sus posibilidades de captación de ahorros, es importante para una mejor comprensión de estos temas, el conocer los efectos inmediatos de la inversión en tanto se le considera como local o extranjera o como privada y pública.

Como ya lo manifesté en líneas anteriores, en países como el nuestro, las posibilidades de ahorro local y por consiguiente, las alternativas de inversión doméstica, son muy escasas. El ahorro originado localmente, es una de las fuentes primarias para el incremento de los negocios en general. Esto por diversas razones entre

ellas las más importantes: la inmediata disponibilidad de los fondos y la eliminación de agentes o intermediarios que en la mayoría de los casos, tienden a encarecer el costo del capital prestado. Por otra parte, el ahorro doméstico, permite a las empresas nacionales (públicas o privadas), el incitar a la inversión, a personas o individuos, sin distinción alguna que de otra manera (faltando el acicate o incitación), no pensarían en ahorrar ni un medio de centavo. Y esto es una realidad palpable no sólo en los países en vías de desarrollo sino que también en los ya industrializados. Una persona estaría dispuesta a invertir una pequeña proporción de su ingreso-unidad, si se le ofrecen planes atractivos de inversión, no sólo en una empresa determinada, sino en muchas de ellas. Pero por otro lado, la misma persona, no estaría en forma alguna dispuesta —y es lo contradictorio—, a colocar una gran proporción de su ingreso-unidad en una sola empresa.

Esta es precisamente otra de las limitaciones con las que se enfrenta la empresa privada en los países en vías de industrialización o de desarrollo; porque si bien es cierto que el fenómeno se da en otros países de mayor crecimiento económico, el mismo no asume caracteres tan marcados como en el caso nuestro.

Las posibilidades para una empresa particular en Costa Rica, de captar ahorros generados localmente se circunscribe fundamentalmente a la alternativa antes explicada, de la percepción de pequeñas proporciones de ahorros, que fragmentalmente sumados, permiten en algunos casos, reunir sumas relativamente importantes. La otra posibilidad, sea la de lograr que un ahorrante, se desprenda (invierta) de una sola vez de una buena parte de sus ahorros para colocarlos en una sola empresa, no es muy probable que suceda en nuestro medio, excepción hecha de casos muy particulares. Al contrario, es bastante probable que tal persona prefiera transferir tales ahorros, a instituciones o empresas del extranjero, que hayan logrado incitar suficientemente al inversionista a tal punto de convencerlo de las bondades de tal transferencia.

Opuesto al ahorro local, tenemos el ahorro generado en el exterior o si se quiere canalizado a través de entidades internacionales. En este punto, los efectos inmediatos del fenómeno de la inversión en la economía en general, y sus relaciones con las fuentes de captación del ahorro son bastante diferentes en cuanto se les estudia desde el punto de vista del sector público o el privado.

Desde un punto de vista práctico, tenemos que las alternativas para el sector privado de recibir en forma directa los beneficios de los ahorros generados en el exterior, son muy limitadas. Por múltiples razones que obedecen a principios muy enraizados dentro de las mentes de los políticos y economistas del desarrollo, la canalización de los ahorros del exterior se ha venido dirigiendo básicamente hacia el sector gubernamental en cada país. “Hoy —dice el Dr. Carlos Manuel Castillo—, la función de los ahorros externos para el financiamiento del desarrollo es vista como complementaria a los esfuerzos de la inversión interna. En general, los trabajos públicos y la infraestructura económica han dejado ya de absorber fondos privados de capital del exterior; estos fondos son ahora sustancialmente brindados por agencias internacionales de crédito o por los gobiernos en forma individual. Aún más, el desarrollo de la agricultura ha venido a ser considerado como un esfuerzo exclusivamente nacional, auxiliado únicamente por empréstitos extranjeros y asistencia técnica foránea. En esta forma, el énfasis puesto sobre las inversiones extranjeras directas, ha sido variado gradualmente hacia las áreas de la manufactura y el desarrollo relacionado con los recursos naturales”.<sup>(4)</sup>

Este fenómeno descrito en forma clara por el Dr. Castillo, se ha venido acentuando cada vez más, a tal forma de que la alternativa de la captación de los ahorros externos en forma directa, por parte de las empresas privadas es casi inexistente, con escasas excepciones contadas con los dedos de la mano. El cúmulo de fondos para inversión existentes o disponibles en el exterior, no puede considerarse hoy como una posibilidad para el sector privado. Es importante aclarar aquí el papel que juegan los bancos de desarrollo fundamentalmente en el marco de los mercados comunes, los que dentro de sus innumerables funciones tienen precisamente la de dotar de capital de trabajo y de desarrollo a cierto tipo de empresas particulares, que de esta manera sí se benefician directamente de los ahorros foráneos. Pero como dije antes, este tipo de negocios susceptibles de tal financiamiento es limitado y calificado.

Otra clasificación de la inversión (ahorro) relevante para los objetivos de este trabajo, es la que se refiere al carácter privado o público de la misma.

(4) Carlos M. Castillo, *Growth and Integration in Central America*, Praeger Special Studies, New York - London, 1966, págs. 163 y ss. Traducción hecha por el autor de este trabajo. El subrayado es nuestro.

Desde el punto de vista de la inversión particular, las posibilidades de captación de los ahorros generados localmente por parte de los empresarios particulares a efecto de cristalizar la inversión, como lo afirmé en líneas atrás—, son muy estrechas por cuanto el monto de dichos ahorros es pequeño además de que el pequeño o mediano ahorrante no está debidamente impregnado y convencido de los beneficios de una conducta ahorrativa y de inversión.

A pesar de tales limitaciones, los negocios privados han podido desarrollarse aquí y en otros países, basándose para ello en unos pocos instrumentos de captación de ahorros del sector privado, que en una u otra forma han operado como los únicos medios de producir más riqueza por parte de este sector de la economía.

En el caso de la inversión pública, si se le estudia —como lo dije—, por sus efectos inmediatos en la economía general del país, veremos que, el panorama es bastante diferente. En efecto, al menos en Costa Rica—, las relaciones entre los posibles inversionistas y los efectos inmediatos de dichos ahorros tiene caracteres especiales por cuanto la toma de la decisión del ahorrante de invertir, es transferida al ente público o gubernamental, que es el que decide qué, cuánto y cómo invertir. Débese a esto la compulso-riedad de los tributos, que permite a la larga la obtención de cantidades de ahorro sustanciales que en otra forma, sería dudoso lograr. No incluyo aquí la colocación de títulos u obligaciones en serie que el sector público puede inyectar en la masa de ahorrantes, que sin lugar a duda no obedecen a una obligatoriedad sino que simplemente incitan a tales individuos a tomar o no su decisión.

Este es el caso de los bonos de gobierno o bonos de las instituciones descentralizadas, que también deben considerarse como una seria competencia del sector privado por cuanto aún con sus fluctuantes depreciaciones, representan fuertes sumas de dinero destinadas al sector público, que por tener el respaldo del Estado (con todas las implicaciones psicológicas que esto conlleva), incitan bastante al ahorrante para invertir su dinero ocioso.

Obsérvese entonces, que la limitación de que yo hablaba en cuanto a las posibilidades que tienen las empresas privadas de captar ahorros locales, no aparecen tan marcadas dentro del sector de la inversión pública, a pesar de que gran parte de ésta y de la privada provienen de los ahorros domésticos o locales.

## 2.—LAS ACCIONES AL PORTADOR COMO UN MEDIO IMPORTANTE DE CANALIZAR EL AHORRO HACIA EL SECTOR DE LA EMPRESA PRIVADA

2.1 Enfocando este tema estrictamente desde el punto de vista de captación de recursos financieros por parte del sector privado, observaremos que, dentro de los medios disponibles para atraer el ahorro local o externo, según sea el caso, las acciones en general, son uno de los más aptos para tal fin. Digo las acciones en general, por cuanto en este punto, tanto las acciones comunes componentes del capital social, como las especiales, preferidas o privilegiadas, también emitidas por la empresa, son vehículos capaces de atraer el ahorro generado por otras personas o entidades.

Dentro de la gama de las acciones comunes, tenemos a las nominativas y las acciones al portador. Veamos primero el caso de las nominativas en forma breve tomando en cuenta la naturaleza de este tema, para luego confrontar su estudio con el de las al portador.

Las acciones nominativas y su relación con la captación de ahorro por parte de los empresarios particulares a pesar de que nos permitiría concluir que sí ofrece una buena posibilidad de atracción, no creo que constituya hoy día un vehículo suficientemente ágil y adaptable de captación.

Lo anterior se debe principalmente a que en el mundo de hoy, la modalidad de la acción nominativa puede tener algún impacto en la atracción de capital pero sólo en cierto tipo de empresas, fundamentalmente en aquellas de tipo familiar o que si bien no implican un lazo de amistad, al menos no requieren la recolección de sumas de dinero importantes.

Tal situación obedece y procede del esquema primario de la configuración del negocio social, en el cual, sus caracteres esenciales son por un lado la llamada "*affectio societatis*" y por otro la **aportación de los socios**. Está en el segundo elemento mencionado, sea las aportaciones sociales, el origen de mi tesis de que en la actualidad, las acciones nominativas, no constituyen un instrumento ágil y eficaz para la atracción del ahorro en general. Y esto porque las aportaciones nominales tuvieron su importancia ( y la tienen hoy según sea el tipo de economía nacional de que se trate), en los

países cuyos procesos económicos internos, obedecían a pautas agrícolas o comerciales pero no a las de tipo industrial. Es decir, comunidades en las que el sector de la agricultura y el del comercio generaban la mayor parte del ingreso nacional. Es de explicarse entonces que dentro de este tipo de esquemas económicos, tanto la amistad de los socios, como su esfuerzo personal y activo en la empresa (su nominalidad), hacían que la acción nominativa tuviese una mayor importancia en la atracción del capital que la que tenía la acción al portador. Pero esta situación en que un país se dedica meramente a la agricultura y al comercio, es cada vez más extraña y por el contrario, el sector industrial, entendiéndose este en toda su amplitud, ha ido tomando importantes posiciones dentro de la composición del ingreso nacional en todo el globo terráqueo.

