

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO

Revista
de
Ciencias Jurídicas



No. 19

Junio 1972

Cos R
Nº 19

340 R
No 19/1972
REV 141559



19315

Sistema de Bibliotecas - UCR

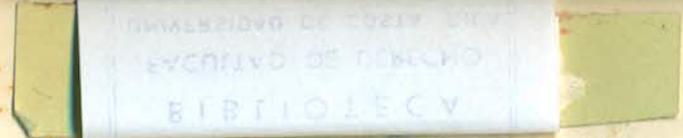


REV 14 1559

Revista

ESTIMADO USUARIO:

Este material es de uso restringido. Recuerde que si el mismo no es devuelto a la hora indicada, le traerá como consecuencia la suspensión de préstamo en el SIBDI. (DISPOSICION ADMINISTRATIVA DE LA UNIDAD DE CIRCULACION). Art. 29, inc. b., párr. 2



DIRECTOR
LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO:

| | |
|--|-----|
| En Busca de una Teoría del Derecho en el Desarrollo Económico: El Proyecto de Reforma Jurídica-USAID-ROCAP-Universidad de Costa Rica | 5 |
| Prof. Boris Kozolchyk | |
| Apuntes Sobre el Origen Histórico de La Condición Resolutoria Tácita | 111 |
| Dr. Enrico Dell'Aguila | |
| Derecho Como Creencia en Ortega y Gasset | 125 |
| Lic. Jorge Enrique Guier | |
| La Acusación o Denuncia Calumniosas y la Calumnia Real | 159 |
| Dr. Francisco Castillo González | |
| Algunas Ideas Sobre el Desarrollo Histórico del Liberalismo | 219 |
| Lic. Nury Raventós de Marín | |
| Problemas de Teoría General del Derecho Agrario | 245 |
| Lic. Antonio Carrozza | |

**EN BUSCA DE UNA TEORÍA DEL DERECHO EN
EL DESARROLLO ECONÓMICO: EL PROYECTO
DE REFORMA JURÍDICA-USAID-ROCAP.
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**

Por BORIS KOZOLCHYK

I.—INTRODUCCION

A) Breve historia y descripción del Proyecto de Reforma Jurídica

Este artículo tiene el propósito de resumir los resultados de las investigaciones empíricas sobre la interacción entre instituciones jurídicas y el desarrollo económico, llevado a cabo por el Proyecto de Reforma Jurídica bi-nacional (de aquí en adelante referido como Proyecto Jurídico), realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica durante el período junio 1967 - junio 1969. El Proyecto Jurídico estuvo compuesto por un grupo de abogados costarricenses y norteamericanos, reunidos con el respaldo conjunto de la Agencia Internacional del Desarrollo (USAID), la Oficina Regional de la USAID para Centro América y Panamá (ROCAP) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.⁽¹⁾ El artículo también resumirá algunas de las conclusiones

(*) Derechos de Autor reservados.

(1) Los participantes fueron: por Costa Rica el Decano Carlos José Gutiérrez, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho; Lic. Octavio Torrealba, Profesor de Derecho Comercial; Lic. Rodrigo Oreamuno, Profesor Asistente de Derecho Comercial e Introducción al Derecho; Lic. Fernando Mora, Profesor Asistente de Derecho Comercial; Lic. Harry Zürcher Blen, Profesor Asistente de Derecho Comercial; y Lic. Harry Zürcher Acuña, del Colegio de Abogados. Por los Estados Unidos, Charles Foster Knight, Director asistente del Proyecto Jurídico, Blake T. Franklin, Esq. Universidad de Harvard Escuela de Derecho, en un principio voluntario del cuerpo de paz y con posterioridad bajo contrato con ROCAP, Sr. John M. Finch, B. A. graduado en Relaciones Internacionales y voluntario del Cuerpo de Paz; David A. Gantz, Esq., Universidad de Stanford, Escuela de Derecho bajo contrato con ROCAP; David Loring, Esq., Universidad de Stanford, Escuela de Derecho, bajo contrato con ROCAP; Lorin S. Weisenfeld, Esq., Universidad de Harvard, Escuela de Derecho, becado por Fulbright. El autor agradece la cooperación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y de los diputados de la Asamblea

y sugerencias obtenidas en un seminario de evaluación llevado a cabo en la Escuela de Derecho de la Universidad de Arizona en Tucson, Arizona (a partir de aquí, denominado Seminario), del 11 al 13 de febrero de 1970.⁽²⁾ Estos resúmenes servirán como base para la formación de puntos teóricos destinados a obtener una mejor comprensión del papel del Derecho en el proceso del desarrollo económico de Costa Rica.

La investigación empírica fue una de las tres actividades llevadas a cabo por el Proyecto Jurídico. Además del trabajo de investigación empírica, el proyecto se interesó en mejorar los métodos de enseñanza en la Escuela de Derecho de la Universidad de Costa Rica a través de la preparación de libros de texto a base de doctrina, legislación comparada, jurisprudencia, problemas y casos en el área del Derecho Comercial;⁽³⁾ el entrenamiento de profesores

Legislativa lo mismo que la cooperación de tres Consejeros Legales Regionales Sres. William Skidmore, quien fue el primer impulsador del proyecto, y sus sucesores, los Lcdos., Joseph Grimes y Kent Knowles. Igualmente agradece las sugerencias de Charles Foster Knight, Esq. y de los profesores de la Universidad de Arizona, William E. Boyd, Escuela de Derecho, Donald A. Wells, Departamento de Economía, Jeffrie G. Murphy, Departamento de Filosofía, Phillip E. Hammond, Departamento de Sociología, Edward J. Williams, Departamento de Ciencias Políticas; de mucha utilidad también fueron las atinadas críticas de Lorin S. Weisenfeld, Ramiro Reugifo, Eugenio Revilla, Sally Pasette, Esq., Elaine Billie Kozolchyk y del desaparecido profesor James J. Graham. A él le dedico este artículo.

(2) Presentes en esta sesión estaban por Costa Rica el Decano Gutiérrez, profesor Claudio González de la Facultad de Ciencias Económicas y del Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad de Costa Rica, y el señor Knight, Esq., del Proyecto Jurídico. De los Estados Unidos, el honorable Clarence A. Booustra, ex-embajador de los Estados Unidos en Costa Rica y Cónsul General de los Estados Unidos en Río, Brasil; el señor Franklin, actualmente con Coudert Brothers, Washington, D. C.; el Sr. Gantz, actualmente con la oficina del Consejero Legal del Departamento de Estado, Washington, D. C., Sr. Arnold J. Schwartz del Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D. C.; Sres. Gilbert P. Verbit y Weisenfeld del Centro Internacional de Derecho, Nueva York. Como participantes de la Universidad de Arizona estaban: Dr. Thomas Weaver, Profesor Asociado de Antropología y Director de la Oficina de Investigación Etnica; Dr. Arthur L. Wood, Profesor Visitante de Sociología; Dr. Donald A. Wells, Profesor Asociado de Economía; Dr. John E. Buehler, Profesor Asociado y Jefe del Departamento de Economía; Dr. James E. Wert, Profesor y Jefe del Departamento de Finanzas; y de la Escuela de Derecho, el Profesor William E. Boyd, el Profesor Robert Emmet Clark, el Profesor Junius Hoffman, el Profesor Boris Kozolchyk y la Profesora Investigadora Asociada, Sally Pasette.

(3) La preparación de los materiales de enseñanza empezó con la recolección de las sentencias más importantes de Derecho Comercial de la Corte Suprema de la Sala de Casación de Justicia de Costa Rica y las Salas de Apelaciones durante el período 1900-1966. El índice de esta colección fue publicada como parte de una edición especial de la *Revista de Ciencias Jurídicas*. Véase KOZOLCHYK, JURISPRUDENCIA MERCANTIL 1900-1966 (Lehmann, San José, Costa Rica 1968). Esta colección de sentencias fue usada como instrumento de enseñanza en conjunto con un texto doctrinario y con legislación comparada, preguntas sobre los tópicos y problemas analíticos, todo reunido en un trabajo de cuatro volúmenes publicado por la Universidad de Costa Rica como KOZOLCHYK Y TORREALBA, CURSO DE DERECHO MERCANTIL, TEXTO Y MATERIALES DE ESTUDIO (San José, Costa Rica 1968-69).

Las fases de "derecho en acción" del Proyecto de Reforma Jurídica han sido descritas y evaluadas por el Decano Carlos José Gutiérrez en el folleto, *Los Consultorios Jurídicos* (San

y estudiantes para su uso, y la introducción de consultorios jurídicos para el desarrollo de trabajos clínicos o de "derecho en acción".

El papel negativo tradicionalmente jugado por las instituciones jurídicas en el proceso de desarrollo de otros países latinoamericanos había sido comprobado en estudios anteriores. En el área de transacciones de crédito, por ejemplo, se encontró que, frecuentemente, el derecho actuaba como un obstáculo a la eficiente utilización de los recursos crediticios en Argentina, Brasil, Chile y México.⁽⁴⁾ El obstáculo ocasionalmente se encontraba en el enunciado mismo de las reglas jurídicas, pero más frecuente y significativamente, en la manera en que las reglas fueron promulgadas, reglamentadas, interpretadas, aplicadas y obedecidas en la sociedad en cuestión.⁽⁵⁾

Estos estudios preliminares, sin embargo, enfocaban el funcionamiento de las instituciones jurídicas como parte de una actividad económica aislada y no como una parte integral del proceso de desarrollo. Este proceso, como puede fácilmente verse, encierra componentes legales y socio-económicos en un estado constante de interacción, sobre todo, por estar sujetos a la consecución de una meta específica o un conjunto de metas. Claramente, por lo tanto, si el derecho en Costa Rica debía ser examinado en su contribución al desarrollo, era necesario observar y evaluar el funcionamiento de las instituciones jurídicas costarricenses no como entidades abstractas sino como utensilios dotados de un propósito económico determinado y substancial.

José, Costa Rica 1968) y en sus tres reportes anuales publicados de la Escuela de Derecho titulados *Informe de Labores* (San José, 1967, 1968, 1969). Para una estimación general del Proyecto de Reforma Jurídica en su época inicial, véase Skidmore, *Technical Assistance in Building Legal Structures: Description of an Experimental AID Project in Central America*. The Journal of Developing Areas 549 (1969). El Sr. Skidmore, con razón, rinde tributo a la visión del Sr. David Bronheim, quien como anterior Delegado Coordinador de la Alianza para el Progreso de Estados Unidos, alentó la implementación de proyectos de infraestructura legal. Fue al Sr. Bronheim anterior Coordinador de la Alianza para el Progreso a quien el Sr. John W. Riehm, anterior Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Metodista del Sur y este autor enviaron el primer bosquejo en el año 1963 de lo que se convirtió en Proyecto de Reforma Jurídica en el año 1967.

(4) Véase particularmente Kozolchyk, *Law and the Credit Structure in Latin America* (RAND Corporation RM-4918 RC, 1966) o una versión condensada en 7 Virginia Journal of International Law 2 (1967).

(5) Los obstáculos que aparecieron en el texto de las reglas se denominaron "normativos" y aquellos que se encontraron en los procesos de promulgación, aplicación, interpretación y obediencia se designaron "institucionales". Véase *Law and The Credit Structure*, supra nota 4, en 39 y 28 respectivamente.

Se escogieron tres tópicos de estudio: el fomento industrial, la formación de capital en las sociedades comerciales y el crédito para el consumidor. Estos tópicos fueron escogidos no solamente por su interdependencia en términos económicos sino también por ser suficientemente representativos de la diversa fisonomía adoptada por las normas jurídicas cuando el derecho esta involucrado en las actividades de desarrollo económico. Por ejemplo, era aparente que una política de fomento industrial exitosa en un país que hasta 1959 [el año en que se promulgó la Ley de Protección y Desarrollo Industrial o la Ley de Fomento Industrial (de aquí en adelante referida como L.F.I.)] había dependido casi exclusivamente del sector agrícola, requeriría del sistema jurídico en cuestión la creación de nuevas instituciones. Y estas instituciones tendrían sin duda que ser impuestas desde arriba por un Estado que carecía de experiencia regulatoria en el área de actividades industriales. Entonces, era del caso preguntar, con mirada retrospectiva, cómo se formaron las instituciones requeridas y cómo funcionaron a la luz del propósito que las creó. En contraste, el derecho sobre formación de capital en las sociedades comerciales en la forma en que aparece recogido en el Código de Comercio de Costa Rica de 1964 (de aquí en adelante denominado C. de C.) y en las leyes tributarias conexas encontraba sustento en una cantidad considerable de previa experiencia regulatoria y comercial acumulada bajo legislaciones precedentes. Su propósito de provocar un cierto tipo de comportamiento social generalizando la adquisición de valores mobiliarios por parte de ahorristas e inversionistas costarricenses requeriría tanto la creación de nuevas instituciones jurídicas como el ajuste y reforma de las pre-existentes. Ya que si bien las sociedades anónimas habían sido usadas en Costa Rica desde principios del siglo XIX, su utilización como medio para la absorción e inversión de ahorros de una gran porción del público formaban parte de un esquema de desarrollo contemporáneo en el cual el C. de C. estaba llamado a jugar un papel importante. Era, entonces, apropiado preguntarse cómo se comportó el C. de C. y cuál fue el comportamiento de la legislación y jurisprudencia complementaria en relación a los propósitos enunciados.

El tercer estudio sobre crédito, enfocando primordialmente las transacciones del consumidor urbano, fue planeado para lograr una descripción detallada de papel del derecho, positivo o consue-

tudinario, en un área donde gran parte de la población costarricense parecía participar en la creación de normas jurídicas. Casi todos los costarricenses conocidos por este autor, en su visita en 1966, aparecieron en una ocasión o en otra como prestamistas, prestatarios o fiadores en una operación crediticia. Por consiguiente, este estudio prometía brindar un panorama detallado del comportamiento de las instituciones jurídicas usadas por las más diversas capas de la sociedad urbana costarricense a los efectos de obtener o proveer crédito. Uno debería inquirir no solo respecto a la efectividad de las normas sino también sobre el papel del derecho consuetudinario en relación a la ley escrita y a sus propósitos de desarrollo.

En breve, cada uno de los tres estudios fue diseñado para proveer un cuadro parcial pero complementario del papel de las instituciones jurídicas en el proceso de desarrollo económico en Costa Rica. El estudio sobre el fomento industrial analizó la forma y la ejecución de un cuerpo normativo creador de instituciones, caracterizado y tipificado como un ejemplo de legislación económica fundamental, mientras que los estudios de formación de capital y de crédito examinaron en detalle varios aspectos del comportamiento de la ley positiva y consuetudinaria en campos donde existían ya experiencia e instituciones jurídicas.

Desde el punto de vista de una teoría general del desarrollo, es obvio que si bien el desarrollo económico es un factor esencial no es el único en propiciar el bienestar de un pueblo. Por lo tanto, una teoría general de desarrollo no puede ignorar el efecto combinado de los múltiples contextos de actividad social, familiar, religioso, político, a la par que económico.

Pero al mismo tiempo es imprescindible percatarse de las características de las instituciones que intervienen en cada contexto. Es por ello que los estudios del Proyecto Jurídico, al enfocar primordialmente el contexto económico, lejos de excluir la importancia del "cuadro general" del derecho en el proceso de desarrollo social de Costa Rica pretenden contribuir a su mejor entendimiento.

B) Criterio de Evaluación del Desarrollo Jurídico: Estado y Grado

Las conclusiones a que se refieren las secciones subsiguientes descansan en un criterio evaluativo del comportamiento de instituciones jurídicas costarricenses. Este criterio no es resultado de tratar de situar el sistema jurídico de Costa Rica dentro de un cierto esquema evolutivo del derecho.⁽⁶⁾ Los criterios para medir el funcionamiento de las instituciones legales son los que emergen primordialmente de su grado de conformidad con las metas de desarrollo económico de Costa Rica.

El grado de conformidad de un sistema legal, rama o institución, por lo tanto, es un concepto relativo que no debe confundirse con lo que los historiadores legales, antropólogos y filósofos han descrito como un estado del desarrollo jurídico, una noción que en términos absolutos trata de localizar el puesto que le corresponde a un sistema jurídico en el tiempo o en la historia de las instituciones jurídicas. Es concebible así, que un sistema jurídico pueda, en cualquiera de sus estados, pasar por varios grados de conformidad y mientras está todavía en un estado determinado, digamos, de derecho "primitivo", según el Decano Pound o del derecho de tribu del Profesor Vinogradoff, puede dar mejor respuesta a las exigencias que se le hagan y así ser más desarrollado que otros.⁽⁷⁾

Teniendo en mente la distinción antes mencionada entre grado y estado de desarrollo, uno no puede descartar el hallazgo de que una o más instituciones jurídicas no estén funcionando como

(6) Para el esquema evolutivo, véase "Outlines of Lectures On Jurisprudence" 34 *et seq.* 5ta ed. (1943) de Roscoe Pound y también "The End of Law as Developed in Juristic Thought". 27 *Harvard Law Review*, 605, 628, (1914). Las etapas de Pound fueron: 1) Derecho Primitivo, 2) Derecho Estricto, 3) Justicia y Derecho Natural, 4) Madurez del Derecho, 5) Socialización del Derecho. Véase 1 VINOGRADOFF, RESEÑA DE JURISPRUDENCIA HISTÓRICA 156 *et seq.* (1920). Las etapas que sugirió el Profesor Vinogradoff fueron: 1) Derecho Totemístico, 2) Derecho Tribal, 3) Derecho Cívico y Urbano, 4) Derecho Medieval, 5) Jurisprudencia Individualista, 6) Jurisprudencia Socialista. Además de las etapas de Pound y Vinogradoff, otras versiones menos graduales o más teleológicas del desarrollo histórico del derecho, tal como la del conocido esquema de Sir Henry Maine, para quien la evolución inexorable se produjo a partir del concepto del *status social* hacia una protección del concepto de *contrato* ("from status to contract"), se usan frecuentemente en la literatura jurídica "desarrollista". Véase, por ejemplo, Scidam "Law and Economic Development in Independent English Speaking Sub Sahara Africa". "Wisconsin Law Review" 999, en 1018-51 (1966). Una influencia semejante es visible en Gallanter, "The Modernization of Law", en "Modernization" 154 (Weiner ed. 1966).

(7) *Id.*

se esperaba en Costa Rica meramente porque las mismas instituciones sufren de una falta de funcionamiento aparentemente similar en una nación mucho más desarrollada económicamente.⁽⁸⁾ Porque, como está implícito en la noción de grado, los criterios para medir el funcionamiento de una institución son primordialmente los que emergen del país cuyo proceso de desarrollo se está examinando.⁽⁹⁾ Y, como se verá en una sección más adelante, funciones similarmente deficientes en dos países de desarrollo económico desigual pueden tener efectos económicos muy diferentes en cada país.

Ahora es necesario esbozar la metodología y terminología usada para evaluar los tres estudios.

C) Metodología y Terminología de Evaluación

Para poder medir el grado de capacidad de respuesta o conformidad de un sistema jurídico con sus metas de desarrollo, uno debe mirar el sistema como un conjunto de instituciones creadas con un propósito dado. El término "propósito" es por lo tanto mucho más inclusivo que "interés jurídico", uno de los conceptos claves de la llamada Escuela de Jurisprudencia Sociológica norteamericana del fallecido Decano Pound. Como lo define Pound, "Interés jurídico es una demanda o deseo que los seres humanos buscan satisfacer sea individualmente o en grupos, el cual, por lo tanto, debe tomarse en cuenta por el ordenamiento de las relaciones humanas...".⁽¹⁰⁾

Como se usa en este estudio, el propósito de un sistema jurídico presupone un tanto de racionalidad y factibilidad. En otras palabras, las metas del sistema jurídico se presume que sean consistentes con los recursos disponibles. Similarmente, el propósito del sistema se presume que incluya el ámbito más completo de necesidades económicas cualquiera que sea la manera en que sean formuladas y percibidas, siempre que su satisfacción por separado,

(8) El término "institución" se usa en este artículo en su sentido más comprensivo. Incluye reglas, principios de interpretación, conceptos, y procesos de formación del derecho en todas sus manifestaciones.

(9) El término "primordialmente" se emplea para calificar el standard *ad hoc* de evaluación puesto que la presente interdependencia cultural y económica de las naciones es tal que aún las categorías conceptuales aparentemente más autóctonas no son inmunes a la influencia extranjera.

(10) Véase Pound, *supra* nota 6, en 96.

o conjuntamente con otras, pueda ser considerada como una acción tendiente al desarrollo.

La razón para usar un concepto más amplio que el de interés jurídico es que el subdesarrollo económico es caracterizado de manera frecuente, precisamente por la inhabilidad de la sociedad en cuestión para percibir, formular o presentar demandas, a pesar del hecho de que existan necesidades de desarrollo de carácter verdaderamente social.⁽¹¹⁾ Esto quiere decir que la capacidad de respuesta o conformidad con las metas de desarrollo no deben medirse solamente por el criterio del número total de demandas satisfechas al menor costo social, sino además, con un criterio que toma en consideración la calidad y el potencial de desarrollo económico de las demandas.⁽¹²⁾ También quiere decir que la capacidad de respuesta debe medirse no solamente ante demandas formuladas, sino también ante varios otros tipos de deseos de acción social, especialmente aquéllos susceptibles de convertirse en demandas de desarrollo bajo circunstancias propicias. De acuerdo con ello, los siguientes términos se han usado en nuestra evaluación de la capacidad de respuesta de las instituciones jurídicas de Costa Rica:

1) una demanda, definida como un reclamo expreso o articulado de acción jurídica, para obtener la cual un grupo u organización social ejerce presión activa;

(11) Véase desde un punto de vista legal constitucional, STONE, HUMAN LAW, AND HUMAN JUSTICE 282 *et seq.* (1968); desde el punto de vista de instituciones políticas, véase Eisenstadt, *Problemas de las Burocracias Emergentes en Áreas en Desarrollo y en Nuevos Estados*, en INDUSTRIALIZATION AND SOCIETY 159, 166-67 (Hoselitz and Moore eds. 1968). Véase también para las implicaciones económicas de una imagen de grupo de presión, HIRSCHMAN, THE STRATEGY OF ECONOMIC DEVELOPMENT pág. 12 (1961).

(12) El requerimiento de que la demanda tenga un potencial de desarrollo toma en cuenta dos objeciones diferentes al punto de vista utilitario —pragmático según el cual la función del derecho es satisfacer tantas demandas o reclamos *de facto* como sea posible sin quebrantar la estructura social. Una objeción planteada por STONE, *supra* nota 11, en 284, distingue claramente entre las demandas de los planificadores del desarrollo y aquellas de la mayoría de la población de una sociedad subdesarrollada que pueden ser, en un país como la India, totalmente extrañas o inconsistentes con el desarrollo económico. La segunda objeción es aparente, entre otros escritos, en GALBRAITH, THE NEW INDUSTRIAL STATE pág. 22 ss. (1967): Muchas de las demandas de la sociedad se originan en los grandes productores de mercancías y servicios y sus agencias de propaganda. Al requerir que la demanda tenga un potencial de desarrollo económico, se asume que solamente aquellas demandas que tengan probabilidades de contribuir a mejorar el standard de vida de la comunidad en su totalidad deben ser satisfechos. El standard utilitario-pragmático, sin embargo, se retiene en parte porque se parte de la premisa que la meta principal del sistema jurídico en el desarrollo económico es la satisfacción del mayor número posible de demandas *con potencial de desarrollo*.

2) una aspiración, definida como un deseo generalizado de acción jurídica, que se diferencia de la demanda por no estar articulado, o estarlo vagamente, y que por tanto no es objeto de presión activa por parte de un grupo u organización social;

3) una expectativa, definida como una aspiración específica o determinada. La expectativa es un deseo de acción social que al igual que la aspiración no está apoyada por una presión activa, pero que a diferencia de ella se encuentra articulada claramente en términos de la cantidad, calidad y duración de la acción deseada. Así, cuando un grupo de hombres de negocio hace presión para que se otorgue un cierto tipo de incentivo fiscal o se permita la construcción de una sociedad comercial determinada, sus esfuerzos se denominarán una demanda; mientras que si un segmento de la población desea más crédito para comprar aparatos caseros, pero tal deseo no se formula como un reclamo de acción jurídica respecto al costo o la disponibilidad de crédito, será denominado una aspiración. Por otro lado, si los presuntos inversionistas pueden hacerse oír sobre los porcentajes de ganancia que desean en sus inversiones en valores mobiliarios, su deseo (aún inarticulado como una demanda) será denominado una expectativa.

4) Finalmente, el término propensión será usado para describir una actitud, que si bien no se ha configurado como una demanda, aspiración o expectativa, podría fácilmente convertirse en una de ellas o degenerar en una conducta contraria o violatoria de la normativa vigente, una vez que el grupo o individuo haya sido expuesto al estímulo correspondiente. Así, en el ejemplo precedente, una sociedad o un grupo que arriesga sus ahorros en juegos de azar o en negocios aleatorios, podría decirse que tiene una propensión a invertir en valores comerciales una vez que se cumplan las pre-condiciones propias para su adquisición. La propia sociedad o grupo, sin embargo, también puede tener la propensión a realizar actos ilícitos cuando se halle ante la obligación de pagar impuestos, sobre las ganancias de su inversión, que consideren elevados.

Debe enfatizarse que la categoría más apta a ser trasladada a acción jurídica inmediata es sin duda la demanda. También es claro que puesto que reflejan deseos específicos o determinados, las expectativas tienen mayores posibilidades de convertirse en

demandas que las aspiraciones. Consecuentemente, al evaluar el comportamiento de las instituciones jurídicas costarricenses, debe preguntarse no solamente cómo han respondido a las demandas interpuestas sino también hasta qué punto el sistema jurídico ha permitido o alentado la formulación de expectativas y cómo ha manejado las propensiones. Cuando se contesten estas preguntas, será apropiado preguntar, al discutir los elementos de una teoría del derecho en el desarrollo económico, qué puede hacerse para mejorar el comportamiento del sistema. Volvamos ahora nuestra atención hacia los estudios en forma individual.

II.—LA LEY DE FOMENTO INDUSTRIAL DE 1959

A) Rasgos Básicos

El primer estudio⁽¹³⁾ se concentra sobre la ley N° 2426 de 3 de setiembre de 1959 de Protección y Desarrollo Industrial, también conocida como la Ley de Fomento Industrial (L.F.I.) y que estuvo en vigor en Costa Rica durante una década, hasta la adopción del Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales a la Industria en 1969. Entre los objetivos principales de esta ley, como se expresó en el primer artículo están los siguientes:

“... Contribuir a la diversificación y fortalecimiento de las actividades económicas del país, procurando canalizar el ahorro nacional, y atraer inversiones procedentes del exterior para crear nuevas fuentes de ocupación mejor remuneradas”⁽¹⁴⁾

Además, hay otros objetivos implícitos, tales como:

- a) estimular la producción interna de materias primas;
- b) el crecimiento del ingreso nacional;
- c) mejorar la balanza de pagos;
- d) lograr una mayor eficiencia en la industria local;

(13) Se llevó a cabo por los señores Lorin S. Weisenfeld y David A. Gantz y se publicó en la Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, en el N° 14 correspondiente a diciembre de 1969 (de aquí en adelante referido como Estudio de Industrialización). En su versión final se espera publicarlo en la primavera de 1972 como parte de un volumen intitulado “Derecho en el Desarrollo Económico, la Experiencia Costarricense”.

(14) Véase Artículo 1 de la L.F.I.

- e) mejorar la distribución geográfica de la industria en Costa Rica; y
- f) disminuir los precios al consumidor.⁽¹⁵⁾

Con el fin de obtener esos objetivos, la ley provee la concesión por el gobierno de Costa Rica a las industrias clasificadas ya sea como “nuevas” o “establecidas”, de una serie de exoneraciones y beneficios fiscales después de la aprobación de una solicitud y la firma de un contrato con el Estado.⁽¹⁶⁾ El artículo 16 de la ley define como industrias nuevas a las que producirán ar-

(15) Artículos 17, 19 y 47 de la L.F.I.

(16) Artículo 19.—El Poder Ejecutivo podrá conceder a las plantas industriales que sean clasificadas como industrias nuevas, los siguientes beneficios:

- a) Franquicia aduanera del 99% sobre materiales de construcciones que se necesiten importar, para construir el edificio de la fábrica, sus dependencias y obras necesarias así como viviendas anexas para sus trabajadores, previa presentación de planos y presupuestos debidamente aprobados por el INVU, cuando de viviendas para trabajadores se trate. Para obtener dicha franquicia aduanera, el o los interesados, deberán presentar ante la Comisión Consultiva y de Coordinación para el Fomento Industrial, planos de las obras a realizar, con detalle de los materiales e implementos que se van a consumir, debidamente aprobados y firmados por un ingeniero civil o arquitecto incorporados;
- b) Franquicia aduanera del 99% sobre la importación de motores, maquinaria, herramientas, equipo y accesorios que se requieran para la fabricación de los productos en la planta industrial beneficiaria por esta ley, así como de los instrumentos de laboratorio necesarios para la investigación, fabricación y control de esos productos;
- c) Franquicia aduanera del 99% sobre la importación de combustible y lubricantes, excepto de la gasolina, que sean necesarios para producir energía o para utilizarse en cualesquiera otros fines indispensables en la producción de la planta industrial. Esta franquicia cubrirá también las industrias ya establecidas en casos muy calificados y a juicio del Ministerio de Economía y Hacienda. La franquicia aduanera a que se refiere este inciso, se podrá otorgar, para generación eléctrica, solamente en el caso de que dicha energía no pueda ser suministrada adecuadamente, por los servicios establecidos. No se dará franquicia aduanera a la importación de combustible y lubricantes destinados a equipo de transporte;
- d) Franquicia aduanera del 99% sobre la importación de materias primas, productos semielaborados o materiales que entren en la composición o en el proceso de elaboración del producto;
- e) Franquicia aduanera del 99% sobre la importación de empaques y envases que requiera el producto terminado;
- f) Exención de impuestos territoriales durante cinco años. Asimismo, se podrá exonerar de los impuestos municipales que se cobren a las instalaciones industriales, si así lo aprueba, previamente, la Municipalidad del lugar donde se localizaren;
- g) Exención de impuestos fiscales del 100% durante la primera mitad y del 50% durante la segunda mitad del plazo que le sea concedido a la planta industrial que pesan sobre el capital invertido y sobre las utilidades obtenidas, en la misma para disfrutar de los demás beneficios que concede esta ley. Con respecto a los impuestos municipales, que se cobren sobre el capital invertido, su concesión estará condicionada a lo dispuesto en el último párrafo del inciso anterior;

tículos no producidos antes en el país, o que si se producen, lo sean en una cantidad inferior al 10% de la demanda local. Todas las otras industrias son definidas como "establecidas".

Dependiendo de si el solicitante está clasificado como una industria nueva o como una industria establecida, puede ser exonerado del pago de aforos en la importación de materia y artículos semi terminados por un período de 10 años.⁽¹⁷⁾ Además, la Comisión Industrial, órgano del Ministerio de Industrias responsable de la administración de la ley, puede dar exoneraciones para la importación de una más amplia lista de materiales y productos. Puede también eximir del pago de impuestos territoriales, sobre la renta, los aumentos de capital y de gravámenes a la exportación.⁽¹⁸⁾ Adicionalmente, otros Ministerios del Gobierno de Costa Rica pueden otorgar al solicitante protección arancelaria especial contra la competencia extranjera y darle asistencia técnica, fianzas para préstamos y otros incentivos fiscales.⁽¹⁹⁾ El criterio con el cual estos considerables beneficios han sido administrados, según el artículo 17 de la L.F.I., son los siguientes:

Artículo 17: Los beneficios de esta ley, y el plazo durante el cual se otorgarán a una planta industrial, serán determinados tomando en cuenta el grado y número en que concurren los siguientes factores:

- a) El aporte al ingreso nacional y la forma en que se distribuirá entre los factores de producción;
- h) Exención del pago de impuestos de exportación sobre los artículos producidos por la planta industrial beneficiaria de esta ley, en los casos que sea necesario, para permitir la competencia del producto en el mercado externo; e
- i) Exención del monto que le corresponda, por concepto del Impuesto sobre la Renta, por aquella parte de las utilidades que la empresa reinvierta en mejoras, tanto en la propia industria como en viviendas para sus trabajadores, y que compruebe debidamente ante la Tributación Directa.

El uso de materia prima o productos semielaborados nacionales será factor de primordial importancia en el otorgamiento de los beneficios a que se refiere este artículo.

Artículo 20.—El Poder Ejecutivo podrá conceder a las plantas industriales que sean clasificadas como industrias establecidas, solamente las exenciones contenidas en los incisos a), b), d), e), h), e i), del artículo anterior en un 90%.

(17) En el caso de nuevas industrias, la exoneración puede cubrir hasta el 99% y en los casos de las industrias establecidas hasta el 90%. Véase artículos 19 y 20, *supra* nota 16.

(18) Artículos 15, 19 y 20 de la L.F.I.

(19) Artículos 5, 7, 10, 11, 12 de la L.F.I.

- b) Las materias primas o productos terminados o semiterminados nacionales que utilice así como aquellos para cuya futura producción en el país sea un estímulo;
- c) El mercado que pueda asegurar para una actividad agrícola;
- d) Sus efectos sobre la balanza de pagos;
- e) El plan financiero, la cuantía de las inversiones, su distribución y la participación que tenga en la empresa el capital costarricense;
- f) La eficiencia del equipo, mercado que abastecerá, repercusiones sobre la ocupación y cualesquiera que concurren a determinar la conveniencia económico-social de la industria;
- g) Localización de la industria; para este propósito serán tomadas en cuenta las facilidades ofrecidas por la zona en la cual la actividad está localizada y especialmente que la electricidad sea suplida, sin intermediarios, por el Instituto Costarricense de Electricidad o las municipalidades...

De acuerdo al mismo artículo, el peso de estos factores será establecido en el reglamento que el Poder Ejecutivo expida a este efecto.*

B) Factores en la Promulgación de la L.F.I.

El estudio de la historia legislativa de la ley de 1959 se remonta hasta otra ley de 1940, que si bien estuvo en vigencia técnicamente hasta 1959 había tenido poca importancia práctica.⁽²⁰⁾ La ley de 1940 trató de aumentar las actividades industriales otorgando exenciones de impuestos y de derechos de importación de bienes de capital, aceite diésel y lubricantes, siempre que las nuevas industrias usaran un mínimo del 75% de materias primas locales,

(*) Ley El Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales N° 3142 del 29 de julio de 1963.

(20) Ley que favorece el establecimiento de Industrias totalmente Nuevas, N° 36 de Dic. de 1940.

como resultado del alto requerimiento de materias primas nacionales, pero debido a los porcentajes de ganancia en las empresas agrícolas, sobre todo en el cultivo del café, muy pocos industriales solicitaron los beneficios de esta ley. La reducida actividad industrial que existía en Costa Rica en los primeros años de la década del 50 era básicamente del tipo de sustitución de importaciones o ensamble, estimulada, como en casi todos los países latinoamericanos, por la escasez de productos creada por la Segunda Guerra Mundial, y justificada política y económicamente por las recurrentes dificultades en la balanza de pagos.⁽²¹⁾ De ahí que no es de sorprenderse que la primera propuesta sería de sustituir esta ley, hecha en 1953, provino precisamente del mismo pequeño grupo de propietarios promotores del tipo de industrias de ensamble o de sustitución de importaciones ya organizados como Cámara de Industrias de Costa Rica. Los relativamente pocos miembros de la Cámara de Industrias de Costa Rica en los primeros años de la década de los 50 no estaban solos en su predilección por la industrialización como la principal política para acelerar el desarrollo económico. La Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina (CEPAL) había endosado los puntos de vista de uno de sus economistas de más influencia, Raúl Prebisch, quien en su "manifiesto" de 1949 dijo:

"... En otro tiempo, antes de la gran depresión, el desarrollo de los países latinoamericanos era estimulado desde afuera por el constante aumento de las exportaciones. No hay razón para suponer, al menos por el momento, que esto ocurrirá al mismo grado, excepto bajo circunstancias excepcionales. Estos países ya no tienen alternativa entre la expansión de sus exportaciones y la expansión interna a través de la industrialización. La industrialización ha llegado a ser el medio más importante de expansión..."⁽²²⁾

Estas palabras y su tono nacionalista fueron de mucha influencia entre el grupo creciente de técnicos y entre los políticos

(21) El Profesor Albert Hirschman, en su excelente artículo, *The Political Economy of Import Substituting Industrialization in Latin America*, (*La Economía Política de Industrialización Sustitutiva de Importaciones en Latino-América*, 82 *The Quarterly Journal of Economics* (1968)), menciona dos impulsos adicionales de la industrialización; sustitutiva de importaciones el crecimiento gradual de los ingresos y la política de desarrollo deliberado. Estos dos factores y, especialmente el último, se hicieron sentir a la hora de promulgar la L.F.I.

(22) *THE ECONOMIC DEVELOPMENT OF LATIN AMERICA AND ITS PRINCIPALS PROBLEMS* (1950), citado por Hirschman, *supra* nota 21, en 2.

de izquierda en Costa Rica. De los partidos políticos costarricenses el de mayor influencia recientemente en el país es el Partido de Liberación Nacional (PLN), muchos de cuyos jefes favorecían sustancialmente el punto de vista de Prebisch y de la CEPAL.

El proyecto de Ley de Fomento Industrial preparado por la Cámara de Industrias en 1953, en agudo contraste con la ley de 1940, debe estímulo financiero y tarifaria protección a las nuevas industrias sin tomar en cuenta su grado de dependencia económica de las materias primas domésticas.⁽²³⁾

Aunque la influencia política y económica de la Cámara de Industrias, en comparación con la de los cultivadores y exportadores de café, era todavía pequeña en 1953, creció en importancia cuando los precios del café empezaron a caer drásticamente en el mercado mundial y el proceso de integración económica regional se empezó seriamente. La exportación de café, que al final de la década de los cincuenta llegaba a más del 50% del total de los ingresos de exportación de Costa Rica, produjo ganancias mucho menores cuando los precios decayeron de 58 centavos por libra en 1953 a 43 centavos en 1958. Mientras tanto, cuando el primer tratado importante creando un Mercado Común Centroamericano (M.C.C.A.) fue firmado en junio, 1958,⁽²⁴⁾ Costa Rica se encontró en desventaja económica como miembro del mercado por carecer de una ley de fomento industrial que le permitiera competir con las otras naciones centroamericanas. Porque si a consecuencia de los programas de fomento industrial más atractivos de las otras naciones éstas podían establecer industrias cuyos productos tuvieran libre comercio en la región, Costa Rica hubiera perdido las ventajas inherentes a tener una industria particular operando en su suelo, y hubiese adquirido un balance de comercio desfavorable con respecto a los países exportadores de la región.

Por lo tanto, la atmósfera económica y política, parecía propicia para hacer una campaña encaminada a obtener la promulgación de una ley de Fomento Industrial. La campaña se inició en febrero de 1955, al mismo tiempo que comenzó la preparación

(23) Véase Estudio de Industrialización, en 4-5.

(24) Véase Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Centro Americana, 454 U.N.T.S. 47. (1963). Este Tratado se firmó en 1958, pero se hizo efectivo para Nicaragua, El Salvador, y Guatemala el 2 de junio de 1959; para Honduras el 22 de abril de 1960; y para Costa Rica el 23 de setiembre de 1963.

de otro esbozo de L.F.I. por varias oficinas gubernamentales y por el entonces Presidente de la Cámara de Industrias. Sus cuatro años de campaña fueron reveladores tanto de su pericia como negociador como de los muchos factores involucrados en estimular y moldear la promulgación de legislación económica fundamental en Costa Rica. De sumo interés, es notar que la oposición por grupos de presión económicos como la Cámara de Agricultura y la Asociación Costarricense de Representantes de Casas Extranjeras (esencialmente un grupo de importadores de productos de consumo), no fue un factor importante una vez que la ley fue presentada a la Asamblea.

La Cámara de Agricultura difícilmente podía argumentar en contra de la industrialización con base a los ingresos provenientes del café, toda vez que estos habían decaído drásticamente. En ausencia de otras cosechas más productivas, una actitud flexible hacia las posibles oportunidades industriales parecía ser un curso de acción aconsejable para muchos grandes propietarios rurales. Los representantes de casas extranjeras eran, por su parte, el grupo económico que podía ser más afectado por la aprobación de la L.F.I. Una cantidad substancial de las futuras manufacturas en Costa Rica podía darse a costa de los productos y materiales importados por ellos. No obstante su oposición, la cual tuvo un fuerte inicio en años anteriores a la presentación de la L.F.I. en una serie de debates de prensa con los industriales, se había debilitado considerablemente al momento en que la ley llegó al Plenario del Congreso.⁽²⁵⁾ Y, una vez que pareció probable la aprobación de una ley de fomento industrial que posibilitase la competencia de Costa Rica con los otros países Centroamericanos, la Cámara de Agricultura y los Representantes de Casas Extranjeras carecieron de la necesaria disposición o preparación para el esfuerzo de definir y limitar los alcances de la ley. Por otra parte, fueron muy importantes en la aprobación de la ley, la inercia burocrática, las

(25) El Estudio de Industrialización, pág. 19, cita la siguiente carta de aviso publicada en los tres periódicos principales de San José el 8 de enero de 1957:

Atención Legisladores: Recibimos con agrado una ley justa, balanceada y esbozada científicamente, que estimule la industria Costarricense; pero consideramos la ley así llamada para el fomento Industrial una fuente de evasión de los de aduana e impuesto sobre la renta, en contra de nuestros principios Constitucionales, de la libertad de comercio y del funcionamiento de las instituciones autónomas y los hospitales de la nación, para el beneficio de un pequeño y selecto grupo y en contra del consumidor, del agricultor y del ganadero (versión libre del original).

arcaicas reglas de trabajo de las comisiones legislativas y de los debates de Plenario, y finalmente la falta de mecanismos legislativos para obtener y dar la necesaria información técnica y socio-económica.

Los proponentes del proyecto rápidamente tornaron la inercia burocrática (a niveles ejecutivos y legislativos) a su favor. Primero, buscaron la cooperación de varios funcionarios y oficinas gubernamentales en la preparación del proyecto, cooperación asegurada por las reglas más elementales de cortesía en Costa Rica. Más tarde, estos funcionarios se verían confrontados con la difícil escogencia de tener que admitir públicamente que ellos no habían hecho su trabajo de revisión y crítica, o aceptar el producto terminado suministrado por la Cámara de Industrias como un “esfuerzo conjunto”.⁽²⁶⁾ La Constitución de Costa Rica prohíbe la reelección consecutiva y por ello impide la acumulación de experiencia legislativa por uno o varios diputados.⁽²⁷⁾ Las comisiones estaban formadas por tres diputados nombrados con base a sus preferencias y afiliaciones políticas, en vez de por sus conocimientos y experiencias específicas. No existía personal técnico auxiliar para los trabajos de investigación de la comisión.

Eventualmente, la diligencia notoria de la Cámara de Industrias en redactar y volver a redactar el proyecto condujo a un procedimiento de trabajo por el cual la formación del texto reflejaba por sobre todo los esfuerzos de los representantes de dicha Cámara. De acuerdo a la reconstrucción de las sesiones por el señor Weisenfeld.

“... el comité se reunió solo una vez (y) ... terminó transfiriendo sus sesiones del edificio de la Asamblea a las oficinas de la Cámara de Industrias, donde habían más servicios y mayores comodidades y donde la información necesaria para apoyar el proyecto estaba en el archivo ... Por lo tanto, solamente tuvieron que reunirse tres veces porque la Cámara de Industrias, muy ansiosa en colaborar, ya había

(26) En una ocasión, esta práctica parece haber tenido un resultado contraproducente cuando el Ministro de Agricultura e Industria al recibir inesperadamente un borrador de la Cámara de Industrias pudo responder con otro borrador gubernamental. En la armonización de los dos proyectos, sin embargo, los intereses de la Cámara de Industrias parecen haber estado bien provistos. Sobre este punto véase Estudio de Industrialización, en 14.

(27) Artículo 107 de la Constitución de Costa Rica, *Constitución Política de Costa Rica*, Asamblea Legislativa, Imprenta Nacional (1967).

preparado cuatro esbozos, cada uno más cercano a sus puntos de vista que los anteriores...".⁽²⁸⁾

De la misma manera, la Cámara de Industrias sacó provecho del procedimiento anárquico que permitía hacer proposiciones totalmente nuevas en el Plenario de la Asamblea, abriendo de esta manera las puertas a consideraciones frecuentemente subjetivas e irrelevantes y evitando que las más serias objeciones fueran objeto de un estudio de mayor profundidad.⁽²⁹⁾ Lo más importante, fue la falta de información técnica y socio-económica sobre los efectos de las varias proposiciones hechas y la aceptada imposibilidad de obtener tal información a tiempo (un hecho que para algunos de los diputados justificó su aceptación de las sugerencias de la Cámara de Industrias.⁽³⁰⁾ La falta de información, fue también, frecuentemente usada por los proponentes de la ley como una cortina de humo contra las oposiciones y objeciones que amenazaban alterar el proyecto. Fue por ello que una proposición para restringir los beneficios de la ley sólo a las industrias que usaran por lo menos el 50% de materias primas nacionales nunca fue discutida por los diputados a pesar del hecho de que en las palabras del señor Weisenfeld:

(28) La reconstrucción en el texto principal se tomó de la transcripción de la presentación hecha por Lorin Weisenfeld durante el Seminario de la Universidad de Arizona. Comentando sobre el estudio de Weisenfeld y su presentación oral, el Profesor Williams dijo, "... Estoy asombrado con la amabilidad y la intimidad de todo este proceso...". Agregó después que el proceso de la Asamblea Costarricense bien pudo haber sido afectado en su falta de un debate productivo por características tales como la informalidad y esmerada cortesía que, bajo otras circunstancias, hubieran sido admirables. Apuntó Williams que irónicamente Costa Rica estaba en la situación envidiable de tener que crear e institucionalizar lo que en otros países y bajo otras circunstancias han degenerado en vicios del proceder político.

(29) Por ejemplo, el debate sobre una propuesta para ampliar un artículo sobre educación vocacional para proveer una escuela vocacional en la ciudad natal de uno de los diputados tomó más de dos días. Igualmente, un farmacéutico político absorbió una porción considerable del debate sobre la composición de la Comisión Industrial, tratando de que se le diera un lugar permanente en la Comisión a un farmacéutico o representante de la industria farmacéutica debido al "alto grado de adelanto farmacéutico ya alcanzado en Costa Rica". Véase Estudio de Industrialización, en 48-50.

(30) Algunas de las declaraciones hechas por varios diputados al Sr. Weisenfeld son particularmente sorprendentes: "... Nosotros nos abocamos al desarrollo industrial con los ojos cerrados, sabiendo que los resultados serían buenos...". "... Nosotros sabíamos que la Cámara de Industrias había trabajado de cerca con el Gobierno en la preparación del texto, y nos sentíamos seguros al confiar en su criterio...". Uno de los diputados que manejaron la ley en el plenario de la Asamblea declaró: "... Varios diputados me han confesado a mí que ellos votaron por la ley (una enmienda a la ley) sin considerar su importancia...". El otro diputado encargado de manejar el asunto más importante, confesó que "La mayoría de los diputados votaron sin entender las implicaciones del asunto". Véase Estudio de Industrialización, en 98-103.

"fue directamente al meollo del asunto. Planteó el problema de si el Estado tenía la intención de fomentar toda industria sin tomar en cuenta su contribución a la economía nacional o su costo al Tesoro Nacional, o si el fomento estatal debía limitarse a aquellas industrias que dependían substancialmente de materias primas nacionales".⁽³¹⁾

Es de mencionar que esta proposición no fue hecha por un diputado que representaba a un grupo de presión determinado, sino por uno descrito en el estudio como un personaje independiente,

"orgulloso de que en los grandes temas del día sus creencias periódicamente discrepaban del sentir común...".⁽³²⁾

Más aún, las objeciones más serias inevitablemente involucraban ideologías partidistas, sin tomar en cuenta lo alejada que estaba la discusión de los puntos legales y socio-económicos planteados por el proyecto. Así, la discusión sobre el control de precios y la regulación de los monopolios que podría haber sido con mayor facilidad objeto de legislación separada, y la proposición de que el Estado actuase como garante de los préstamos a industriales, absorbieron mucho más tiempo que el que se dedicó a la discusión sobre las exoneraciones de impuestos que se otorgaban a las nuevas industrias, las cuales constituían el punto principal de la ley. Por otro lado, la Asamblea nunca discutió prioridades industriales ni cómo sacar mayor ventaja de los recursos y capacidades de la Nación, ni tampoco se combatió la idea o presunción de que era necesario otorgar exoneraciones de aforos y otros impuestos. En resumen, la ley no fue objeto ni siquiera de un análisis rudimentario sobre sus posibles costos y efectividad.

Podría argumentarse que la ausencia de una clientela política electoral discernible fuera el motivo de que algunas discusiones se convirtieran en asunto de debate exhaustivo y otras no (aunque en muchos casos la clientela electoral no fuera real sino más bien el sentimiento de fidelidad de un diputado hacia un punto abstracto

(31) *Id.*, en 102.

(32) *Id.*, en 56.

o doctrinario de su ideología).⁽³³⁾ Y, puesto que la sustitución de importaciones todavía no había adquirido sus enemigos políticos, se pudo haber llegado a la conclusión de que no se podía esperar aún una argumentación opuesta a la misma en la Asamblea Legislativa. Sin embargo, esta explicación respecto a la ausencia de un proceso más efectivo de interrogación crítica y argumentación opositora ignora el hecho de que en la raíz de las decisiones económicas importantes existe invariablemente una ubicación de tipo político y, por ello, si el proceso legislativo en Costa Rica hubiera contado con los medios para hacer patentes al pueblo y a sus diputados, las escogencias político-económicas inherentes en la propuesta, la ley inevitablemente hubiera reflejado una mayor conciencia de sus posibles efectos.

Es cierto, por otro lado, que existían entidades fuera de la Asamblea Legislativa, como el Ministerio de Hacienda y el Banco Central, que podían haber contribuido con información de mayor importancia o con preguntas de más contenido.⁽³⁴⁾ Sin embargo, el estudio señala con certeza la incapacidad de la Asamblea Legislativa para obtener la clase de información que debía haber sido suplida por expertos o técnicos especializados.

Al utilizar hábilmente estos factores, los proponentes de la L.F.I. ayudaron a dramatizar una de las características más significativas en el proceso legislativo costarricense de aquel entonces, —la ausencia de lo que puede ser descrita como una “elaboración conflictiva”. Esta falta determinó que en el texto de la L.F.I. aparecieran conceptos claves sin ser definidos, ni hubiera criterios

(33) Un comentario perceptivo de un diputado con respecto a la naturaleza de la ley fue expresado durante un debate:

“...Me parece a mí que esta ley cambiará la estructura total socio-económica del país, o la tratará de cambiar. Automáticamente, vamos a tener que enfrentar una serie de problemas, el mayor de los cuales será el de cambiar los conceptos fijados en las mentes de todos los Costarricenses... No podemos enmarcar nuestras discusiones en términos de conceptos económicos feudales, porque, en realidad, estaríamos hablando otro idioma del que usa esta Ley de Fomento Industrial”.

Id., en 56.

(34) A pesar de que el Banco Central de Costa Rica envió un memorándum detallado a la Asamblea proponiendo reducciones sobre beneficios disponibles, incluyendo exenciones a las industrias establecidas, la eliminación o reducción del porcentaje de exoneración de derechos de aduana y la promulgación de nuevas leyes de ingresos para compensar las pérdidas debidas al fomento industrial, su efecto sobre los diputados fue marginal principalmente debido a la falta de contactos personales posteriores a su envío.

Id., en 46-48.

o líneas de guía para su definición por vía administrativa de reglamentación. Las consecuencias de estas definiciones se verán en la sección siguiente.

C) Efectividad de la L.F.I.

El estudio de David A. Gantz sobre el impacto de la L.F.I. investigó hasta qué punto las metas expresas y objetivos implícitos de la L.F.I. fueron logradas en los 10 años que siguieron a la promulgación de la ley.

Medir el impacto de la L.F.I. dentro de la estructura industrial de Costa Rica resultó difícil debido a la falta de estudios de información estadística confiables y también a la presencia de factores extrínsecos e imponderables, tales como el M.C.C.A. (Mercado Común Centroamericano). Poniendo a un lado las consideraciones regionales, algunas indicaciones brutas de actividad industrial dan un cuadro favorable para el período 1960-1968. El promedio de crecimiento en el sector industrial de la economía de Costa Rica entre 1960 y 1968 fue aproximadamente de 21% por año, comparado con una tasa de 9% para el producto doméstico en bruto.⁽³⁵⁾ En forma similar, el sector industrial fue responsable por casi el 20% del producto doméstico en bruto. La inversión nueva realizada bajo la ley fue estimada en \$ 113 millones (el 70% de la inversión total en nuevas firmas o líneas de producción), y el empleo industrial fue estimado en 16.000 hombres.⁽³⁶⁾

Pero por otra parte la evaluación de la contribución de la L.F.I. al aumento de la productividad, a la mejor distribución de los ingresos y al descenso de los precios al consumidor, indica que sus efectos en estas áreas fueron insignificantes. El desempleo en lugar de reducirse o estacionarse se volvió más agudo después de los primeros cinco años de la promulgación de la ley.⁽³⁷⁾

(El desempleo fue estimulado por uno de los grados más altos de crecimiento de población en el mundo —4% por año). Desde 1965 hasta 1967 el cuadro del balance fiscal y de comercio

(35) *Id.*, en 138 ss. Las estadísticas del texto fueron suplidas por la Oficina de Planificación.

(36) *Id.*

(37) *Id.*

exterior era bastante negativo.⁽³⁸⁾ Lo que es más, cuando el cuadro comercial, fiscal y de empleo empezó a mejorar notablemente en 1968, el motivo más frecuente citado no fue el industrial, sino el resurgimiento masivo del cultivo del banano.⁽³⁹⁾

En vista de la información parcial arriba mencionada, fue necesario examinar en detalle la naturaleza de la estructura industrial de Costa Rica, evaluando su tamaño, su eficiencia, la balanza comercial y los gastos fiscales. En Costa Rica existían pocas firmas grandes o productoras de mercancías importantes. La mayor inversión fue de ocho millones de dólares, correspondientes a la única refinería de petróleo existente. Fuera de esto, sólo unas pocas firmas invirtieron más de un millón de dólares cada una. Este último grupo representó aproximadamente un tercio de la inversión local bajo la ley.⁽⁴⁰⁾ Este grupo produjo una suma substancial de productos intermedios, tales como aceite y gasolina, fertilizantes, cemento, harina, sustancias químicas, etc. Les seguía en tamaño la industria cuya inversión variaba entre \$ 150.000 a un millón de dólares. En este segmento, se ubicaban unas 70 firmas que representaban un 40% de la inversión total bajo la L.F.I. y producción una variedad amplia de productos intermedios y para el consumo.

El tercer grupo, con una inversión que fluctuaba entre \$ 1.000 y \$ 150.000 por firma, excedía de 200 firmas y se dedicó a la producción de productos de consumo. En total, menos de 85 firmas (en las categorías grande y mediana) representaban más del 70% del total de la nueva inversión bajo la ley, y más de 200 pequeñas industrias representaban el resto.⁽⁴¹⁾ No es raro que entre las pequeñas industrias, por ejemplo, se encontrara el tipo en que las "materias primas" consistían de sorgo estampado y vidrio cor-

(38) En 1965, el Gobierno de Costa Rica, contra un ingreso total de 417.9 millones de colones, gastó 592.4 millones con un déficit de 120.5 millones. En 1966, el ingreso fue de 514.3 y los gastos 686.3, con un déficit de 172.0 millones de colones. En 1967, el ingreso fue 538.7 contra un gasto de 751.4, con un déficit de 212.7 millones de colones. Debe notarse, sin embargo, que los últimos dos déficits reflejaron los efectos de una catástrofe nacional, la erupción del Volcán Irazú. Durante estos mismos tres años, las estadísticas sobre el comercio extranjero muestran un balance negativo de 66.4%, 43.0% y 46.9%, respectivamente. *Id.*, en 175-77.

(39) Durante el Seminario de la Universidad de Arizona, el Profesor González de la Universidad de Costa Rica calculó que el empleo para trabajadores había alcanzado el nivel de 15,000 hombres de un nivel anterior de menos de 5,000 en menos de tres años.

(40) El Estudio de Industrialización, en 142 *et sequ.*

(41) *Id.*

tado o fabricado. La producción de motocicletas es característica del tipo de industria de ensamble en Costa Rica, que se describe como sigue por el Sr. Gantz:

"Sólo la pintura de marcos y guardabarros y el ensamblaje final se hace localmente. No se usan componentes producidos local ni regionalmente, en parte debido a que cada firma insiste en hacer muchos modelos diferentes. Una, la más grande, produce 900 unidades al año con menos de 10 operarios y arma varios modelos diferentes de las tres marcas. Ningún productor regional puede producir componentes en volúmenes tan bajos; el valor local agregado es, consecuentemente, menor que el 15%".⁽⁴²⁾

Las "materias primas" y las "partes componentes" que necesitan estas industrias beneficiadas gozan de una exoneración casi total de derechos y están protegidas contra la competencia extranjera por tarifas que frecuentemente llegan al 100% ad valórem.

Después de un estudio exhaustivo de las economías de escala, valores agregados⁽⁴³⁾ y precios comparativos al consumidor, llevado a cabo para los tres tipos de industrias, el Sr. Gantz llega a la siguiente conclusión:

"...Por lo tanto la nueva estructura industrial de Costa Rica es una combinación tanto de mejora como de deterioro. Algunos sectores constituyen una definitiva mejoría económica; otros, evidencian beneficios netos menos ciertos. Un tercer grupo desgraciadamente grande ha sido perjudicial para el país...".⁽⁴⁴⁾

Tras esta conclusión era necesario preguntarse hasta qué punto los resultados obtenidos fueron la consecuencia de una legislación defectuosa y hasta qué punto podrían haber sido remediados por una administración más alerta y activa.

(42) *Id.*, en 165.

(43) Las definiciones de valor agregado usado por el Sr. Gantz son las siguientes: El *valor agregado de producción* es la diferencia entre el valor del producto final y el costo del material invertido; el *valor agregado local* es la diferencia entre el valor del producto final y la suma de todos los gastos de insumos importados, incluyendo materias primas importadas, componentes, capital, promoción y similares. *Id.*, pág. 148.

(44) *Id.*, págs. 166-67.

El estudio concluye que la responsabilidad de los resultados defectuosos de la ley debe compartirse igualmente por sus redactores y por sus administradores. Por un lado, ni la L.F.I. ni su reglamentación proveían los medios que permitían a administradores sin experiencia hacer uso máximo de los incentivos disponibles. Clarificando implícitamente el campo del Artículo 17 de la L.F.I. (ver *supra* sección II., A.) y facilitando su aplicación, el Artículo 28 del Reglamento contenía una lista de factores determinantes, tales como:

"A) el ahorro de divisas extranjeras que permita la sustitución de importaciones por productos que producirán las industrias de exportación; B) relación entre el valor de las materias primas, artículos semi-elaborados y terminados nacionales y el valor del producto final... C) la contribución al ingreso nacional medida a través del rendimiento por hora hombre de trabajo, tomando como base para la comparación el rendimiento promedio de las actividades industriales del país..."⁽⁴⁵⁾

Conspicuamente ausente del texto de los factores determinantes estaban las cifras, fórmulas o guías que pudieran haber dado una base más clara para decidir cuál porcentaje de valor agregado, por ejemplo, era deseable o tolerable, o cuál era un ahorro significativo de divisas extranjeras por tipo de industria o por artículo. Como podría predecirse antes de su promulgación, términos tales como "significativo", "importante", "necesario", "conveniente", y "básico" cuando se usaron en la práctica administrativa en relación a solicitudes para beneficios de fomento industrial, sin experiencia adjudicativa previa al respecto, se convirtieron en meras racionalizaciones para decisiones favorables a solicitudes que no probaban más que su viabilidad o capacidad financiera o la posibilidad de obtener ganancias.⁽⁴⁶⁾ Esto explica por qué aproximadamente 800 de las 900 solicitudes recibidas por la Comisión Industrial obtuvieron decisiones favorables.

Una actitud igualmente permisiva es aparente en las resoluciones de la Comisión Industrial sobre los derechos de nuevos

(45) Véase Artículo 28 en Apéndice II al Estudio de industrialización.

(46) Para ilustraciones del uso del criterio de viabilidad financiera, véase *id.*, en 231-32.

solicitantes a beneficios otorgados a industrias establecidas. El artículo 33 de la L.F.I. prevé que a todos los posibles productores de un producto dado, debe dárseles beneficios iguales, bajo las mismas condiciones, "si el tamaño del mercado permite el funcionamiento de varias plantas".

Tal y como fue interpretado por la Comisión Industrial en algunas de sus resoluciones la carga de la prueba sobre la falta de saturación del mercado no recaía sobre el nuevo solicitante, sino sobre la industria beneficiada.⁽⁴⁷⁾ En otras palabras, era obligación de la industria establecida probar la saturación.⁽⁴⁸⁾

D) Evaluación

La promulgación de la L.F.I. fue esencialmente el resultado de aceptar las demandas de la Cámara de Industrias. La precisa naturaleza de estas demandas no fue claramente percibida por los legisladores. Algunos diputados, de buena fe, interpretaron estas demandas como equivalentes a una transformación radical de la naturaleza de la sociedad costarricense, de agrícola a industrial. Otros, sin embargo, más realista o sabiamente entendieron que no eran más que la petición de incentivos generosos para actividades que solamente de manera muy general podrían ser consideradas como industriales. Las demandas de la Cámara de Industrias no chocaron con contra-demandas comparables por parte de los intereses agrícolas o de los importadores para reforzar su situación económica. Ni tampoco fueron formuladas las aspiraciones de un sector substancial de la población de Costa Rica, incluyendo a aquellos que iban a ganarse la vida como trabajadores industriales, sus aspiraciones, por no ser demandas, no tuvieron la menor oportunidad de asegurarse un lugar prominente en la L.F.I. y en su administración. Ellos simplemente no abrigaban ninguna expectativa respecto a la L.F.I. En contraste, estaban las expectativas de los redactores de la Ley, reforzados por la propensión de la mayoría de los solicitantes de beneficios a invertir en las empresas

(47) Para un sumario de estas resoluciones, véase *id.*, en 250-55.

(48) Además de las dificultades intrínsecas de la palpable saturación del mercado en vista de un siempre creciente público consumidor, la prueba estaba también sujeta, en muchos casos, a una medición regional y extra regional y no solamente a la nacional.

de mayor y más rápida ganancia y de los administradores de la ley a escoger los procesos adjudicativos menos conflictivos, o sea, los métodos de administración más permisivos. Pero sería solo parcialmente cierto concluir que el texto de la L.F.I. y su administración fueron distorsionados solamente por la falta de representación de las presuntas demandas de la mayoría del pueblo de Costa Rica. En el fondo fue una falta de percepción de lo que estaba en juego para el país lo que determinó que muchos de los diputados permanecieran en silencio o aceptaran las demandas de los industriales. Lo que más faltó en la Asamblea Legislativa fue un proceso descrito anteriormente como de "elaboración conflictiva". El foro de tipo periodístico probó ser un sustituto inadecuado para la discusión inteligente dentro del marco legislativo. La administración de la L.F.I. también fracasó cuando no fueron usados criterios verdaderamente productivos para otorgar los contratos y supervisar su operación. Una vez más la falta de contraargumentación válida se hizo aparente en el proceso jurídico de administración de la ley. Podría argüirse que el Ministerio de Industrias no tenía el personal ni los recursos necesarios para imponer un nivel más riguroso de evaluación de solicitudes; sin embargo, aún si el dinero y el personal hubieran existido, la institucionalización del rigor no habría sido posible sin un drástico cambio de actitud administrativa. Además, ante la ausencia de un mecanismo institucionalizado de contraargumentación y crítica, habría tenido mucho más sentido imponerle la carga de la prueba del tamaño del mercado a los solicitantes de beneficios y no requerir de las industrias establecidas la prueba de saturación del mercado. Sin ninguna norma concreta que permitiera medir la diligencia de los inversionistas, y sin contraargumentación institucionalizadas, ningún progreso real se podía esperar en el desarrollo de conceptos legales claves, tal como "el inversionista de diligencia modelo" o conceptos auxiliares tales como "saturación del mercado" o "valor agregado", conceptos que constituyen el verdadero lenguaje técnico jurídico de una ley de fomento industrial".⁽⁴⁹⁾

(49) Durante el Seminario, este autor preguntó a algunos participantes Costarricenses si el sistema jurídico de Costa Rica estaba mejor equipado en la actualidad para efectuar la adjudicación judicial del fomento industrial que lo que estaba en el año 1959. El Profesor González contestó que ocho meses de sesiones del Consejo Centroamericano en 1969 fueron dedicados a la discusión del significado jurídico de "valor agregado" con el propósito de su inclusión en un futuro tratado. Su conclusión fue que aún tras este largo período de discusión, muchos puntos de vista demostraban una falta de conocimiento, tanto de las implicaciones económicas como de

III.—EL DERECHO Y LA FORMACION DE CAPITAL EN SOCIEDADES COMERCIALES

A) Introducción

El estudio sobre el derecho y la formación del capital en sociedades comerciales enfoca principalmente uno de los mecanismos más comunes y tradicionales para la atracción y la inversión de ahorros en sociedades occidentales: la suscripción y compra de acciones en la sociedad anónima.⁽⁵⁰⁾

B) La Redacción de los Artículos del Código

En contraste con la L.F.I., las reglas del Código de Comercio sobre sociedades comerciales no pasaron por el estudio de comisiones de la Asamblea Legislativa o por debate en el plenario. El Código de Comercio de 1964 fue esencialmente el trabajo de un pequeño grupo de abogados practicantes y un juez en quienes la Asamblea Legislativa había delegado su trabajo. Ellos consultaron otros códigos contemporáneos, tratados y revistas de derecho comercial y utilizaron las lecciones de su experiencia profesional. Cuando pensaron que tenían un producto elaborado lo presentaron a la Asamblea y ésta, después de oír la opinión de juristas calificados sobre los méritos técnicos o jurídicos del proyecto, aprobó el Código.

El Código de 1964 sustituyó un cuerpo legal anterior que estuvo en vigencia aproximadamente 100 años. El campo de regulación de ambos códigos sobre la actividad comercial es bastante exhaustiva y abarca casi todos los aspectos de la vida de los negocios en Costa Rica, desde las reglas sobre la condición de comer-

las legales en el uso del término. Algunos de los participantes de los Estados Unidos apuntaron las dificultades aún presentes en los Estados Unidos al tratar de definir términos tales como "monopolio". El Profesor González y este autor respondieron sugiriendo que había una gran diferencia entre no poder establecer el significado de un término jurídico como resultado de circunstancias cambiantes a su alrededor, y no tener ninguna base de trabajo para la definición de un término a la hora de usarlo por primera vez en un contexto esencial al funcionamiento de la Institución.

(50) Los principales autores del Estudio de la Formación del Capital en Sociedades Comerciales (de aquí en adelante denominado como Estudio de Formación de Capital) son los señores David A. Gantz, Blake T. Franklin y este autor. Parte del trabajo estadístico, entrevistas y escritos preliminares fueron hechos por el señor David A. Loring.

ciante y su contabilidad hasta las marcas de fábrica y los contratos comerciales, desde sociedades comerciales hasta títulos valores. Al adoptar el Código de 1964, la Asamblea Legislativa implícitamente sustituyó muchas de las reglas, conceptos, y mecanismos existentes por otros más a tono con los presentes criterios de redacción del Código de Comercio y con "las necesidades comerciales presentes".⁽⁵¹⁾

Reemplazar un Código viejo por uno nuevo es un trabajo bien arduo y requiere mucho tiempo. Solamente el comprender el significado de las nuevas reglas y conceptos requiere enorme concentración y precisión de esfuerzo. Y una vez que el significado de las nuevas reglas ha sido establecido es necesario comparar su ámbito y efectos con las reglas que están en vigencia. Si la reforma propuesta es deseable, la regla y sus implicaciones conceptuales deben de ser reanalizadas para asegurar la consistencia entre lo nuevo y el remanente de lo anterior. No es de sorprender, por lo tanto, que en la lucha para obtener los más altos criterios técnicos y la más impecable consistencia lógica, el codificador frecuentemente deja de tomar en cuenta los hechos y problemas del acaecer comercial que lo rodea. Y al redactar, por ejemplo, el capítulo de sociedades comerciales, puede perder de vista el hecho de que el sistema de contabilidad comercial y teneduría de libros no guarda la debida relación con las prácticas mercantiles, o no responde a las necesidades fiscales o de prueba mercantil. Mas al punto, el codificador es bien susceptible a perder de vista las demandas, aspiraciones, expectativas y propensiones con las que no ha tenido contacto en el curso de su profesión o actividad jurídica.