En el caso de las acciones al portador, la situación es diferente y no hay que entrar a discutir muy profundamente el por qué de la diferencia con las nominales. El "anonimato" constituye en este tipo de títulos el factor esencial, que se contrapone en gran medida al elemento de la amistad o afectividad que sí puede brindar los títulos nominativos.

La problemática económica de hoy día tanto a nivel nacional como dentro de la comunidad internacional, ha hecho aparecer grandes empresas o consorcios tanto en el campo industrial como el comercial, que por su naturaleza, no pueden concebirse como financiados exclusivamente a base de unos pocos socios, y ni siquiera a base del ahorro local. La acción nominativa si bien es cierto, puede figurar en la estructura del capital social de este tipo de empresas (aportes de los socios fundadores o emisiones especiales), no es el título esencial en las mismas. La acción al portador es por lo general, la que ha permitido que empresas particulares logren enfrentarse a nivel internacional, con otras del mismo tipo facilitando la captación del ahorro en múltiples formas y variaciones.<sup>(5)</sup>

El problema del mundo de los negocios de hoy en día, se recrudece aún más cuando se le mira desde el punto de vista de los países en vías de desarrollo, en los que las llamadas empresas infantiles apenas si comienzan a competir al nivel exterior. "Debe te-

(5) Halperin citando a RIVAROLA señala que "... la sociedad anónima es un *primo* de la gran empresa, porque la acumulación de capitales pudo hacerse con cualquier tipo de sociedad, aun con la empresa unipersonal, pero es que la acumulación de los grandes capitales del ahorro público requieren seguridad y disponibilidad que sólo la sociedad anónima puede dar. Halperin. Manual de Sociedades Anónimas. Ed. De Palma. Buenos Aires, 1971, Pág. 9.

nerse en cuenta, además, —manifiesta el economista brasileño Carlos A. Barrera—, que las inversiones extranjeras no permiten que la industria nacional pueda desarrollar la fabricación de equipos más o menos complejos, con un nivel tecnológico tal que impulse la investigación técnica nacional... "La industria nacional es cercada por las inversiones extranjeras y condenada a producir los equipos más sencillos que no requieren más que conocimientos tecnológicos tradicionales."<sup>(6)</sup>

Si recordamos lo que dije de las grandes limitaciones con las que se enfrenta el sector privado en sus esfuerzos por obtener financiamiento propio y directo de las fuentes generadoras de ahorro, se pondrá más en claro el hecho de que los títulos al portador son un instrumento esencial y necesario, para las empresas en general y en especial, en aquellos países, donde el proceso de industrialización y modernización de la economía, se encuentre en crecimiento.

Las empresas complicadas y grandes en su estructura, no pueden permitirse el lujo de situar sus posibilidades de atracción de fondos mediante la emisión de acciones nominativas. En este sentido se orienta la opinión de los concededores de estas materias<sup>(6)</sup> ya que complejos industriales o bien empresas de mediano y gran tamaño, requieren de una gran cantidad de medios de financiamiento rápido y mediante la utilización de su propio ingenio y sagacidad.

Para las empresas comerciales, como pilares esenciales de la economía que son, —no importa el régimen político de que se trate—, el tener a mano medios propios de captación de ahorros locales o externos, independientemente de otras fuentes de financiamiento tradicionales, es y será un motivo de preocupación constante. Y no en vano, por cuanto, como lo he señalado en este trabajo, los empresarios, cuando se les compara con el sector público, se ven enfrentados a una serie de obstáculos generalmente artifi-

(5) Carlos A. Barrera. Subdesarrollo, Bloqueo e Integración. Revista de Integración. Bid Intal. Mayo 1970, Nº 6, Argentina. Pág. 95. Sobre este tema ha elaborado mucho el periodista y político francés Servain Scheiber.

(6) "Agotadas o casi agotadas las sustituciones fáciles en los países más avanzados de América Latina, se está abordando industrias técnicamente complejas, que requieren grandes inversiones y un mercado considerable. Ninguno de nuestros países por extenso o pujante que sea, podrá emprender o proseguir aisladamente esta etapa de industrialización en condiciones de economía". José A. Mayobre, Felipe Herrera, Carlos Sanz de Santamaría y Raúl Prebisch. Hacia la Integración acelerada de América Latina. Proposiciones a los Presidentes Latinoamericanos. Fondo de Cultura Económica. México-Buenos Aires, 1965. Pág. 26.

ciales en tanto son creados por el hombre, que dificulten el desarrollo normal y rápido de los negocios y por ende de la economía. Al respecto cabe agregar un comentario de Joaquín Rodríguez Rodríguez, que ilustra en forma admirable los razonamientos aquí vertidos:

“... en todos los Estados contemporáneos, lo mismo en los capitalistas, que en los de régimen económico con tendencia más o menos marcada a una intervención del Estado, que en aquellos que se estructuran en franca oposición a los principios capitalistas, la existencia de las sociedades mercantiles es un hecho esencial para la marcha económica de la colectividad. Las sociedades mercantiles constituyen en el mundo capitalista elementos esenciales de su economía. Atraen los capitales y fomentan el ahorro, canalizando las fuerzas latentes y ocultas por los caminos atrevidos y aun temerarios de la iniciativa de la personalidad. Sin ellas no podría vivir un Estado moderno, organizado racionalmente.<sup>(7)</sup>”

(7) Joaquín Rodríguez Rodríguez. Tratado de Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa S. A. México. 1965. Pág. 1.

## HERAKLEITOS Y EL DERECHO

JORGE ENRIQUE GUIER  
Profesor de Historia y  
Filosofía del Derecho

### I.—Introducción

Era creencia entre los griegos que las leyes estaban compuestas por la antigua tradición y señalaban en forma clara lo que antes se había esbozado en la costumbre. En la época homérica los propios reyes se creían herederos y guardadores de toda esa tradición y de las “sentencias”, y como bien suyo hereditario, podían aplicarlas por su propia voluntad, o dejar a sus jueces que las aplicaran (Iliada, XVI). El punto débil del sistema radicaba en que el conocimiento de esas tradiciones se reservaba al rey y a sus jueces, y las gentes bajo la autoridad del rey, desconocían la circunstancia en que se encontraban en relación con esa tradición guardada celosamente por el monarca. Así en muchos casos, podían ser víctimas de injusticias, por ese desconocimiento de la ley que era privada.

Comprendieron los griegos, en su desmedido amor por la libertad, que el imperio de la ley era necesario, para asegurar sobre todo esa misma libertad y que les era esencial. Pero la organización de la sociedad griega, aunque comprendía que las leyes eran indispensables, nunca permitió que ellas fueran demasiado amplias ni que interfirieran en la esfera de acción privada de cada individuo. Si acaso se hubiera deseado reglamentar o someter al férreo imperio de la ley muchas instituciones, ya creadas, de seguro no se hubiera podido, porque la flexibilidad que les daba la costumbre era más que esencial para su propio funcionamiento, aunque suene a paradoja. En lo que al fin vino a resumirse la ley, fue en dar a los individuos “una base firme sobre la que los hombres pudieran seguir el curso de su vida cotidiana”. Concomitante a estas ideas, creían los griegos que la voluntad divina velaba por el cumplimiento de las

leyes terrenas, y que en acatar sus disposiciones descansaba en mucho la prosperidad del hombre. La dichosa concepción griega, de la semejanza entre seres divinos y humanos, determinó que al contrario de lo que sucede en los países orientales, la ley abandonara el marco de los ritos y las prácticas religiosas, "y que centrara en cambio su principal atención en la conducta de los hombres entre sí".

Interpretando así la ley en relación con los hombres, entonces la justicia era esencialmente un valor moral que se traducía en la idea de obedecer esas propias leyes, respetando a los demás en sus propios merecimientos, de lo cual resulta que se podría definir bien como el "dar a cada hombre lo que le es debido" (Platón, La República, I), con lo cual la aplicación de la justicia se convertía también en un valor esencialmente social. La misma palabra que se usaba para significar justicia, o sea *Diké*, parece provenir de la noción de *mojón*, que separaba una propiedad de la de otros, lo cual alude indiscutiblemente a la idea metafísica de que cada uno puede moverse libremente dentro de su propio círculo, siempre que respete esa libertad en el círculo del vecino. "Puesto que la libertad dependía del gobierno de la ley, la justicia, pues, se asociaba inevitablemente con la posesión de buenas leyes y la obediencia a ellas". (Para ampliar estas ideas ver: Guier, I. pp. 271 y sigs.).

En este trabajo se examinarán las ideas fundamentales, en cuanto a justicia y derecho, de uno de los primeros —y no por eso de los menos principales— de los filósofos griegos, que con su pensamiento fueron creando la concepción jurídica de toda la H hélade, que luego pasó, casi íntegra, a través del derecho romano, a la Civilización Cristiana Occidental. Por la complejidad de los temas tratados aquí, por intervenir en el pensamiento de un gran hombre, y para interpretar su propio pensamiento, el autor no se ha separado de una proposición de Heráclito:

"No hagamos conjeturas al azar sobre las cosas más grandes" (B 47).

## II.—Datos Biográficos

No se sabe con certeza quién fue el padre de Heráclito: para unos fue Blyson, para otros Blossón, Bautor, Herakin de Efeso, Heraconte de Efeso. Tampoco se conoce su fecha exacta de nacimiento.

Se puede conjeturar, de acuerdo con Diógenes Laercio y Suida, que floreció o vivió alrededor de la 69 Olimpiada, o sea 505 (504) - 501 antes de Cristo. De lo que sí se está seguro es que era natural de Efeso. Pero el resto de su vida —salvo algunos datos que ahora se apuntarán— permanece en el misterio y la oscuridad, haciéndole tal vez hasta en eso honor al mote de "stokeinos" (oscuro), que recibió a partir de Aristóteles, con referencia a su doctrina.

Por Temistro conocemos que los efesios del tiempo de Heráclito, estaban acostumbrados a una vida placentera y llena de fiestas, donde el carácter enigmático de Heráclito probablemente se granjearía enemistades. Sin embargo, intervenía en política y era respetado; persuadió a Melancoma, el tirano, a que depusiera su mando. Reconocido por todos, parece, según Estrabón, que escribió algunas leyes para los romanos —lo cual era distinción que sólo se ofrecía a hombres excepcionales—, pero cuando sus conciudadanos le pidieron el mismo servicio, desdeñó la invitación —según Diógenes Laercio—, aduciendo como pretexto que la ciudad se encontraba dominada ya por una mala constitución. Otra vez, según se cuenta, aunque parece indudablemente una historia apócrifa, desdeñó una invitación del Rey Darío, para viajar a Persia.