C) Los Objetivos de Los Codificadores

En sus comentarios de introducción al C. de C. de Costa Rica de 1964, la comisión redactora expresó sus objetivos respecto a la regulación de las actividades de las sociedades comerciales en un lenguaje que puede ser sintetizado como sigue:

1. Las reglas de formación y funcionamiento de las sociedades comerciales deben ser suficientemente flexibles para que sus

(51) N. VALLE PERALTA y H. ZURCHER ACUÑA, CODIGO DE COMERCIO Y SUS REFORMAS (2ª edición, San José 1967), Introducción en IV, V.

varias formas se adapten a las necesidades económicas y estén a tono con el desarrollo técnico, administrativo y financiero;

2. La sociedad Comercial debe funcionar como un instrumento de desarrollo económico;
3. La eficiencia y el funcionamiento de las sociedades comerciales se fomentan dándole fuerza y apoyo a las funciones de dirección;
4. La administración de las sociedades comerciales debe encaminarse a servir como vehículo de formación de capital.⁽⁵²⁾

En un artículo publicado durante el mismo período, uno de los miembros de la Comisión, el Profesor Napoleón Valle Peralta, dio información más detallada sobre el tipo de sociedad comercial (Sociedad Anónima) tenida en mente por la Comisión:

- a) La sociedad anónima por su naturaleza no es adecuada para formar pequeños negocios; está reservada para llevar a cabo grandes empresas que requieran fuerte capital inicial y que abarque su objeto, negocios de alto vuelo, pero no es tampoco como muchos equivocadamente creen que sirve tan solo al capitalista, pues precisamente es todo lo contrario, la sociedad anónima por su organización está llamada a formar grandes capitales mediante el aporte de pequeñas sumas.
- b) Y no faltará quien diga que los dividendos que esa empresa rinda no excederán probablemente de lo que por concepto de intereses o réditos puedan obtenerse mediante la colocación del capital sin correr riesgo alguno. A eso debe observarse que la compra de acciones no la hace el inversionista halagado por el dividendo que pueda obtenerse, aún cuando si los negocios tienen buen desarrollo, tales dividendos subirán desde luego, pero como queda dicho, no es eso propiamente el atractivo de la inversión. El incentivo en esta clase de empresas está en el mayor valor que las acciones van adquiriendo a medida que el objeto de la com-

(52) *Id.*, en VIII-X.

pañía se va desarrollando y desde luego las reservas van en aumento haciendo más fuerte el patrimonio de la sociedad".⁽⁵³⁾

En breve, los objetos de los codificadores eran proporcionar tipos flexibles de sociedades comerciales que cubrieran toda la gama de las actividades del desarrollo económico. La sociedad anónima a su vez era vista como un instrumento de formación de capital, fuente de su propio crecimiento y de la plus-valía de la inversión de cada accionista, más que una fuente de rentas o entradas periódicas a través de la distribución de dividendos substanciales.

D) Demandas, Aspiraciones, Expectativas y Propensiones

Respecto a inversiones en valores mobiliarios, la visión predominante del derecho de sociedades anónimas obtuvieron los codificadores costarricenses de su práctica profesional. La práctica de los mercantilistas en Costa Rica, incluyendo la de los Codificadores, solo excepcionalmente tiene que ver con los problemas de la sociedad anónima "abierta" o "pública" ya que éstas son virtualmente inexistentes en Costa Rica, sino con los problemas de sociedades pequeñas o de tamaño mediano, "familiar" o "amistoso".⁽⁵⁴⁾ El ejercicio del derecho de sociedades anónimas de tipo familiar en Costa Rica se caracteriza por una constante búsqueda de "flexibilidad" jurídica. A veces la flexibilidad buscada es para otorgarle mayor libertad de acción a los promotores y accionistas mayoritarios. En otras ocasiones, tiene el propósito de obtener métodos más fáciles para la creación y disolución de sociedades. En la mayoría de los casos esta flexibilidad jurídica no es más que un vehículo para minimizar la responsabilidad tributaria de la sociedad.

Una demanda de mayor flexibilidad en los asuntos de la sociedad anónima familiar, como le fue planteada al Codificador Costarricense por los ejecutivos de empresas, al igual que por sus abogados y contabilistas,⁽⁵⁵⁾ bien podía ser antitética a la demanda

(53) Valle Peralta, *La Sociedad Anónima*, Revista de Ciencias Jurídicas 221-22 (Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho 1963).

(54) Las características de estas asociaciones serán descritas en la Sección III. F.

(55) Véase el Preámbulo al *Decreto Ejecutivo N° 48* de 20 de junio de 1955, creando una Comisión Especial para la Revisión de Leyes Comerciales, y también véase las Actas de Debates de la Ley N° 2797 de 4 de agosto de 1961, donde se incluye la participación de ciertos comerciantes importantes, abogados y contabilistas.

de mayor liquidez y negociabilidad de las acciones y bonos emitidos por tales sociedades si esta demanda alguna vez fuera expresada por el público inversionista. Por ejemplo, los accionistas mayoritarios bien podrían demandar mayor flexibilidad a través del uso de sus acciones al portador así como a través de la imposición de un secreto y discreción absolutos en los libros y archivos de la sociedad, mientras que el público inversionista bien podría demandar el derecho a determinar quiénes son los principales accionistas y cuál es la situación financiera exacta de la sociedad en cuestión.

Ninguna demanda se articuló o se presentó por el público inversionista en Costa Rica. Sin embargo, era aparente la aspiración de gran parte de la clase media y alta costarricense, a encontrar inversiones seguras y productivas en otras áreas que la de los bienes raíces.⁽⁵⁶⁾

Igualmente importantes para el estudio fueron los resultados obtenidos por William R. Lassey.⁽⁵⁷⁾ Después de hacer una distinción entre las propensiones a asumir riesgos en sus negocios por parte del público inversionista costarricense el señor Lassey concluyó que:

"La información indica una substancial receptividad al cambio de conducta de inversión entre una proporción grande de la población costarricense, accionistas y no accionistas por igual. Esta propensión al cambio es generalmente más marcada en los niveles educacionales más altos... Los valores colectivos en Costa Rica aparentemente permiten la posibilidad de innovación y desarrollo en una nueva actividad; de lo contrario, hubiera habido una aceptación mucho más limitada "de compra de acciones" como una actividad legítima".⁽⁵⁸⁾

(56) En entrevistas conducidas por el autor con abogados de San José con clientela de las clases media y alta, apareció que del 15% al 25% de su trabajo de oficinas se dedicaba a localizar, colocar y supervisar inversiones de clientes. Además, varios representantes en Costa Rica de fondos mutuos de Estados Unidos y Europa reportaron un gran aumento en las ventas de sus acciones.

(57) En un estudio reciente intitulado *Communication, Risk and Decision making in Costa Rica*, tesis de la Universidad del Estado de Michigan (1967), en *ii et sequ.*, el Sr. Lassey, que estaba primordialmente interesado en la teoría de comunicaciones y desarrollo económico, obtuvo su información de dos muestras una sacada de inversionistas de una sociedad costarricense de mucho éxito, la *Industria Nacional de Cemento, S. A.*, y la segunda de la población total adulta de Costa Rica, contrastando sus respuestas "para poder determinar la base principal de inversión en una empresa industrial nueva".

(58) *Id.*, en 118.

Además, el señor Lassey estableció expectativas de percepción de dividendos y éstas resultaron ser mucho más modestas que las asumidas por el profesor Valle, uno de los redactores del Código. Solamente un 8% de los accionistas esperaba un rendimiento de más del 12%; el 16% esperaba un rendimiento del 8 al 12%; un 17% esperaba un rendimiento del 7% o menos.⁽⁵⁹⁾

El señor Lassey no probó que una parte substancial de las clases media y superior de Costa Rica aspirara a ser accionista en compañías costarricenses. Lo que él probó definitivamente es que había una propensión (usó el término "orientación") en gran parte de la población a invertir en valores corporativos o mobiliarios. Además, su estudio suministra información muy valiosa sobre los factores que inducen a los costarricenses a adquirir estos valores. La combinación de recomendaciones de parientes y amigos basadas en su propia experiencia (8.5% y 6.9% respectivamente) fueron de mucha mayor influencia en la adquisición que los incentivos proveídos por la información y propaganda en los medios de comunicación colectiva usada en las campañas de venta de acciones (periódicos 2.4% y radio 0.08%).⁽⁶⁰⁾

En resumen, las metas legislativas expresadas por los codificadores parecían acordes con las aspiraciones de segmentos de las clases alta y media costarricenses interesadas en encontrar inversiones locales seguras y rentables. Pero estas metas no eran necesariamente consistentes con las demandas de mayor flexibilidad societaria formuladas por ejecutivos de sociedades comerciales, abogados y contabilistas. Estos grupos, es importante destacar, no estaban contrapuestos ni tenían distinta composición social ya que los ejecutivos de sociedades, abogados y contabilistas también se

(59) *Id.*, en 87.

(60) *Id.* 89. Las conclusiones del Sr. Lassey podrían verse como en contradicción con los resultados de una encuesta sociológica sobre prácticas de crédito conducida por la Dra. Renate Rausch en 1968-1969, *infra* Sección IV. B, en la que apareció que los deudores de Costa Rica con mayor frecuencia preferían servir como fiadores a sus compañeros de trabajo que a sus parientes o amigos, así posiblemente indicando cierta desconfianza en estos últimos. Aunque esta sea la interpretación más válida (y existen suficientes indicios para interpretar el comportamiento del fiador como necesario en un ambiente donde los compañeros de trabajo son los fiadores más aceptables y donde el contar con fiadores aceptables es muy importante en la obtención del crédito, las conclusiones de Lassey y Rausch aún serían compatibles porque los amigos y parientes son una influencia efectiva, especialmente cuando el presunto inversionista sabe o tiene motivo para saber que su amigo o pariente había invertido en acciones de cemento o hubiera invertido si tuviera el dinero. Para una discusión de la encuesta de Rausch véase *infra* Sección IV. C.

contaban entre el grupo de los presuntos o actuales inversionistas. Sin embargo las demandas que fueron satisfechas por el C. de C. fueron las formuladas por individuos y grupos actuando en su condición de representantes de sociedades familiares y no en su capacidad de presuntos inversionistas.

E) El Comportamiento del Derecho de las Sociedades Comerciales

El artículo 17 del C. de C. enumera las sociedades comerciales autorizadas por el Derecho costarricense:

- a) Sociedad en nombre colectivo;
- b) sociedad en comandita simple;
- c) sociedad de responsabilidad limitada;
- d) sociedad anónima.

Está ausente de esta lista, sin embargo, una de las más importantes formas de hacer negocios en Costa Rica, la Sociedad de hecho o sociedad irregular.

La sociedad de hecho puede constituirse por accidente o intencionalmente debido a que el criterio para otorgar el status de *jure* a la sociedad mercantil en el Derecho Costarricense es básicamente formal. Mutatis mutandi si la sociedad no ha llenado los requerimientos de 1) redactar sus estatutos, 2) registrarlos y 3) publicarlos de la manera prescrita, no se considera regularmente constituida.⁽⁶¹⁾ Por lo tanto, un simple olvido o descuido provocará la irregularidad de la compañía.⁽⁶²⁾ En contraste, el status de la sociedad de hecho es frecuentemente el producto de la intención de las partes y de su calificación judicial.⁽⁶³⁾

(61) Artículos 22, 23 del C. de C.

(62) Los autores de derecho comercial latinoamericanos frecuentemente distinguen entre la sociedad irregular que se configura cuando una sociedad regularmente constituida en muchos de sus aspectos, carece de alguna formalidad especial requerida para su constitución, y la *sociedad de hecho (de facto)*, donde la naturaleza social se deriva simplemente del hecho de que varias personas, generalmente sin escritura ni acto o contrato de constitución y funcionamiento llevan a cabo una o más negociaciones de tipo permanente juntos, dividiéndose ganancias y pérdidas. Véase, entre otros, MALAGARRIGA, DERECHO COMERCIAL 675 (Buenos Aires 1963).

(63) Las siguientes son ilustraciones típicas de la categorización de *de-hecho* por los tribunales de Costa Rica:

- a) Un farmacéutico profesional es empleado por una pareja no profesional que compra una botica, pero necesita el grado profesional del farmacéutico (licenciado en Farmacia) más

La importancia económica de las sociedades comerciales de hecho en Costa Rica puede ilustrarse con la siguiente información extraída de un Censo de Industrias finalizado en el año 1964.⁽⁶⁴⁾

De 899 sociedades comerciales manufactureras, 256 (23%) eran sociedades de hecho. Las sociedades de hecho excedieron en gran número a las sociedades colectivas (19) y a las sociedades anónimas (95). La única clase de sociedad comercial "regular" que sobrepasaba el número de compañías de hecho era la sociedad de responsabilidad limitada (527). Y en otras actividades no manufactureras, tales como la crianza de ganado y exportación, la sociedad de hecho resultó ser la forma predominante.⁽⁶⁵⁾

Así, el tipo de sociedad comercial de hecho ha estado llenando la necesidad económica de un tipo menos formal que el configurado en el C. de C. como la sociedad en nombre colectivo. Las sociedades en nombre colectivo y en comandita simple han decrecido drásticamente en número mientras que las sociedades comerciales de hecho han ido en aumento.⁽⁶⁶⁾ Sin embargo, ni los tribunales ni el C. de C. han proveído reglas de tipo general que ayuden a resolver las múltiples disputas en torno al nacimiento,

de lo que necesita sus conocimientos o su inversión de capital. Para el propósito de obtener la licencia o permiso municipal, el farmacéutico debe aparecer como uno de los dueños, mientras que para propósitos de ganancias y pérdidas, aparece solamente como trabajador de medio tiempo. Véase *Montero Gómez v. Nigro Borbón*, Sentencia de la Sala de Casación del 2 de diciembre de 1949; Segundo Semestre en 939.

b) Varios productores de banano compran un tranvía de carga en el cual puedan transportar sus bananos y los de los otros productores, repartiendo los gastos, ganancias y pérdidas sobre las operaciones del tranvía (carro de línea). Véase *James Price y Otros v. Cleland Seaton*, Sentencia de la Sala de Casación del 24 de agosto de 1932; Segundo Semestre en 374.

c) Un marido le transfiere bienes de su propiedad a su esposa para evitar embargo por acreedores (en el derecho de familia de Costa Rica, la Sociedad legal de ganancia les aparece en el momento de la disolución del matrimonio por anulación, divorcio o muerte y no antes, excepto cuando esté claramente estipulado por los cónyuges). La Corte Suprema de Costa Rica impone la categorización "socio de hecho" sobre la propiedad matrimonial y así permite la vinculación. Véase *Reimers y Cía. v. Sajem Sacre*, Sentencia de la Sala de Casación del 9 de marzo de 1932; Primera Sesión, en 287.

(64) Esta información se tomó del Censo de Industrias Manufactureras de Costa Rica de 1964.

(65) La razón de este predominio es que las regulaciones de exportación requieren que los productores llenen ciertas cuotas por lo que para ellos es conveniente asociarse en una base más o menos permanente con otros productores para llenar la cuota de exportación requerida. Dirección General de Estadísticas y Censo, III Censos de Industrias Manufactureras, 1964 (Ministerio de Industrias y Comercio, San José, 1967).

(66) Esta información fue suministrada por la Oficina de Tributación Directa sobre el número absoluto de sociedades comerciales que pagan impuestos para el período 1963-67.

funcionamiento y disolución de las compañías irregulares y de hecho. Tácitamente los tribunales han seguido un cierto criterio en su aplicación de reglas: una sociedad de hecho o irregular será regida, en aspectos jurídicos que no se desprendan directamente de su irregularidad, por reglas aplicables a la sociedad regular a la que más se asemeje.⁽⁶⁷⁾ Consecuentemente emerge una paradoja significativa: las reglas establecidas en el C. de C. para aplicarse a la operación de sociedades en nombre colectivo constituidas regularmente, (no más de 30 en las listas de contribuyentes en 1967) ganan su efectividad al aplicarse a las operaciones de las 600 ó más sociedades de hecho irregulares.⁽⁶⁸⁾

Cabe concluir entonces que los pequeños comerciantes que utilizan variantes irregulares o de facto de la sociedad en nombre colectivo no llegaron a articular demandas de flexibilidad jurídica comparables a las que formularon los empresarios, abogados y contabilistas conectados con la sociedad anónima familiar. Las expectativas de los pequeños comerciantes, reflejadas en sus usos y costumbres mercantiles tampoco fueron satisfechas por el legislador.

F) La Sociedad Anónima Costarricense

1.—Propiedad y Control

La Sociedad Anónima costarricense es predominantemente del tipo familiar o cerrado. De más de 700 sociedades anónimas en la lista de contribuyentes de 1967, sólo una veintena tenían más de 50 accionistas.⁽⁶⁹⁾ Más del 93% de todas las sociedades tenían menos de 5 accionistas cada una.⁽⁷⁰⁾ Las compañías de múltiples accionistas en Costa Rica podían ser divididas en dos subgrupos, uno que podía ser descrito como "amistoso" y el otro como "semi-

(67) Véase sentencias citadas *supra* nota 63.

(68) *Supra* nota 66.

(69) Las investigaciones estadísticas conducidas por el señor David A. Loring ayudaron a refinar la información arriba mencionada como sigue: Los haberes combinados del mayor accionista en cada una de las 175 sociedades de la muestra, a la hora de su formación representaron el 59% del capital de la compañía; el 77% de las sociedades de la muestra a la hora de su formación solamente tenían dos accionistas (el mínimo legal); el 10% tenían 3; el 6% tenían cuatro; el 7% tenían 5 ó más accionistas.

(70) *Id.*

público”.⁽⁷¹⁾ Las sociedades anónimas amistosas tienen desde 25 a 200 accionistas, “pero todos, o casi todos los accionistas son los amigos, parientes o contactos comerciales del grupo promotor y controlador”.⁽⁷²⁾

Las sociedades anónimas semi-públicas pueden ser descritas como aquellas en las que un número grande de accionistas “no tienen relación familiar o social con la mayoría de los accionistas y no tienen interés financiero en el negocio más allá de la expectativa de dividendos o ganancia de capital”.⁽⁷³⁾ La gran mayoría de las sociedades anónimas costarricenses, sin embargo, todavía están en la etapa que describió el profesor A. A. Berle Jr. como inicial o de propiedad y control familiar. Casi todas las demás pertenecen a la segunda etapa que, según Berle, es de control efectivo bien por un individuo o por un grupo. Muy pocas, si acaso existen, han llegado a la tercera etapa de control administrativo o gerencial.⁽⁷⁴⁾

2.—Tributación y formación de Capital

Los libros de las sociedades anónimas en Costa Rica se cierran el 30 de setiembre, el final del año fiscal. Poco después de esta fecha, tan pronto como los accionistas mayoritarios o sus gerentes terminan de examinar el balance social o el estado de ganancias y pérdidas de sus compañías, los abogados de sociedades anónimas en San José se enfrascan con la tarea de crear nuevas sociedades anónimas y reorganizar las viejas. El motivo de la febril actividad jurídica yace en el carácter progresivo de los impuestos sobre la renta.⁽⁷⁵⁾ Los impuestos sobre la renta oscilan desde el 10% sobre los primeros ₡ 3.000 (US\$ 480) hasta un porcentaje de 30% sobre todas las entradas tributarias mayores de ₡ 500.000 (US\$ 75.000).⁽⁷⁶⁾ Aunque la tasa progresiva es gradual en un prin-

(71) Véase estudio de formación de capital en pág. 20.

(72) *Id.*

(73) *Id.*, en pág. 22, y también la tabla III donde están enumeradas las 14 compañías semipúblicas más importantes en Costa Rica.

(74) A. A. Berle, G. C. Means: *The Modern Corporation & Private Property* 69 *et seq.* (1933).

(75) Ley N° 837 del 20 de diciembre, 1946, y sus reformas. Un recargo se puso en efecto en 1967-68 por la ley N° 3860 del 23 de abril de 1967, pero no cambió básicamente la estructura del impuesto.

(76) *Id.*, y los artículos 14 y 17 de la ley N° 837 del 20 de diciembre de 1946.

cipio, aumenta considerablemente a cierto nivel y una entrada de ₡ 95.000 (US\$ 13.500), por ejemplo, está sujeta a un porcentaje del 20% del impuesto. Por lo tanto es posible que una sociedad anónima pueda reducir su obligación fiscal de manera sustancial dividiendo sus ganancias entre varias entidades satélites. Los gastos de incorporación, a su vez, son bastante bajos en Costa Rica, las formalidades para la creación de compañías, incluyendo sus requerimientos mínimos de capital, como hemos visto se flexibilizaron en respuesta a las demandas de los grupos de hombres de negocios. De la misma manera, es posible constituir una sociedad en el término de un día o dos al costo de no más de \$ 30. Cómo estas sociedades anónimas pueden retroactivamente atribuirse ganancias y pérdidas realizadas con anterioridad a su existencia es un asunto que pertenece al reino de la magia notarial.

La marcada influencia del impuesto a la renta sobre el volumen y la velocidad de la formación de la sociedad anónima está ilustrada por el hecho de que en un período mayor de 5 años de 1963 a 1967, apareció que octubre era el mes favorito para constituir sociedades, con 403 registradas, una cifra que era casi el doble de la del mes de setiembre (264), el mes que le seguía en popularidad.⁽⁷⁷⁾

Como pasa con el impuesto sobre herencia y donaciones son progresivos, empezando con el 1% de impuesto sobre los primeros ₡ 5.000 (US\$ 740) y subiendo en 12 escalones hasta 9% que es el tipo para sumas mayores de ₡ 1.000.000 (US\$ 143.000).⁽⁷⁸⁾ Además, la ley es muy amplia en su alcance e impone una pena sobre un número virtualmente ilimitado de transacciones supuestamente realizadas con la intención de evadir los impuestos a través de donaciones inter vivos.

Así, casi todas las transacciones simuladas o transacciones cuya intención expresa sea inconsistente con su verdadera motivo de evadir o evitar el pago del impuesto tienen una pena por medio de un impuesto sobre donaciones.⁽⁷⁹⁾ Pero la prueba de la simulación es muy difícil. Aún la determinación preliminar de la titu-

(77) Véase estudio de formación de capital, en 17 *et seq.*, resumiendo la investigación estadística de David A. Loring.

(78) Véase artículo 5° de la Ley N° 10 de 23 de diciembre de 1937.

(79) *Id.*

laridad puede verse frustrada por la naturaleza de las acciones al portador, cuya propiedad no aparece registrada a no ser en la suscripción original. A la luz de las ventajas inherentes a esta práctica, los abogados costarricenses de sociedades anónimas admiten que un número muy sustancial de las que se crean cada año responde a los propósitos de evadir los impuestos sobre donaciones o herencias.

Por otra parte, las reglas sobre tributación no han sido muy alentadoras respecto a la formación de capital de sociedades anónimas por medio de la reinversión de sus ganancias. En primer lugar, los dividendos hasta hace poco tiempo no eran gravables por se a quien los recibe, lo cual fomenta la práctica del pago de dividendos altos cuando el accionista individual puede pagar menos impuestos que la sociedad, al pasar las ganancias de un nivel tributable más alto aplicable a las ganancias totales de la sociedad anónima, a un nivel más bajo aplicable a la ganancia individual del accionista.⁽⁸⁰⁾ De acuerdo con la Ley de Reforma Tributaria N° 4961 del 10 de marzo de 1972, los dividendos distribuidos a los socios están gravados con una tasa fija del independiente del impuesto sobre la utilidad declarada por la Sociedad respectiva, que soporta una diferente tasa. En segundo lugar, las leyes y reglamentos respecto a la depreciación de bienes definitivamente desalientan el reemplazo de bienes de capital y la reinversión resultante al permitir sólo el método de depreciación en línea recta sujeto a una amortización lenta y anti-económica.⁽⁸¹⁾

Las leyes tributarias, por lo tanto, actúan como un contra-incentivo a la formación de capital de la sociedad anónima, fomentando altas tasas de distribución de dividendos y pagos de aguinaldos exagerados en lugar de la reinversión de capital que indudablemente podía haber ayudado a financiar el mayor crecimiento

(80) Véase artículo primero del impuesto de Tributación, *supra* nota 75.

(81) Véase tabla de depreciación emitida por la Oficina de Tributación Directa de 1952 (todavía en vigencia en 1969), en QUESADA, LEYES USUALES SOBRE IMPUESTOS DIRECTOS 67 (San José, 1969).

De acuerdo a esta tabla, las tasas de depreciación anual varían, en el caso de maquinaria del 5% al 10%. El único método de depreciación permitido por la ley es el de la línea recta. *supra* nota 75, Artículo 837.

de la sociedad anónima.⁽⁸²⁾ Las sociedades comerciales, por lo tanto, atraen solo una pequeña porción de los ahorros privados en Costa Rica.⁽⁸³⁾

3.—Dirección, Derechos de Minorías y Formación de Capital

Tradicionalmente, la dirección de empresas ha sido regulada en Costa Rica, como en casi todas las leyes sobre sociedades comerciales en Latinoamérica, con base en un principio expreso o tácito, de acuerdo con el cual los poderes no expresamente conferidos son retenidos por los accionistas.⁽⁸⁴⁾ Además los poderes de los accionistas de elegir y reemplazar los directores y gerentes son considerados por muchos de los autores y legisladores de la misma manera dog-

(82) Las distribuciones en efectivo sobre base de pagos de dividendos como porcentaje de las ganancias netas (después de pagado el impuesto), se encontraba entre el 25% y el 85%, y cuando los promedios generales se tomaron sobre un período de cinco años, se distribuía el 57% de todas las ganancias, después de que todos los impuestos habían sido pagados. Un pago de dividendo del 70% era muy usual en la sociedad anónima promedio costarricense. El Sr. Loring trató de establecer una correlación entre el control de la junta directiva y el pago de dividendos al contado en las sociedades costarricenses. En entrevistas conducidas con 11 directores de sociedades encontró que entre más alto era el porcentaje de acciones controladas por miembros de la Junta, más alto el pago al contado de dividendos. Si hubiera confirmación de esta tendencia entre un número mayor de compañías ello apuntaría hacia un serio problema orgánico del crecimiento de la sociedad anónima costarricense, porque indicaría que entre menor el número de socios con control, menos la oportunidad de crecimiento a través de re-inversión de ganancias. Véase estudio de Formación de Capital, en 3 *et. seq.*

(83) Las figuras comparativas usadas por el Sr. Gantz fueron las siguientes: Mientras que las sociedades comerciales eran las responsables por el 77% de todos los ahorros no gubernamentales en los Estados Unidos en 1965, durante el período de 10 años que terminaba ese año, las sociedades comerciales costarricenses nunca representaron más del 42% de los ahorros anuales no gubernamentales y muy a menudo podían ahorrar no más del 15% de los ahorros no gubernamentales. Los datos de ahorros costarricenses fueron obtenidos por el Sr. Gantz de un documento no publicado del Banco Central de Costa Rica. Las figuras comparativas de Estados Unidos se tomaron de GALBRAITH, EL ESTADO INDUSTRIAL 37 (1967).

(84) La forma en la cual muchos miembros de la comunidad mercantil y jurídica de Costa Rica perciben el papel de los administradores de sociedades comerciales está claramente reflejada en el caso de Rodríguez Carazo v. Ferretería Rodríguez, S. A., Sentencia de la Sala de Casación del 23 de mayo de 1945; Primer semestre 297, 305 en el que la Corte Suprema de Costa Rica tuvo que aclarar que:

"... Es indudable que la acción conjunta de los gerentes que requiere la escritura de constitución de la Sociedad, es para los actos que puedan comprometerla o que impliquen responsabilidad para ella, pero es ilógico que los actos corrientes administrativos que se originan en el desempeño del cargo de gerente, como el escribir una carta a nombre de la Sociedad para aceptar un beneficio hecho a ésta, se fuera a estimar que rebasan los límites del mandato..."

mática.⁽⁸⁵⁾ Aunque el C. de C. no se adhiere expresamente a este principio los tribunales costarricenses probablemente seguirán las reglas propuestas en los artículos 168 y 268 del C. de C. de Honduras, que prevén que una asamblea general de accionistas, presumiblemente con o sin causa justa, en cualquier momento puede remover directores y gerentes. Este principio se defiende por la doctrina predominante con base a su congruencia con la naturaleza plenipotenciaria de la asamblea de accionistas.⁽⁸⁶⁾ Quienes así piensan pierden de vista, sin embargo, el hecho de que la dirección profesional y eficiente de empresas no será atraída hacia aquellas sociedades anónimas donde su poder esté orgánicamente maniatado y donde ella puede ser suprimida arbitrariamente en cualquier momento.

En comparación con la situación de la dirección profesional de empresas la de los accionistas en minoría parece ser todavía peor, bajo el C. de C. Por ejemplo, para poder convocar una asamblea de accionistas en la que pueda ser oído, la minoría de los accionistas debe estar representada por lo menos por el 25% de las acciones.⁽⁸⁷⁾ No se ha regulado el voto acumulativo, y la vigilancia de los asuntos internos de las sociedades anónimas se deposita en un "comité de vigilancia" por lo general inexistente e inefectivo. Similarmente, el recurso de la minoría de accionistas contra las decisiones de la junta directiva está severamente limitado por reglas en exceso flexibles respecto a las convocatorias y por la falta de acción directa a nombre de la sociedad al igual que por la ausencia de derechos efectivos de retiro y de un mercado viable de valores.

La situación precaria del accionista minoritario frecuentemente ha sido responsable de una decisión contraria a una inver-

sión, cuando, desde un punto de vista estrictamente financiero, la inversión parecía atractiva.⁽⁸⁸⁾

4.—Intermediarios y Formación de Capital

Debe tomarse en cuenta que uno de los factores de más influencia "externa" sobre los costarricenses adquirentes de acciones de sociedad anónima⁽⁸⁹⁾ lo es el incentivo suministrado por la compra o recomendación de los amigos y parientes del inversionista. Estos "intermediarios" pueden actuar desde un punto de vista jurídico en una escala descendente de responsabilidad personal como comisionistas, corredores o meramente como gestores o intermediarios informales. Probablemente mucha de la persuasión realizada por parte de amigos y parientes de los inversionistas de la Industria Nacional de Cemento S. A. se realizó de manera informal.⁽⁹⁰⁾ Sin embargo, es clara la conclusión de que el proceso de formación de capital de sociedades anónimas en Costa Rica puede beneficiarse mucho de la institucionalización de la función de los "amigos" o "parientes" en el negocio de la "persuasión" para la adquisición de valores. El C. de C., por una parte, ha facilitado la intermediación en ventas de acciones y bonos al no requerir formalidades especiales de un comisionista y corredor, ya que es solamente el corredor "jurado" quien debe probar que tiene una cierta cantidad de entrenamiento y educación comercial, más integridad moral, para que se le permita ejercer su profesión.⁽⁹¹⁾ Pero, por otro lado, a los corredores que no sean jurados, no se les otorga una base jurídica adecuada para el cobro de sus comisiones.⁽⁹²⁾ Además, el C. de C. específicamente prohíbe la participación de los corredores jurados en sociedades anónimas, con lo que se dificulta

(88) En entrevistas con inversionistas costarricenses y de países centroamericanos, apareció que había una aprehensión generalizada con respecto a la falta de participación de las minorías de accionistas en las decisiones de la sociedad, particularmente en las de la sociedad anónima en la declaración de dividendos. Muchos accionistas minoritarios particularmente en Guatemala, se quejaron sobre una política deliberada de no declarar dividendos para obligar a la minoría de los accionistas a vender sus acciones. En estas entrevistas, véase Estudio de Formación de Capital, en 29 *et seq.*

(89) Véase *supra* Sección III D.

(90) Para una distinción en torno a la naturaleza de los incentivos de adquisición véase *supra* nota 60.

(91) Artículos 273, 274, 296 y 297 del C. de C.

(92) Artículo 298 del C. de C.

(85) Sobre este punto, véase generalmente GOMEZ, SURVEY OF THE OF LATIN AMERICAN BUSINESS, INSTITUTE ON PRIVATE INVESTMENTS ABROAD 410 (1959). Véase más específicamente sobre el derecho Costarricense, KOZOLCHYK Y TORREALBA, Tomo IV CURSO DE DERECHO MERCANTIL, LA SOCIEDAD ANONIMA (San José 1969), at 98 *et seq.*

(86) Véase, entre otros, MALAGARRIGA, *supra* nota 62, en 481-82; MANTILLA MOLINA, DERECHO MERCANTIL 408-17 (18ª Edición, México 1966).

(87) Artículo 159 del C. de C.

enormemente incluso la creación de firmas de corredores con esa forma.⁽⁹³⁾

Las reglas desalentadoras no provienen solamente de las fuentes legislativas. La propia Corte Suprema recientemente formuló una de las reglas más disuasivas para el futuro de las actividades de los corredores en Costa Rica. En el importante caso *Picado Guerrero v. Rojas Días*,⁽⁹⁴⁾ la Corte Suprema hizo a un corredor responsable por los daños sufridos por un comprador de un grupo de bonos falsificados muy hábilmente, tanto así que ni los mismos expertos bancarios a quienes se les preguntó si podían determinar la validez de los bonos, por el corredor y por el cliente, pudieron determinar si los bonos eran válidos. Al darle la razón al actor, quien era el comprador de los bonos y al propio tiempo uno de los abogados de más sagacidad y pericia del país, la Corte Suprema sostuvo que el corredor había actuado como "un agente comisionista" en la venta de bonos, garantizando así su legitimidad.

5.—La Suscripción Pública de Acciones

Para poder obtener un cuadro más completo de los factores que produjeron el éxito o el fracaso de la venta de acciones por medio de suscripciones públicas en Costa Rica, se examinó la historia de 8 suscripciones que constituyen más o menos la mitad del total de las ventas públicas intentadas desde la promulgación del C. de C. hasta 1969. Se encontró que ninguna suscripción pública fue enteramente exitosa y que, con una o dos excepciones, ninguna sociedad anónima cuyas acciones fueran suscritas en gran parte públicamente tuvo una historia financiera exitosa después de la colocación de sus acciones.⁽⁹⁵⁾

En general, los resultados de la investigación se pueden resumir como sigue:

- a. En los casos en que el público ha sido garantizado de una rentabilidad segura por una entidad suficientemente respon-

(93) Artículo 312 del C. de C. que también prohíbe al corredor jurado adquirir por su propia cuenta los objetos o mercancías involucradas en sus transacciones de corredor.

(94) Sentencia de la Sala de Casación, Corte Suprema de Justicia, 10 de junio, 1965; Primer Semestre en 1050, 1090-92.

(95) Véase Estudio de Formación de Capital, en 50-72.

sable (en un caso, una agencia gubernamental y, en otro, una compañía financiera privada muy solvente), parece haber habido un número suficiente de compradores de las acciones o títulos de crédito, incluyendo entre los inversionistas a miembros de la clase media tales como los empleados gubernamentales de nivel intermedio y trabajadores de cuello blanco.⁽⁹⁶⁾

- b. Los temores de los accionistas minoritarios (expresados en la Sección III, F, 3 supra) resultaron justificados en algunas casos de maniobras claramente fraudulentas por promotores e intereses mayoritarios.⁽⁹⁷⁾
- c. En el deseo de atraer capital de inversión y allanar temores de una política de no distribución de dividendos, los promotores frecuentemente comprometen a la naciente sociedad anónima a una política de dividendos que muy rápidamente puede destruir la estabilidad de la estructura de su capital. En efecto, el señor Gantz encontró varios casos de descapitalización inicial paralizante.⁽⁹⁸⁾
- d. Dado el fracaso general de las suscripciones de acciones, la confianza pública en la adquisición de valores societarios, con la excepción de muy pocas compañías, está en un nivel muy bajo. De hecho, en Costa Rica, como en Nicaragua, los miembros de la clase media con medios para adquirir acciones, muy frecuentemente se refieren a sociedades anónimas "semi-públicas" o "amistosas", como trampas para el inversionista incauto ya que "...si la oportunidad de inversión fuese tan buena como la describen los promotores-accionistas ellos se la hubieran dejado para sí...".⁽⁹⁹⁾

El cuadro final, por lo tanto, es uno en el cual el factor clave de la liquidez de los títulos en venta, producto de la confianza que siente el adquirente respecto a su rentabilidad y a la posibilidad de su disposición o re-venta en forma rápida y económica, no existe. Esto es, por supuesto, un mal augurio para el

(96) *Id.*, págs. 52 y 70.

(97) *Id.*, págs. 58-59.

(98) *Id.*, págs. 57 y 62.

(99) *Id.*, entrevistas.

futuro de las suscripciones públicas en Costa Rica, porque a medida que pasa el tiempo y la aprehensión del presunto inversionista aumenta el influjo de fracasos sucesivos, las expectativas de liquidez también aumentarán, haciendo más y más difícil acudir al público inversionista.

G) Evaluación

Es bien aparente que el derecho de sociedades comerciales costarricense no ha podido regularizar la formación de sociedades comerciales de facto o irregulares, ni tampoco ha podido cumplir con el objetivo de canalizar inversiones hacia valores líquidos y rentables. Lo que ha logrado el derecho de sociedades es flexibilizar aún más la creación y manejo de sociedades anónimas de tipo familiar, tal como fue demandado por ejecutivos de empresas y sus abogados y contabilistas. Estas demandas de acción jurídica han resultado anti-téticas con el propósito de fomentar la mayor circulación de títulos mobiliarios, puesto que debido a la generalizada desconfianza en la gestión privada se requiere un más alto grado de supervisión estatal que la que normalmente estarían dispuestos a tolerar los accionistas mayoritarios en la sociedad anónima familiar. De ahí que al no exigir, por ejemplo, una capitalización más efectiva y sólida, al igual que al no proteger debidamente los derechos de los accionistas minoritarios, y no reforzar la posición de administradores profesionales e intermediarios en el proceso de colocación de acciones, el codificador mercantil y los tribunales costarricenses han contribuido a la falta de liquidez que caracteriza actualmente la tenencia de la mayoría de los títulos mobiliarios en Costa Rica. Por otra parte el legislador fiscal en vez de alentar el crecimiento de la sociedad anónima ha promovido su uso como vehículo de evasión fiscal influyendo además en su periódica descapitalización.

En resumen, el derecho de sociedades comerciales costarricense no sólo ha incumplido su cometido expreso, sino también ha permanecido insensible a las legítimas aspiraciones de muchos pequeños comerciantes y actuales y presuntos inversionistas en títulos mobiliarios. Al igual que sucedió con la redacción de la L.F.I. ni los pequeños comerciantes ni los presuntos inversionistas intervinieron en el proceso de redacción de reglas jurídicas. De la misma manera, sus derechos no fueron protegidos en forma adecuada por organismos administrativos ni por los tribunales.

IV.—EL CREDITO AL CONSUMIDOR Y EL DERECHO

A) Introducción

El Estudio sobre el crédito al consumidor se centra sobre los factores socio-económicos y jurídicos que influyen en la disponibilidad, costo y utilización del crédito al consumidor en San José.⁽¹⁰⁰⁾ Con el propósito de resumir un conjunto de materiales muy exhaustivos, la presente sección se dividirá en tres partes. La primera resumirá los resultados de la investigación sociológica en torno a las actitudes respecto al crédito de un grupo representativo de trabajadores asalariados de San José.⁽¹⁰¹⁾ La segunda, reseñará los objetivos legislativos en la regulación de las operaciones relacionadas con el crédito al consumidor. La tercera describirá las prácticas de varias fuentes de crédito al consumidor y evaluará el funcionamiento de las instituciones jurídicas usadas por estas fuentes.⁽¹⁰²⁾

B) El Asalariado como Usuario del Crédito

1.—Descripción

Como se mencionó antes,⁽¹⁰³⁾ la presencia del crédito al consumidor en San José se le hace patente incluso a quien visita la ciudad por vez primera. Muchas tiendas anuncian sus precios, mencionando los pagos iniciales, primas o enganches y no la tota-

(100) El principal autor del Estudio del Crédito al Consumidor, Sr. Charles Foster Knight, describió la operación de las varias fuentes de crédito al consumidor, desde la tienda de empeño de crédito de "último recurso", hasta aquellas que financian directa o indirectamente la adquisición de artículos de consumo y la operación de instituciones jurídicas usadas por estas fuentes en cada tipo de transacción. (Esbozo preliminar publicado en julio de 1969 en forma mimeografiada. De aquí en adelante referido como Estudio de Crédito). Para poder facilitar la evaluación del papel de estas instituciones, se llevaron a cabo estudios adicionales. Uno de estos estudios lo constituyó una encuesta sociológica de las actitudes con respecto al crédito de un grupo representativo de trabajadores asalariados en el área metropolitana de San José, bajo la supervisión de la Dra. Renate Rausch del Depto. de Sociología de la Universidad de Costa Rica (Esbozo preliminar publicado en julio de 1969 como parte del Estudio de Crédito). Los estudios restantes analizaron el funcionamiento de instituciones jurídicas seleccionadas, tales como el *Registro de Prendas* y el *Apremio Corporal*. Estos Estudios llevados a cabo inicialmente por el Sr. John M. Finch son parte del texto preliminar del Estudio sobre Crédito.

(101) Véase *supra* nota 100.

(102) *Id.*

lidad del precio. Las compañías financieras de tipo familiar y comercial aparecen, como por magia por toda la ciudad, ofreciendo crédito rápido y accesible. Los prestamistas usureros pueden verse en los días de pago, muy atareados, cobrando los intereses de deudores, que con gran frecuencia son sus propios compañeros de trabajo. No debe causar ninguna sorpresa, por tanto, el hecho de que un estudio de mercado reciente encontró que el 76% de los 350,000 habitantes de San José, gastaba aproximadamente un 20% más de lo que ganaba cada mes.⁽¹⁰⁴⁾

Debido a que el estudio de las características de la utilización del crédito por parte de toda la sociedad costarricense urbana estaba más allá de los recursos del Proyecto Jurídico, se decidió concentrar la investigación sobre un grupo representativo de los beneficiarios del crédito al consumidor, el deudor asalariado urbano.⁽¹⁰⁵⁾ De más de 50,000 trabajadores asalariados descritos en el Registro de la Administración del Seguro Social de Costa Rica, fueron seleccionados 400 al azar para poder formar una muestra estratificada de acuerdo con cinco grupos de asalariados.⁽¹⁰⁶⁾ El nivel educacional de los entrevistados probó ser muy alto: sólo una persona en todo el grupo no había tenido educación escolar; cerca del 40% habían estado en segunda enseñanza y aproximadamente un 10% había realizado estudios universitarios. Similarmente parecía haber un alto grado de estabilidad de empleo. De la muestra total, más del 70% habían permanecido en el mismo puesto por más de un año.⁽¹⁰⁷⁾ Mano a mano con la estabilidad del empleo estaba la de residencia: el 58% de la muestra había vivido en el mismo lugar por un período de más de 5 años.⁽¹⁰⁸⁾

Los entrevistados contemplaban el futuro de sus empleos con un optimismo grande pero al propio tiempo infundado. Menos

(103) Véase introducción a este artículo.

(104) M. Romero, *Estudio del Mercado de Seguros en el Area de San José*, pág. 11, estudio no publicado de la sección de Económica de la Universidad de Costa Rica, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales (1963).

(105) La investigación clasificó al deudor asalariado de San José de acuerdo con su nivel de ingresos y describió, entre otras características, su educación, hábitos de gasto, estabilidad de empleo, clases de residencia, expectativas de salario o sueldo y preferencias por las diferentes fuentes del crédito. Véase Investigación en 1-3.

(106) *Id.*, en 7, 9.

(107) *Id.*, en 12, 13, 23.

(108) *Id.*

del 5% de la muestra no esperaba un aumento de más del 10% en sus sueldos durante el período de los dos a cinco años siguientes.⁽¹⁰⁹⁾

Aproximadamente un tercio de los demandados esperaban recibir aumentos en los sueldos hasta de un 60% sobre sus salarios actuales durante el mismo período.⁽¹¹⁰⁾ A pesar del optimismo expresado, era bastante aparente que un gran número de los entrevistados tenían que pedir dinero prestado, trabajar tiempo extra o tomar otros empleos para poder satisfacer sus necesidades básicas, tales como alimentación, techo, educación, cuidado personal y salud. Por ejemplo, 57 de 87 entrevistados (aproximadamente un 15% de la muestra total), respondieron que ya sea "ocasionalmente" o "frecuentemente" los gastos de alimentación no se cubrían con las sumas disponibles para los gastos mensuales, y 34 de los 87 entrevistados (aproximadamente 9% de la muestra total) dijeron que frecuentemente sus necesidades de alimentación excedían sus entradas mensuales y tenían que dejarlas insatisfechas.⁽¹¹¹⁾ Para estos entrevistados, por lo tanto, el crédito se convertía en un vehículo vital en la satisfacción de sus necesidades básicas.⁽¹¹²⁾

El porcentaje más alto de deudores se encontró en el grupo con entradas de \$ 250 - \$ 300 (U.S.) mensuales, con un 90% de las familias catalogadas en este grupo obligado al pago de abonos mensuales.⁽¹¹³⁾ El acreditamiento regularizado o a plazos, sin embargo, parecía empezar por el nivel de entradas de \$ 100 al mes: el porcentaje más bajo de los deudores que pagan cuotas mensuales se encontró entre el grupo de familias con entradas de menos de \$ 100 por mes.⁽¹¹⁴⁾

Las preferencias respecto a las fuentes de crédito reflejaban la influencia de consideraciones de tipo económico. Los bancos

(109) Ninguna razón económica fue alegada con respaldo a este optimismo. *Id.*, en 15.

(110) *Id.*

(111) *Id.*, tablas 31-34.

(112) De toda la muestra, el 23% de los demandados utilizaron el dinero prestado para compras de comestibles, el 25% para ropa y el 42% para seguros y necesidades médicas. *Id.*, Tabla 34.

(113) La categorización de grupos de ingresos usada en el texto es debida al hecho que sólo, según un cálculo bruto, el 15% de todos los trabajadores asalariados ganan más de \$ 100 al mes. *Id.* pág. 13 y 14.

(114) *Id.*

oficiales y las cooperativas de crédito que, por regla general, cobran intereses bajos sobre préstamos personales y no acostumbra ejercer mucha presión para el cobro, se encontraban entre las fuentes preferidas, seguidas por "compañeros de trabajo", "parientes", "tiendas de ropa", "amigos", "compañías financieras", "pulperías", "casas de empeño y compra venta" y "prestamistas".⁽¹¹⁵⁾ Como demuestra más adelante el estudio de las transacciones de crédito al consumidor, estas preferencias de los deudores muy acertadamente reflejaban los costos actuales para obtener crédito, lo mismo que la presión en métodos de cobro.⁽¹¹⁶⁾ Es significativo, además, en un país donde las relaciones familiares son todavía muy estrechas y donde la amistad, como regla general, implica todavía un profundo lazo emocional, encontrar que los usuarios del crédito estaban más anuentes a firmar pagarés como fiadores para sus "compañeros de trabajo" que para sus "amigos" y "parientes".⁽¹¹⁷⁾ Una explicación de este comportamiento podría ser que los entrevistados se encontraban en una mejor posición para evaluar la capacidad de pago de sus compañeros de trabajo, por trabajar juntos, que la de familiares que trabajaban para otro patrono. Esta explicación, sin embargo, le atribuye cierta posibilidad de escogencia al fiador o co-deudor asalariado de la que él normalmente carece. La explicación, posiblemente más exacta, es que dado que el tipo de fianza "del compañero de trabajo" es una de las formas de garantía más usadas en Costa Rica, los entrevistados al garantizar a sus colegas simplemente estaban tratando de asegurarse de que si ellos necesitaban la fianza de su compañero de trabajo en un futuro ésta no le sería negada en cumplimiento de un deber de reciprocidad.

La percepción de los deudores de los factores inspiradores de confianza y por tanto generadores del crédito con los diversos prestamistas igualmente indicaba una aguda conciencia del papel desempeñado por factores económicos. Las recomendaciones de amigos o aún la amistad con el prestamista mismo, estaban catalogadas en un plano inferior en cuanto a su influencia frente al récord de cumplimiento en los pagos y la entrada mensual y su excedente presupuestal.⁽¹¹⁸⁾ En respuesta a preguntas tales como,

(115) *Id.*, Tablas 22-27.

(116) Véase *infra* secciones IV. D.

(117) Véase Tabla de Investigación 23.

(118) *Id.*, Tabla 23.

"si usted de repente entrase en posesión de una suma grande de dinero que le permita pagar o cancelar sus obligaciones X, Y, y Z. (contrastando los gastos en una escala declinante de sensualidad), ¿cuál pagaría primero?", las contestaciones fueron, en la mayoría de acuerdo los casos, racionales en el sentido económico del término. Alimentación, techo y obligaciones educacionales serían pagadas primero y sólo después de haber pagado esas obligaciones se aplicaría el dinero restante a otras cosas de naturaleza más sensual, tales como gastos de licor y fiestas.⁽¹¹⁹⁾ La recreación apareció enumerada como un gasto mensual únicamente por una cuarta parte de los entrevistados y solamente entre aquéllos que reportaron un alto porcentaje de sus gastos como empleados en actividades de diversión (10% o más de sus gastos) aparecieron actividades tales como "tragos con los amigos" como financiadas con la ayuda de crédito.⁽¹²⁰⁾

La imagen proveída por el deudor asalariado en Costa Rica como la de un consumidor prudente y responsable, un hombre "económico", que contempla la transacción crediticia en una forma racional y calculadora de costos, aparentemente contradecía dos hipótesis sostenidas por este autor. La primera mantenía que aquel sector sustancial de la población masculina costarricense cuya propensión hacia actividades sensuales, tales como consumo de licor y aventuras sexuales era patente, probablemente ignoraría o descartaría las consideraciones de tipo económico cuando se tratase de satisfacer su sensualismo.⁽¹²¹⁾ La segunda hipótesis postulaba que este segmento de la población de deudores trataría de preservar su acceso al financiamiento de su sensualidad por encima de todas sus otras obligaciones de crédito. La primera hipótesis por tanto pretendía describir el comportamiento de un hombre no económico, mientras que la segunda hipótesis describía el comportamiento de un hombre cuyo proceder era económico solamente en cuanto soporte a su sensualismo. La segunda hipótesis también sugería que una clase dada de obligaciones de crédito, por ejemplo,

(119) *Id.*, en 20-22.

(120) *Id.*

(121) Esta hipótesis fue respaldada por el hecho de que las esposas de deudores asalariados a menudo acudían al lugar de empleo el día de pago para tratar de prevenir que se gastara el sueldo en algún bar cercano. En una de las más tradicionales y populares canciones folklóricas costarricenses se invita al interlocutor a que disfrute de su guaro "...hasta que amanezca el día".

aquellas con un cociente de sensualidad más alto era probable que fueran más fácilmente cobrables que otras obligaciones con un cociente de sensualidad más bajo.

De hecho, sin embargo, ninguna de las hipótesis resultó contradicha por los resultados de la investigación y por la imagen resultante de un deudor acorde con las características de un hombre económico. Las dos hipótesis y la investigación contenían descripciones totalmente válidas del comportamiento de muchos deudores josefinos, pero este comportamiento variaba en las diversas fases o etapas de la transacción crediticia.

Los datos obtenidos del estudio de crédito al consumidor confirmaron que los acreedores ciertamente guiaban sus criterios de crédito por el mismo tipo de consideraciones económicas percibidas como cruciales por los deudores en la encuesta sobre el crédito, obligando de esta manera a los presuntos deudores a presentar, por lo menos, la apariencia de un comportamiento económico racional.⁽¹²²⁾ Apareció también que, en lugar de considerar las obligaciones de crédito con un alto cociente de sensualidad como fáciles de cobrar, los acreedores les atribuían un riesgo mucho mayor que al financiamiento de obligaciones del tipo alimenticio y de techo.⁽¹²³⁾ No obstante, también era cierto que entrevistas a fondo con muchos de los propios deudores de la encuesta revelaron que ellos dedicaban una cantidad sustancial de su presupuesto familiar, incluyendo dinero proveniente del crédito, a actividades sensuales.

La apariencia de racionalidad económica brindada en la encuesta no era necesariamente engañosa o contradictoria respecto a los gastos económicamente irracionales efectivamente incurridos debido a que cada imagen era el resultado del contexto en que se llevaba a cabo la actividad. Si el contexto era el de una búsqueda o evaluación de fuentes de crédito, pesando los términos y condiciones del mismo, tal como estaba implícito en la encuesta, la actividad descrita no podía menos que reflejar un contenido económico. Consecuentemente, el mismo deudor podía perfectamente haber actuado irracionalmente en un sentido económico en uno o más puntos de la transacción de crédito, por ejemplo, cuando tomó la decisión de incurrir en un gasto sensual costoso y dar la

apariencia de racionalidad económica cuando buscaba la fuente de crédito que financiaría ese gasto.

2.—Conclusiones

Es importante subrayar que el comportamiento aparente en los diferentes contextos de utilización del crédito no tiene las mismas consecuencias económicas. La decisión de llevar a cabo gastos económicamente irracionales, motivados por consideraciones sensuales, es de mayor importancia económica que la decisión de buscar el crédito que financie este gasto en una forma económica racional. Esta última es solamente un medio de implementar la decisión anterior. Una decisión económica irracional, a su vez, es, por su propia naturaleza, no susceptible de ser influenciada o desalentada por consideraciones económicas racionales, tales como contra-incentivos de costos elevados. Cuando estos hechos se consideran en conjunto con los resultados de la encuesta sobre las propensiones de los deudores, se puede predecir que cualquier regla jurídica cuyo propósito sea desalentar a los deudores urbanos de Costa Rica en usar el crédito en una forma no económica o alentar sus ahorros, se enfrentará con una tarea bien difícil. En primer lugar, si los gastos contemplados son para actividades sensualmente atrayentes al consumidor, no será fácil disuadirlo por medio de contra-incentivos económicos. En segundo lugar, puesto que el deudor asalariado urbano es demasiado optimista respecto a su potencial de ingresos, él tiende a asumir más obligaciones de las que puede atender. Estas obligaciones se respaldan no por un nivel de ingresos más alto sino por la estabilidad de empleo y de residencia. Pero la propia estabilidad de empleo y residencia fomenta el uso más generalizado por los acreedores del embargo como un vehículo de consecución del pago periódico, lo que a su vez tiende a perturbar el ciclo de endeudamiento a través de perennes novaciones o "adecuaciones" de deudas.

Aparecería, entonces, que para lograr llevar a cabo cambios sustanciales en el uso del crédito al consumidor en San José, se requiere un serio reordenamiento de los valores sociales y de las correspondientes actitudes frente al consumo. De considerarse deseable tal reordenamiento, se impone el uso del proceso educa-

(122) Véase, por ejemplo, los resultados respecto al crédito de pulperías. *Id.*, en 5-6.

(123) *Id.*

cional como principal método de cambio de conducta social; el derecho no podría rendir otra función que la de coadyuvante.

C) Regulación del Crédito. Sus objetivos y Rasgos Básicos

Por otra parte, si al derecho se le deparase la función de lograr implantar condiciones equitativas en cuanto al uso del crédito, los juristas enfrascados en tal tarea no podrían contar con la expresión de demandas o aún expectativas por parte de los deudores josefinos que sirviesen de guías para la nueva normativa. Como indica la encuesta, los deudores asalariados de San José apenas si han expresado lo que no es más que una aspiración de acceso más fácil al crédito bajo las mismas condiciones y términos existentes.

La Asamblea Legislativa de Costa Rica ha tratado durante los últimos 20 años de proveer una mayor disponibilidad de crédito para ciertos sectores de la economía. La nacionalización de los depósitos bancarios de 1948, por ejemplo, se llevó a cabo primordialmente debido a que “el propósito de ganancia de la banca privada estaba impidiendo el flujo del crédito que tenía prioridad para el desarrollo, tal como el destinado para actividades agrícolas e industriales”.⁽¹²⁴⁾ En forma similar los redactores del C. de C. de 1964, al suprimir la tasa de interés máximo del código anterior, argumentaron que con el establecimiento de un sistema de libertad de tipos de interés, una gran cantidad de capital encontraría su camino hacia el mercado crediticio de Costa Rica, y este suministro actuaría como un “regulador” de tipos de interés. Además, asumió el codificador que la competencia refrenaría las prácticas abusivas en los préstamos y cobros, reduciría los tipos hasta un nivel razonable y eliminaría a muchos usureros del mercado.⁽¹²⁵⁾ Más recientemente, en 1969, una ley que creó un Banco Obrero (**Banco Popular y de Desarrollo Comunal**) fue específicamente promulgada para facilitar préstamos de bajo costo para las clases media y de entradas más bajas.⁽¹²⁶⁾

(124) Decreto Ley N° 71 de 21 de junio de 1948.

(125) C. de C., en XII *et seq.*

(126) Decreto Legislativo N° 4351 de junio de 1969, creando el Banco Popular.

Como podía esperarse de políticas tan contradictorias, la implementación legislativa se llevó a cabo por distintos cauces. Por un lado, se sujetó al Sistema Bancario Nacional a un método de regulación muy detallado, de “topes”, que hacía distinción entre créditos preferenciales y no preferenciales.⁽¹²⁷⁾ Los créditos preferenciales, o los considerados más productivos para la economía, se dividieron en tres categorías: agricultura, ganadería e industria. Los créditos no-preferenciales en dos categorías: comercial y otros (incluyendo actividades tales como electrificación, servicios, inversiones, construcción de viviendas y crédito personal al consumidor). Cada año, el Banco Central determina la asignación de crédito en cada una de las categorías. La asignación se reparte proporcionalmente entre los cuatro bancos que operan como bancos comerciales, y cada uno puede dar crédito hasta el límite permitido en cada categoría. Las tarifas de interés cobradas por estos bancos también son reguladas por ley, lo mismo que el límite de préstamo por prestamista individual.⁽¹²⁸⁾

Al crédito otorgado por organismos privados, por otro lado, se le permitió operar prácticamente sin restricciones de cantidad o calidad; no se impuso ningún límite sobre préstamos agregados o por cliente, ni regulaciones sobre los tipos de préstamos o garantías admisibles. Al igual que con respecto a las reglas sobre la formación de capital de sociedades anónimas,⁽¹²⁹⁾ las que regulan las transacciones de crédito fueron fuertemente influenciadas por la demanda de mayor flexibilidad de operación formulada por los grupos de prestamistas privados. La flexibilidad demandada por estos intereses comerciales también se reflejó en las reglas del C. de C. encaminadas a otorgarle mayor efectividad y liquidez a ciertos contratos y títulos de crédito. De esta forma, la factura comercial, cuando estaba debidamente firmada por un comprador de mercancías, se convertía en título ejecutivo que permitía utilizar un juicio sumario de cobro, sujeto únicamente a un número limitado de defensas perentorias.⁽¹³⁰⁾ De manera similar, las reglas referentes

(127) Véase Ley N° 1130 de 28 de enero de 1950 y Ley N° 1552 de 23 de abril de 1953 creando el Banco Central y la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional N° 1644 del 26 de setiembre de 1953.

(128) *Id.*

(129) Véase *supra* Sección III D.

(130) Artículo 460 del C. de C.

a la circulación de títulos de crédito, tales como la letra de cambio, el pagaré y el cheque, fueron revisadas para darle mayor vigor a los derechos de los tenedores legítimos o de buena fe.⁽¹³¹⁾

La más clara ilustración de protección al acreedor se encuentra en la regulación del contrato de prenda mercantil. Si el deudor prendario no puede pagar la suma adecuada o consignar la prenda en debida forma ante el tribunal, él queda sujeto a apremio corporal y puede ser enviado a prisión por un período de hasta dos años.⁽¹³²⁾ Como era de esperarse con tales medidas, el legislador no le dedicó mucha atención a la protección de los derechos del deudor.⁽¹³³⁾

Al concluir esta sección, es importante notar un efecto sorprendente de la regulación de las transacciones de crédito en Costa Rica. Por un lado, es indudable que el derecho sobre transacciones de crédito en Costa Rica ha sido tradicionalmente un derecho favorable a los intereses del acreedor. Por el otro, hasta muy recientemente no existían instituciones jurídicas para la financiación del inventario del comerciante;⁽¹³⁴⁾ no había prenda flotante ni nego-

(131) *Id.*, Artículos 741, 743 y 811 especialmente sobre los derechos del endosatario de un título valor.

(132) *Id.*, Artículo 568 y Artículos 1002, 1003 del Código Civil de 1888 (San José 1966) (el Código Civil de aquí en adelante referido como C. C.).

(133) En especial, la inembargabilidad de ciertas mercancías y porciones de salario. *Id.*, Artículo 984 del C. C. y Ley N° 4418 del 22 de setiembre de 1969; y Artículos 38 y 39 de la Constitución que prohíben el encarcelamiento por deuda civil, pero véase *infra* Sección IV E. 4 en el texto de este artículo. El Artículo 289 del Código Penal de Costa Rica del 21 de agosto de 1941 (San José 1950) (de aquí en adelante denominado como C.P.) permite a los tribunales establecer cuáles tipos de interés son exorbitantes con relación al poder de negociación de las partes. Además, el artículo 289 del C.P. sujeta al prestamista a juicio si ha ocultado el verdadero tipo de interés. Una investigación de las sentencias dictadas en apelación revela, sin embargo, que en un período de más de treinta (30) años no se han invocado estas normas más de seis veces y no con mucho éxito contra los acreedores. Véase: Sentencias de la Sala de Casación, Corte Suprema de Justicia, *Andrade Blanco*, 1º de octubre de 1935, II semestre pág. 690; *Aumard y Massoulet v. Royo Gólcher*, 19 de diciembre de 1935, II semestre pág. 1427; *Prado Blanco* 24 de marzo de 1937, I semestre pág. 618; *Bertsch Lessing*, 26 de diciembre de 1941, II semestre pág. 1238; *Barrantes Herrera*, 21 de mayo 1937, I semestre pág. 958; *Balmaceda Zamora v. López Piedra* N° 59 de 26 de mayo de 1935, I semestre pág. 1274. El estudio del Sr. Knight concluyó que una razón por la cual no se invoca esta disposición es que los prestamistas generalmente piden a sus prestatarios que firmen cheques postdatados o certificados de prenda en blanco como garantía de los préstamos y se teme que los instrumentos, puedan usarse para establecer acciones de índole penal contra el prestatario. Así, si el prestatario denuncia la usura podría exponerse a una acusación más seria que la de usura. Véase Estudio sobre Crédito, pág. 10.

(134) No fue sino hasta 1969 que algunos bancos y compañías financieras empezaron a financiar la adquisición del inventario del comerciante mediante la negociación de títulos sin recurso o sin acción de regreso contra el endosante.

ciación de facturas comerciales sin recurso (o sin acción de regreso) contra el vendedor-endosante. Así, mientras los derechos de los comerciantes contra sus clientes recibían una evidente protección jurídica, aquéllos que financian la adquisición del inventario comercial por el comerciante, aparentemente no confiaban en esta protección para salvaguardar sus derechos sobre la mercadería almacenada o vendida o sobre el producto de tales ventas incorporado a facturas o a pagarés, letras o cheques. Además, el sistema de Banco Central no ha hecho depender como en los Estados Unidos de Norteamérica y en otros países Latinoamericanos, la creación de dinero privado por los bancos de la naturaleza auto-liquidante de la transacción subyacente. En otras palabras, la banca central en Costa Rica todavía no ha tratado de regular la creación de dinero "privado" (sobre todo por bancos privados y financieras) tomando en cuenta la cantidad y la calidad o liquidez (cobrabilidad) de la emisión.

D) Fuentes de Crédito al Consumidor

1.—Casas de Préstamo o Empeño —Oficial y Privada

El Monte Nacional de Piedad, de aquí en adelante denominado MNP, fue la primera fuente de crédito al consumidor examinada en este estudio. Esta casa de empeño oficial, creada en 1901, fue esencialmente concebida como una institución filantrópica con el propósito de proveer préstamos pequeños a las clases trabajadoras.⁽¹³⁵⁾ Se estableció como una sociedad de capital mixto (público y privado), y se estimuló a los trabajadores para que compraran acciones, para beneficiarse del ingreso de dividendos y de los bajos intereses cobrados sobre préstamos a los accionistas.⁽¹³⁶⁾

El MNP se dedica a dos tipos de transacciones de crédito garantizado. La primera está garantizada con objetos muebles propiedad del prestatario, cuya posesión se transfiere por la duración del préstamo y cuya propiedad se pierde, en caso de incumplimiento. La segunda clase de garantía es provista por el sueldo del deudor,

(135) Decreto Legislativo N° 4 del 15 de enero de 1901.

(136) *Id.*

que se sujeta a deducciones y a la posibilidad de embargo a favor del MNP.⁽¹³⁷⁾

La prueba de la existencia del préstamo para el prestatario es una boleta que especifica la cantidad prestada y el número de la prenda. La mera posesión de la boleta le da derecho al tenedor a pedir la devolución de la prenda previo el pago del principal y de los intereses adeudados. En caso de incumplimiento, la garantía es vendida en subasta pública, y el precio de venta se destina a cubrir la deuda pendiente. El excedente, caso que exista, se le devuelve al deudor, o, si él no puede ser hallado, se mantiene en un fondo aparte, que si no se reclama en un cierto período de tiempo, pasa a ser propiedad del MNP.

Si el préstamo se garantiza con el sueldo del prestatario el procedimiento es más complicado. En primer lugar, sólo los empleados públicos pueden disponer de esta garantía, y ciertos grupos de estos empleados están excluidos. Por ejemplo, a los empleados de nombramiento puramente político automáticamente se les niega préstamos sobre su sueldo durante el año de elecciones, dada la posibilidad de la pérdida de sus puestos. En segundo lugar, el prestatario manifiesta su acuerdo en que el gobierno le retenga, en cada pago de sueldo, la cantidad específica y, por lo tanto, debe obtener la necesaria autorización, así como las firmas de cuatro fiadores. Al MNP se le permite también deducir de la suma convenida, los cargos por intereses, generalmente el 2% de interés simple por mes o un 20% sobre un préstamo de diez meses. Además del préstamo y la autorización de retención, el prestatario y sus fiadores firman conjuntamente un pagaré asumiendo responsabilidad solidaria por la cantidad y los intereses adeudados en el préstamo.

La tasa del 2% por mes hace que el MNP sea una de las fuentes institucionales de crédito más baratas en Costa Rica, lo que motiva su popularidad, en especial para los prestatarios de sumas no mayores de \$ 150 que es en el presente el límite de préstamo establecido.

Así, la suma de \$ 200.000 que es el volumen anual de actividades del MNP no es indicativa de la demanda de crédito, sino

(137) Véase Decreto Ejecutivo Nº 686 del 24 de agosto de 1946. Este decreto y el Decreto citado *supra* nota 135 constituyen la base normativa principal para operaciones del Monte Nacional de Piedad.

de los recursos muy limitados del MNP. La limitación de recursos es, en gran parte, el resultado del predominio de accionistas privados en la junta directiva del MNP. Ellos han dictado la práctica de pagar dividendos substanciales, una práctica que, como se discutió anteriormente, era característica de muchas sociedades anónimas familiares en Costa Rica.⁽¹³⁸⁾

Las casas de empeño privadas operando ya sea como casas de empeño propiamente dichas o como casas de compra y venta, manejan un volumen combinado de negocios que es más de cinco veces el del MNP.⁽¹³⁹⁾ La casa de empeño propiamente dicha opera bajo licencia y supervisión del Gobierno. Esta circunstancia es responsable de su pequeño número así como de la existencia de más de 90 casas de compra-venta que, en efecto, no son más que casas de empeño disfrazadas.⁽¹⁴⁰⁾

Los préstamos en casas de empeño propiamente dichas se dan por sumas que frecuentemente llegan al 50% del valor del mercado estimado de la garantía, a un costo de 10% al 15% mensual, y, como en el MNP, los intereses se descuentan por adelantado. La boleta y el procedimiento de cobro también es bastante similar al del MNP.