Otra de sus actividades públicas nos la refiere también Diógenes Laercio, en relación con el desprecio que Heráclito sentía por sus conciudadanos, cuando los injurió por haber desterrado por envidia a Hermodoro —a quien consideraba el más útil varón entre ellos—, y los mandó a ahorcarse a todos en masa y abandonar la ciudad a los niños, siendo él el primero que la dejó para retirarse al templo de Diana o Artemisa, donde jugaba dados con los niños. Los efesios lo buscaron nuevamente, pero Heráclito los despreció, tratándolos de perversos. Por último, se retiró a los montes, convirtiéndose en un completo misántropo, y allí en su refugio de la montaña, se alimentaba de pastos y hierbas.

Heráclito era de familia noble. Es más, pertenecía a la más rancia nobleza de Efeso, donde ejercía por derecho hereditario el cargo de rey o sacerdote, en el templo de Demeter Eleusina. Le repugnaba la ola democrática que subía, acrecentando su desprecio por sus conciudadanos, por el vulgo y aún por los sabios que ignoraban el supremo principio que él había descubierto.

Ejerciendo su cargo, y habiéndose declarado una guerra contra los efesios y encontrándose la ciudad en estado de sitio por los persas —según Temistro—, aquéllos proseguían en su vida de jolgorio acostumbrado, lo que trajo como consecuencia que faltaran las provisiones y el hambre se cerniera sobre la ciudad. Llegados a este extremo, los ciudadanos se reunieron para deliberar, para encontrar una solución a la carestía, pero ninguno se atrevía —seguro por miedo al desagrado— recomendar morigeración. Cuando estaban reunidos tratando este asunto “Heráclito tomó cebada triturada, la mezcló con agua, y la comió sentado bajo la mirada /de todos/, y esta fue una lección tácita para todo el pueblo. Dice la historia que los efesios comprendieron enseguida su amonestación y que no necesitaron otra enseñanza sino que se marcharon, pues habían visto de manera positiva que debían disminuir algo las comodidades de su vida a fin de que no les faltara el alimento. Pero cuando los enemigos oyeron que habían aprendido a vivir con moderación, y preparaban su comida de acuerdo con el consejo de Heráclito, levantaron el campamento de la ciudad, y, a pesar de ser vencedor por las armas, evacuaron el campamento frente a la cebada de Heráclito”. (Temistro. Sobre la virtud, p. 40 3 b).

Heráclito, misterioso y enigmático, enseñaba muchas veces sin palabras. Plutarco cuenta una anécdota, posible variación de la anterior, haciendo primero la pregunta de que, aun expresándose de manera simbólica, en lo necesario, los hombres pueden llegar a ser alabados y administrados. “Así Heráclito, al pedirle sus ciudadanos que expresara un pensamiento acerca de la concordia, habiendo subido a la tribuna con un poco de menta, la bebió y se fue, mostrándoles que el contentarse con lo que se encuentra y no necesitar cosas caras, mantiene a las ciudades en paz y concordia”. (Sobre la habladuría, 17, p. 511 b).

Desde su niñez Heráclito era orgulloso. De joven declaraba que no sabía nada, en la edad madura, sin embargo, decía conocerlo todo. No conoció maestro, de nadie fue discípulo y argüía que todo lo había aprendido por sí mismo, pues se había investigado él mismo. Sin embargo, —Aristón citado por Diógenes—, sostenía que fue discípulo de Jenófanes y otros también de Hípaso el Pitagórico. La acritud y la ironía de Heráclito, las cuales lo habían llevado a los montes, lo hicieron renunciar a favor de su hermano el cargo real

y también a depositar su libro, según Diógenes Laercio, oscuro a propósito para que no le entendiera el vulgo, como homenaje, en el Templo de Diana.

En su retiro en los montes enfermó gravemente de hidropesía —“después de haber indagado tanto acerca de la conflagración del mundo según los principios de la naturaleza” (Marco Aurelio Antonino. Pensamientos III, 3, 4 b.) y así sus entrañas se llenaron de agua, lo que lo obligó a regresar a la ciudad.

Enigmático siempre, en la ciudad buscó a los médicos y les preguntó que si de un diluvio podría hacerse una sequía, por supuesto no le entendieron (Diógenes Laercio, IX, 1-17). Otros nos dicen que se negó a que los médicos lo trataran de acuerdo con los métodos tradicionales (Suida, número 472 Adler). Decidió curarse por sí mismo y con ayuda del calor. Para conseguir su objetivo se cuenta que se fue a un establo, donde se guardaba el estiércol, y se enterró allí, otros dicen que se acostó al sol y pidió a los niños que le hicieran una cataplasma de estiércol, algunos narran que se sepultó en la arena. Cubierto de estiércol, yaciendo al sol en la plaza de la ciudad, desfigurado e irreconocible, los perros y perras callejeros famélicos, que acudieron, lo devoraron.

Fue sepultado en la plaza de la ciudad. Sólo Aristón sostiene que curó de su hidropesía y que murió después de otra enfermedad, alrededor de los sesenta años.

Heráclito fue misterioso, versátil, vigoroso, corrosivo y enigmático, como la realidad que quiso interpretar. En cualquier recodo de la filosofía aparece su grandiosa figura. “Las leyendas sobre su vida y su muerte y el sobrenombre de **El Oscuro** con que se lo distingue a partir de Aristóteles (frag. 10), parecen anécdotas tejidas sobre tergiversaciones más o menos intencionadas de sus propias doctrinas, las que carecieron de seguidores de categoría y fueron siempre adoptadas y corregidas para servir fines ajenos al pensamiento de este insigne sabio solitario”. (Llanos, p. 104).

### III.—Comentarios sobre algunos fragmentos de Heráclito.

- B 8.—“Lo que se opone es concorde, y de los discordantes /se forma/ la más bella armonía, y todo se engendra por la discordia”.

- B 23.—“No conocerían el nombre de Justicia si no hubiese estas cosas”.
- B 28.—“El más digno de confianza, pues conoce y custodia sólo lo que le parece digno de fe. Y sin embargo también Dike condenará a los artífices y testigos de mentiras”.
- B 33.—“Es ley también obedecer a la voluntad de uno sólo”.
- B 41.—“Una sola cosa es la sabia, conocer la Razón, por la cual todas las cosas son gobernadas por medio de todas”.
- B 44.—“Es menester que el pueblo luche por la ley así como por los muros de su ciudad”.
- B 80.—“Es preciso saber que la guerra es común /a todos los seres/, y la justicia es discordia, y todas las cosas se engendran por discordia y necesidad”.
- B 102.—“Para el Dios todas las cosas son bellas y buenas y justas, los hombres, en cambio, consideran unas injustas y otras justas”.
- B 114.—“Los que hablan con inteligencia es menester que se fortalezcan con lo que es común a todos, así como una ciudad con la ley, y mucho más fuertemente. Pues todas las leyes humanas son alimentadas por la única ley divina: ésta, en efecto, impera tanto cuanto quiere, y hasta a todas las cosas y las trasciende”.

De la lectura de los anteriores fragmentos de Heráclito, para cuya traducción se ha seguido la de Rodolfo Mondolfo citada en la bibliografía, se puede llegar a la conclusión de que Heráclito fue un pensador capaz de “articular al hombre en la construcción legal del cosmos regido por un principio unitario” (Jaeger, p. 270). Los problemas fundamentales que brotan de los textos transcritos se pueden agrupar en tres secciones básicas: a) Ley divina y natural (Ley y logos); b) Concepto de Estado. Ley y Estado; y finalmente, el problema fundamental de c) Diké.

#### a) Ley divina y natural (Ley y logos)

Dice Heráclito que una “sola cosa es lo sabio, conocer la Razón, por la cual todas las cosas son gobernadas por medio de todas” (B 41). Según Mondolfo (p. 79), este concepto de “todas las cosas” representa aquí el mundo humano, en el cual es “pólemos” quien viene a determinar las distinciones que pueden hacerse entre libres y esclavos, hombres y dioses, pero, además, es un criterio fundamental del fragmento citado, que lo verdaderamente sabio es llegar a conocer la Razón, pues esta Razón es la conductora del orden humano. El orden humano, pues, está esencialmente gobernado por la Razón. De este fragmento también, y de otros que se citarán luego, principalmente B 114, se nota que todo el cosmos, como la polis, tienen una ley a la cual se encuentran sometidos: “Heráclito es el primero en enunciar esta idea típicamente griega, y afirmar que es solamente el logos el que comprende la ley divina, en la que se alinean todas las leyes humanas” (Mondolfo, p. 163).

Tanto el concepto heraclíteo de logos como su idea de ley divina, pueden considerarse complementarios, porque el hombre debe acatar esta ley si quiere obtener una posibilidad de vida ordenada. Oponerse a la ley divina es buscar irremediamente la destrucción. Señala Mondolfo que en esta concepción se encuentra el embrión “del vivir de acuerdo con la naturaleza de los estoicos” (p. 164). Al afirmarse entonces un nexo de la ley humana con las leyes de la naturaleza y de ésta con las leyes cósmicas, no hay más que un paso a la teoría sofista de que las leyes humanas se encuentran de ese modo sometidas o subordinadas a las naturales, y estas leyes naturales vienen a encontrar “su legitimidad en la universalidad o de la vida animal (Caliclés) o de la vida orgánica (Protágoras y Antífote desde puntos de vista opuestos) o de la totalidad de lo existente (Hippias)” (Mondolfo, p. 228).

Ahora bien, si el universo entero se halla sometido a la ley, tanto como una polis, es únicamente el logos, o la Razón como en B 11, el que puede comprender la ley divina, y de la cual se alimentan todas las otras leyes humanas, de donde ese logos de Heráclito viene a ser el espíritu que es órgano que da sentido a todo el universo. Cuando se conoce la Razón, se conoce el fundamento de las leyes, y quien posea esta sabiduría racional, en la polis se destaca, o esa su especial sabiduría, que puede aprovechar la polis, o en con-

flicto con ella al que despreciara su sabiduría. Ya desde este momento, apunta Jaeger (p. 265), que se encuentra de manera clara el problema del Estado y el espíritu, cuyo conflicto es el presupuesto de toda la sofística. También esta nueva concepción en Heráclito apunta a un problema histórico de la época: la superación de la antigua nobleza de sangre y el nacimiento de las grandes personalidades y la relación de éstas con la comunidad. Este problema fue objeto de estudio y discusión por todos los pensadores contemporáneos de la época de la desintegración de la ciudad-estado, y nunca se le encontró una valedera solución. "En el caso de Pericles halla una feliz solución para el individuo y para la sociedad" (Jaeger, p. 265).

Por otro lado, el fragmento B 102, nos enfoca el problema desde dos puntos distintos de vista, el de la divinidad y el de los hombres. Para Dios todo es bueno, bello y justo y, para el hombre, como una oposición, algunos son injustos dejando en su apreciación algunos justos, esto, indudablemente en mi criterio, sería que Dios concilia a los opuestos, mientras que el hombre no es capaz de tal empresa.

El fragmento B 114 es de importancia singular, pues aparece "en él, por primera vez en el pensamiento filosófico, la idea de Ley, y no sólo en el sentido político, sino con extensión a toda la naturaleza de la realidad" (Mondolfo, p. 226). En este fragmento se nota que Heráclito se refiere no a todos los hombres, sino que únicamente a aquellos "que hablan con inteligencia", a los cuales les aconseja fortalecerse "con lo que es común a todos", o sea, la Razón o el logos, cuyo conocimiento es lo único sabio. Si este hombre es una parte del cosmos, se halla sometido a las leyes del cosmos como todas las otras partes del mismo, y adquiere por inteligencia, el conocimiento de que en su propia alma es "la única ley divina", que da vida a la totalidad y la ordena, de donde puede llegar a la sabiduría y ser copartícipe con ella, pues de allí proceden todas las normas de esa ley divina.

El hombre griego consideraba su libertad como un sometimiento, como miembro de un todo, a las leyes de la polis. "Es una libertad completamente distinta de la del moderno individualismo, que se siente ligado a una universalidad, super sensible, mediante la cual el hombre no pertenece sólo al Estado, sino también a un mundo más alto" (Jaeger, p. 179).

El pensamiento de Heráclito es fiel a la concepción griega, al mantener vinculado al hombre a su propia polis, y esta polis es en sí misma una comunidad en su propia universalidad. Ahora bien, para el pensamiento político griego, el mantenerse sometido a la voluntad de un solo hombre es afrentoso y tiránico, pero Heráclito concilia la dificultad, porque para él la ley no es simplemente la voluntad de una mayoría, sino que procede de un conocimiento más alto, obtenido por la Razón, de las leyes divinas las cuales "alimentan" a las leyes humanas. De ahí que Heráclito pueda sentar, lo que parecería de primer momento en contra de la idea griega, de que es "ley también obedecer a la voluntad de uno solo" (B 33), pues este sólo sería aquél "único sabio" que quiere y no "quiere ser llamado con el nombre de Zeus" (B 32), y de donde procederían las leyes humanas, por ser el supremo legislador.

Ahora bien, para los griegos nunca existió el concepto de una ley divina revelada —tal y como la conocieron los hebreos— ni tampoco una franca oposición entre las leyes humanas y divinas, aunque pudieran eventualmente entrar en conflicto, como puede recordarse del caso de Antígona. El nomos es lo que da consistencia a la polis y sobre la cual la organización de ésta se fundamenta. Los nomoi, pues, reciben su propia vida de las leyes divinas inmanentes, lo mismo que tales leyes divinas gobiernan y regulan la existencia propia de cada ser. "Esta disposición del ser, por la que todo lo existente está determinado, es la ley divina que 'alimenta' (es decir, hace nacer y vivir) todo ordenamiento como tal, no porque lo domine como un subordinado, sino porque él es intrínseco al mismo ser. Por eso los nomoi humanos atestiguan con su existencia la presencia de un nomos divino" (Mondolfo, p. 228).

El logos, sin embargo, aunque sea incomprendido por los hombres, gobierna aun a aquéllos que no lo conocen, pues el logos expuesto por Heráclito es la unidad, lo que nos hace comprender toda la realidad universal. En última instancia es la ley de la razón la que gobierna todo lo cósmico, es una ley divina que es modelo y arquetipo para las diversas leyes humanas. Se podría muy bien identificar ese logos con la ley divina, según la cual todo ocurre. El carácter teológico de la ley divina la diferencia de la ley natural en cuanto a su normatividad, porque la natural es enunciativa, mientras que la divina, como es la norma suprema de todo un proceso cósmico, da a este proceso significado y valor.

Otro punto que en Heráclito podemos notar de unificación entre ley divina y humana se presenta mediante la unificación, que también Heráclito hace, entre el alma humana y el cósmico “fuego eternamente viviente”, de donde resulta que al identificarse el alma humana, creadora de los nomoi humanos, con el fuego que eternamente vive, o sea el logos, creador de la ley divina, se presenta tal identificación, pero, es más, la religión cósmica que crea a ese “nomos divino” funda también la norma del mundo que resulta en la norma propia del hombre. “Es así como Heráclito desplaza el centro de la investigación, del problema milesio de la sustancia al de la ley del ser y devenir universal: logos y nomos al mismo tiempo, que por lo tanto es también ley y criterio del pensamiento humano y gobierna igualmente tanto la vida del cosmos como el obrar del hombre” (Mondolfo, p. 162).

No hay que olvidar en este punto la doctrina de los fragmentos B 8 y B 80 que consagran que todo se engrandece por la discordia o la lucha, lo mismo que por la necesidad, inclusive la justicia; esto sirve para que la ley divina y la humana, sean ley de lucha y armonía, no ésta como consecuencia de aquélla, sino ambas presentes indisolublemente en una **coincidentia oppositorum**; tal unión indisoluble entre la lucha y la armonía hace que esa ley divina sólo pueda ser comprendida por el logos eterno y que pueda corresponder a él. Y es más, el contenido propio y definitorio del logos tomado en tal forma hace —como consecuencia—, que todo sistema cósmico o humano sea lucha, y esta lucha es también según nomoi “en cuanto regula toda relación de hombres y estados” (Mondolfo, p. 229).

De acuerdo con esto la ley de la ciudad no podría hacerse según el criterio arbitrario, expresado en un decreto, de un hombre solo, sino que debe ser el criterio cierto y eficiente para poder distinguir lo lícito de lo ilícito, aunque estas palabras lleven envueltos en su más hondo significado la distinción también entre lo justo y lo injusto, pero apretados ambos al mantenimiento del orden de la ciudad. Si el cosmos exige la existencia de una ley de ordenamiento universal, también la ciudad tiene necesidad de ese nomos ordenador, que es, en última instancia, la razón de la polis, o sea “la mente unitaria de los ciudadanos, el ‘logos común’, de igual modo que la ley del cosmos es nomos universal” (Mondolfo, p. 228).

Todo este grupo de pensadores antiguos elevó a elogio la existencia de la ley, hicieron a un lado cualquier clase de escepticismo, y esa ley llegó a ser el alma de su ciudad. “Es menester —dice Heráclito— que el pueblo luche por la ley tanto como por los muros de su ciudad” (B 44), es la consagración primera de lo que Goethe dijo mucho después, que nadie es digno de su derecho si no lucha por él todos los días. Hay una imagen de la ciudad terrena, que se defiende por sus murallas y por su propia ley y una ciudad divina, que es también basada en la ley, y que ambas ciudades (como en B 114), deben fortalecerse con lo que es común a ambas, y aún más fuertemente, como es la ley.

#### b) Concepto de Estado. Ley y Estado.

Desde las épocas más antiguas el estado de derecho se consideró como una efectiva garantía. Ya desde las homéricas se siente tal importancia. Tal como hemos indicado atrás, como una concepción general para los griegos, el derecho terrenal se enraiza en el divino, y nadie podía deshacer sin castigos este orden establecido. Heráclito lo apunta en B 28 cuando nos dice que Diké “condenará a los artifices y testigos de mentiras”. Esta concepción general griega no cambió cuando de la primitiva idea de forma autoritaria —militar— del Estado se pasó al nuevo orden que concebía al Estado como una organización basada en la razón. Diké entonces adquirió la característica de razón y justicia, pero enfocadas ambas desde un punto de vista humano.

La autoridad de la ley sufrió un tránsito, de basarse en la autoridad que podría emanar de un individuo hacia su propia concordancia con el orden divino, o como lo dicen los filósofos, “en su concordancia con la naturaleza” (Jaeger, p. 295). Ese nuevo pensamiento filosófico identifica a la naturaleza, o la hace consistir, en una suma de todo lo divino, y en lo alto de toda esta organización, como dominadora, aparece Diké subyugando a toda la ley, de donde se desprendió la concepción nueva del cosmos. La idea vuelve a sufrir una transformación en el siglo V, tal vez cronológicamente con Heráclito, cuando se concibe al cosmos como una lucha incesante entre contrarios: “Pólemos /la guerra/ es el padre de todas las cosas” (B 53). Con el tiempo, entonces, lo único que permanecerá no es otra cosa que la lucha y el mundo no será la apariencia accidental como un producto del choque y la violencia, en juego no in-

telectual de fuerzas, pero esta idea ya es posterior en mucho a Heráclito.

Los jonios representaron en el juego de las ideas políticas y jurídicas de los griegos un papel preponderante, porque dentro de su concepción peculiar, fueron los libertadores de las fuerzas individuales, aun dentro del campo de las ideas políticas, pero, las ciudades-estados jónicas —por muchas circunstancias históricas— no poseyeron la actitud propia para organizar debidamente esas fuerzas y menos para reforzarse fuertemente con tales ideas, como lo recomendó, sin embargo, el mismo Heráclito (B 114). Estas ideas jónicas vinieron a tener su efectiva respuesta en la organización del estado en la península y, sobre todo, en la metrópoli.