En las casas de compra y venta, sin embargo, el instrumento en el cual se incorpora el préstamo es apenas vagamente reminiscente de la boleta del MNP debido al deseo de disfrazar lo que verdaderamente es un préstamo, haciéndolo aparecer como una compra del tendero con subsecuente reventa al cliente prestatario.⁽¹⁴¹⁾ El cliente recibe un talón o tiquete con un número impreso, talón que el prestatario debe presentar para poder reclamar su prenda. En efecto, como no hay ninguna promesa expresa de reventa, este talón solamente hace constar la existencia de una obligación moral del tendero hacia el prestatario, permitiéndole a éste último la

(138) Véase *supra* Sección III F. 2. en enero de 1969, el M.N.P. tenía 413 accionistas. Un reporte de Auditoría por la Oficina de Contraloría terminado en enero de 1967 (Informe de la Intervención Practicada en el Monte Nacional de Piedad, Enero, 1967, Departamento de Auditoría e Inspecciones Contraloría General de San José, 1967), determinó que los pagos de dividendos del MNP promediaron 21.6% del valor nominal de acciones durante el año corriente 1966. Sobre este punto, véase Estudio de Crédito, notas 5, 7 y 22.

(139) *Id.*, en 36 *et seq.*

(140) *Id.*

(141) *Id.*, en 38-41, con fórmulas anexas.

compra de la prenda al precio acordado. El costo del crédito en casas de compra-venta refleja la gran necesidad de crédito inmediato que tiene el prestatario y se ha estimado que muchas veces tiene un costo en exceso del 20% mensual.⁽¹⁴²⁾

2.—Prestamistas

El término "prestamista" en Costa Rica puede aplicarse a un pariente, vecino, amigo, compañero de trabajo, extraño o hasta a "la viejilla de la esquina", como resultado de sus actividades ocasionales o permanentes. Aproximadamente 75.000 de los 350.000 habitantes que hay en San José deben dinero en forma continua a uno u otro tipo de prestamista.⁽¹⁴³⁾ Estimados globales del volumen de transacciones hechas por prestamistas en 1969 lo sitúan entre 3 y 7 millones de dólares, que es más de 10 veces lo prestado por el MNP y casi igual a lo prestado por el Sistema Bancario Nacional bajo el rubro de préstamos personales.⁽¹⁴⁴⁾

Como regla general, un prestamista que no esté familiarizado con el estado financiero del prestatario pedirá a éste que le dé una constancia de su patrono indicando el sueldo, estado de empleo y autorizaciones de deducción y embargos. Además, los prestamistas profesionales requieren no solamente la firma del prestatario, sino también la de varios fiadores. La garantía de un prestamista, depende, por lo tanto, de su habilidad de embargar los bienes del prestatario y de los fiadores y, aún más que de los bienes, del embargo de sus salarios. El límite superior del préstamo es por consiguiente determinado por el resultado de sumar las porciones de los salarios del prestatario y de los fiadores que no están sujetas a deducciones o embargos.⁽¹⁴⁵⁾

Los instrumentos jurídicos usados por los prestamistas son los pagarés y los contratos de prenda. Sin embargo, cada uno de estos instrumentos sufre ciertas "adaptaciones" en la práctica cre-

(142) *Id.*

(143) *Id.*, en 48.

(144) *Id.*

(145) Puesto que la parte del sueldo que puede ser embargada está limitada a todos los efectos prácticos al 12.5% del sueldo mensual del prestatario, el prestamista debe poder embargar varios sueldos simultáneamente para obtener una garantía equivalente a la totalidad de la deuda. Sobre esto véase *supra* nota 133 *id.*, en 50 *et. seq.*

diticia, destinadas a aumentar la efectividad del proceso de cobro. Por ejemplo, algunos pagarés no muestran fecha de vencimiento o se hacen por una suma mucho mayor que la cantidad verdaderamente adeudada (frecuentemente una y media veces la suma adeudada). La prenda es a menudo ejecutada describiendo bienes ficticios, para que en el caso de incumplimiento, el prestatario pueda verse sujeto a una orden de apremio, encarando así un posible encarcelamiento.⁽¹⁴⁶⁾ De manera similar, a los prestatarios a menudo se les pide que emitan cheques contra cuentas inexistentes para que en caso de falta de pago el acreedor pueda amenazar con una acción de estafa o fraude. Los intereses cobrados sobre préstamos por los prestamistas callejeros llegan a veces hasta el 650% por año, pero más a menudo oscilan entre 60% y 120% al año.

3.—Pulperías (Tiendas de abarrotes)

El procedimiento para otorgar crédito en las pulperías de San José, en gran medida refleja su origen rural. Por ejemplo, cuando se extiende el crédito, el instrumento en el cual se registra la transacción es frecuentemente una libreta que guarda el dueño de la pulpería. La utilización de los apuntes del pulpero como prueba de la deuda parece haber sido el resultado no tanto de la confianza depositada en el mismo por su cliente sino de conveniencia, ya que el pulpero, hasta muy recientemente, era uno de los pocos hombres de pueblo capaces de llevar una contabilidad rudimentaria. Los clientes que aún usan las libretas en la Costa Rica rural son típicamente trabajadores pagados en una base diaria o semanal y que han vivido cerca de la pulpería por un largo período de tiempo. La libreta, sin embargo, está muy lejos de ser un medio efectivo de cobro en un procedimiento judicial. A lo más, es una prueba documental refutable de la existencia de una deuda, y que sólo da lugar a un juicio ordinario con múltiples excepciones

(146) El Sr. Knight describe el uso de prendas regulares, lo mismo que de prendas ficticias (en blanco), pero encuentra que el uso de estas últimas ha ido aumentando como resultado de los riesgos jurídicos relacionados a un sistema incierto de registro y de determinación de prioridades (véase *infra* Sección IV., E. 4). Véase *Id.*, en 52. Concluye que la amenaza de sanciones criminales no se deriva solamente del desacato a la autoridad que se cree cometido por el deudor que no puede presentar el bien dado en prenda en los juicios prendarios sino también de una acción de fraude contra el deudor por haber ofrecido bienes ficticios en garantía en violación del Artículo 282, Inciso 4 de C.P. de Costa Rica.

perentorias y dilatorias.⁽¹⁴⁷⁾ De las 1.000 pulperías urbanas que hay aproximadamente en San José, sólo aquéllas en las áreas donde hay un nivel relativamente bajo de movilidad de población o donde existe una fuerte competencia entre pulperos, extienden crédito permanente con base en una "libreta"; conforme aumenta la movilidad de la población o decrece el poder de negociación de los clientes, el crédito de libreta se vuelve más escaso.

De acuerdo con un cálculo del Consejo Nacional de Producción, el crédito de pulperías en San José se ha reducido del 50% de las ventas brutas a menos del 25% durante los últimos 15 años.⁽¹⁴⁸⁾

Virtualmente, cada una de las pulperías entrevistadas indicó que la mayoría de sus clientes al crédito estaban atrasados en sus pagos y, en efecto, describieron la práctica crediticia como un sistema rotativo: los clientes hacen pagos relativamente regulares cada semana o cada 15 días, pero en vista de las compras subsiguientes, el saldo pendiente queda más o menos igual. Los esfuerzos para que los clientes firmen algún documento legal que pudiera permitir un procedimiento de cobro más efectivo que el respaldado por la libreta han encontrado una fuerte oposición por parte de los clientes. Sin embargo, reflejando el decreciente poder de negociación de los clientes, el uso de la factura firmada ahora es mucho más aparente que antes de la promulgación del C. de C.

4.—Ventas al por menor a plazos

De acuerdo con entrevistas con dueños de tiendas de departamentos, casi las dos terceras partes de todas las ventas al detalle se hacen con base al crédito.⁽¹⁴⁹⁾ Las ventas a plazos de muy alto valor por unidad están garantizadas primordialmente en San José por la **prenda mercantil o prenda sin desposesión**. Durante las épocas de mayor actividad comercial, es corriente que una tienda

(147) El artículo 267 del C. de C. establece el principio general de que los libros de contabilidad hacen prueba contra sus dueños. Pero cabe preguntarse, quién es el dueño de la libreta cuando ésta queda en posesión del cliente quien ocasionalmente es quien también hace las anotaciones.

(148) Véase Estudio de Crédito, capítulo de Pulperías pág. 2 y particularmente nota 3.

(149) *Id.*, Capítulo de Tiendas al Menudeo, en 13 *et seq.*

de venta de artículos eléctricos envíe docenas de certificados de prenda mercantil para ser inscritos en el Registro en Prendas.

El contrato de prenda mercantil en Costa Rica, como su contraparte en los Estados Unidos de Norteamérica, a la par que le asegura al vendedor o al prestamista un derecho de privilegio para hacerse pago con el valor de las mercancías, le permite al comprador adquirir titularidad sobre las mercancías compradas.⁽¹⁵⁰⁾ Sin embargo, a diferencia del "Uniform Commercial Code" (U.C.C.) (Código Uniforme de Comercio) de los Estados Unidos, el C. de C. costarricense requiere que el contrato o el certificado de prenda mismo, en vez de su escueto resumen, ("financing statement" en la terminología del U.C.C.), sea inscrito en el **Registro de Prendas** para prevalecer contra terceros adquirentes, acreedores o síndicos en la quiebra.⁽¹⁵¹⁾ Como la inscripción, de acuerdo al reglamento vigente, consiste en realizar una transcripción literal del contrato de prenda, y éste generalmente consta en un documento largo, no es extraño que el proceso de inscripción dure varios meses. Es cierto que mientras se lleva a cabo la inscripción permanente funciona un registro temporal por medio de un índice de archivo ordenado con los nombres de los deudores. Estos índices, que por la naturaleza muy rápida de las transacciones crediticias sobre bienes muebles son los más frecuentemente consultados por los acreedores, han demostrado ser muy inciertos. No es raro, por ejemplo, encontrar prendas mercantiles ejecutadas por partes que ya no tienen titularidad sobre los objetos o las mercancías.⁽¹⁵²⁾ Además, las prioridades de derechos, aún entre prendas de primero y segundo grado no pueden determinarse fácilmente debido a las inseguridades de un sistema de registro múltiple.⁽¹⁵³⁾ Estas son las razones por

(150) Véase Artículos 537-39 del C. de C. de Costa Rica y comparar con el U.C.C. de los Estados Unidos, Sección 9.102 (2).

(151) *Id.*, comparar el Artículo 554 del C. de C. de Costa Rica requiriendo que el contrato se inscriba cuando permanece el bien dado en prenda en posesión del deudor con el U.C.C. SS 9-302 (1) y 9-303.

(152) La inadecuada publicidad Registral se determinó a través de una serie de pruebas del funcionamiento de las inscripciones en el índice de deudores. En muchos casos las inscripciones no aparecieron en el índice sino hasta después de que se habían celebrado las transacciones subsecuentes.

(153) Además de las inscripciones temporales y permanentes en el Registro Central, las partes pueden también inscribir sus derechos en registros subsidiarios dentro de la provincia de San José. El registro cantonal está sujeto a la inscripción definitiva en el Registro Central, pero también puede ayudar a perfeccionar una garantía prendaria de rango inferior a la inscrita con posterioridad en el Registro Central, haciendo posibles así remates que pueden impedir que

las cuales, los comerciantes no confían en el registro de prendas como una fuente adecuada de garantía y los financistas de negocios al por menor raras veces descuentan facturas o títulos valores cuya principal garantía es de índole prendaria. La función de garantía correspondiente al registro de prendas en el sistema crediticio costarricense ha sido en parte reemplazada por la amenaza de una prisión por deudas.

Además de las prendas, a los deudores se les pide que firmen pagarés, avalados por uno o más fiadores y más recientemente también se ha comenzado a usar la factura comercial. Sin embargo, el mayor número de mecanismos de cobro no parece haber fomentado los pagos a tiempo de las obligaciones. Más de 2.000 cobradores se emplean a diario en San José con el propósito de hacer "recordatorios" periódicos a los deudores.⁽¹⁵⁴⁾ De acuerdo con el gerente de una de las agencias crediticias más grandes de Costa Rica, sólo una tercera parte de los compradores al por menor pagan sus obligaciones de crédito a tiempo. Otra tercera parte, "al estilo tico", paga en un período de siete a noventa días después de la fecha debida. De la restante tercera parte morosa él estima que un 30% paga después de recibir cartas amenazantes o visitas, mientras que el otro 70% tiene que ser demandado para poder obtener pago.⁽¹⁵⁵⁾

Relacionada con la práctica de pagos lentos está la tendencia a renovar o adecuar plazos casi automáticamente al solicitarlo el prestatario. El retraso y la novación están tan ampliamente extendidos en el mercado crediticio que mientras la duración fijada de un contrato a plazo promedio está en la vecindad de 30 meses, la duración real es de 40 o más meses.⁽¹⁵⁶⁾

5.—Bancos, Cooperativas y Compañías Financieras

Como un tipo de crédito "no-preferencial", el crédito al consumidor es más caro en el Sistema Bancario Nacional que los

el acreedor de primer grado haga efectivo su crédito. Sobre este punto, véase III KOZOLCHYK y TORREALBA, *supra* nota 3 en 28-53 y Sentencia N° 747 por el Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, San José, 23 de octubre de 1967, lo mismo que la sentencia N° 216 del Juzgado Primero Civil de 7 de marzo de 1968, reportado *id.*, en 92-95.

(154) Estudio de Crédito, *supra* nota 149, pág. 28.

(155) *Id.*, pág. 29.

(156) *Id.*

créditos "preferenciales" tales como los préstamos agrícolas o industriales. El crédito "personal", una categoría que incluye préstamos al consumidor, cuesta aproximadamente un 13% incluyendo comisiones, comparado con el 9% - 12% de costo de créditos preferenciales. Tomando en cuenta lo que cuesta obtener crédito de otras fuentes, estas tasas son muy razonables; sin embargo, el crédito al consumidor del Sistema Bancario Nacional es poco accesible, como lo demuestra el hecho de que, a pesar de la creciente demanda de crédito de 1965-1969, la asignación de crédito "personal" durante los 2 últimos años permaneció invariable.⁽¹⁵⁷⁾

El crédito comercial para el comerciante al detalle es todavía más difícil de obtener en el Sistema Bancario Nacional. Durante los años recientes, los bancos comerciales oficiales han dejado virtualmente de efectuar descuentos sobre efectos comerciales. La poca accesibilidad y la lentitud en el financiamiento del consumidor y pequeño comerciante del Sistema Bancario Nacional ha hecho que esa función sea asumida por compañías financieras y por cooperativas. Las compañías financieras tuvieron su comienzo a principios de 1950, cuando estaba en vigor una ley contra la usura que imponía un impuesto de 100% sobre entradas por intereses en exceso del 8% anual. Este impuesto obligó a las compañías financieras a simular sus préstamos para evitar el pago del impuesto. Con la abolición del impuesto sobre el interés y el establecimiento de un sistema de tipo libre, el número de las compañías financieras se triplicó y su volumen de préstamos creció en proporciones geométricas.⁽¹⁵⁸⁾ Aproximadamente el 60% del capital financiero de estas compañías se invierte en crédito para el consumidor, principalmente en préstamos de menos de US\$ 700.⁽¹⁵⁹⁾

Los préstamos de las compañías financieras tienen un monto promedio entre US\$ 200 y \$ 300, y a diferencia de las casas de

(157) 55.2 millones de colones en 1965 versus 55 millones de colones en 1969; sobre esto véase Tabla 2, Memoria Anual, Banco Central de Costa Rica 1968, reproducida *id.*, pág. 5, sección del Sistema Bancario Nacional.

(158) En 1956, una totalidad de cinco compañías financieras tenían un capital de préstamo combinado de menos de \$700,000. En 1969, en la época de conclusión del Estudio de Crédito, habían 45 compañías financieras con un capital estimado de más de \$25 millones. Una gran parte de este capital ha venido de inversionistas Norte Americanos y Europeos que buscaban el beneficio de una ganancia anual de más del 20% en su inversión. Véase *id.*, Sección de Compañía Financiera, en 59 *et seq.*

(159) *Id.*, en 63 *et seq.*

empeño y prestamistas callejeros exigen pagos en abonos quincenales o mensuales. Los tipos de intereses sobre estos préstamos fluctúan entre 1.5% y 3% por mes, sin incluir cargos de gastos y comisiones, pero el verdadero costo del crédito en dichas compañías durante 1969 promedió un 70% por año.⁽¹⁶⁰⁾

En contraste, las cooperativas de ahorro y préstamo cobran un 12% anual pero la demanda de préstamos es tal que un creciente número de miembros de tales cooperativas de ahorro y préstamo se ven forzados a buscar crédito en otras fuentes.

Tres formas de garantía son las más usadas por las compañías financieras. Los préstamos por sumas entre US\$ 70 y US\$ 400 se garantizan con pagarés avalados, al menos, por dos fiadores. Los préstamos intermedios, entre US\$ 400 y US\$ 1200, se garantizan con un pagaré con los fiadores necesarios y por una prenda sobre propiedad del deudor. Los préstamos por sumas mayores de US\$ 1200 se garantizan con pagarés y fianzas y con hipoteca sobre bienes raíces. El elemento de la fianza es esencial en el crédito otorgado por las compañías financieras porque el préstamo se garantiza, casi invariablemente, con los sueldos de los solicitantes y de sus fiadores, para que, en caso de morosidad, la compañía pueda seguir un juicio sumario simultáneamente contra su cliente y sus fiadores.⁽¹⁶¹⁾

La gran demanda de crédito permite una selección muy cuidadosa de sus solicitantes, un hecho reflejado en los altos porcentajes de pago y recuperación.⁽¹⁶²⁾ El setenta por ciento de sus prestatarios hacen sus abonos a tiempo, y aproximadamente un 28% pagan después de ser amenazados con una demanda. Así, sólo un 2% del crédito extendido es considerado como deuda incobrable.

Las ganancias de este negocio se han hecho tan notorias que un grupo de financieras ha creado una asociación con el pro-

(160) *Id.*

(161) Véase *supra* nota 145.

(162) Las compañías financieras juzgan a los empleados del sistema judicial y a las maestras y profesoras de escuelas públicas entre los solicitantes menos dignos de crédito. A los anteriores se les temía como deudores debido a su aparente propensión a redactar e incoar demandas y embargos ficticios de manera de quedar inmunes al cobro. A los últimos se les achacaba una propensión a "sobre extenderse en sus obligaciones". Véase Estudio de Crédito, Capítulo de Compañías Financieras, pág. 63.

pósito de mejorar su imagen pública y de defender sus intereses ante la amenaza de la regulación por entidades gubernamentales.

E) El Comportamiento de Instituciones Jurídicas

1.—Introducción

El gran aumento en el suministro de crédito por compañías financieras fue sin duda el resultado de abolir las reglas contra la usura por el C. de C. en 1964. En contra de las expectativas de los codificadores, sin embargo, los tipos de interés en vez de bajar a niveles más razonables de los que estaban en vigor en 1964 permanecieron más o menos iguales o subieron un poco.⁽¹⁶³⁾

Durante el Seminario de la Universidad de Arizona se les preguntó a los economistas por qué motivo una gran afluencia de capital de préstamos no bajó el tipo de interés dado que el costo de la vida había permanecido estable durante el período 1964-1968 y que la entrada per cápita del josefino había subido moderadamente. Casi todos los economistas estuvieron de acuerdo en que un motivo importante fue el exceso de demanda sin satisfacer que se puso de manifiesto una vez que se pudo disponer de la nueva y amplia fuente de crédito.⁽¹⁶⁴⁾ Este punto de vista se confirmó por las estadísticas de la balanza comercial que mostraron un aumento grande en la importación de bienes durables para el consumidor durante ese período. Una parte sustancial de esta demanda, como sugirió uno de los participantes, fue creada por el propio suministro de crédito.⁽¹⁶⁵⁾ Además, como también se ha hecho aparente en el proceder de los prestamistas norteamericanos, los prestamistas costarricenses a todos niveles no compiten reduciendo sus tipos de interés, sino dando condiciones de pago más favorables.⁽¹⁶⁶⁾ Interactuando con estos factores económicos, el

(163) Para estadísticas comparativas, véase USAID, Hoja de Información, Costa Rica, Revisión Nº 228, Tabla 5 (abril 1968).

(164) Particularmente el Embajador Clarence E. Boonstra y los Profesores Donald Weils, John Beuhler and James Wert de la Universidad de Arizona, Depto. de Economía.

(165) Profesor Donald Wells.

(166) Sobre este punto, véase Nugent, *The Loan Shark Problem*, (El Problema de los "tiburones" del préstamo) 8 *Law and Contemporary Problems* 12, 13 (1941) (El Derecho y sus Problemas Contemporáneos) y para una discusión del problema del consumidor para financiar tarifas, véase Juster and Shay, *Consumer Sensitivity to Finance Rates*: (Sensibilidad del Con-

comportamiento de las instituciones jurídicas también ha contribuido al alto costo del crédito al fomentar el uso de métodos de garantía riesgosos y por lo tanto ineficientes. Esto se ilustrará describiendo algunos de los rasgos más típicos del comportamiento de las instituciones jurídicas.

2) Dualismo Institucional

Las fuentes crediticias no oficiales tales como compraventas, prestamistas callejeros y compañías financieras tienden a usar instrumentos jurídicos "extraoficiales". El formato de estos instrumentos generalmente reflejan la influencia del prototipo oficial. Así, las boletas del MNP han sido el prototipo de las usadas por las casas de empeño privadas y por las compraventas, de la misma forma que los pagarés, cheques y certificados de prendas usados en la calle y por las compañías financieras se asemejan a los instrumentos usados en los préstamos de los bancos oficiales. El contenido obligacional de estos instrumentos, sin embargo, difiere marcadamente en una escala descendente de oficialidad. Entre menos aprobada o regulada oficialmente la fuente de crédito, mayor la probabilidad de que se altere la estructura obligacional del prototipo para cobrar interés más alto y obtener mayor garantía de tipo personal sobre el prestatario. Por lo tanto, existe una semejanza mucho menor entre la boleta usada en el MNP y las compraventas, que entre la boleta usada en casas de empeño propiamente dichas y en el MNP. Por el mismo motivo, el uso del cheque con fecha adelantada (postdatado) y del cheque en blanco, así como certificados de prenda en blanco, aumenta a medida que uno se acerca al nivel de operaciones de los prestamistas callejeros.

La transformación o desnaturalización del instrumento generalmente priva al prestatario de algunos de los derechos sustan-

sumidor a los tipos de Interés) *An Empirical and Analytical Investigation* (national Bureau of Economic Research 1964) (Una investigación Empírica y Analítica —Oficina Nacional de Investigación Económica 1964). Estos autores sugieren que el consumidor que sólo tenga acceso a un crédito racionado es insensible a los tipos de interés en los Estados Unidos. Los consumidores "racionados se definen como aquellos cuyas deudas promedio pendientes son por cantidades menores que las que ellos preferirían deber. Véase también Curran, *Legislative Controls as a Response to Consumer Credit Problems*, American Bar Foundation pág. 18 et seq. (1968). (Controles Legislativos como Respuesta a los Problemas de Crédito al Consumidor).

tivos (esenciales) proporcionados por el prototipo oficial.⁽¹⁶⁷⁾ Una boleta emitida por una casa de compraventa, por ejemplo, no es como una boleta del MNP, prueba del derecho de liberación de la prenda, previo pago del monto debido. La boleta del compraventa elimina la prueba escrita de tal derecho al tratar de disfrazar o simular la naturaleza de la transacción. En forma igual, un contrato de prenda en blanco o un cheque contra una cuenta no existente expone al deudor a la posibilidad de encarcelamiento. La balanza de derechos y obligaciones, acciones y excepciones entre el acreedor y el deudor se inclina así mucho más hacia el lado del acreedor.

Esta inclinación es el resultado claro de la gran desigualdad entre el poder de negociación de las dos partes, como lo prueba el hecho que los deudores más necesitados son los más susceptibles a firmar los instrumentos "adaptados", y que en transacciones con pulperías donde el prestatario todavía retiene algún poder de negociación se continúe usando la libreta y no la factura firmada.

3.—Desplazamiento de Instituciones Oficiales

El dualismo, o la co-existencia de instrumentos oficiales o prototipos con los extra-oficiales, frecuentemente lleva al desplazamiento de los anteriores por los últimos. Este fenómeno de desplazamiento no sólo afecta a variantes del mismo instrumento, sino que frecuentemente envuelve a instrumentos diversos, como pasa con el cheque postdatado y la letra de cambio. El C. de C. al igual que sus modelos y predecesores, diseñó el cheque como un medio de pago, y la letra de cambio como un título de obtención de crédito.⁽¹⁶⁸⁾ Sin embargo, el hecho de que la falta de pago de

(167) En su estudio sobre controles legislativos sobre crédito al consumidor, *id.*, pág. 19, Bárbara Curran presenta una aguda y necesaria distinción en el sistema jurídico de los Estados Unidos entre la inequidad en el contrato de crédito original y en los recursos procesales de los acreedores por incumplimiento del contrato. Sin disputar sus bases para hacer esta distinción en el sistema jurídico de Estados Unidos, debiera notarse que las prácticas costarricenses descritas en el texto definitivamente apuntan hacia la presencia de un área intermedia (sustantivo-adjetiva) entre los derechos contractuales y los recursos de incumplimiento. En el supuesto contrato se hace aparecer a los deudores como adquiriendo menos derechos sustantivos que los que verdaderamente negociaron perdiendo, de esa forma, el derecho sustantivo y procesal de liberar el bien prendado. Concomitantemente quedan sujetos a recursos procesales muy favorables al acreedor.

(168) Compárese el artículo 803 con los artículos 729 y 731 del C. de C.

un cheque pueda traer consigo una acusación penal⁽¹⁶⁹⁾ es responsable por el uso extendido del cheque en forma postdatada precisamente como instrumento para la obtención de crédito.

4.—Personalización de la Obligación

El tercer rasgo observado en el comportamiento de las instituciones jurídicas es la preferencia creciente de los acreedores por garantías de tipo personal sobre las garantías reales brindadas por los bienes o mercaderías objeto de la prenda.

La declinación de la garantía real mobiliaria se pone de manifiesto en relación con el número decreciente de ejecutivos prendarios⁽¹⁷⁰⁾ en un estudio detallado de cobros de deudas en dos tribunales de primera instancia josefinos (uno con jurisdicción para reclamos menores de US\$ 450 y el otro con jurisdicción para reclamos sobre US\$ 450). En el período de cinco años desde 1964 a 1969, los procedimientos de cobro basados en juicios prendarios se redujeron del 27% al 17% y del 35% al 25% respectivamente en estos tribunales.⁽¹⁷¹⁾ En contraste, los juicios basados en pagarés, cheques y facturas comerciales y cuya ejecución resultaba en embargos de salarios mostraron aumentos de importancia.⁽¹⁷²⁾

Pero a medida que la obligación crediticia se personaliza más, el cobro, en contra de las expectativas de los acreedores, se hace más incierto. Muchos patronos rehusan emplear, y en algunos casos llegan hasta despedir a un empleado que tiene uno o más em-

bargos de salarios pendientes contra él.⁽¹⁷³⁾ Con ello, la productividad del deudor se reduce y se paraliza su habilidad de hacer pagos. Más aún, muchos deudores, para quienes la carga del embargo es demasiado pesada, logran neutralizar su imposición ideando con sus cónyuges que éstos presenten reclamos de prioridad ficticia tales como pensiones alimenticias, alcanzando la inmunidad de lo que comúnmente se conoce en San José como el "auto-embargo".

Por último, la más personalizada de las instituciones de cobro, la de prisión por deudas a través del apremio corporal, ha probado ser a menudo una amenaza ilusoria.⁽¹⁷⁴⁾

Los efectos netos de la personalización de la garantía en las transacciones de crédito pueden ser por lo tanto, resumidos como sigue:

- a) Ha creado más riesgos en el proceso de cobro como resultado de la probabilidad de que el deudor pierda su empleo productivo o del uso de evasiones encaminadas a neutralizar los mecanismos de cobro.
- b) Ha erigido una barrera a la negociación de títulos valores prendarios puesto que estos documentos requieren una garantía auto-liquidante (bien por reposición de la prenda por el acreedor o por remate). Esta barrera también se

(169) Véase Artículo 282 (17) del C.P. y *supra* nota 133.

(170) El término ejecutivo prendario se usa en el texto en la misma forma en que se usa el procedimiento de remate prendario en el U.C.C., SS 9-504, 9-505. Es importante distinguir entre este método de disponer del bien dado en prenda y otros métodos de cobros de la garantía prendaria, tal como el apremio corporal prendario por desacato a la autoridad del tribunal en Costa Rica, que se utiliza precisamente por la supuesta incapacidad del deudor de presentar el bien dado en prenda al tribunal.

(171) Véase Estudio de Crédito, Capítulo sobre Comportamiento de los Instrumentos Jurídicos, Tablas 1 y 2, págs. 48-49.

(172) Este dato no indica que existe menos confianza en el contrato de prenda porque, de hecho, los acreedores confían cada día más en los contratos de prenda, en blanco. Lo que sugiere es que el procedimiento del juicio ejecutivo prendario, dependiendo como depende de la disponibilidad de la garantía para su venta Judicial, se está usando menos que los otros tipos de procedimiento de cobro relacionado con la prenda, véase *supra* nota 170.

(173) El Lic. Carlos Carro, Profesor de Derecho Laboral de la Universidad de Costa Rica, es autor de un excelente artículo sobre la ilegalidad de las prácticas de despido con motivo de embargo por el Sistema Bancario Nacional. Véase Carro, *Embargo del Salario y Despido del Empleado Bancario*, 10 Revista de Ciencias Jurídicas 103 (Universidad de Costa Rica, 1967).

(174) El estudio de John M. Fich sobre el Apremio Corporal prendario reveló que durante 1967 la Guardia Civil de San José (la oficina que se encarga de los arrestos) expidió 626 "órdenes de captura o apremio" afectando a los deudores. Sólo 215 deudores, o el 34% del total enumerado, fue arrestado y de éste sólo 15 fueron encarcelados. Hay varias razones para este número comparativamente bajo de arrestos y encarcelamientos. Una causa es el proverbial "arreglo" Costarricense (*arreglo o adecuación de pago*) por medio del cual el acreedor permite al deudor que siga haciéndole pagos más pequeños durante un período largo de tiempo. Otra causa es el disgusto de los funcionarios Costarricenses judiciales y de policía con esta institución dada la posibilidad de que, como deudores perennes, ellos pueden encontrarse en situación parecida a la del encarcelado. Este disgusto se refleja en el hecho que funcionarios que normalmente han sido incorruptibles, sean fácilmente disuadidos por los deudores para que desobedezcan la orden de encarcelamiento. Estos hechos se han dado a conocer entre los deudores de más experiencia y posiblemente de mayor capacidad económica como se ha ilustrado en estadísticas de las acciones de los tribunales que demuestran que el apremio corporal es empleado dos veces con más frecuencia para cobrar cuentas pequeñas (hasta \$ 450) que para el cobro de sumas más grandes. Sobre esto, véase Estudio de Crédito, Capítulo del Apremio Corporal, Tabla 1, en 34.

enfrenta al planeamiento de una utilización más eficiente de los recursos crediticios al nivel del Banco Central. Porque, si se fijasen disponibilidades de créditos para préstamos comerciales en Costa Rica de acuerdo a la calidad auto-liquidante de la transacción, la ausencia de liquidez a la par que de patrones válidos para medir los diversos grados de liquidez en las diversas transacciones, impediría el diseño de medidas realistas.⁽¹⁷⁵⁾ Es por ello que el carácter personal de la garantía ha retardado la aparición de importantes intermediarios del crédito comercial, tales como los "factores" del derecho anglo-sajón, cuya función consiste en descontar y negociar, generalmente sin acción de regreso, los títulos de crédito del comercio al detalle y al por mayor. De igual manera la personalización ha contribuido al más alto costo de muchas de las técnicas presentes.

5.—Ejecución Postergada

Un economista costarricense en cierta ocasión describió el comportamiento de los deudores de San José cuando trataban de pagar sus obligaciones de crédito como similar al de una corriente eléctrica atrapada en una telaraña de circuitos. La analogía es muy apropiada. Mientras las declaratorias de concurso o insolvencia⁽¹⁷⁶⁾ son un fenómeno comparativamente raro, arreglos judiciales y extra judiciales, aplazamientos, novaciones y moratorias, caracterizan el fenómeno del pago en todos los niveles de préstamo. Antes que declararse en quiebra, lo cual, bajo una ley inspirada preponderantemente en beneficio de los acreedores, implica una capitis diminutio en la que el deudor puede perder su trabajo, no puede ser empleado por el Estado, ni puede acudir a fuentes oficiales de crédito, el deudor prefiere continuar sus pagos por períodos indefinidos de tiempo. Al nivel de casas de empeño, es probable que él tenga que pagar intereses en cantidades que frecuentemente

(175) Después de completar los Estudios del Proyecto de Derecho, se promulgó una ley de Reforma Bancaria, la Ley de Reforma Bancaria del 20 de octubre de 1970. Esta ley extendió el poder regulatorio del Banco Central a las Compañías financieras, pero solamente impuso *topes* sobre préstamos. No se trató de distinguir entre los varios tipos de garantía ni de condicionar la autorización de más o menos crédito a la liquidez propia de las distintas deudas.

(176) De acuerdo con datos no publicados de la Corte Suprema 10 quiebras de tipo personal y 51 comerciales fueron declaradas en los tribunales de San José en 1968.

excedan por mucho el monto de la deuda principal. En establecimientos al detalle, pagará 12 ó 15 meses extra después del período de 24 meses acordado en el contrato a plazo original. Un dato bien revelador es que aun al nivel de los bancos oficiales, el 25% de todos los préstamos pendientes en el Sistema Bancario Nacional son de extensiones, adecuaciones o refinanciamientos de deudas.⁽¹⁷⁷⁾

El efecto de estas prácticas sobre el sistema de crédito y sobre la economía entera es extraordinario, tanto en lo previsible como en lo imprevisible. Era previsible, por ejemplo, que la carga de intereses sobre intereses y la necesidad de refinanciamiento contribuyera al exceso de demanda de crédito que impidió que los tipos de interés fueran más razonables después de 1964. Era también aparente que el ciclo de dependencia del deudor de las fuentes de crédito aumentaría. Lo que no se sospechaba por la Asamblea Legislativa de Costa Rica era que un impuesto sobre ventas y consumo del 5% decretado en 1967 y destinado a disuadir la compra y consumo de ciertos artículos, no pudiera producir la reducción esperada porque el pago del impuesto estaba financiado por las adecuaciones del crédito al consumidor. En otras palabras, el consumidor estaba tan acostumbrado al pago lento y postergado de sus obligaciones crediticias que precios más elevados no afectaron sus adquisiciones ya que él sólo estaba interesado en la cantidad correspondiente a cada abono.