“Tucídides no concibe la nueva estructura del estado como algo estático y en reposo, como la estructura legal de la antigua *eunomia*, lo mismo en el aspecto constitucional y político que en el económico y espiritual, es el estado una especie de armonía de oposiciones verticales, necesarias, análoga a la de Heráclito, y su existencia se funda en la tensión y el equilibrio” (Jaeger, p. 368). En la concepción ideal del estado que presenta Pericles, se encuentra la armonía en el juego del conjunto de las oposiciones y tensiones. Hay un equilibrio entre lo nacional y lo extranjero, el trabajo y el descanso, ese mismo trabajo y las fiestas, espíritu y *ethos*, reflexión y actividad práctica.

### c) Diké.

Homero es quien nos explica cómo estaban las cosas en la antigüedad, y, por eso, designa al derecho con otra palabra: *themis*. Cuando un rey era exaltado al trono, recibía de Zeus su cetro y *themis*. El concepto de *Themis* así, en su inicio, representaría un conjunto de valores caballerescos, tal como entendían esta situación los antiguos reyes y señores de la nobleza.

El significado de *Themis*, desde un punto de vista etimológico, sería “ley”, porque en sus tiempos patriarcales los caballeros declararían el derecho ateniéndose a la ley que emanaba de la voluntad divina de Zeus, y las normas que esos caballeros promulgaban libremente, tenían como únicos frenos la tradición jurídica conservada en el derecho consuetudinario y su propia disposición al crear la norma conformada a esa tradición consuetudinaria y a su propio

saber. En cambio, el significado etimológico de “Diké” no es claro. Tal nombre procede del lenguaje —muchas de las acciones procesales tenían en una u otra forma la palabra “dike” en el sentido de compensación—, y es de tan respetable antigüedad como la palabra “*themis*”.

En el lenguaje procesal se decía que las partes se daban y recibían *diké*, comprendiendo en una misma palabra tanto la sentencia promulgada como la ejecución de la misma.

Las acciones judiciales en Atenas, mucho después de Heráclito, se dividían en dos partes fundamentales: públicas y privadas, es decir, aquéllas cuando el Estado tenía interés en el asunto y las otras, las que pudiera ejercer una persona privada. Las de índole privada se subdividían en dos grupos: *Dikai Kata Tinós* y *Dika Pros Tina*, las primeras tendían únicamente a pedir castigo o indemnización por alguna falta cometida y las otras eran las acciones declaratorias de un derecho. El otro grupo de acciones privadas (*Agoones Atimeetoi* y *Timeetoi*) se usaban para la fijación del monto de indemnizaciones, procediera de contrato o de sentencia. (Para ampliación de este punto ver: Guier, I, pp. 322 y sigs.).

También el culpable daba “*diké*” lo que equivalía a la indemnización dicha y al desposeído de un derecho, que una sentencia judicial establecía en el goce de ese derecho, se decía que tomaba *diké*. La acción que el juez ejecutaba al dictar esa sentencia se indicaba con la idea de que adjudicaba “*diké*”. De esta anterior reseña podemos concluir que el significado fundamental de “*diké*” es dar a cada uno lo suyo o lo debido. También *diké* significa, en concreto, el proceso, las acciones, los tribunales, la sentencia y la pena impuesta. La significación en estas cosas últimamente apuntadas no es la original, sino una adquirida por derivación.

Posterior a los tiempos homéricos, la palabra “*diké*” adquiere un gran significado, que no se desarrolla a partir de las ideas técnico-jurídico expuestas, sino “como el elemento normativo que se halla en el fondo de aquellas antiguas fórmulas jurídicas conocidas de todos” (Jaeger, p. 106). No sólo entonces significa lo que a cada cual es debido y que puede exigir, sino el fundamento mismo de su exigencia, donde se apoya para demandar lo que tiene derecho. *Themis* significaría entonces la autoridad, legalidad y validez del derecho y *diké* el cumplimiento de la justicia. “Así se comprende

que en un tiempo de lucha por la aspiración al derecho de una clase, que hasta entonces había recibido sólo el derecho como Themis, es decir, como una ley autoritaria, la palabra diké se convirtiera necesariamente en bandera. La apelación a la diké se hizo cada día más frecuente, más apasionada y más apremiante" (Jaeger, p. 107). Esto derivado, por supuesto, del primitivo origen de la palabra, que tenía una aceptación más amplia y que la hacía válida para tal lucha: significaba igualdad.

En los tiempos antiguos, el exigir un derecho igual para todos constituyó un fin que debería alcanzarse como una meta obligatoria. Esta exigencia de igualdad proporcionaba además una pauta para juzgar en las pequeñas disputas sobre el tuyo y el mío y poder, al final, juzgar a quien se daba cada cosa según lo debido. Diké repercute, de la esfera de lo propiamente jurídico, en el campo de lo económico, pues condujo a la fijación de normas iguales de peso y medida, que afectaban a todos por igual, por tener una norma general que regulara el intercambio de bienes. La justicia en la "medida" lograda hacía pasar el concepto jurídico de diké a una esfera económica.

Si existía una tendencia en la época en cuanto a considerar a Diké como justicia, y no únicamente humana sino también cósmica, como adelante se indicará, no es particularmente alarmante que también Parménides (B 1) la tenga como "poderosa para castigar", y guardadora de los dobles cerrojos que abren las puertas de la Noche y del Día. En esto es grande la afinidad que Parménides guarda con Heráclito, al unir la función de Diké, en cuanto a su acción mediadora en el cambio alterno de Día y Noche, y la misión primitiva característica de ella (B 44).

Diké, en Heráclito, pues, no se refiere únicamente a las cosas humanas, y al castigo de los artifices y testigos de engaños y mentiras (B 28), sino que como atrás se indicó, debe también vigilar que el sol no sobrepase sus medidas (B 94), de donde podríamos muy bien decir que tenía una jurisdicción cósmica universal y se identifica plenamente con eris (B 80). De tal modo, para Heráclito existe una Diké cósmica, que tanto podía castigar al sol cuando excediera el lugar justo, como a aquéllos mentirosos humanos que inventaran artimañas.

En B 94 ("El sol, no traspasará sus medidas: si no las Erinias, ministros de Diké sabrán encontrarlo") es donde más claramente se nota a Diké como personificación de la ley natural inviolable, en su forma característica de necesidad. Ahora bien, la traducción de Diké por "justicia" es perfectamente válida dentro de todo el contexto de los fragmentos heraclíteos, tanto como en la referencia de Parménides, citada atrás.

Ahora bien, ¿cómo dentro del contexto del pensamiento de Heráclito se reconoce a Diké? La respuesta la da el fragmento B 23 ("No conocerían el nombre de Diké si no hubiese estas cosas"). "Estas cosas" dentro del fragmento significa todo lo opuesto a la justicia, pues si no se dieran los opuestos de ella sería imposible de reconocerla. El recurrir perpetuo de infracciones, implica el establecimiento de la legalidad, con lo cual se mantiene la vía del orden cósmico. "La idea de que Diké no existiría sin su opuesto, no significa por lo tanto sólo el descubrimiento de la conexión o identidad de los contrarios, que reconoce Kirk, sino también la última necesidad de que Diké afirme y establezca su dominio, reaccionando contra su contrario y triunfando todas las veces sobre él" (Mondolfo, p. 344).

En Heráclito aparece otro concepto que podría tener relación con Diké, y es el de "Móros", usado en los fragmentos B 20 y B 25, porque en su origen significó la suerte que le correspondería a cada uno, pero ya en el filósofo en comentario más bien parece acercarse a la suerte mortal.

La serie de testimonios que ensalzan a la justicia como el fundamento de la sociedad humana, elevado en Heráclito al concepto alto de justicia cósmica, es amplio en toda la literatura jónica, desde los tiempos más primitivos de la epopeya homérica, luego en Anaximandro hasta culminar en Heráclito. "Esta alta estimación del derecho por los poetas y los filósofos no procede de la realidad tal como es posible pensarla. Es por el contrario, tan sólo el reflejo de la importancia fundamental que debieran de tener aquellos estímulos en la vida pública de aquellos tiempos, es decir, desde el siglo VIII hasta comienzos del siglo V. Desde Hesíodo, concuerda el coro de los poetas continentales. Y entre todos resuena la voz de Solón de Atenas". (Jaeger, p. 105).

Cuando ocurrió la fijación por escrito de los *nomoi*, de todo el derecho que se consideraba válido, entonces el concepto de justicia adquirió un contenido sensible: este criterio —como ya se había insinuado antes—, consistió en la obediencia a las leyes del estado, fenómeno que es similar a la “virtud cristiana”, que fundamentalmente consistió en la obediencia a los preceptos divinos.

Cuando el orden estatal se proyectó al cosmos universal fue una proyección atrevida, porque entonces no solamente en la vida humana, sino en la propia naturaleza del ser, dominó el principio de la *isonomía* y no el de la *pleonexia*, es claro testimonio “de que en aquella época la nueva experiencia política de la ley y del derecho se hallaba en el centro de todo pensamiento, constituía el fundamento de la existencia y era la fuente auténtica de toda creencia relativa al sentido del mundo” (Jaeger, p. 113).

#### IV.—Conclusión

Los griegos sabían con certeza que todo lo divino no puede ser usurpado por el hombre, y que muchísimas veces los ingentes y costosos trabajos de éste, llevados a cabo con inmensa preocupación, desasosiego e intranquilidad, venían a resultar en fracaso, esterilidad y tristeza. Toda la tradición que recibimos de los griegos es una experiencia que abrió el presente, “esto es, lo que nos hace frente, como el asunto del pensar, y lo que, de este modo, está en juego. La tradición auténtica no es el remolcador del lastre del pasado. Por el contrario, ella nos libra para lo presente —en el sentido de lo que nos hace frente—, convirtiéndose así en la indicación que nos conduce al asunto del pensar” (Heidegger, p. 17). Tal vez en este trabajo —lo cual es explicación del capítulo dedicado a los datos biográficos sobre Heráclito—, no se ha ambientado debidamente al autor ni se ha hecho relación amplia de las circunstancias históricas que lo rodearon —lo cual está, de todos modos, fuera de lo que se pretendió aquí— y eso puede hacer presuponer que el autor crea que la filosofía pueda alimentarse de la pura razón, cuando en realidad —cree el autor—, la filosofía no es otra cosa que la forma más sublimada de la cultura y la civilización, traducida en conceptos, y tal como las ideas se presentan y van desarrollándose en la historia. Esto es cierto para la filosofía de Heráclito, como de Parménides, Platón y Aristóteles. Creo que tales formas de filosofía no pueden

comprenderse sin el basamento de toda la cultura griega así como esta cultura no puede entenderse sin su filosofía.

Los griegos también comprendieron esto a la perfección y por eso se sintieron hondamente orgullosos, que algunos destellos de esa sabiduría divina, convertida en derecho práctico y humano, los acercaba a la imaginada felicidad, convirtiéndolos en “educadores de la Hélade”. Pensaron que esa felicidad no podía ser ni eterna ni permanente, porque todo, como el árbol en los días del otoño, se marchita, cae a tierra y se acaba; de tal modo, que mientras el verano y la primavera reinaban sobre la tierra, había que crear y vivir con exaltación.

“Seres que vivís un solo día,  
¿qué es lo que es cada cual?  
No es más que la sombra de un sueño.  
Mas cuando llega un esplendor  
que es un don de Zeus,  
una radiante luz se cierne sobre los hombres,  
y dulce como la miel es la vida”.

(Píndaro. Pítica VIII, 95-7).

## BIBLIOGRAFIA

GUIER, JORGE E.

"Historia del Derecho"  
Primera parte  
Editorial Costa Rica  
San José, 1968

HEIDEGGER, MARTIN

"Hegel y los griegos"  
Eco. Revista de la Cultura de Occidente.  
Tomo II. 1 Noviembre 1960  
Bogotá.

JAEGER, WERNER

"Paideia: los ideales de la cultura griega"  
Traducción al español de Joaquín Xirau y Wenceslao Roces  
Primera reimpresión  
Fondo de Cultura Económica  
México, 1967.

LLANOS, ALFREDO

"Los Presocráticos y sus fragmentos - traducción según la recopilación en griego de Hermann Diels - desde los milesios hasta los sofistas del siglo V"  
Colección Paideuma  
Juárez Editor S. A.  
Buenos Aires, 1968.

MONDOLFO, RODOLFO

"Heráclito. Textos y problemas de su interpretación"  
Prólogo de Risieri Frondizi  
Traducción de Oberdan Caletti  
Siglo XXI Editores, S. A.  
Segunda edición corregida y aumentada.  
México, 1971.

## LOS VALORES Y EL DERECHO, COMO REALIDAD INMANENTE AL HOMBRE

RAMON MADRIGAL CUADRA  
Profesor de Filosofía.

Lo que una época generalmente considera como malo es generalmente un residuo intempestivo de que en otro tiempo fue tenido por bueno: el atavismo de un ideal envejecido.

"Más allá del bien y el mal."

Federico Nietzsche.

— o o o —

Que el hombre crea, mantiene, critica e invalida valores dentro de su marco histórico, como poder creativo de su espíritu para la realización y acrecentamiento de su ser en la necesidad y la libertad, con lo que logra y trata de imponer su concepción de mundo. Así, el derecho es una de las formas de mostrarse esta concepción de mundo, es pues una de las formas de manifestarse la axiología en el mundo cultural, aunque no obstante ha sido en su generalidad la forma más rígida, pues se le ha visto como la defensa a la inseguridad del porvenir, lo que le da un carácter conservador e inflexible, a la esencia general del derecho, lo que es máscara del terror al futuro, pero histórica y humanamente necesario, y al ser los valores de que se ocupa el derecho básicamente los relacionados con la convivencia social, su estructura y contenido varía esencialmente, sólo ante la imposición de los grandes y radicales cambios en el mundo de la realidad social.

Con lo dicho anteriormente queremos pues llegar a afirmar que los valores son producto exclusivamente humano, es decir, subjetivos, y que la única objetividad que cabe es el poder de acepta-

ción que logre en un determinado momento histórico, como aprobación intersubjetiva, es decir, que ésta es la única universalidad posible de los valores, la lograda por la objetivación cultural, y que así al pasar a la "existencia cultural" logra una objetividad histórica, que es el fundamento de la herencia y circunstancia que recibe cada hombre al ser en el mundo, pero el que a su vez ha de aceptar o rechazar auténtica o inauténticamente desde su ser personal, subjetivo e intransferible.

Con lo cual puede verse cómo el hombre llega a formas de ser, mediante el estudio axiológico histórico, ya que el hombre en cuanto hombre tiene la obligación de crear y vivir su propia escala de valores, con lo que se responsabiliza o compromete ante la existencia de los demás y lo que es determinante, ante sí mismo, además de que es una necesidad en la forma misma de relacionarse el hombre en el mundo, pues es el último paso epistemológico el de la esencialización estimativa, que es ese aumento en el ser que se logra por el ser de valer, como un para sí desde un para ti relacional.

Para hacer el desarrollo de esta temática propuesta, se ha de partir de una concepción metafísica y antropológica e incluso de una filosofía de la cultura, siendo pues así de serio el problema creemos necesario advertir que este trabajo desea ser antes que todo un ensayo y no más que un ensayo sobre esta temática que nos apasiona, que nos agrada, y que antes que todo, nos ha llevado a una sincera meditación filosófica. A un cuestionarnos personal ante todo este conjunto bello y laborioso del existir humano. Haremos algunas críticas a las posiciones tradicionales en su aspecto más general con respecto a los valores, sin exponer aquí extensamente sus criterios por no aparecernos apropiado a lo propuesto, y por tanto remitimos a la bibliografía. Si deseamos exponer con un poco más de cuidado la filosofía de Guillermo Federico Hegel, por sernos de influencia en nuestra posición, no obstante que le negaremos fundamentales postulados.

Dos posibilidades hay de cuestionarnos con respecto al ser: el ser como concepto, más claramente el concepto de ser, o sea un plano lógico intelectual; desde éste veremos la necesidad de llegar a la otra clase de ser, lo que se podría denominar el ser encerrado; el concepto de ser ha de tener una vinculación ontológica con mi propia razón, y esta mi razón no se puede desvincular del ser hombre,

de lo contrario llegamos a una razón impersonal, que no es lo que apreciamos, todo lo contrario, la razón no se puede separar del hombre, la cual es la razón evolutiva, lo que nos lo confirma la misma evolución histórica. Así pues, es imposible no partir del hombre, que es el ser que es y es existencia humana. El hombre es la condición sin la cual no tiene sentido la pregunta por el ser, y es la única posibilidad para la comprensión del ser, que no su definición, pues el ser nunca será definido, pues el hombre nunca será definido en sentido total, acabado, ya que el hombre se hace, no está dado, así, el ser es el estarse haciendo. La existencia humana en cierta forma es todo, es donde se refleja toda otra posibilidad de ser, todo está reducido a esta existencia activa, pues es este ser el que esencializa, es decir, da existencia a todos los demás, y él a la vez cambia luego el ser, es este ser existencia bajo la dimensión del tiempo, y que crea su sentido gracias a un futuro. Sin un futuro no tiene sentido el ser. El hombre, como dice Heidegger, es una especie de demiurgo platónico, gracias al cual cobra sentido todo ente del universo.

Podemos comprender que si el hombre es un ser no acabado, que evoluciona y libre, el concepto tradicional de naturaleza o sustancia pierden su poder y significado, pues éstas parten de un postulado esencial: el hombre es un ser hecho dado; es decir, de un fijismo (tanto en Aristóteles como en Kant). Por lo que el hombre diremos que lo que tiene son estructuras, es un ser de estructuras, biológica, psicológica, espiritual, que dan la estructura humana, como esa unidad formal que permite la identidad, es decir, que hace el ser indivisible, pero que a la vez mantiene necesariamente una evolución, un ir cambiando. Y como aclaración pensemos en el cuerpo humano, en que cada célula se repone dentro de la estructura, en un continuo cambio. Como lo ha hecho ver tan claramente don Teodoro Olarte, a quien aquí seguimos.

Con respecto a la libertad hemos de decir que el hombre es ontológicamente libre, es la única esencia del hombre, pero la libertad es un principio totalmente indeterminado, por lo que se va determinando libremente en la humanidad, pues así se acrecienta el ser y al acrecentarse el ser hay una mayor libertad, pues se aumenta de conciencia y a mayor conciencia de libertad, más libertad. Por tanto el hombre tiene una teleología en sí mismo, tanto como humanidad, que como ser concreto e individual; la finalidad, pues, está en la

mayor humanización gracias al futuro, y por tanto el paso de la historia en la humanidad es fundamental, pues es donde se desarrolla el proceso de libertad del ser.

Con lo hasta ahora expuesto no es posible hacer una rápida formulación y crítica a las dos posiciones axiológicas tradicionales en su formulación general y característica que son: la posición subjetivista y la posición objetivista. Estas dos posturas nacieron al contestar de diferente manera el meollo fundamental de la axiología: ¿Cuál es el tipo de existencia de los valores, los crea el hombre o tiene una existencia independiente al mismo?

En la tesis subjetivista lo fundamental va a ser el afirmar el carácter de creación meramente humana del valor, ya sea fundándose en el fisiológico o en el psicológico del hombre.

“Aquí se tiende a identificar el ‘valor’ con el ‘sentimiento’ o vivencia psicológica del valor, con los objetos concretos y mudables que provocan estos actos o vivencias. En estas concepciones se suele afirmar una identificación entre el hecho y el valor, de modo que este último queda contaminado con la misma fugacidad, relatividad y contingencia de los objetos que encarnan o realizan los valores”.<sup>(1)</sup>

Con respecto a la posición subjetivista tendríamos que decir lo siguiente: en un subjetivismo extremo que niegue la posibilidad del juicio axiológico, va contra el ser del hombre ya que, valorizar es una de las formas de esencializar del hombre y su carácter personal no le niega su validez, al contrario, ¿qué tiene sentido fuera del ser personal?; otro punto es que no se debe ver el valor como radicado en el objeto valorado desde el sujeto, sino que es esa relación esencializadora que hace el sujeto, por último, debemos decir que los valores desde el hombre, como totalidad que crea y no como producto de un aspecto humano, es que se dan los mismos, el valor es producto de la realidad unitaria de la persona.