F) Evaluación

La descripción anterior del comportamiento de las instituciones jurídicas revela que ha sido tanto ineficiente como poco justa. La ineficacia se demostró claramente en casos tales como los del Registro de Prendas y del apremio corporal, donde las instituciones actuaron en forma contraria a lo esperado o planeado por el legislador. Podría decirse que existe abuso cuando hay una desproporción grande entre la cantidad obtenida por el prestatario y lo pagado por él, en comparación con los porcentajes de ganancia y prevaletentes en otras ramas del comercio. Este criterio, sin embargo, adolece del vicio de la circularidad, puesto que bien podría

(177) Banco Central de Costa Rica, *Memoria Anual* (1968); Estadísticas recopiladas por el Departamento de Estudios Económicos, Banco Central.

argüirse que debido a factores de incertidumbre jurídica, al igual que el exceso de demanda, la norma del mercado crediticio costarricense es que el crédito sea más caro que otras actividades mercantiles. La iniquidad en las reglas que rigen el crédito al consumidor costarricense, entonces, es más que una alta ganancia para el acreedor: es la inhabilidad del deudor de confiar en los verdaderos términos de su contratación y su injustificable pérdida de acciones o excepciones. Es, por lo tanto, un abuso tanto contractual o sustantiva como procesal.⁽¹⁷⁸⁾ Considérese, por ejemplo, la situación del cliente prestatario de una compra-venta. Con el fin de evadir la prohibición que pesa contra el empeño en casas no autorizadas al efecto, el dueño de la tienda le hace simular un contrato de compra-venta que encubre un préstamo con garantía prendaria, sujeto a un pacto comisorio tácito. Dada la inocuidad de la boleta de compra-venta, el deudor prendario está a la merced del acreedor en el ejercicio del derecho de liberación de la prenda. De igual manera, quien le pide dinero a prestamistas frecuentemente se obliga a firmar una prenda en blanco cuando en realidad es sólo deudor de un préstamo sin garantía prendaria. Su responsabilidad de deudor prendario llega al extremo de poder ser encarcelado por su incapacidad de pago o de presentar el bien dado en prenda ficticia sin, por supuesto, jamás haber disfrutado del uso de tal bien.

Podría argumentarse que al haber aceptado la boleta de una compraventa en lugar de un documento verdaderamente protector de sus derechos, o al firmar un contrato de prenda en blanco, el deudor ha consentido la transacción. Pero aún si se ignora la enorme presión económica que forzó el pacto, todavía habría que tomar en cuenta que a lo que el prestatario verdaderamente se comprometió fue a una obligación muy distinta de la que aparece en el respectivo instrumento de crédito. Los acreedores probablemente refutarán esta aseveración diciendo que a pesar de la unilateralidad de estos instrumentos, ellos se usan solamente cuando existe un verdadero incumplimiento. Sin embargo, aquí es precisamente donde radica la iniquidad. Porque al permitir el cobro del certificado de prenda firmado en blanco, por ejemplo, el sistema jurídico da al acreedor acceso a una coercibilidad totalmente des-

proporcionada con los términos de la transacción. En otras palabras, puede ser difícil catalogar de inicuo un préstamo a un cierto tipo de interés si, no obstante el contraste con los niveles más bajos de rentabilidad que prevalecen en otras actividades comerciales, el tipo de interés refleja un mínimo de acuerdo respecto al precio del crédito en la comunidad. Pero no es nada difícil calificar de injusta una práctica por la que el acreedor obtiene la capacidad de cobrar una deuda con el uso de sanciones de índole penal cuando de hecho no se ha cometido ningún acto delictivo; o cuando un deudor es privado de su derecho de liberación de uno de sus bienes sin acuerdo ni compensación al respecto. Uno debiera de preguntarse por qué tal comportamiento del sistema se describe como aleatorio o inicuo y no simplemente como ilícito. La contestación es que estas prácticas extra-oficiales, también conocidas en países de derecho civil como "simulaciones", no siempre entrañan violaciones de la ley, ya que a veces la propia ley hasta las alienta.⁽¹⁷⁹⁾ Por tanto, lo que más frecuentemente representa la simu-

(179) La simulación ha tenido una larga y hasta la fecha inexplorada historia sociológica en los sistemas jurídicos Latino-americanos. Hay casos registrados de simulación oficial y no oficial desde el principio de la colonización de América Latina. Lo que le da impulso más a menudo es una prohibición, pero si la prohibición se va a evadir por los que la decretan, lo mismo que por aquellos que están supuestos a ser sus destinatarios directos, por qué decretarla? Esta curiosa situación posiblemente estuvo en la mente de Don Quijote cuando le prohibió a Sancho Panza "promulgar leyes que no pudiera poner en ejecución". La propensión peculiar hacia la desobediencia de una regla oficial bien pudiera reflejar una rebeldía histórica hacia un poder central tal y como se encuentra en el súbdito foral español o podría reflejar una actitud de que todo negocio, y particularmente aquel que es sancionado oficialmente, para poderse llevar a cabo con éxito debe ser conducido en forma "pícaro". El comercio sería visto como un área de actividad donde los pícaros son los más exitosos. Por eso es que el Profesor Herman Iventosch del Departamento de Lenguas Modernas de la Universidad de Arizona, una autoridad en literatura picaresca Española, sugiere en un ensayo no publicado que el pícaro Español tal y como aparece en la famosa novela anónima, EL LAZARILLO DE TORMES, (circa 1554) bien puede haber sido uno de los primeros prototipos del hombre mercantil o económico del hemisferio Occidental. Para un ensayo ilustrado sobre las diferencias entre simulación y disimulación como actitudes políticas, véase BACON ENSAYOS pág. 71 *et seq.* (Wahtely Anot. Ed. 1879) donde Bacon llega a la conclusión que el disimulo es una "forma de discreción", a menudo aconsejable, pero que la simulación, o una forma deliberada de engaño, priva al hombre de uno de los instrumentos principales para actuar, que es "su confianza y credibilidad...". Estas palabras son particularmente aplicables al sistema jurídico en Costa Rica. Por ejemplo, una prohibición constitucional es evadida por el propio legislador a través del uso de los que parece ser una inocente ficción jurídica. Una vez que la ficción empieza a usarse por las partes, sin embargo, la simulación autorizada se convierte gradualmente en una práctica muy distinta a la autorizada. Por ejemplo, el Art. 38 de la Constitución de Costa Rica prohíbe la prisión por deudas civiles con excepción de los casos especificados en el Art. 39, entre los cuales está el del depositario judicial. Los redactores del C. de C. intentaron usar la ficción de considerar al deudor prendario de buena fe, como depositario judicial con el propósito de proteger la garantía prendaria ante una venta o disposición secreta del deudor (por un descuido del codificador, sólo la palabra "depositario" aparece en el Art. 537). Sin embargo, una vez que los acreedores se dieron cuenta que la legislación apro-

(178) Véase *supra* nota 167.

lación en el campo crediticio no es una violación de un precepto en cuestión sino un abuso del derecho del acreedor a planear y ejercer su reclamo.⁽¹⁸⁰⁾ Sin embargo, también quedó claro que el abuso de derechos del acreedor no conducía a mayor seguridad de cobro ya que los deudores frecuentemente reaccionaban recurriendo al soborno, auto-embargo o cualquier otra táctica dirigida a neutralizar la coercibilidad del procedimiento. Y como estas tácticas, de acuerdo con el estudio sobre el apremio corporal, son vistas con simpatía por muchos funcionarios encargados de aplicar leyes de las que bien pueden resultar ellos víctimas, su cooperación con el acreedor, si se obtiene, puede llegar a ser bien costosa. Así, la injusticia presente en las simulaciones crediticias contribuye al alto costo del crédito deformando más aún un mercado que por la propia naturaleza vital del crédito en Costa Rica tiende a ser inelástico respecto al precio del crédito. Una operación ineficiente de una institución, tal como el Registro de Prendas, trae más altos e innecesarios costos de cobro para el acreedor y con ello tipos de interés más altos para el deudor. Los acreedores, a su vez, tratan de corregir la ineficiencia, recurriendo a la personalización de la obligación, proceso que culmina con el uso de sanciones criminales, pero esto sólo produce costos más altos cuando la amenaza de prisión se enfrenta con las prácticas neutralizantes de los deudores.

G) Conclusiones

Se recordará que los resultados de la encuesta sociológica nos llevaron a la conclusión de que si el crédito al consumidor se iba a usar más económicamente en San José, se requería una modificación y reorganización serias de los patrones de consumo. También sugería la encuesta que tal cambio social se tendría que llevar a cabo por medio del proceso educacional y no por la ley sobre

baba el uso de la ficción de considerar al deudor como depositario judicial para el propósito de lograr el apremio en contra suya, su mayor poder de contratación hizo posible el próximo paso que fue la simulación de contratos de prendas. Para describir los varios usos de la simulación en prácticas crediticias en América Latina, véase KOZOLCHYK, *supra* nota 4, en 33-35, 49-53, respectivamente.

(180) Que la indignación contra estos abusos está creciendo es aparente por el texto de los artículos 236-38 del Proyecto de Código Penal de Costa Rica que amplía la definición del delito de usura para incluir el uso de tácticas extorsionistas para obligar a los prestatarios a firmar documentos que pueden sujetarlos a acusaciones penales. Véase Proyecto de Código Penal (Dr. G. Padilla, Presidente de la Comisión Redactora de la Ley, San José 1969).

transacciones de crédito. Lo que esta ley podría hacer mejor sería eliminar las ineficiencias del sistema jurídico, tales como aquellas presentes en el Registro de Prendas, y ayudar a corregir la injusticia que gobierna la relación acreedor-deudor. La primera de estas tareas requiere esencialmente un uso cuidadoso y hábil del instrumental jurídico. Corregir la inigualdad, sin embargo, requiere ajustes culturales e institucionales serios en los que el derecho juega un papel importante pero no único.

La Asamblea Legislativa de Costa Rica, por ejemplo, tendrá que hacerse más sensible a los problemas de los deudores. Tal y como ocurrió con la promulgación de la L.F.I. y las reglas sobre formación de capital corporativo, el proceso legislativo sobre transacciones de crédito no gozó las ventajas de una confrontación entre las demandas de los grupos de acreedores y las contrademandas o expectativas de los deudores. Es cierto que la calidad de deudor y de acreedor son tan fácilmente intercambiables en cada nivel de la escala social josefina que ningún grupo puede ser identificado exclusivamente con las demandas de los deudores. También es cierto que los prestatarios de prestamistas profesionales (tal vez la única categoría netamente definida de deudores en San José) carecen de expectativas con respecto a términos y condiciones más justos y por ello no les es posible formular demandas. No obstante, tampoco hay duda de que hay un resentimiento muy esparcido contra los numerosos acreedores que utilizan el derecho en forma abusiva. Consecuentemente, la Asamblea Legislativa debe afinar su sensibilidad y tomar en consideración la situación de alguien que, a falta de un término mejor, sería descrito como un "deudor responsable", es decir un deudor que desea cumplir los términos verdaderos de su acuerdo sin sufrir por ello los abusos del acreedor, o un deudor deseoso de protección jurídica, pero no de parcialidad.⁽¹⁸¹⁾ En este sentido es función esencial y privativa del derecho

(181) Una instancia típica de la parcialidad del deudor referida en el texto parece encontrarse en la "Ley de Prestamistas Británica", que Moneylender's Act de acuerdo a R. M. Goode, una autoridad Británica en la materia,

11. se aplica sin tomar en cuenta el tamaño del préstamo, el tipo de interés cobrado o la situación del prestatario.

Si ICI (Una gran industria química británica) fuera a pedir dinero prestado de una pequeña compañía financiera que no tuviese licencia del banco de acuerdo con la ley bancaria y esta financiera le cobrase un 1 por ciento por encima del tipo bancario en vigor, la ICI tendría tanto derecho a invocar la ley (Moneylender's Act) rechazando el pago del tipo de interés acordado como un ama de casa que por inexperiencia y necesidad hubiese

(incluyendo la del que rige el marco de promulgación de la ley crediticia) proveer las condiciones bajo las cuales se pueda llevar a cabo una determinación justa y comprensiva de lo que deben ser los derechos y obligaciones de las partes, especialmente a la luz de principios de equidad inherentes al uso de la institución crediticia en cuestión.⁽¹⁸²⁾

Por su parte los tribunales están llamados a hacer un uso más cabal y efectivo de doctrinas equitativas tales como las que exigen la buena fe en la ejecución de las obligaciones contractuales o imponen el deber de abstenerse de abusar un derecho, así él haya sido válidamente adquirido, a la par que también están llamados a ser menos literales o estrictos en su interpretación de la ley.⁽¹⁸³⁾

Finalmente, los maestros del derecho y la doctrina mercantil tendrán que abandonar su preocupación puramente conceptual con cuestiones tales como "cuál es la naturaleza jurídica del préstamo comercial o del civil", o "qué constituye un préstamo regular y qué uno irregular", o "cuál es el préstamo perfecto y cuál el imperfecto", en favor de una orientación hacia los verdaderos problemas socio-económicos y jurídicos implícitos en la actividad crediticia. De esta manera la naturaleza jurídica del préstamo y su validez, regularidad o perfección serán estudiados a la luz de sus

acordado pagar un tipo de 80% por encima del tipo bancario sobre un préstamo de apenas 50 libras esterlinas...".

Al respecto véase Goode, *The Legal Regulation of Lending*, (La regulación Jurídica del Préstamo), en *Instalment Credit (Crédito a Plazos)* A. L. Diamond, Londres, 1970 pág. 57.

(182) Los principios de equidad varían de acuerdo a las prácticas crediticias. Así por ejemplo respecto al crédito obtenido de empresas o instituciones con gran volumen de operaciones y por tanto con estereotipación contractual que resulta en un clausulado extenso y complejo un principio de equidad (aceptado como derecho positivo en varios estados de la Federación norteamericana) es el que existe una completa y clara explicación de los términos del préstamo al prestatario. De lo contrario se violaría la equidad que exige "no aprovecharse de la ignorancia". Sin embargo bien podría suceder que a pesar de la explicación se siga perpetrando una inequidad ya que la necesidad del deudor es tal que aún sabiendo cuán leonina es la transacción a él no le queda más remedio que aceptar el clausulado. En tal situación cabría un principio equitativo tal como el enunciado en el art. 17 del Código Civil del Distrito y Territorios federales de México según el cual quien se aprovecha del estado de necesidad queda sujeto a una acción rescisoria y a una reducción del monto de la obligación.

(183) No solamente se ha dado poco uso por los tribunales de Costa Rica a las doctrinas equitativas mencionadas en el texto, sino que hasta una disposición expresa del Código Penal castigando el cobro de tipos de interés exorbitantes no ha sido invocada por las partes o los tribunales. Véase *supra* nota 133.

antecedentes y de sus consecuencias, o del verdadero acaecer jurídico y económico y no sólo de su simetría conceptual.⁽¹⁸⁴⁾

Se debe enfatizar que los ajustes y re-enfoques anteriores por sí mismos no traerán como consecuencia un comportamiento diferente del deudor. Incluso habrá que correr el riesgo de que, por lo menos temporalmente, un trato más equitativo a los deudores resulte en un uso creciente de crédito anti-económico. Sin embargo, en conjunto con otros medios de acción social, tales como medidas educacionales, la equidad proveniente del sector jurídico contribuirá a una utilización más eficiente del crédito en Costa Rica.

V.—LOS ELEMENTOS DE UNA TEORIA DE DERECHO EN EL DESARROLLO ECONOMICO

A) El contexto económico y el prototipo de un "Hombre de Desarrollo Económico"

El comportamiento de las instituciones jurídicas descrito en los estudios anteriores, tuvo lugar en el contexto de la actividad económica. El funcionamiento de las instituciones fue valorado de acuerdo con su contribución a ciertas metas económicas. Así, la conformidad a las demandas de los promotores de la industrialización fue analizada en términos de la estructura económica industrial resultante y no a la vista de otras consecuencias sociales posibles de la industrialización, tales como la redistribución del poder político o la movilidad social. Similarmente, el comportamiento de la sociedad anónima en relación con la distribución de las ganancias se examinó en términos del crecimiento y estabilidad del capital social o de la liquidez de títulos y evasión de impuestos y no en sus implicaciones sobre las relaciones de grupo o familiares. Finalmente, el enfoque del estudio de crédito al consumidor urbano se hizo sobre la utilización ineficiente del crédito disponible y no sobre las implicaciones de la eliminación de un endeudamiento ampliamente esparcido.

(184) Véase III KOZOLCHYK Y TORREALBA, *supra* nota 3, en 14 *et seq.*, donde la determinación de la naturaleza jurídica del préstamo se discute en función de algunos de los problemas básicos del contrato en el medio costarricense y centroamericano.

Cualquier actividad que sea económica, tiende a resultar uniformada de una manera predecible, dado que es influenciada universalmente por consideraciones de costos, ganancias y pérdidas. Una economía de mercado también tiende a producir el uso de instituciones jurídicas similares en diferentes naciones y culturas. Un debate legislativo sobre los méritos de un proyecto de ley de industrialización, una acción en una sociedad anónima con muchos accionistas o un título valor documentando, un préstamo, son respuestas jurídicas uniformes a actividades económicas que bien pueden estar ocurriendo en puntos opuestos del globo terráqueo. Sin embargo, como se ilustró en el estudio sobre el crédito, el comportamiento económico fácilmente puede no ser nada más que un vehículo para implementar decisiones no económicas o anti-económicas.

El darse cuenta de las características de los varios contextos de actividad y, en especial de aquellas que son predominantemente económicas, permite una utilización más efectiva del derecho. Por ejemplo, si se determina que la razón para que se usen con amplitud acciones al portador —una actividad económica indeseable en el proceso de la formación de capital corporativo— es la de evitar el pago del impuesto sobre sucesiones, el contexto económico del problema sugeriría su vulnerabilidad a las consideraciones de incentivos o contra-incentivos del costo. Ya sean los incentivos, tales como un trato fiscal favorable a los tenedores de acciones nominativas, o los contra-incentivos, tales como multas o impuestos sobre las acciones al portador, tenderían a eliminar esta práctica. La escogencia entre incentivos y contra incentivos cuyas implicaciones se discutirán más adelante, es dictada por varias consideraciones, entre las cuales está el nivel de efectividad del sistema jurídico en cuestión. En contraste, si el problema fuera cómo desalentar los préstamos y la creación de títulos de crédito provenientes del crédito al consumidor, una actividad cuyo contexto es en muchos casos no económico, sería necesario adoptar un diferente enfoque.

El comportamiento económico de las instituciones jurídicas no fue examinado en abstracto, sino en el contexto específico del desarrollo económico. Esto significó que el funcionamiento de las instituciones fue evaluado de acuerdo con lo que se presumía eran los objetivos más deseables económicamente para la nación costa-

rricense, tal como la industrialización del tipo descrito en los objetivos de la L.F.I., la formación de capital corporativo contemplada por los redactores del C. de C. y la utilización eficiente de los recursos de crédito. Tal evaluación requería el uso de un cierto modelo de hombre económico, un prototipo cuyas actividades fueran acordes con las metas del desarrollo nacional. Un modelo franciscano de hombre bueno y cultor de la pobreza, es tan ajeno a las metas del desarrollo económico, como es incongruente con las mismas la visión de un hombre hobbesiano practicante del *homo homini lupus est*. Y es que el prototipo deber ser no solamente un hombre económico sino también quien lleva a cabo una actividad de contenido “desarrollista”.⁽¹⁸⁵⁾ Por eso, la efectividad de la L.F.I. fue evaluada en función de lo que ella hizo para atraer a un inversionista industrial que usara cantidades importantes de materias primas y trabajo costarricense en lugar de usar solamente la L.F.I. como un medio para establecer operaciones de alta ganancia a través de ensamblajes con muy pequeño valor agregado local. Igualmente, el derecho de formación de capital corporativo se evaluó en base a su estímulo a la actividad de los promotores de sociedades anónimas abiertas al público, y la ley de crédito al consumidor por su grado de protección a “acreedores equitativos” y a “deudores responsables”.

Estos patrones de conducta se hallan en vivo contraste con los que aceptaron el legislador, el administrador y el intérprete de la ley de Costa Rica. Podrá recordarse que para quienes moldearon y administraron la L.F.I. el prototipo de inversionista industrial aceptable lo fue el de quien no tenía que probar más que la rentabilidad de su propuesta con base a un nivel insignificante de utilización de materia prima nacional. De igual manera los prototipos de socios fundadores de sociedades anónimas y de prestamistas eran los de comerciantes duchos en la utilización de la simulación para evadir el pago de los impuestos o para poner en

(185) Compárese por ejemplo, la actividad económica de un comerciante que se enfrenta a sus negocios con una actitud de que “el ganador lo debe ganar todo y el perdedor no debe ganar nada”, predicando sus ganancias sobre las pérdidas sufridas por la otra parte, con la de un comerciante que contempla al mismo negocio como una fuente de ganancia tanto para sí mismo como para la otra parte del contrato. De los dos, este último comportamiento es el más compatible con lo que se espera del prototipo de desarrollo económico. Véase *supra* nota 179 respecto a la posible relación entre la “picardía” comercial y la simulación jurídica. Véase también, Kozolchik op. cit. *supra* nota 4 en pág. 52, nota 46 y 35 nota 38 respectivamente.

práctica métodos de cobro draconianos, tales como el apremio corporal.

El concepto de un prototipo jurídico se ha usado tradicionalmente por los sistemas jurídicos como la base expresa o tácita para medir la diligencia debida, forjando en torno a ella el lenguaje "obligacional" peculiar de la institución o rama del derecho en cuestión. Por ejemplo el término "culpa" en el derecho romano así como el término "negligencia" en el derecho anglo-americano adquirieron su significado vinculatorio al contrastar la conducta social en cuestión contra el comportamiento ideal de un "buen padre de familia" o de un "hombre prudente y razonable". Por otra parte, el legislador o juez han tenido que concretar la vaguedad de tales patrones refiriéndolos a modelos de conducta más identificables. De esta forma el derecho romano clásico fijó el grado de resistencia a la fuerza o coerción ejercida por una de las partes en la contratación refiriendo la tolerancia requerida al modelo estoico de un hombre "constante" (el hombre "de hierro" al cual se refirió el derecho anglo-sajón más tarde) cuya voluntad sólo llegaba a doblegarse ante una presión física muy severa y quien, por ello, sólo tenía derecho a la rescisión por violencia o coerción en casos bien excepcionales de presión.⁽¹⁸⁶⁾

Tal prototipo tuvo que ser descartado al advenimiento de la economía de mercado industrializado, ya que este mercado dependía cada vez más del poder de consumo de un número creciente de consumidores. Sin un mínimo de protección a los débiles desde el punto de vista contractual el mercado no podría crecer y prosperar ya que de exceder la presión y la explotación determinado punto, los compradores simplemente dejarían de serlo al perder

(186) R. Pothier, en su Tratado de las Obligaciones pág. 21 (Trad. Inglesa, Londres, 1802) resume la regla en cuanto a la violencia contractual de la siguiente forma: "...La violencia que vicia un contrato por falta de libertad de contratación, de acuerdo al Derecho Romano, debe ser lo suficientemente fuerte como para compeler a un hombre firme; *metus non vani hominis, sed qui in homine constantissimo cadat*". Al respecto véase también la traducción del Digesto Justiniano de Munro, Vol. II pág. 204 (1909) y a Salkowski, Roman Private Law págs. 90, 91 (1889). En su magistral monografía El Espíritu del Derecho Romano, Von Jhering concluye que el derecho de propiedad romano en sus primicias estuvo muy influenciado por el modelo de comportamiento característico del legionario romano, un hombre cuya forma de adquisición de bienes más usual y preferido lo era por medio de sus manos y sus armas, de ahí la importancia jurídica de la voz "capere" en el derecho romano. Para un muy agudo estudio del desenvolvimiento de los patrones de medición de la resistencia a la coacción precontractual en el derecho relativo a los vicios de la voluntad véase J. P. Dawson, Economic Duress An Essay in Perspective, 45 Mich. Law Review 253, 255, 264 (1964).

su poder de adquisición. La percepción de este fenómeno en naciones industrializadas ha sido la fuerza motriz en la elaboración de un lenguaje obligacional protector de un prototipo mucho más débil que el del "hombre constante" del derecho romano. Este prototipo proveniente de la clase media y con diligencia e inteligencia igualmente medianas, cuenta aún con muy poca protección en el derecho costarricense de sociedades anónimas y de operaciones de crédito. Es en relación a este prototipo respecto a quien deberán elaborarse las fórmulas correspondientes al abuso del derecho y a la buena fe contractual en materia mercantil. **Mutatis mutandi** términos tales como "valor agregado" sólo adquirirán significado en el derecho de la industrialización en Costa Rica cuando se relacionen con la diligencia correspondiente a un inversionista verdaderamente consciente de su responsabilidad social y de su deber de reciprocarse al país los beneficios conferidos por la L.F.I.

Es indudable que algunas de las características del hombre de desarrollo económico serán influenciadas por rasgos nacionales o culturales subyacentes a los diversos sistemas jurídicos. Por lo tanto, diversos sistemas jurídicos bien pueden exigirle a un empresario que sea más "agresivo" o "diligente" en el país A que en el país B. Pero, como lo demuestran los estudios anteriores, el desarrollo económico de Costa Rica no sólo presupone la exigencia de un mínimo de diligencia de su hombre de desarrollo económico, sino que, además de exigirle la realización de actividades encaminadas a maximizar racionalmente las ganancias de su empresa,⁽¹⁸⁷⁾ le impone el deber de actuar equitativamente y con un mínimo de

(187) Para una discusión interesante respecto a los standards mínimos de diligencia requeridos en las actividades de ahorro e inversión en un proceso de desarrollo, véase a Lambert, The Social and Psychological Determinants of Savings and Investments in Developing Societies, en el libro de Hoselitz y Moore, Industrialization and Society págs. 116-130 (1968) especialmente en la pág. 120 donde se analiza críticamente el punto de vista atribuido a Max Weber que las filosofías religiosas orientales constituyen un obstáculo al desarrollo económico o a la maximización racional de ganancias. El standar mínimo de diligencia, como será aparente en la sección subsecuente, también está relacionado orgánicamente con la equidad reinante en la relación jurídica en cuestión. También es cierto que el prototipo de un acreedor equitativo, por ejemplo, ha sufrido un cambio substancial desde su primera formulación comprensiva por el derecho romano clásico. En el campo de coacción en la formación de los contratos, por ejemplo, el standard de Derecho Romano de "firmeza ordinaria" (mencionado en la nota anterior) que requería que la coacción ejercida por un acreedor superase el formidable "hombre constante", antes de que se declarara la rescisión, fue reemplazado gradualmente en las jurisdicciones del "Common Law" por doctrinas de equidad destinadas a proteger un mercado viable. El proceso está claramente ilustrado por J. P. Dawson, en Economic Duress-An Essay in Perspective, 45 Michigan Law Review 253, 255, 264 et seq. (1947).

auto-limitación en el ejercicio de sus derechos. Este requerimiento será discutido en las secciones siguientes.

B) La Función Indispensable del Sistema Jurídico

En sociedades subdesarrolladas como Costa Rica, el sistema jurídico a menudo debe crear instituciones virtualmente de la nada, como pasó con la L.F.I., o debe asumir la tarea corriente en las sociedades desarrolladas, de sancionar u oficializar ciertas prácticas sociales tornando a la experiencia transaccional en reglas imperativas. En ambos casos, la principal función del sistema jurídico en el desarrollo económico es la de inspirar confianza en sus instituciones. Esta tarea es mucho más ardua en sociedades primitivas debido a la naturaleza abstracta de los instrumentos jurídicos, lo que requiere que un gran esfuerzo se dedique a lograr aun los más elementales niveles de confianza en los mismos. Es indudable que en las sociedades primitivas donde el dinero no es un denominador común de valor y donde los metales preciosos o los productos alimenticios se usan como el patrón único para el establecimiento de los precios, la introducción de instrumentos sin valor aparente o intrínseco tales como los títulos de crédito, necesitará el otorgamiento de una enorme cantidad de confianza por parte de un tomador a base de contra-valor. En sociedades más avanzadas, tales como Costa Rica, la confianza que una institución jurídica debe inspirar para cumplir una tarea de desarrollo económico no se funda sobre la naturaleza aparente o intrínsecamente valiosa del instrumento legal sino sobre dos rasgos abstractos de la ley: su eficiencia y su equidad. La eficiencia presupone la predecibilidad y puede definirse como la capacidad de una institución para dar lo que se espera de ella en la forma menos costosa. Ella también presupone conformidad con las demandas, aspiraciones, expectativas y propensiones, puesto que éstas son las precondiciones de la efectividad de una institución.

La equidad, como se dijo anteriormente,⁽¹⁸⁸⁾ no se puede reducir a términos aritméticos o proporcionales fijos. Existen, sin embargo, principios básicos de equidad que se reflejan en la aceptación expresa o tácita por parte de los diversos sujetos de dere-

(188) Véase *supra* Sección IV E.

chos en los respectivos sistemas jurídicos de ciertas instituciones "guías".⁽¹⁸⁹⁾ Por ejemplo, es un principio mínimo de equidad en un debate legislativo en torno a legislación económica fundamental, tal como la L.F.I., permitir a aquellos grupos o individuos representativos de los diversos intereses en juego en la promulgación, expresar sus demandas y razones en una forma verdaderamente significativa o de "elaboración conflictiva". El mero hecho que los participantes en un sistema jurídico (como legisladores o súbditos de la ley) recurran a la institución del debate legislativo presupone su adherencia a un principio de equidad que requiere como mínimo, el que los diversos puntos de vista sean oídos. Como también está implícito en un sistema jurídico cuyos participantes distinguen entre un contrato de venta o préstamo hecho de buena fe, por un lado, y una estafa por el otro, que la unilateralidad en el cumplimiento de obligaciones a todas luces bilaterales, es poca equitativa. No se puede ignorar el hecho de que los participantes escojan denominar "contrato" a su relación, al evaluar la equidad de esa relación. Así, si los derechos de una parte aparecen no ser proporcionados a sus deberes y si esta parte puede llegar a obtener legalmente más de lo que la otra parte convino en dar, la equidad requiere un mínimo de auto-limitación.⁽¹⁹⁰⁾

Diferentes percepciones sobre quién tiene derecho a un trato privilegiado o a una mayor porción de los recursos disponibles son inevitables en el desarrollo económico puesto que ellas están implícitas desde el momento en que el sistema jurídico desea fomentar

(189) El término aceptación se usa en el texto en su más amplio sentido contractual o sea, una promesa, un acto o una combinación de ambos que dan muestras de la intención del participante-destinatario de la norma de ser regido por la regla, definición o principio de interpretación jurídica en cuestión.

(190) John Rawls en su artículo *Justice as Fairness*, 67 *The Philosophical Review* 164-81 (1958) da un concepto más amplio de la equidad. Se opone este autor al concepto utilitario de la justicia como una alocaión estatal o jerárquica de derechos, deberes y cargas basados en la satisfacción de deseos. Su punto de vista es que la justicia surge de una relación recíproca y conflictiva de todos los miembros del conjunto social y que, como equidad, necesita que los beneficios de la relación sean equivalentes a las cargas y consecuentemente que haya un mínimo de auto-restricción en su disfrute. Este punto de vista provee una base filosófica no solo para las doctrinas de equidad relativas a la buena fe y a la protección contra el abuso de derechos, sino también para una doctrina de bilateralidad estricta en la negociación y el intercambio de bienes y servicios:

Una práctica es justa o equitativa, entonces, cuando satisface los principios que aquellos que participan en ella podrían proponerse el uno al otro para aceptación mutua bajo las circunstancias antes dichas... (cuando ninguno siente que por participar en la actividad, se les toma ventaja a ellos o a algún otro o se les fuerza a ceder en reclamos que no consideran legítimos...). *Supra* notas 184, 185.

o estimular determinada actividad económica. Las nuevas percepciones, sin embargo, deben ser susceptibles de justificación sobre la base de que ellas pueden llegar a producir un beneficio para todos y no solamente para el beneficiario de la ley o regla; de lo contrario ellas violarían el principio de igualdad de tratamiento para los iguales, sobre el cual descansan tantos otros principios de equidad. Podría también producirse un conflicto entre las funciones de eficiencia y de equidad cuando el sistema jurídico tiene que escoger entre ser predecible y ser equitativo. En tal situación debe observarse en primer término que el conflicto puede en gran parte resultar sólo aparente ya que hay un alto grado de equidad en la función de asegurar la predecibilidad de una regla (al proteger la buena fe en el planeamiento de la adquisición de derechos) al igual que hay mucho de predecible en una regla equitativa por reflejar ella los sentimientos o principios éticos en vigor en la comunidad en cuestión. Cuando estos principios han sido violados, como es aparente en el estudio de los métodos de cobro del crédito, la reacción de las víctimas de la iniquidad conduce hacia una inseguridad renovada y hacia mayores gastos. Aún más importante es que si la reacción no se hubiera producido eventualmente, un mayor número de deudores hubieran sido excluidos del mercado crediticio. Teóricamente es concebible que a medida que los recursos de los acreedores anulan a los derechos del deudor, la iniquidad del sistema jurídico podría terminar destruyendo al mecanismo básico del mercado, al destruir el potencial de pago y con ello la demanda de crédito. La iniquidad, por lo tanto, tiende a distorsionar o a destruir el mecanismo del mercado. Sobre esta base, es obvio que de tener que elegir entre certeza y equidad la elección debe ser a favor de la solución equitativa, ya que de todas las funciones jurídicas la de impartir equidad es la que tiene la dimensión económica preponderante.⁽¹⁹¹⁾

(191) Steiner, *Legal Education in Brazil*, 18, *American Journal of Comparative Law* 39 (1971), en 46-49, lleva a cabo una descripción general de "Las Funciones de Desarrollo del Sistema Jurídico en Relación a la Economía del Mercado" y en la pág. 50 manifiesta que la descripción de las funciones de Desarrollo "...podrían aplicarse a un país con un gobierno democrático o a una dictadura militar, a una sociedad que ponga énfasis en lograr un rápido crecimiento, a cualquier costo o dando prioridad a la redistribución de los ingresos". (Trad. del autor, énfasis agregado) Steiner no ofrece, sin embargo ninguna fundamentación en apoyo de tamaña afirmación. De antemano es necesario rechazar como inválido cualquier concepto del desarrollo que solo implique un crecimiento rápido pero no duradero. Y si se quiere obtener un crecimiento duradero, como se demuestra en el texto de este artículo, es muy posible que la equidad se interponga en el camino del "crecimiento rápido a cualquier costo". De

C) Principios Económicos sobre la Efectividad Jurídica

1.—Escasez, Efectividad Jurídica y Simulación

Dos principios económicos pueden ser útiles en el análisis de cómo mejorar la eficiencia de las instituciones jurídicas: El principio de la escasez de recursos y el principio del costo marginal.