En cuanto a la tesis objetivista, que afirma una independencia de los valores con respecto al hombre, como seres ideales o de una propia substancialidad, ya que niega la creación del valor de parte del hombre, en especial los considerados clásicamente como

(1) Mandrioni, Héctor, "Introducción . . .", pág. 131.

absolutos, bien, verdad, bondad, etc., no podemos menos que decirles un radical no, no porque es el hombre el que crea el valor, no, porque si el valor no fuese creado por el hombre sería determinar la existencia humana, negar su libertad. Y para afirmar esta refutación al objetivismo axiológico, nos parece suficiente el que recordemos el sentido evolutivo, el continuo cambio de la humanidad y el hecho empírico, real y concreto que nos presenta el fluir de la historia. Un objetivismo axiológico necesita una concepción de naturaleza fija en el hombre, y de una conciencia externa que los cree, lo cual admitiendo el devenir se hace inconsistente filosóficamente, y negado por la ciencia. Véamos, pues, ahora el problema desde una perspectiva dialéctica.

“Hegel enseñó que nada muere definitivamente y que toda muerte es una negación que vuelve a ser negada. Eludir a Hegel, hacer la zancadilla a Hegel, fue el ideal de un tiempo, en muchos otros aspectos admirable, que intentó rehuir todo lo que no puede ser rehuido, todo lo que vuelve. Puede haber en el mundo algunas cosas que, una vez caídas, no se levantan, algunas doctrinas que, una vez dichas, no se repiten. Pero Hegel se levanta y se repite, y quien quiera apartarlo de su lado queda prendido, por el simple hecho de ocuparse de él, en sus invisibles redes, Hegel es el eterno revenant, el que vuelve siempre”.<sup>(2)</sup>

El Espíritu Absoluto, el ser en sí y para sí, la verdad total, la autoconciencia por excelencia, es el pensamiento que se desenvuelve a través de la historia en un desarrollo de la libertad. Todo presente es el mismo, pues todo es momento del Ser Absoluto.

Este espíritu absoluto es el fundamento del Espíritu Subjetivo y del Espíritu Objetivo, los engloba.

El Espíritu Subjetivo es la interioridad, la intimidad, el ser que se sabe a sí mismo, son los seres individuales como conciencia de sí mismos. El Espíritu Objetivo que es espíritu que es para sí y está ahí, para sí en cuanto espíritu, está ahí en cuanto objetivo. Nace de la relación dialéctica entre Naturaleza (tesis) y Espíritu Subjetivo (antítesis).

Cada uno de estos espíritus dialécticamente tienen tres estados, al Espíritu Subjetivo corresponde el alma, la ciencia y espí-

(2) Ferrater Mora, José, "Cuatro . . .", pág. 127.

ritu plenamente. Al Espíritu Objetivo el derecho, la moralidad y la eticidad. Al Espíritu Absoluto, el arte, la religión y la filosofía.

Es así cómo, el Espíritu Absoluto mediante los otros dos se desenvuelve en la Historia Universal, en la que Hegel ve tres grandes faces o momentos: el mundo oriental, el mundo greco-romano y el mundo moderno o germánico.

En el mundo de la Historia Universal el espíritu está en diferentes situaciones con respecto a la libertad, en el oriental, no hay la conciencia de sí, el espíritu desconoce su esencia de libertad y la naturaleza tiene un predominio, por esto hay sólo una individualidad relativamente libre, la del soberano, por lo que domina la tiranía civil y religiosa. En el greco-romano se da el despertar del espíritu, ve su libertad y se sorprende, con lo que emprende la lucha dialéctica con la naturaleza, pero su ejercicio de la libertad no puede pasar de la espiritualización de la materia, este es el mundo de la estética, de la individualidad bella, en Grecia, y del mundo de la obediencia a la ley positiva, de una lucha de dualidades sociales. Así el mundo greco-romano es el de grandes individualidades. En el mundo moderno ya el espíritu se sabe a sí mismo, es para sí, se sabe en su libertad, conoce el derecho a la libertad racional.

Con este esquema de lo que expone Hegel en sus "Lecciones sobre filosofía de la historia universal", podemos ver su filosofía del derecho, haciendo ver, que si bien Hegel hace del Espíritu Absoluto un Dios, por la misma necesidad dialéctica, los valores son cambiantes, es decir, históricos, que se crean por la dialéctica en el Espíritu Subjetivo y Objetivo, pero que son momentos del absoluto, y en este sentido son creados por el absoluto.

El derecho es una manifestación del espíritu objetivo, pero que a la vez es constitutivo del Absoluto. En la Filosofía del derecho de Hegel para poder comprenderla nos es totalmente necesario saber que hay tres estadios del Espíritu Objetivo, los ya enunciados: derecho (derecho abstracto), moralidad y eticidad, pero que se presenta en las individualidades racionales y al llegar a la fase universal del espíritu, es que el Absoluto se manifiesta en ellos, para lo cual se ha logrado la libertad objetiva en el estado, ahora bien todos estos logros de la libertad y del derecho, son logros limitados al proceso dialéctico de la historia, así cada estado se comprende y

justifica por su importancia en el proceso del espíritu en el devenir histórico.

El derecho es una forma de garantía de la libertad, y esta es la esencia, la sustancia del espíritu, que se logra mediante el individuo, lo que explica el gran interés de Hegel por el derecho, por esto antes de exponer su filosofía del derecho, haremos unas citas de las "Lecciones sobre la filosofía de la Historia Universal", que nos parece un buen preámbulo:

"Un estado estará bien constituido y será fuerte en sí mismo, cuando el interés privado de los ciudadanos esté unido a su fin general y el uno encuentra en el otro su satisfacción y realización."<sup>(3)</sup>

"El individuo lo es tanto más verdaderamente cuanto más fuertemente está adherido, por su totalidad, a lo sustancial y cuanto más enérgicamente está la idea impresa en él."<sup>(4)</sup>

"La sustancia del espíritu es la libertad. Su fin en el proceso histórico queda indicado con esto: es la libertad del sujeto; es que éste tenga su conciencia moral y su moralidad, que se proponga fines universales y los haga valer; que el sujeto tenga un valor infinito y llegue también a la conciencia de este extremo. Este fin sustantivo del espíritu universal se alcanza mediante la libertad de cada uno."<sup>(5)</sup>

El proceso que se da en el Espíritu Objetivo y que podríamos llamar el Espíritu del Derecho, viene desde una voluntad libre que se exterioriza hasta la idea ética, el mundo concreto de la norma, en que se expresa en su mayor grado la libertad, todo dentro del campo del espíritu, por esto dice Hegel: "Nº 4. El campo del Derecho es, en general, la espiritualidad y su próximo lugar y punto de partida es la voluntad, que es libre, de suerte que la libertad constituye su sustancia y su determinación; y el sistema del Derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del Espíritu, expresado por sí mismo, como en una segunda naturaleza".<sup>(6)</sup>

(3) Hegel, Guillermo Federico, "Lecciones . . .", pág. 59.

(4) Hegel, Guillermo Federico, "Lecciones . . .", pág. 63.

(5) Hegel, Guillermo Federico, "Lecciones . . .", pág. 39.

(6) Hegel, Guillermo Federico, "Filosofía . . .", pág. 46.

El derecho abstracto es aquel que contiene los derechos de toda persona individual ante el mundo de la realidad externa, y por esto en ésta se desarrolla la propiedad, el contrato y lo injusto como partes del mismo, es donde la persona puede garantizar lo que Hegel llama la "esfera externa de libertad". Véamos con las palabras del mismo Hegel la definición del derecho abstracto.

#### El Derecho Abstracto:

"Nº 34. La voluntad libre en sí y por sí, así como lo es en su concepto abstracto, es en la determinación de la contigüidad. Según ésta, ella es su efectividad negativa frente a la realidad y se refiere sólo abstractamente a sí, es en sí voluntad individual de un sujeto. Según el momento de la particularidad de la voluntad, ella tiene un posterior contenido de fines determinados y, como individualidad que concluye, tiene, a la vez, a ese contenido ante sí como un mundo externo, representado inmediatamente".<sup>(7)</sup>

"Nº 94. El Derecho Abstracto es Derecho de Violencia, porque lo injusto contra aquél, es una violencia contra la existencia de mi libertad, en una cosa externa; la conservación de esa existencia frente a la violencia es, por eso mismo, como una acción externa y como una violencia que anula la primera".<sup>(8)</sup>

Del Derecho se da el tránsito a la moralidad, que es un pasar de la voluntad abstracta y libre a la subjetividad, se pasa del mundo de lo relativo al de la voluntad independiente, al sujeto. Es la voluntad que se tiene como objeto en su propia personalidad, es la subjetividad de la libertad por sí infinita.

#### La Moralidad:

"Nº 105. El punto de vista moral es el punto de vista de la voluntad en cuanto es infinita, no meramente en sí, sino por sí. Esta reflexión de la voluntad en sí y su identidad que es por sí, frente al ser en sí, a la contigüidad y a las determinaciones que se desenvuelven, acreditan a la persona como sujeto".<sup>(9)</sup>

(7) Hegel, Guillermo Federico, "Filosofía . . .", pág. 67.

(8) Hegel, Guillermo Federico, "Filosofía . . .", pág. 104.

(9) Hegel, Guillermo Federico, "Filosofía . . .", pág. 112.

"Nº 107. El punto de vista moral es en su configuración el derecho de la Voluntad Subjetiva. De acuerdo a este derecho la voluntad reconoce y es alguna cosa sólo en cuanto la cosa es suya y ella está implícita como algo subjetivo a sí".<sup>(10)</sup>

"Nº 108. Lo moral no está ya determinado como lo opuesto a lo inmoral, así como el Derecho no es inmediatamente lo opuesto a lo injusto, sino que es la posición general tanto de lo Moral como de lo Inmoral, que depende de la subjetividad del querer".<sup>(11)</sup>

De la moralidad se da el tránsito a la Etica, que es la libertad más concreta y objetiva "el mundo concreto de la norma, de la vida social".<sup>(12)</sup>

Son los valores de una comunidad como expresión del concepto de libertad.

#### La Etica:

"Nº 142. La Etica es la Idea de la Libertad, como Bien viviente que tiene en la conciencia en sí su valer y su querer, y por medio de su obrar, su realidad, así como éste es el ser ético tiene su fundamento que es en sí y por sí y el fin motor; la ética es el concepto de libertad convertido en mundo existente y naturaleza de la conciencia de sí misma".<sup>(13)</sup>

Ahora bien, la Etica no se puede realizar si no es en el Estado, y por esto es la realidad de la Etica, y por tanto es en y desde el Estado que se llegará a la más plena libertad, a la vida ética por excelencia, es donde el derecho como realidad fáctica, pues lo son por la ética misma. En el Estado es donde el individuo tiene plena conciencia de sí, donde se valora y se conserva.