El principio de escasez propone que la energía disponible para regulación social en cualquier momento dado es limitada.⁽¹⁹²⁾

hecho, el mismo autor admite el papel de la equidad, en la pág. 49 de su artículo cuando afirma: "...las demandas crecerán para obtener acceso apropiado a las instituciones jurídicas y para lograr el respeto a los derechos subjetivos por la eficiencia y la neutralidad en la adjudicación...".

La premisa de que el desarrollo económico puede llevarse a cabo mejor con un modelo de sistema jurídico que se caracterice fundamentalmente por su predictibilidad o bien se acepta sin discusión o, si no, se discute en forma ambigua. Max Weber, por ejemplo, contrasta un modelo "racional legal" de sistema jurídico con otro denominado "sustantivamente racional". En el primer modelo "Los hechos relevantes desde un punto de vista jurídico se determinan en un proceso de interpretación lógica del significado de los términos, y, como conceptos jurídicos de contenido ya fijo se convierten en reglas de conducta por medio de un proceso estrictamente abstracto". O sea, de acuerdo a Weber los patrones que determinan el hallazgo normativo en su primer modelo de sistema están libres de consideraciones "no jurídicas" tales como principios religiosos, éticos o políticos. En el sistema "sustantivamente racional" los patrones de hallazgo y adjudicación están influenciados profundamente por principios éticos, políticos o religiosos. Véase Max Weber, *On Law in Economy and Society* pág. LVIII (Harvard 1966). Como bien apunta el Profesor Max Rheinstein de la Universidad de Chicago existen suficientes indicios para concluir que Weber, "en algún momento de su reflexión pensara que existía una relación peculiar entre el modelo de sistema basado en la lógica formal racional y la racionalidad que caracteriza al capitalismo moderno. Pero la propia obra de Weber demuestra que, de existir una conexión, ésta no es de correlación absoluta...". Max Weber, op. cit., supra pág. LVIII. De mayor significación aún en el enfoque Weberiano es el que este insigne sociólogo aparentemente no se percató de la existencia de un sustrato de equidad común a todos los sistemas jurídicos del mundo occidental industrializado. Ello, a pesar de que también el propio Weber había llamado la atención hacia la presencia de una cierta ética mercantil peculiar a los últimos años de la República y primeros del Imperio Romano (cuyo sistema jurídico ha sido un antecedente común a los países de derecho civil y del common law). Al contrastar el derecho europeo continental con el common law Weber concluye que "...ciertamente podemos afirmar que los sistemas jurídicos bajo los cuales el capitalismo ha estado prosperando se distinguen profundamente el uno del otro, aun en sus principios capitales de estructura formal..." (op. cit. pág. 316). A la par que respecto al Derecho Romano Weber afirma que "El Derecho Romano de las postrimerías de la República y principios del Imperio había logrado desarrollar una ética orientada hacia la conducta que prevalece en forma promedio. Este patrón significa naturalmente que sólo un grupo pequeño de prácticas manifiestamente corruptas o fraudulentas se aislaron como ilícitas, y el derecho no se aventuraría más allá de lo que se estableció como el mínimum ético..." (Op. cit. pág. 308). No caben dudas, en vista de la importancia del tema, tal y como se pone de relieve en los tres estudios resumidos y evaluados en este artículo y además en vista de la enorme confusión y ambigüedad existente en la doctrina desarrollista, que sería de inmensa utilidad el poder contar con estudios detallados del proceder equitativo de diversos sistemas jurídicos respecto a un mismo tipo de adjudicación y problemática.

(192) Véase Llewellyn, *The Effect of Legal Institutions Upon Economics* 15 *American Economic Review* 665, en pág. 666 (1925) donde este autor cita a Commons, *Law and Economics*, 34 *Yale Law Review* 371 (1924-25).

Esta limitación no atañe solamente a los recursos económicos sino también a los jurídicos. Como lo expresara apropiadamente el profesor Llewellyn, "el adoptar una política determinada significa sacrificar otra".⁽¹⁹³⁾ Así, exonerar la importación de un grupo grande de materias primas para fomentar la industrialización en Costa Rica no solamente implicaba el sacrificio económico de una cierta clase de ingreso fiscal sino, también, comprometía al arancel aduanero a realizar una función determinada e incompatible con otras funciones dentro de un esquema de desarrollo distinto. En igual forma, la decisión de recurrir a una garantía personal con preferencia a las de tipo prendario en transacciones de crédito en Costa Rica (una preferencia aparente en el Derecho consuetudinario y en el legislativo) trajo consigo una deterioración gradual de este último. Mientras más uso se haga del embargo de salarios y de la amenaza de prisión por deudas, menos atención se le presta al funcionamiento idóneo del Registro de Prendas por las partes interesadas, incluyendo al legislador y a los tribunales. Y aunque se ponga en efecto por la Asamblea Legislativa un sistema muy mejorado de Registro y certificación, éste se puede deteriorar en un período muy pequeño de tiempo si sus problemas permanecen sin detectar y sin corregir en la práctica comercial y jurídica. Al contrario, si el tipo de garantía prendaria se usara ampliamente, esto significaría la atrofia y, eventualmente, el sacrificio del tipo de garantía personal como vehículo jurídico efectivo. En tanto las soluciones alternativas sean más antitéticas, la elección se hace obviamente más excluyente. Así, cuando la ley opta por la solución de encarcelar a los deudores, los recursos jurídicos se concentran en una tarea contraria a su rehabilitación con base a una mayor productividad y ahorro.

Claramente, donde el sistema jurídico está llamado a crear múltiples instituciones, una tarea que frecuentemente presenta la necesidad de tener que escoger entre diversas alternativas y donde los recursos materiales y humanos son muy limitados, como ocurre en casi todas las naciones subdesarrolladas, el principio de escasez es bien operante. Por ello es que si las instituciones jurídicas destinadas a un propósito dado en un país como Costa Rica no lo pueden llevar a cabo esto puede tener consecuencias económicas

(193) *Id.*

más importantes para ese país que para un país como los Estados Unidos. También es mucho más significativo para la economía de Costa Rica que los recursos destinados a ciertas instituciones sean desperdiciados como resultado del desuso o de su reemplazo por instituciones extra-oficiales con un propósito muy diferente.

El desperdicio más costoso de todos, es el que trae consigo la simulación. Un sistema jurídico en que la simulación sea una práctica generalizada es, en efecto, incapaz de inducir cambios en el comportamiento económico de sus miembros, excepto por medio del uso de incentivos económicos. Los contra-incentivos en la forma de multas, castigos, o una simple declaración de nulidad del comportamiento indeseable pierden su razón de ser con el triunfo de la evasión a través de la simulación. El sistema jurídico pierde su coercibilidad económica y su efectividad se hace enteramente dependiente del uso de costosos obsequios al destinatario de la norma jurídica.⁽¹⁹⁴⁾

(194) Finalmente los economistas han comenzado a percibir la suntuosidad de la simulación jurídica en términos generales del desarrollo y su ineficiencia en términos más específicos. Gunnar Myrdal, *The Soft State in Underdeveloped Countries*, 15, U.C.L.A. Revista de Derecho 1118, pág. 1124 (1968), encuentra que en India "por lo general, la necesidad de más disciplina se evita sistemáticamente en la discusión pública... Se recurre en su lugar a incentivos de varias clases: exhortaciones, educación, entrenamiento y subsidios...". Y en pág. 1125, afirma:

"Una causa esencial de la inefectividad de estos programas, es que no han sido complementados por medio de la construcción de un sistema de obligaciones extensivo a toda la comunidad...". En las págs. 1125-26, Myrdal saca en conclusión que "...las condiciones políticas y sociales en estos países subdesarrollados bloquean la promulgación de reglas que impongan más obligaciones; aún cuando se decretan leyes ellas no se observan y no es fácil ejecutarlas. Esto es, en última instancia, lo que se quiere decir con el término "el estado suave". La ineficiencia de la simulación en términos específicos es ilustrada por el economista Brasileño, Simonsen, en *The Problems of Interest Rates in Brazil*, 48 Brazilian Business 26 (1968), donde él describe cómo la evasión de las leyes de Usura y de Cláusula de pago en oro decretada en los treinta no surtió el propósito que los economistas esperaban (en lugar de abrogar estas leyes, el gobierno del Brasil escogió permitir su evasión, una práctica descrita en *supra* nota 179). Las esperanzas eran que la simulación permitiera que los tipos de interés cobrados por los bancos alcanzaran a la tasa de inflación. Sin embargo a pesar de la simulación, los tipos de interés eran al menos hasta 1964, más bajos, que la tasa de inflación. Simonsen saca en conclusión "que las distorsiones que afectaron el sistema bancario no resultaron de esta adaptación en sí misma, sino del hecho de que era un proceso unilateral: Los tipos de interés sobre préstamos aumentaron enormemente, pero los tipos de interés sobre depósitos permanecieron atados a los límites tradicionales". Lo que describe Simonsen como un proceso "unilateral" es el producto de lo que se describió en este artículo como el dualismo de las instituciones jurídicas (oficiales y extraoficiales). Véase *supra* Sección IV, E. 2. Para un estudio anterior que describe la contribución de la simulación a la "suavidad" del sistema jurídico, lo mismo que a su ineficiencia inherente, véase KOZOLCHYK, *supra* nota 4, en 11-13, 27-28, 33-35, 39.

2.—El principio de Costo Marginal y la Escogencia Institucional

Dada la importancia de la escogencia correcta entre instituciones jurídicas conflictivas y alternativas para producir el desarrollo económico, es necesario sujetar el proceso de evaluación de la eficiencia a patrones muy estrictos y si es posible, cuantificables. Aquí es donde el principio del costo marginal ayuda a la elección al enfocar los efectos beneficiosos de costo del último incremento o unidad de medida del comportamiento jurídico. Por ejemplo, supongamos que el objetivo deseado es alentar la actividad de intermediarios del crédito que descuenten y negocien las facturas y los certificados de prenda provenientes del comercio al por menor. Supongamos también que las estadísticas sobre la operación del Registro de Prendas muestran que ha habido un descenso en los endosos de prendas en los últimos años que corresponde a un retraso en el tiempo necesario para registrar los documentos y hacer constar su existencia en las tarjetas del índice de deudores. Con el fin de determinar cómo fomentar los endosos será muy útil saber hasta qué punto cada incremento de velocidad en los procesos de 1) utilizar la inscripción de un escueto resumen del contrato de prenda, o 2) utilizar el sistema tradicional de incribir el contrato completo de prenda, tenderá a reflejarse en el volumen de endosos. Así, el análisis marginal ayudará a escoger entre un sistema de registro resumido o un sistema basado en la transcripción. Igualmente, puede ayudar a establecer el punto en el cual un incentivo tributario X pueda sobrepasar el beneficio de una evasión del impuesto Y y por lo tanto inducir al uso por las sociedades anónimas de acciones nominativas en vez de las acciones al portador.

El análisis marginal ayuda no sólo a la escogencia entre las instituciones sino también a determinar los mejores métodos para que ellas alcancen el nivel deseado de legitimación. Como se sugirió en las discusiones precedentes sobre la función del derecho en el desarrollo económico, la confianza engendrada por una institución jurídica requiere una cantidad mucho más grande de legitimación por su usuario potencial en las primeras etapas de su utilización. Por ejemplo, para inducir confianza sobre la adquisición de acciones de una sociedad anónima, el sistema jurídico, primero

que todo, debe satisfacer las expectativas de seguridad y liquidez que tengan los inversionistas potenciales y los prestamistas. Así, la determinación legal de viabilidad de la estructura del capital de una compañía formada por suscripción pública debe ser hecha, en un país como Costa Rica, no solamente a la luz de las metas comerciales de la compañía sino también con vista a proveer los fondos mínimos que aseguren la base necesaria para un fondo que cubra el ejercicio regulado de los derechos de retiro por los accionistas. Eventualmente, esta determinación debería ayudar a establecer lo que se puede describir como el punto de mínima liquidez viable de las acciones de una sociedad anónima abierta al público. Es decir, el punto en el cual la presencia de un mínimo de capital social efectivo, ganancias y fondos de reserva, puede inducir la confianza suficiente para la adquisición de acciones por parte del público inversionista o de los intermediarios.⁽¹⁹⁵⁾ Esta determinación reemplazaría técnicas legislativas puramente intuitivas o desprovistas de análisis de costos y sus consecuencias y que, por ello, frecuentemente resultan en reglas de capitalización caprichosas y por ende inconsecuentes o contra-productivas.

D) Estrategias Jurídicas del Desarrollo

Habiendo examinado los elementos o conceptos sustantivos de la teoría respecto a la función del derecho en el desarrollo económico, es necesario ahora ocuparse de las consideraciones procesales o de las estrategias para hacer mejor uso de los mecanismos de creación de normas tales como el derecho legislativo, jurisprudencial y consuetudinario.

Un cuadro sistemático de las diversas estrategias jurídicas, de sus jerarquías y prioridades funcionales, está más allá de lo estudiado en el Proyecto de Reforma Jurídica. Estos estudios se dedicaron primordialmente a la descripción y evaluación del fun-

(195) Lo que se puede describir como el punto de mínima liquidez viable de los títulos de propiedad en Costa Rica fue establecido en uno de los proyectos que sucedieron al Proyecto de Reforma Jurídica. En este proyecto se estudiaron varias formas de tenencias sobre la tierra en relación con las muchas variables económicas (inversión, crédito y productividad) y factores jurídicos tales como la validez del título inscrito y no inscrito. Véase O. SALAS, C. F. KNIGHT y C. SAENZ TITULACION DE PROPIEDAD EN COSTA RICA, UNA INVESTIGACION LEGAL Y ECONOMICA (USAID Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, Esbozo Preliminar 1970), en pág. 61 *et seq.*

cionamiento de instituciones jurídicas y sólo subsidiariamente a las sugerencias para su mejor utilización, reforma o reemplazo.⁽¹⁹⁶⁾ Sin embargo, los estudios resumidos y evaluados anteriormente permiten esbozar algunas sugerencias respecto a cómo mejorar el funcionamiento de mecanismos existentes y cómo escoger el mecanismo más apropiado para lograr los resultados deseados en las diversas actividades descritas.

Una de las necesidades más claramente experimentadas por los mecanismos legislativos, administrativos y judiciales en Costa Rica es la de acceso a información socio-económica fidedigna. Hemos visto en la evaluación de estos estudios que la efectividad de la ley depende en alto grado de que ella esté conforme con las demandas, expectativas y aspiraciones sociales, y de que utilice adecuadamente aquellas propensiones que fomenten una mayor obediencia. Se vio también cómo el proceso de elección de normas es mucho más eficiente y equitativo cuando es el producto de la pugna constructiva entre tesis conflictivas (proceso que se denominó de elaboración conflictiva). Sin embargo, como también demuestran los estudios, la pugna conflictiva entre demandas de acción jurídica no puede llegar a efectuarse si las aspiraciones no se han transformado en expectativas. Esta transformación requiere que se tenga disponible en forma inmediata información sobre la conducta propuesta no solamente para ser considerada por los que están llamados a tomar las decisiones sino también por el público en general y especialmente por los grupos que posiblemente sean afectados más directamente por la decisión.⁽¹⁹⁷⁾

La necesidad de acceso a información socio-económica fidedigna se pone en evidencia no sólo en los procesos legislativos y administrativos sino también en el proceso judicial, como se ha ejemplificado por los antecedentes de una decisión reciente de un tribunal de primera instancia costarricense restringiendo el ámbito

(196) Se prepararon dos Proyectos para suceder al Proyecto de Reforma Jurídica: el Proyecto de Derecho Agrario y Titulación de Tierras, algunos de cuyos rasgos fueron descritos *id.*, y el Proyecto de Investigación y Centro de Referencia Legislativa que trataba de dar a los legisladores Costarricenses y al Público interesado:

1.—Información al día sobre el derecho en vigencia,

2.—Acceso a información fidedigna legal y socio-económica sobre asuntos legislativos. Los dos proyectos están ahora en pleno desarrollo y su panorama es prometedor. De igual manera se ha comenzado (con la ayuda de la Corte Suprema de Justicia) un excelente Programa de Digesto Judicial.

(197) *Id.*

del apremio corporal prendario.⁽¹⁹⁸⁾ Al comienzo del Proyecto de Reforma Jurídica en 1967, un Magistrado de la Corte Suprema costarricense le manifestó al que escribe en una conversación informal que él consideraba el apremio corporal prendario inconstitucional debido a que éste carecía de una base legislativa adecuada.⁽¹⁹⁹⁾ Agregó, sin embargo, que si el apremio corporal prendario fuera declarado inconstitucional toda la estructura crediticia del país se vendría al suelo dado el papel esencial de este tipo de garantía. Como una ilustración de la importancia de la institución, el Magistrado se refirió a estadísticas que le habían sido proporcionadas por un oficial de la Penitenciaría Central, de acuerdo a las cuales el 70% de todos los presos encarcelados por un período de hasta dos años eran deudores prendarios. Al completar el estudio del apremio corporal prendario se le informó al Magistrado que los resultados obtenidos indicaban no sólo que la cifra que le habían proporcionado era exagerada respecto al número real de prisioneros sino también que en la práctica la amenaza del encarcelamiento había sido desvirtuada por tácticas evasivas de los deudores en conjunción con la actitud tolerante (cuando no cooperativa) de los agentes de la autoridad. Era obvio que el apremio corporal no constituía, como se había pensado, “la espina dorsal del aseguramiento del cobro del crédito al consumidor” en San José. No transcurrió mucho tiempo antes de que un tribunal de primera instancia adoptase una interpretación congruente con tal punto de vista y por tanto más equitativa respecto a los derechos del deudor.⁽²⁰⁰⁾

(198) Véase Juzgado Civil de Liberia, sentencia de las dieciséis horas del 6 de enero de 1969, rechazando un pedimento de embargo contra bienes muebles que ya no estaban en posesión del deudor. Este escrito es un prerrequisito para dictar la resolución de desacato a la autoridad del tribunal y por ende del apremio corporal. Pero *Cf.* Resolución N° 149 del Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo, 21 de marzo de 1969. El artículo 537 del C. de C. se refiere al deudor prendario como simple depositario y no como un depositario judicial, una de las categorías de deudores que podría, de acuerdo a los artículos 39 de la Constitución y 1001 (1) del C. C. ser objeto del apremio corporal. Véase *supra* nota 179.

(199) *Id.*

(200) Como resultado de estas resoluciones, se trató de lograr por la Cámara Nacional de compañías financieras una reforma a las disposiciones sobre apremio corporal prendario que suplieran una base legal congruente con los requisitos constitucionales. El intento sin embargo, fracasó como resultado del conocimiento por la Asamblea Legislativa de los hechos y consecuencias del encarcelamiento del deudor. De acuerdo con *La Nación* del 11 de setiembre de 1969, pág. 18, el diputado Azofeifa Solís afirmó:

Las prendas debían hacerse más efectivas especialmente si los pagarés se usan cada vez menos... Las prendas son muy necesarias en los ramos de la agricultura y el engorde de

1.—Escogencia entre Mecanismos Creadores del Derecho

Lo sucedido respecto al apremio corporal prendario ilustra la importancia de escoger un mecanismo normativo apropiado. Si la estrategia elegida hubiera sido la derogación expresa de la ley es bien posible que los efectos económicos del proceso derogatorio fueran más costosos debido a la mayor perturbación de la certeza pre-existente. Los partidarios del apremio corporal prendario hubieran tratado de presentar un cuadro muy alarmante de los riesgos a que quedarían expuestos los acreedores, creando así una incertidumbre inmediata e imponiéndole una difícil prueba a los partidarios de la derogación. Estos últimos tendrían que demostrar que el crédito no resultaría más caro ni menos accesible a causa de la derogación sin poder basar su contra-argumentación en la experiencia, por ser ésta inexistente en cuanto no podría saberse en aquél momento con certeza cuáles serían las reacciones de acreedores y deudores tras la derogación. Es más, los incipientes indicios de incertidumbre y la elevación de costos resultantes bien podrían ser una creación artificial de los partidarios del apremio. Obviamente, la estrategia de la decisión judicial no fue escogida en el sentido de que ella no constituyó el producto de una decisión jerárquica por parte de un organismo planificador. Ella fue escogida, sin embargo, en el sentido de que un tribunal asumió la responsabilidad de crear una norma, así ella fuese de carácter individual, cuando bien pudo haberla eludido con sólo adherirse a interpretaciones anteriores del C. de C. o con haber sugerido que el remedio a la inequidad operante, de haber lugar al mismo, le correspondía al Poder Legislativo y no al Judicial.

El conocimiento de la disponibilidad de escogencias y de las limitaciones inherentes a los diversos mecanismos es, por lo tanto, muy importante para una estrategia exitosa.

Infortunadamente, ésta es un área del acaecer jurídico que permanece prácticamente desconocida y donde por tanto la inves-

ganado... y (primordialmente) es el sistema bancario nacional el que está más interesado en retener la posibilidad del apremio corporal. (Así) es muy importante que el asunto de (debilitar la prenda) se estudie más cuidadosamente.

El Diputado Villanueva Badilla, sin embargo, también se refirió a la opinión del Diputado Volio Jiménez, en cuanto a que la ley propuesta favorecería fundamentalmente a los más viles prestamistas, dándoles el poder de encarcelar a sus deudores.

tigación está aún por hacerse. No obstante, la información obtenida en los tres estudios anteriores permite hacer algunas sugerencias sobre las limitaciones inherentes al uso de determinado tipo de legislación y concretamente respecto a la codificación, y también respecto al papel del Derecho consuetudinario y de las llamadas características nacionales en el proceso de formación de normas jurídicas.

2.—El uso de la Codificación

Uno de los principales redactores de la L.F.I. sostenía la firme creencia que Costa Rica se había convertido en "un país industrial", desde el momento de la promulgación de esta ley. Indudablemente para este legislador la ley estaba dotada del enorme poder de transformar la realidad circundante por el mero hecho de su promulgación.⁽²⁰¹⁾ Esta visión no es solamente característica de legisladores legos sino que también es compartida por muchos de los codificadores hispanoamericanos y es la causa principal de la constante derogación y promulgación de códigos en Centro y Sur América. Las codificaciones y re-codificaciones son así vistas como mecanismos esenciales para efectuar transformaciones casi inmediatas y con ellas el desarrollo económico y social.

Varias razones de peso militan en contra del frecuente uso del mecanismo codificador. En primer lugar, para redactar códigos verdaderamente equitativos y eficientes, dada la magnitud del campo normativo, es necesario contar con enormes recursos materiales y humanos. Consecuentemente, el talento disponible que pudo haberse utilizado para mejorar o modernizar conceptos o reglas dentro de un área verdaderamente necesitada de reforma se diluye al tener que abocarse mucho más superficialmente a la revisión total de una rama del derecho y a menudo independientemente de la necesidad efectiva de su revisión. La codificación casi por definición se convierte en una labor de torre de marfil, en la que el trabajo de redacción frecuentemente consiste en copiar modelos extranjeros. No es que la importación de una institución

(201) Este fenómeno fue descrito en KOZOLCHYK, *supra* nota 4, en pág. 31, como la "falacia de la realización"—un estado de satisfacción que sienten el Poder Legislativo y el Ejecutivo una vez que el propósito inmediato y aparente de una ley se formula en su promulgación.

extranjera sea objetable por sí. Como se vio en la discusión del contexto económico del comportamiento jurídico, algunas actividades, tales como las transacciones de crédito, tienen características de comportamiento casi universales. Pero generalmente, aun cuando existe una justificación económica evidente tiene que transcurrir una generación antes de que un instrumento de crédito o un concepto relativo al mismo, sean suficientemente usados y entendidos por los comerciantes, los abogados y por los tribunales. Y de hecho, en algunos casos, como el de la letra de cambio en Costa Rica, aún varias generaciones después de su primera regulación, el contenido obligatorio de este instrumento, especialmente el mecanismo relativo a su aceptación, sigue siendo desconocido para la mayoría de los comerciantes costarricenses. La frecuencia de la codificación ignora la importancia del lento proceso del aprendizaje y ajuste a la realidad nacional y reemplaza instrumentos pocos conocidos o las reglas o conceptos mal entendidos con otros totalmente nuevos.

La frecuencia de la codificación desalienta también la contribución al desarrollo de las instituciones por los tribunales, ya que al derogar un código también frecuentemente se priva de su base a una línea dada de interpretación jurisprudencial, interpretación a la cual sólo se llegó tras un arduo proceso de ajuste normativo. Este puede ser uno de los aspectos más costosos de la codificación intermitente puesto que su frecuencia puede utilizarse por los tribunales como causa eximente de su falta de creatividad interpretativa y como justificación del no recurrir a la equidad con mayor frecuencia en la resolución de litigios.

Debe aclararse que la objeción hecha no es a la codificación en sí misma sino a su uso indiscriminado y frecuente. En verdad, existen áreas donde hay poco derecho y poca experiencia transaccional o donde el derecho existente es confuso o insuficiente y donde, por tanto, la aclaración de sentido y del sistema normativo que usualmente se asocia con la buena redacción de códigos, es muy deseable. Lo que se sugiere es que una vez que un código adecuado ha sido promulgado hay mucho que ganar desde un punto de vista desarrollista recurriendo a la interpretación creativa y, cuando sea necesario, a las reformas específicas.

3.—Derecho Consuetudinario y Características Nacionales

Desde la aparición de la sociología jurídica como heredera de algunos de los postulados de la Escuela Histórica del Derecho, el Derecho consuetudinario, especialmente el que es "derecho viviente", ha ostentado una posición privilegiada en la lista de materias dignas de investigación con fines de "ingeniería" jurídica.⁽²⁰²⁾ Infortunadamente, de manera frecuente, se ignora la diferencia que existe entre una pregunta de índole descriptiva tal como, ¿qué es el derecho? y una determinación prescriptiva tal como ¿qué debe ser el derecho?, y de esta forma la justicia intrínseca y la contribución al desarrollo del derecho consuetudinario se acepta como un dogma.⁽²⁰³⁾ Los estudios anteriores arrojan una duda muy seria respecto a la contribución del derecho consuetudinario al desarrollo económico en transacciones donde existe una desproporción obvia en el poder de negociación de las partes. Expresado en la forma más simple, el derecho consuetudinario de transacciones de crédito en Costa Rica es el derecho de los acreedores o el derecho del más fuerte desde un punto de vista económico; un derecho que por regla general es tanto ineficiente como abusivo. En contraste marcado con este derecho, uno puede observar un derecho consuetudinario en transacciones económicamente más equilibradas que opera más justa y eficientemente.⁽²⁰⁴⁾ Por tanto, no hay razón

(202) W. FRIEDMAN, *LAW IN A CHANGING SOCIETY* 20 (196), criticó el énfasis de Eugen Ehrlich sobre el derecho consuetudinario, pero su crítica se basa sobre razones, que, en la opinión de este autor, no tienen valor. Friedman mantiene que la diferencia básica entre el "Derecho viviente" y el derecho estatal ha perdido su validez con el aumento de confianza en nuestro tiempo en el derecho escrito. Parece, sin embargo, que lo cierto es lo contrario. Con un mayor uso del mecanismo legislativo y un aumento resultante en las instituciones "oficiales" y particularmente en aquellas plagadas de prohibiciones, se produce, en países como Costa Rica, un aumento correspondiente en el uso de instituciones extra oficiales o consuetudinarias. Véase *supra* Secciones III E y F., IV E.

(203) Para dar una idea de algunas de las dificultades que produce el derecho consuetudinario en el desarrollo económico de África particularmente en actividades agrícolas y ganaderas. Véase Allot, *Legal Development and Economic Growth in Africa*, en *CHANGING LAW IN DEVELOPING COUNTRIES* (Anderson 1963) y Seidman, *supra* nota 6.

(204) Entre las transacciones que demuestran un poder de negociación más equilibrado está la compra y venta de terreno entre los campesinos, en ciertas regiones costarricenses. Estas transacciones dependen de ciertas reglas consuetudinarias para medir el terreno en cuestión y para determinar sus límites. Obviamente, estos instrumentos no son tan precisos como las mediciones geodésicas y la información catastral incorporada a un título oficial inscrito. Sin embargo, en la ausencia de instrumentos más eficientes, los instrumentos forjados por las costumbres de los agricultores reflejan un mínimo de eficiencia y equidad en la determinación de los derechos. Ejemplos similares pueden encontrarse en la recopilación de costumbres españolas,

para una consagración a priori del derecho consuetudinario como representativo de lo mejor en un sistema jurídico. Este derecho deber ser sujetado a los mismos patrones de evaluación que el derecho "escrito" u "oficial".

Una noción romántica similar se ha mantenido con respecto al papel de las características nacionales en el desarrollo de las instituciones jurídicas. Muy a menudo son vistas como los ideales o fuentes de inspiración del ser del derecho en los países subdesarrollados. En latinoamérica durante el siglo XIX la autotonía del derecho era parte integral del ideario independentista. En las palabras del insigne patriota cubano, José Martí, "... La incapacidad radica en aquellos que pretenden regir a gentes de composición singular y violenta con leyes importadas de diecinueve siglos de monarquía en Francia y de dos siglos de práctica libre en Estados Unidos...".⁽²⁰⁵⁾

Finalmente concluía, "... en naciones que son dueñas de su propio destino, el derecho debe ser popular...".⁽²⁰⁶⁾ En nuestros días, una versión aceptada comúnmente del papel de las características nacionales es la del profesor Llewellyn: "... proceder contra el cual la ley no puede oponerse si ha de ser efectiva...".⁽²⁰⁷⁾ Hay una marcada diferencia entre el papel de las características nacionales en los puntos de vista de Martí y Llewellyn. Martí sugiere la incorporación positiva de las características nacionales a la normativa jurídica; Llewellyn aconseja no ir en contra de ciertas características para evitar que la regla se haga ineficaz.

La experiencia costarricense sugiere que en la formación de un sistema jurídico eficiente y equitativo, las características nacio-

(Recopilación de Usos, Costumbres y Prácticas Mercantiles Seguidas en España, Madrid, 1969). Muchas de las costumbres rurales han sido creadas precisamente para ayudar a quebrantar el impasse que un poder de negociación relativamente similar puede producir. Por ejemplo, cuando el comprador y el vendedor no pueden ponerse de acuerdo en el precio del ganado, es usual en muchas ferias de ganado en España permitir la intervención de un tercero, quien la costumbre denomina espontáneo o terciador que actúa como corredor bajo condiciones específicas (en 440). Otra costumbre es la de tomarse una ronda de tragos después de hacerse la venta (robla) para que el vendedor pueda dar a conocer los defectos no aparentes del ganado vendido y explicar cómo tratar con ellos en la mejor forma (en 443).

(205) Nuestra América, un artículo por José Martí en el periódico Mexicano, *El Liberal*, 27 de setiembre de 1889, transcrito en MARTÍ, 2 OBRAS COMPLETAS 107 (Habana 1953).

(206) *Id.*, en 287 *et seq.* Extractos enteros pueden encontrarse en Kozolchik, *Derecho y Evolución Social en América Latina*, 7 Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, pág. 33 (1967).

(207) LLEWELLYN, *supra* nota 192, en 67 *et seq.*

nales son muy importantes, pero en un sentido diferente al sugerido por los autoctonistas del siglo diecinueve. No son importantes en el sentido de que deben transformarse en derecho escrito, sino en el sentido de que no deben volverse obstáculos a la eficacia de una institución. Por eso es importante poder traducir el significado de las características nacionales al lenguaje de propensiones favorables o desfavorables hacia las instituciones jurídicas de desarrollo económico y determinar un contexto para poder diseñar una estrategia de eficacia. Debe de notarse, sin embargo, que es muy posible que tenga que hacerse una escogencia entre retener una característica nacional y poner en vigor una institución de desarrollo económico. En tal caso, obviamente, las metas pre-eminentes del desarrollo social, incluyendo aquellas que requieren la retención de determinada característica nacional y no solamente las de desarrollo económico, deben gobernar la elección.