#### El Estado:

"Nº 257. El Estado es la realidad de la Idea Etica; es el Espíritu ético en cuanto voluntad patente, claro por sí mismo, sustancial, que se piensa y se conoce y que cumple lo que él sabe y como lo sabe. Es en lo Etico que el Estado tiene su existencia inmediata;

(10) Hegel, Guillermo Federico, "Filosofía . . .", pág. 113.

(11) Hegel, Guillermo Federico, "Filosofía . . .", pág. 113.

(12) Friedrich, C. J., "Filosofía . . .", pág. 194.

(13) Hegel, Guillermo Federico, "Filosofía . . .", pág. 198.

y en la conciencia de sí del individuo, en su conocer y actividad tiene su existencia inmediata, y esta conciencia de sí, por medio de los sentimientos, tiene su libertad sustancial en él, como su esencia, su fin y producto de su actividad".<sup>(14)</sup>

#### El Derecho como Ley:

"Nº 211. Lo que en sí es derecho cuando es puesto en su existencia objetiva, esto es determinado por la conciencia mediante el pensamiento, y conocido como lo que es derecho y tiene valor, es la ley; y el derecho por medio de esta determinación es derecho positivo".<sup>(15)</sup>

Podemos así concluir que el derecho es uno de los medios para la autoconciencia del Absoluto, pero que es de máxima importancia puesto que es el que permite la libertad.

El Estado y el Derecho son realidades racionales y necesarias: "considerar algo racionalmente, no significa traer la razón al objeto desde afuera y elaborarlo con ella, sino, significa que el objeto es, por sí mismo, racional; aquí es el espíritu en su libertad de culminación suprema de la razón autoconsciente, lo que se da realidad y se crea como existente: la ciencia sólo tiene la tarea de llevar a la conciencia este trabajo propio de la razón de la cosa".<sup>(16)</sup>

Los diferentes Estados que se han dado en la historia, son pues las aproximaciones que se va dando una mayor eticidad, en el proceso de libertad del Absoluto, y por tanto la humanidad vive en un relativismo de valores, pues los condiciona por el devenir histórico.

Creemos poder haber dado ya una visión de la concepción hegeliana del Derecho, el valor y la historia desde su concepción del espíritu, que nos era necesaria para explicar nuestra concepción de los valores y su relación con el derecho.

La afirmación del Espíritu Absoluto y el Espíritu Objetivo, justamente con el Estado, como realidades racionales y existentes en sí mismas, con una autonomía tajante en su "saber y querer"

(14) Hegel, Guillermo Federico, "Filosofía . . .", pág. 208.

(15) Hegel, Guillermo Federico, "Filosofía . . .", pág. 183.

(16) Hegel, Guillermo Federico, "Filosofía . . .", pág. 63.

como lo afirma Hegel, nos resulta imposible de aceptar, esto por lo que afirmamos anteriormente con respecto del ser y del hombre.

La afirmación hegeliana del Ser absoluto, fundamento de todo su sistema, nos resulta una afirmación conceptual del intelecto, en que se parte de una razón impersonal. Lo cual va contra la realidad humana que es la que da existencia, al esencializar por su conciencia: que es este percatarse del mundo externo, del de la interioridad y de su real existencia; por lo que un Absoluto no pasa de ser una invención y un ansia de refugio en algo divino y fuera de lo humano, que nos libre del temor a la existencia. La realidad no es racional, que es existencial. La existencia de un Absoluto, un Objetivo y un Estado dependen de la existencia de un Espíritu subjetivo, personal y concreto, es decir, del hombre. Esto con respecto a su aspecto general o sea a la concepción de la historia universal. Con respecto a la filosofía del Derecho, habiendo ya negado la posibilidad de sustancialidad en sí mismas del Espíritu Absoluto y del Espíritu Objetivo, exigimos que se quede plegado al Espíritu Subjetivo, y negamos esa cúspide de la libertad en el Estado como realidad ética autónoma.

Es necesario pues que afirmemos que al partir de la realidad humana, como la fundante de toda otra posible existencia y creadora de la realidad, no podemos afirmar otro ser que sea el ser que es, si hemos afirmado esta total dependencia a lo humano.

Además, justificar un concepto de libertad, como el expuesto, así como un mero concepto, como una "Idea" de la libertad, no nos es posible. Si no que sostenemos una libertad desde la existencia, una libertad óntica, pero sí creemos que es muy importante el hecho de que Hegel afirme la necesidad de la libertad, de la conciencia de su libertad en el hombre.

En cuanto a lo que aceptamos de Hegel, creo que resultará evidente al exponer nuestra posición, desde luego en forma de lineamiento general y un tanto como tentativa de ensayo, por lo que esperamos benevolencia.

El hombre es un ser que está haciéndose, este hacerse es un proceso dialéctico, mediante el cual el hombre acrecienta su conciencia de la libertad, con lo que aumenta sus finalidades, pues las finalidades del hombre se ensanchan, ve nuevos horizontes al adquirir una mayor conciencia que reflejar al futuro.

Así podemos ver cómo se da este proceso dialéctico, que se da entre el hombre o el espíritu subjetivo y la materia o el mundo externo dado como límite al conocer y vivir humanos.

El Espíritu Subjetivo es la existencia humana en adquisición de libertad mediante el proceso del dialéctico devenir histórico. Tiene tres fases dialécticas: el yo con lo otro, que es la relación de la existencia en su reflexión anterior; y el yo integral, que es existencia consciente de su situación en el mundo y consigo misma. Este Espíritu Subjetivo crea el Espíritu Objetivo al plasmar el producto de su ser en sí y para sí mediante el intento de la comunicación. Este Espíritu Objetivo se da teniendo como punto de referencia el mundo externo o material, por lo que es una relación inmanente de la esencialización del mundo. Tres son las fases de este Espíritu Objetivo: el derecho abstracto, como la voluntad libre que incluye la valoración o concepción que desea imponer; la moral que es la valoración o concepción que acepta la subjetividad en cuanto tal; la ética que es la concepción de mundo que impone como válida.

El Espíritu objetivado o estético que es el testimonio del quehacer humano en su evolución comprende también tres fases: religión, filosofía y arte.

Es así mediante este proceso dialéctico que el hombre o Espíritu Subjetivo, que engloba las demás formas espirituales va adquiriendo una mayor libertad.

La concepción de mundo son los valores, es decir, los valores forjan los diferentes mundos culturales, como producto de la vida humana; como concepción de mundo que son los valores implican siempre una unidad positiva y negativa, es decir, lo que corrientemente se ha llamado por valor y disvalor.

El derecho es una de las formas culturales de darse los valores, en que por tratar aspectos humanos generalmente de una importancia fundamental para la existencia, el hombre trata de mantenerlos en una vigencia temporal lo más prolongada posible. Por lo que a veces se corre con el peligro de que se conviertan en un obstáculo o límite para el progreso de la libertad. Lo que explica que el Derecho sufra las transformaciones generalmente en una forma radical e intempestiva mediante las revoluciones sociales, en la mayoría de los casos. Pero esto es quizás una necesidad intrínseca

a la finalidad misma del Derecho, pues pretende consolidar en absoluto la concepción de que se nutre.

Toda concepción de mundo, parte de una forma de conocer, es decir, de la forma en que se aprehenda la realidad. En este proceso del conocimiento el último aspecto es el de la esencialización estimativa, por la cual el Espíritu Subjetivo da un ser de valer a la relación que se le plantea con el objeto, es el para sí desde un para ti.

El Espíritu Subjetivo por su ser de libertad en el principio de su evolución es lo indeterminado y se va determinando a través de la dialéctica, por consiguiente los valores surgen como acto libre y más claramente como creaciones arbitrarias desde la espiritualidad misma, pues la primer referencia material que tiene el hombre es la única delimitación que se le da, lo que explica que el mito sea el principio del valor, es decir, la concepción de mundo, como lo dice muy bien Gusdorf: "las estructuras míticas expresan un primer estado de los valores, adheridos todavía a la orientación biológica constitutiva del ser en el mundo. Se esbozan ya, sin duda, las primeras sublimaciones, cuyo desarrollo hará hacer la civilización; pero todavía no son más que rudimentos y esbozos, lejanas promesas del porvenir".<sup>(17)</sup>

Creo que con las conclusiones a que hemos llegado, podemos dar por válidas las afirmaciones que hicimos en las primeras páginas de éste ensayo, es decir, la axiología es una relación inmanente que crea el hombre para esencializar el mundo, su mundo, y por lo tanto, es subjetiva y variable en un devenir histórico, pero que a la vez el hombre tiene la obligación y el compromiso de replantearlos, negarlos, aceptarlos o crear nuevos valores para el logro de su misma esencia, su libertad histórica.

(17) Gusdorf, Georges, "Mito . . .", pág. 15.

## BIBLIOGRAFIA

DUJOVNE, LEON

"Teoría de los valores y filosofía de la historia"  
Editorial Paidós  
Buenos Aires

FERRATER MORA, JOSE

"Cuatro Visiones de la Historia Universal"  
Editorial Sudamericana  
Tercera Edición  
Buenos Aires, 1958

FRIEDRICH, CARL JOACHIM

"La Filosofía del Derecho"  
Traducción de Margarita Alvarez Franco  
Breviarios del Fondo de Cultura Económica  
México

GUTIERREZ, CARLOS JOSE

"Lecciones de Filosofía del Derecho"  
Editorial Tridente  
Madrid

GUSDORF, GEORGES

"Mito y Metafísica"  
Editorial Nova  
Buenos Aires

HEGEL, GUILLERMO FEDERICO

"Fenomenología del Espíritu"  
Fondo de Cultura Económica  
Primera Edición 1966  
Traducción de Wenceslao Roses  
México

"Filosofía del Derecho"  
Editorial Claridad  
Cuarta Edición  
Santiago, 1945

"Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal"  
Traducción de José Gaos  
Revista de Occidente  
Madrid, 1928

MANDRIONI, HECTOR D.

"Introducción a la Filosofía"  
Editorial Kapelutz  
Madrid