4.—La Enseñanza del Derecho: El Conceptualismo Escolástico y La Apertura al Cambio

La enseñanza del derecho en Costa Rica, como en otros países Latino-americanos, es todavía en gran parte producto de los métodos de análisis y exposición que se usaron primeramente por los glosadores y post-glosadores medioevales y más tarde en el siglo XIX por los exégetas franceses.⁽²⁰⁸⁾ En su raíz, estos métodos son escolásticos o sea, dependen casi exclusivamente de técnicas deduc-

(208) Para una evaluación de los métodos usados en la educación Jurídica Costarricense por un Profesor de Derecho Chileno, véase A. BASCUÑAN VALDEZ, *EVALUACION DE LOS ESTUDIOS JURIDICOS EN LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA* (Universidad de Costa Rica 1965), en la pág. 35 *et seq.* En la pág. 36, el Profesor Bascuñan transcribe un extracto de una Orden Real Española del 21 de setiembre de 1551, creando la primera universidad y escuela de derecho de México diseñada a semejanza de la Universidad de Salamanca, que a su vez fue diseñada a semejanza de la Escuela de Bolonia fundada en 1160; sobre la historia de las Facultades de Derecho Mexicanas, véase L. MENDIETA, *HISTORIA DE LAS FACULTADES DE DERECHO* (México 1956), cit. por Bascuñan, (para una descripción general, véase nota en 140). Para una discusión interesante de la metodología usada en la enseñanza en Facultades de Derecho Suramericanas y particularmente en Uruguay, véase una monografía por SANCHEZ FONTANS, *METODOLOGIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CIVIL* (Montevideo 1952). Una discusión sobre las actitudes filosóficas fundamentales en la educación legal latino-americana pueden encontrarse entre otros, M. Reale, *As Facultades de Direito na Historia do Brasil*, 56 *Revista de Universidad de Sao Paulo Faculdade de Direito* 256 (1961); C. J. Gutiérrez, *Prólogo al CURSO DE DERECHO MERCANTIL*, KOZOLCHYK y TORREALBA, *supra* nota 3; B. Kozolchik, *Reflexiones en Torno a la Enseñanza del Derecho en el Hemisferio Occidental*, 16 *Lecturas Jurídicas* 3 (Chihuahua, México 1963) y 7-8 *Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado* 11 (1967).

tivas en su búsqueda de conceptos abstractos. Se rechaza el empirismo al tratar de lograr un raciocinio "puro" y de esta forma los conceptos jurídicos deducidos frecuentemente nacen huérfanos de contenido socio-económico con excepción del implícito en las definiciones de términos utilizados en las premisas mayores.⁽²⁰⁹⁾

Como se aplicó primero al Corpus Iuris Civilis, de Justiniano, la escolástica produjo definiciones, distinciones y clasificaciones de las instituciones jurídicas romanas. Muchas de estas definiciones y clasificaciones revelan la influencia directa de conceptos Aristotélicos tales como el de la "esencia" o el de la "causa",⁽²¹⁰⁾ y otras como las dicotomías indirectamente inspiradas por Aristóteles pero ya con un indudable sello teológico medioeval. De aquí provienen clasificaciones tales como la de lo "externo" e "interno", "perfecto" e "imperfecto", "personal" y "real", "objetivo" y "sub-

(209) La descripción del método escolástico en relación con el trabajo de los glosadores puede encontrarse en VINOGRADOFF, ROMAN LAW IN MEDIAEVAL EUROPE 42, 70 (1968), particularmente en 56 *et seq.*, donde él ilustra las distintas etapas de razonamiento escolástico. Para una descripción de las bases filosóficas de la escolástica jurídica, véase R. SOHM, INSTITUCIONES DEL DERECHO PRIVADO ROMANO 81 *et seq.* (Traducción al Español del Alemán, México 1951); también F. WIACKER, HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO DE LA EDAD MODERNA (Traducción al español del alemán, Madrid 1957) especialmente en 37 *et seq.*, donde se hace una clara distinción entre el método escolástico usado por los glosadores y post glosadores y el usado en el Siglo XIX por los Pandectistas alemanes:

"Los glosadores han trabajado críticamente los textos romanos, los han explicado y ordenado según un sistema de enseñanza, aparentemente del mismo modo que la ciencia pandectística del siglo XIX. Pero los glosadores no querían, como lo hace la ciencia moderna, ni entender históricamente, ni enjuiciar a la justicia ante el tribunal de la razón liberada de supuestos previos, ni siquiera "hacerla útil para la vida práctica". Más bien pretendían asegurarse de la verdad absoluta de un texto irrefutable mediante el órgano (proporcionado por el propio Creador y para su servicio) de la razón. Esa relación entre razón y fe, que tan incesantemente ocupó al intelectualismo de la Edad Media, se basa en el idealismo neoplatónico, es decir, en la pretensión, que se remonta a Platón y originariamente a Parménides, de que todas las ideas tenían que responder también a una existencia metafísica. A esa idea se puede unir la incondicional veneración por la verdad de lo revelado o de lo tradicionalmente transmitido con el formalismo lógico que la escuela medieval había recibido de la antigüedad bajo-romana. A nosotros, en cambio, nos es difícilmente asequeble esa relación, porque al pensamiento moderno, surgido de la lucha de la razón liberada de supuestos previos contra la revelación y las tradiciones, fácilmente se le manifiesta como una contradicción el establecimiento de una autoridad superior a toda razón con los propios medios de la razón. Pero solo el pathos emancipativo de la razón, que se ha emancipado de la fe, experimenta un antagonismo. Así la creencia de los juristas medievales de que el *Corpus Iuris* es la razón hecha letra, la *ratio scripta*, hoy ya no es para nosotros efectiva..."

(210) En su *Tópica*, Aristóteles describe una definición como "una frase que significa la esencia de alguna cosa". Una característica esencial, a su vez, se define en *Analytica Posteriora* como una que "no se predica de un asunto que no sea ella misma", y las causas se clasifican en su metafísica en materiales, eficientes, finales y formales. Véase MCKEON, THE BASIC WORKS OF ARISTOTLE 191.116, 691 *et seq.* (sin fecha). Véase también WIACKER, *supra* nota 209, en 40.

jetivo".⁽²¹¹⁾ Aplicadas al estudio de los Códigos Latino-americanos de inspiración europea, estos implementos escolásticos enseñaron a los estudiantes a distinguir, por ejemplo, lo que era derecho "civil" de lo que era el "comercial", o lo que era el "público" de lo que era el "privado", o a diferenciar entre un contrato, un derecho in rem y una concesión administrativa.

En Bologna, el análisis lógico y gramatical de los textos romanos (prolego y scindo) fue seguido por ilustraciones del significado (casumque figuro), la búsqueda de una autoridad (do causas) y por un refinamiento de conceptos (distinctionis, amplificatio-nis).⁽²¹²⁾ Igualmente, en América Latina, el significado de las reglas codificadas se establece primero a través de un análisis de reglas y de sus componentes gramaticales y lógicos (exégesis) y más tarde por una formulación sintética o dogmática de los conceptos fundamentales encerrados, por así decirlo, en los códigos o sistemas normativos.⁽²¹³⁾ Es por ello que tanto en Bologna, como en la América Latina, el Derecho como objeto del conocimiento sufrió un aislamiento progresivo de sus determinantes socio-económicos.

Los defectos de este método son aparentes. En primer lugar, reduce la realidad jurídica conceptual sólo a lo que puede ser enunciado axiomáticamente o de manera en que deducciones sistemáticas sean posibles; una premisa o concepto que no permita

(211) Véase, por ejemplo la dicotomía de gran influencia en el derecho contractual de contratos perfeccionados y no perfeccionados, particularmente con respecto a la trasmisión de la pérdida del objeto vendido, en el Comentario de Baldus al Digesto 18.6.7. en DIGESTUM VETUS PANDECTARUM IURIS CIVILES (Lugduni 1560): "*Perfecto contractu periculum est emptoris, contractus autem dicitur perfectus si sit celebratus pure, quod vixit certa, pretium certum. Si autem per dependentiam de futuro non dicitur contractus perfectus*". Sobre la clasificación "personal" "real" de los estatutos, Véase II CONTINENTAL LEGAL HISTORY SERIES 52 *et seq.* (1914). Véase también el comentario de Baldus a D. 1. 3. 31 definiendo y clasificando la costumbre como un derecho "incorpóreo". La influencia teológica en las dicotomías legales es aparente en el Siglo XVIII en los clásicos franceses, tal como el *Tratado sobre Obligaciones* de Pothier que empieza su escrito mostrando una clasificación de perfecta-imperfecta entre las obligaciones y a menudo apoya sus referencias al derecho consuetudinario Romano y Francés, con citas de Santo Tomás de Aquino SUMMA THEOLOGICA. Véase, por ejemplo, 1 *Obligaciones* 68, S 109 (Traducción al Inglés 1802).

(212) WIACKER, *supra* nota 209.

(213) Durante el segundo cuarto del Siglo XIX el Método puramente exegético de redacción para los libros de texto comenzó a ser reemplazado por tratados que discutían los asuntos de acuerdo con su lugar e importancia en un esquema doctrinario independiente de la organización del Código i, ver por ejemplo a Aubry y Rau en *Curso de Derecho Civil Francés* (3ª Edición París 1856). Una excelente ilustración del libro de texto puramente exegético en América Latina es CALVA Y SEGURA, INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL SEGUN EL CODIGO DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA (México 1875).

deducciones relacionadas con todo el sistema silogístico no es mercedora de análisis o estudio y por ende de enseñanza. Esta limitación es responsable de la actitud un tanto despectiva de muchos profesores latinoamericanos hacia al análisis de decisiones judiciales o administrativas que ellos descartan como razonamientos inferiores o como mera "casuística". En segundo lugar, el método de inspiración escolástica tiende a ignorar el propósito de la institución jurídica aislándola de su fundamento de hecho. La transformación de un propósito institucional, en sí mismo, no es objetable siempre que la institución desempeñe una función útil. La utilidad, sin embargo, a menudo es pasada por alto conforme se multiplican los conceptos en un vacío silogístico. Y así al final del razonamiento sólo hay mayor confusión respecto a la solución del problema que la institución pretendió solucionar.⁽²¹⁴⁾

El tercero y posiblemente el más dañino resultado de la conceptualización escolástica es que fomenta lo que puede ser descrito como la falacia de autarquía o "cosificación" conceptual. Se llega a creer que los conceptos tienen existencia real (social) por el mero hecho de que ellos puedan ser formulados lógicamente. Y una vez que son "cosificados" se les dota del poder de excluir cualquier realidad incongruente con su formulación. La exclusión de la realidad, por supuesto, es antagónica al cambio institucional. Así, si una hipoteca se define como un derecho real, accesorio, e indivisible, un gravamen constituido con anterioridad a la obtención del préstamo (obligación principal) y cuya garantía se establece sobre una porción divisible de los bienes no podría, por lo limitado de la definición, ser considerado como una hipoteca, lo cual además de ser inconveniente económicamente es, desde un punto de vista histórico, jurídicamente debatible. Pero hay más, en función de la

(214) Por ejemplo, el concepto de empresa (*impresa, empresa*) ha recibido enorme atención de los profesores Italianos y Latinoamericanos de Derecho Comercial desde su adopción en 1942 por el Código Civil Italiano. En la forma, el concepto de empresa era una respuesta al tipo fascista de economía (Véase Promulgación, Decreto y Artículos 2085 y 2088 del Código Civil Italiano (ed. F. Carnelutti, W. Bigiavi ed. 1961). El origen fascista y el propósito de la empresa ha sido olvidado y el concepto ahora pertenece al reino del escolasticismo. Según se afirma sirve para delimitar el campo de lo que es el derecho comercial en contraste con el derecho civil. Por lo tanto, ha sido subdividido, entre otros conceptos, en un "acto" y un "objeto". Sin embargo los problemas a los cuales el concepto de 1942 estaba dividido aunque no han sido resueltos, permanecen ignorados por la mayoría de los profesores de derecho comercial de los países latino-americanos. Así, los principios que deben regir la competencia empresarial o que deben proteger al público y al mercado de bienes y servicios frecuentemente son inexistentes en muchos de los países cuyo sistema de derecho comercial se dice que ha sido basado en el concepto de empresa. Sobre este punto, véase KOZOLCHYK Y TORREALBA *supra* nota 3, en págs. 13-34.

conclusión escolástica del numerus clausus bien podría incluso negársele su carácter de gravamen o de derecho real.⁽²¹⁵⁾

Claramente, el problema de tal enfoque desde un punto de vista analítico y didáctico es su incapacidad de tomar en cuenta las limitaciones de la razón, pura o abstracta, particularmente cuando se usa no sólo como un implemento descriptivo o sintetizante de la realidad jurídica, sino también como un método de evaluación. Para la evaluación de las instituciones jurídicas, desde cualquier punto de vista socio-económico, se requiere más información que la disponible en la lógica formal.⁽²¹⁶⁾ El razonamiento

(215) El texto parafrasea la respuesta dada por un consejero legal de un banco central latinoamericano a una propuesta de un organismo internacional para financiar casas a bajo costo a través de la emisión de bonos hipotecarios. Para algunos comentarios interesantes sobre cómo la indivisibilidad no es esencial a la "naturaleza jurídica" de la hipoteca en el derecho civil, véase DORTA DUQUE, CURSO DE LEGISLACION HIPOTECARIA 136 (Habana 1945).

(216) Es importante que esta falla de la lógica formal no se confunda con los "métodos y objetivos de la ciencia legal Germana en el Siglo XIX", como lo hizo recientemente Steiner, *supra* nota 171, en 65 *et seq.* En primer lugar el conceptualismo escolástico, como se demostró al principio, estaba profundamente consagrado en la educación legal Latino-americana en la época en que las obras de los Pandectistas llamaron la atención de lo que todavía es un número muy pequeño de estudiantes Latino-Americanos. F. K. SAVIGNY-SYSTEM DES HEUTIGEN ROMISCHEN RECHTS (Berlín 1840-49). Fue traducida al Español sólo una vez en Madrid en 1878-79, y aunque fue ampliamente citado por sus puntos de vista sobre la naturaleza jurídica de la posesión, se ha leído poco. Nunca se convirtió en una lectura recomendada o sugerida en la educación legal latino-americana. La obra de G. F. PUCHTA LEHRBUCH DER PANDEKTEN (Leipzig, Breit 1838), de acuerdo con el catálogo de Libros Impresos del Museo Británico (Londres, Edición fotolitografiada al 1955), pág. 400, se tradujo solamente al Ruso, un idioma tan inaccesible para la mayoría de los estudiantes latino-americanos como el Alemán original. Y B. WINDSCHEID'S LEHRBUCH DES PANDEK TENRECHT (Dusseldorf 1862), de acuerdo a la misma fuente (vol. 259, pág. 296) se tradujo sólo al Italiano en 1887 y ha sido citado profusamente, pero poco leído en Latinoamérica. En segundo lugar, aunque el escolasticismo y el Paudektenrecht tienden a morar en lo que Von Ihering una vez en son de burla, pero aptamente, describió como "el cielo de conceptos legales", existen entre ellos hondas diferencias. Tal vez, la más importante de estas diferencias se encuentra en el historicismo que caracteriza al Pandectismo. Sin tomar en cuenta si el Pandectista era "Romanista" o "Germanista", el Pandectista tenía que comprometerse a un examen retrospectivo de las instituciones jurídicas para construir su sistema. En este proceso se produjeron algunas de las investigaciones más sobresalientes de historia del derecho conocidas por el hombre. Todas las fuentes posibles del derecho incluyendo, en muchos casos el derecho consuetudinario o de las sentencias judiciales, se tomaron en cuenta para construir sistemas de interpretación. Dentro de los confines del historicismo jurídico, por lo tanto, el esfuerzo en tales casos, fue realmente empírico. Falló en su intención de elaborar un conjunto de reglas de derecho viviente por la sencilla razón de que tal esfuerzo no puede ignorar a los datos socio-económicos subyacentes al derecho. La confusión de STEINER es evidente, ya que él le achaca a los Pandectistas y a la ciencia jurídica Germana del Siglo XIX, la tendencia de "sujetar los conceptos básicos del sistema legal a un examen riguroso". En la página 66, mantiene que "La ley escrita —su significado lógico e interpretación— era el principio y tal vez el punto final de la discusión...". Sin embargo, en páginas 70-71, culpa a la educación jurídica Brasileña porque "la Escuela de Derecho no entrena a los estudiantes adecuadamente en la pericia del razonamiento analítico, lógico y analógico". (Énfasis agregado). La fuente de confusión es la posible falta de percepción de los varios significados del razonamiento "lógico". Sobre esto, véase *infra* notas 217, 218.

valorativo o el implícito en la creación, interpretación, modificación y reemplazo de las instituciones jurídicas es, como se percibe cada día más por la doctrina continental europea y anglo-sajona, no axiomático, sino "tópico" u orientado por naturaleza hacia los problemas que rodean al derecho.⁽²¹⁷⁾ Las conclusiones, en la forma de conceptos, reglas o principios de interpretación, no pueden derivarse de principios inmutables e indiscutibles. Más que el producto de lo que describe un filósofo jurídico español como "lógica de lo racional", ellas deben ser el producto de la "lógica de lo razonable".⁽²¹⁸⁾

Una vez que la enseñanza jurídica perciba al derecho como una disciplina orientada hacia los problemas del devenir social y al sistema jurídico como un conjunto de instituciones creadas con propósitos dados, el funcionamiento de estas instituciones dejará de ser ignorado como objeto de estudio. La capacidad de respuesta y la eficacia, la equidad y la eficiencia de las normas y conceptos serán evaluados como los complementos necesarios de un análisis lógico, y el prototipo del hombre de desarrollo económico asegurará su lugar entre las categorías más importantes del pensamiento jurídico.

(217) En Alemania, véase, entre otros, T. VIEHWEG'S TOPIC UND JURISPRUDENZ (1953); M. KRIELE, THEORIE DER RECHTSGEVINNUNG (1967); en Estados Unidos, véase Yntema, *The Rational Basis of Legal Science*, 31 *Columbia Law Review* 825 (1931) y *The Implications of Legal Science*, 10 *New York University Law Quarterly Review*, 279 (1933); *Ciencia Jurídica y Derecho Natural, Apropos of Viehweg, Topik und Jurisprudenz*, 2 *Revista de Derecho Interamericana* 207 (1960); y Bodenheimer, *A Neglected Theory of Legal Reasoning*, 21 *Journal of Legal Education* 373 (1969). El punto de vista común en todos estos escritos es que la técnica del pensamiento jurídico ha avanzado poco más allá del método de disputa dialéctico descrito por Aristóteles como uno donde uno razona con base a opiniones generalmente aceptadas antes que con base a axiomas o verdades evidentes por sí mismas. Por opiniones generalmente aceptadas él quería decir "aquellas que aparecen como imperativas a todos o a la mayoría de los ciudadanos sensatos". *Supra* nota 10, en 188. Y, como concluyen Yntema y Viehweg, la ciencia legal-formal o axiomática fracasa porque supone que las relaciones legales no están condicionadas por el derecho que ellas están destinadas a explicar, ignorando por lo tanto, que "en el último análisis el sistema jurídico debe hacer justicia". Yntema, *op. cit.*, en 216.

(218) Véase Recansens Siches, *La Lógica Material del Derecho*, 1965. Archivos para Filosofía del Derecho y Filosofía Social 269, cit. por Bodenheimer, *supra* nota 217, en 399.

INDICE

| | Pág. |
|---|------|
| I.—Introducción | 5 |
| A) Breve historia y descripción del Proyecto de Reforma Jurídica | 5 |
| B) Criterio de Evaluación del Desarrollo Jurídico: Estado y Grado | 10 |
| C) Metodología y Terminología de Evaluación | 11 |
| II.—La Ley de Fomento Industrial de 1959 | 14 |
| A) Rasgos Básicos | 14 |
| B) Factores en la Promulgación de la L.F.I. | 17 |
| C) Efectividad de la L.F.I. | 25 |
| D) Evaluación | 29 |
| III.—El Derecho y La Formación de Capital en Sociedades Comerciales | 31 |
| A) Introducción | 31 |
| B) La Redacción de los Artículos del Código | 31 |
| C) Los Objetivos de los Codificadores | 32 |
| D) Demandas, Aspiraciones, Expectativas y Propensiones | 34 |
| E) El Comportamiento del Derecho de las Sociedades Comerciales | 37 |
| F) La Sociedad Anónima Costarricense | 39 |
| 1.—Propiedad y Control | 39 |
| 2.—Tributación y Formación de Capital | 40 |
| 3.—Dirección, Derechos de Minorías y Formación de Capital | 43 |
| 4.—Intermediarios y Formación de Capital | 45 |
| 5.—La Suscripción Pública de Acciones | 46 |
| G) Evaluación | 48 |

| | |
|--|----|
| IV.—El Crédito al Consumidor y El Derecho | 49 |
| A) Introducción | 49 |
| B) El Asalariado como Usuario de Crédito | 49 |
| 1.—Descripción | 49 |
| 2.—Conclusiones | 55 |
| C) Regulación del Crédito. Sus Objetivos y Rasgos Básicos | 56 |
| D) Fuentes de Crédito al Consumidor | 59 |
| 1.—Casas de Préstamo o Empeño, Oficiales y Privadas | 59 |
| 2.—Prestamistas | 62 |
| 3.—Pulperías | 63 |
| 4.—Ventas al Por Menor a Plazos | 64 |
| 5.—Bancos, Cooperativas y Compañías Financieras | 66 |
| E) El Comportamiento de Instituciones Jurídicas | 69 |
| 1.—Introducción | 69 |
| 2.—Dualismo Institucional | 70 |
| 3.—Desplazamiento de Instituciones Oficiales | 71 |
| 4.—Personalización de la Obligación | 72 |
| 5.—Ejecución Postergada | 74 |
| F) Evaluación | 75 |
| G) Conclusiones | 78 |
| V.—Los Elementos de una Teoría del Derecho en el Desarrollo Económico | 81 |
| A) El Contexto Económico y el Prototipo de un "Hombre de Desarrollo Económico" | 81 |
| B) La Función Indispensable del Sistema Jurídico | 86 |
| C) Principios Económicos sobre la Efectividad Jurídica | 89 |
| 1.—Escasez, Efectividad Jurídica y Simulación | 89 |
| 2.—El Principio de Costo Marginal y la Escogencia Institucional | 92 |

| | |
|---|-----|
| D) Estrategias Jurídicas del Desarrollo | 93 |
| 1.—Escogencia entre Mecanismos Creadores del Derecho | 96 |
| 2.—El Uso de la Codificación | 97 |
| 3.—Derecho Consuetudinario y Características Nacionales | 99 |
| 4.—La Enseñanza del Derecho: | |
| El Conceptualismo Escolástico y La Apertura al Cambio | 101 |

APUNTES SOBRE EL ORIGEN HISTÓRICO DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA

DR. ENRICO DELL'AGUILA
Asistente de la Universidad
Católica de Milán.

La así llamada condición resolutoria tácita, prevista por el art. 692 de nuestro código civil, es una creación del derecho consuetudinario francés. En efecto el derecho romano no la había contemplado, por lo menos en relación a los contratos típicos o nominados, es decir con arreglo a aquellos contratos tradicionales típica y singularmente diferenciados y reglamentados por normas a ellos peculiares, los cuales se formaban y perfeccionaban sea con el simple consentimiento (**Consensu**) de las partes (contratos de compra-venta, arrendamiento, sociedad y mandato), sea por medio de la entrega (**traditio**) de la cosa (**re**) (contratos de mutuo, depósito, comodato y prenda), estos últimos llamados además contratos reales por ser la entrega de la cosa elemento constitutivo de la relación contractual que no se formaba con el simple consentimiento, como acaecía con los contratos nominados del primer grupo, por este motivo llamados consensuales.⁽¹⁾

Como se decía, en los contratos nominados —que eran los más importantes y más utilizados en la práctica contractual por ser susceptibles de satisfacer la casi totalidad de las exigencias del

(1) A estos contratos nominados o típicos, reales o consensuales que fueran, se contraían los contratos innominados o atípicos. Innominados se llamaban aquellos contratos que no tenían un nombre o denominación propia siendo de nueva formación y no susceptibles de ser encajados en ninguna de las formas o esquemas típicos y bien definidos de los contratos nominados. Estos contratos innominados fueron el producto y al mismo tiempo la señal del desarrollo y desenvolvimiento de la sociedad romana que en el curso de los siglos mudó su carácter de pequeña comunidad agrícola y nacional en aquella de inmenso conjunto de gentes de distintas razas y nacionalidades dedicadas a las actividades más variadas. Ahora bien, habiendo incurrido la sociedad romana en cambios tan radicales, es evidente que las posibles formas típicas de contrato establecidas y reconocidas por la tradición a un cierto punto ya no fueran suficientes para satisfacer todas las nuevas exigencias y necesidades del tráfico, y así el derecho se encontró en la necesidad de reconocer y considerar jurídicamente válido cualquier contrato consensual que pudiera encasillarse en uno de los cuatro esquemas del cambio: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*.

comercio jurídico entre los ciudadanos— la falta de cumplimiento de una parte no comportaba, para la otra que cumplía con sus obligaciones, la facultad de pedir la resolución del contrato. Así por ejemplo el vendedor no podía demandar la resolución de la venta con motivo de la falta de pago del precio por parte del comprador.

A este punto podríamos con razón preguntarnos cuáles medios efectivos de defensa proporcionaba el derecho de Roma para el vendedor que había entregado la cosa vendida al comprador sin recibir el precio pactado.⁽²⁾

Con arreglo al derecho romano de los tiempos de Justiniano la contestación a esta pregunta sería muy fácil ya que, como regla general, en relación a los contratos, sea nominados o innominados, y a pesar de que los contratos se perfeccionasen con el consentimiento de las partes además de la ejecución de la prestación por parte de uno de los contratantes, la propiedad de la cosa no se transmitía al comprador u otro contratante antes del efectivo pago del precio o de la ejecución de la contraprestación. Por esto hasta entonces el vendedor-propietario podía ejercer la acción reivindicatoria reclamando en juicio la cosa.⁽³⁾

Por lo que se refiere al derecho romano clásico y con arreglo a los contratos innominados existía una situación idéntica a aquella que hemos visto que regía en los tiempos de Justiniano para todos los contratos consensuales, nominados e innominados, es decir, que el contrato nacía solamente cuando concurrían estas dos circunstancias: 1) consentimiento o acuerdo de las partes, 2) ejecución de la prestación por parte de uno de los contratantes. Antes de que estas dos condiciones no se hubiesen producido, ni siquiera había un problema de protección del contratante de buena fe ya que no había aún ningún contrato y ninguna de las partes tenía medios legales para coaccionar a la otra a ejecutar su prestación.

(2) En caso de que el vendedor no hubiera hecho entrega de la cosa, como regla general, y si las partes no habían pactado que el pago fuera hecho después de la entrega, el vendedor podía rehusarse de entregar la cosa por medio de la "exceptio inadimpleti contractus", es decir, podía pretender que la entrega y el pago tuviesen lugar simultáneamente.

(3) Véase Int. 11, 1 par. 41: "venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditor pretium solvet vel alio modo ei satisfecerit veluti expromissione aut pignore dato" (cuando una cosa es vendida y entregada no se vuelve propiedad del comprador si este no paga el precio al vendedor o no satisface de otra forma como por ejemplo por medio de la expromisión o de la prenda).

Ahora bien, en favor de la parte que había cumplido con sus obligaciones había dos acciones que podían ser útilmente utilizadas: la *condictio causa data causa non secuta* y, por lo menos durante cierto plazo histórico, el así llamado *jus poenitendi*. El *jus poenitendi* o derecho de arrepentirse consistía en la facultad, reconocida a la parte que había ejecutado primero su prestación y hasta cuando la otra no hubiese cumplido, de cambiar de parecer, considerar el contrato anulado y pedir así la restitución de la cosa a pesar de que la otra parte estuviera eventualmente dispuesta a ejecutar lo pactado. Pero como es fácil de comprender, fue esto un remedio muy perjudicial para el tráfico jurídico y la seguridad de los derechos y así no tuvo vida larga siendo definitivamente abandonado por el derecho de Justiniano. La otra acción prevista por el derecho romano clásico para los contratos innominados y en favor de la parte que había cumplido con sus obligaciones, fue, como hemos dicho, la *condictio causa data causa non secuta* por medio de la cual, contra el contratante que no había ejecutado ni estaba dispuesto a ejecutar su prestación, se podía pedir la restitución de lo que había sido entregado.⁽⁴⁾

(4) Nos parece interesante citar el siguiente paso de Donello: (T. VIII, p. 755 sobre la ley 8 del Cód. de J. de Contrah. empt.) "Quod ab causam datum est, causa non secuta, condici et repeti potest ; quod si res tradita sit ex eo contractu, qui proprium nomen habet, cassat repetitio ; ergo si, ex emptionis causa, tibi stichum dem, ut mihi decem des, nulla est dati repetitio, quoniam emptio et venditio proprium nomen est contractus. Differentiae ratio inter contractus innominatos et contractus qui nomen habent, in hanc repetitionem rei ab causam datae, non est in nominibus contractuum ne erremus. Nam nomina contractuum de re nihil mutant ; sed differentiae ratio in re est. Est autem haec certa regula, quod in conventionibus, quae in proprium nomen contractus non transeunt, is qui rem dat, ut etiam accipiat, non obligatur; nam ante rem traditam non obligatur, etiamsi convenisset ut daret; proinde nec obligatur, si rem dederit; quoniam etiamsi prius obligatus esset ea traditione liberatur. Proinde, nulla obligatio ei obstat, quominus traditum recta repetat, et ob causam datum, causa non secuta ; at, in emptione venditione, similibusque contractibus, qui in proprium nomen transeunt, obligatio contrahitur ex ipsa conventionione; unde dicitur obligatio contrahi solo consensu; hinc fit ut emptor, etiam re vendita non sibi tradita, habeat actionem ad rem venditam petendam; nempe ex empto. Quod si actionem habet, re non tradita, multo magis re tradita, habebit exceptionem ad eam rem retinendam; justa regulam juris: cui damus actionem, eodem, multo magis exceptionem competere". (Lo que ha sido dado, sin que le siga la contraprestación puede ser repetido y reclamado ; sin embargo, si la cosa ha sido entregada con motivo de uno de los contratos que tienen su propio nombre, ya no hay derecho de repetición ; así por ejemplo, si a causa de una compraventa, yo te di una finca para que tú, a cambio, me dieras diez denarios, no hay ninguna manera de pedir la restitución de lo que te he dado, ya que la compraventa es un contrato que tiene nombre propio.

La razón de esta diferencia está en este motivo: es regla cierta que en los convenios que no adquieren una típica denominación contractual, el que entrega una cosa para adquirir algo, no queda obligado; en efecto, antes de entregar la cosa no está obligado a entregarla, aunque haya pactado de entregarla; igualmente tampoco queda obligado si hubiera entregado la cosa, ya que en este caso, con la entrega de la cosa, queda libre de obligación. Y por esto nada puede impedirle de repetir lo que ha entregado si el otro contratante no ha ejecutado la contraprestación. Sin embargo, en las compraventas, y en contratos similares que adquieren una denomina-

Es importante destacar que la **condictio causa data causa non secuta** no sólo no podía ser utilizada en los contratos nominados o típicos,⁽⁵⁾ sino tampoco, en favor de quien había ejecutado su prestación, en los negocios de **facio ut des** y **facio ut facias**, siendo materialmente imposible repetir una prestación de hacer (**facere**).⁽¹⁶⁾

Cabe añadir también que por medio de la acción **condictio causa data causa non secuta** se podía únicamente exigir la restitución de lo que se había dado y la parte que había cumplido no tenía ningún medio para coaccionar a la otra a ejecutar su prestación. Fue solamente con la introducción de la acción **prescriptis verbis** para los contratos innominados que el derecho romano dio también este poder al contratante que había ejecutado su prestación. Es interesante notar que no obstante algunas analogías entre

ción típica, la obligación se contrae con el mismo convenio, de ahí que se dice que la obligación se contrae con el simple consentimiento; de esta situación se sigue que el comprador, si la cosa vendida no le es entregada, tiene un derecho de acción para pedir la cosa que adquiere con la estipulación de la venta. Y si tiene una acción en caso de que la cosa no le sea entregada, aun con más razón, una vez que la cosa haya sido entregada, tendrá una excepción para defenderse y quedarse con la cosa, según la regla de derecho de que si se concede una acción, con más razón hay que conceder una excepción".

Como se ve, según el ilustre jurista el motivo de que la acción c.d.c.n.s. puede ser utilizada únicamente en los contratos innominados, se encuentra en el hecho de que estos contratos quedan perfectos solamente cuando las dos partes han ejecutado su prestación. Antes de este momento no habiendo en realidad ningún vínculo contractual, es lógico que la parte que ha dado algo pueda pedir la restitución de la cosa. Lo mismo no puede decirse con referencia a los contratos nominados o típicos ya que estos contratos si son consensuales se perfeccionan con el simple consentimiento y si son reales con el consentimiento y la entrega de la cosa. Y desde el momento que un contrato se perfeccionaba, los contratantes quedaban ligados a sus respectivas obligaciones sin que entre ellas hubiera una relación de interdependencia. De forma que en derecho romano clásico aunque las obligaciones de una de las partes no fueran ejecutadas o hasta se volvieran imposibles, la otra parte quedaba, no obstante esto, en la obligación de ejecutar, y no tenía medios legales de pedir la resolución del contrato si no había sido expresamente estipulado, como se verá, un pacto resolutorio llamado "lex commissoria".

(5) En esto esta acción se diferenciaba del *ius poenitendi* donde la anulación del contrato podía pedirse a discreción de la parte que había ejecutado la prestación aunque la otra parte estuviera dispuesta a ejecutar la suya. Otra diferencia cabía en el hecho de que mientras con el ejercicio del *ius poenitendi* el contrato quedaba anulado y las partes volvían a la misma situación jurídica en que se encontraban antes de cerrar el contrato, por medio de la c.c.d. c.n.s. Técnicamente el contrato continuaba rigiendo entre las partes las cuales quedaban ligadas a las obligaciones correspondientes.

(6) Véase Voet. Ad Pandectas, lib. X I, tit. IV par. I: "Condictio causa data causa non secuta nascitur quidem occasione contractus innominati do ut des, vel do ut facias et do nec facias, non tamen ratione contractus facio ut des, vel facio ut facias, vel facio nec facias, eo quod facta naturali ratione repeti nequeunt, nec id quod factum est, infectum fieri". (La acción c.d.c.n.s. nace en ocasión del contrato innominado "doy para que des" o "doy para que hagas" y "doy para que no hagas" pero no con motivo del contrato "hago para que des" o "hago para que hagas" o "hago para que no hagas", ya que las cosas hechas por motivos naturales no pueden ser repetidas y lo que ha sido hecho no puede ser deshecho).

la acción romana **condictio causa data causa non secuta** y la acción resolutoria reglamentada por el art. 692 de nuestro código civil, éstas, si bien se mira, son bastante superficiales. En efecto, aparte de que la acción resolutoria sea un remedio general para todos los contratos bilaterales y la acción **condictio causa data causa non secuta** podía ser utilizada únicamente para los contratos innominados, cabe destacar que la acción romana en la realidad ni era una acción contractual siquiera, ya que, como hemos visto, podía ser ejercida para repetir lo que se había dado cuando aún no se había recibido la contraprestación, en cuyo momento y no antes, el contrato quedaba perfecto. Por el contrario, la simple lectura de la última parte del art. 692 de nuestro código civil nos revela muy claramente que la acción resolutoria presupone la existencia del contrato: "En este caso (o sea en caso de falta de cumplimiento) la parte que ha cumplido puede... exigir el cumplimiento del convenio o pedir se resuelva (el convenio) con daños y perjuicios". Es evidente aquí que para que se pueda resolver un convenio o contrato es presupuesto lógico necesario que haya este convenio o contrato. Hay que añadir que con la acción "**causa data causa non secuta**" solo se podía exigir la restitución de lo que se había dado y no había lugar para pedir además el resarcimiento de los daños y perjuicios, mientras, al contrario, del texto del dicho artículo se desprende claramente que en caso de incumplimiento en un contrato bilateral no solamente se puede pedir la resolución del contrato, sino por añadidura los daños y perjuicios sufridos por la parte que ha ejecutado su prestación.

Pero es tiempo de volver a tratar del asunto objeto de nuestra investigación y ocuparnos de los remedios y acciones que el derecho romano clásico ofrecía, en los contratos nominados y típicos, en defensa de la parte que había cumplido con sus deberes ejecutando la prestación.

Con respecto a este asunto vamos a considerar únicamente el contrato de compra-venta por ser el único entre los contratos nominados que preveía un instituto jurídico que tenía alguna analogía con el asunto que nos ocupa. Al respecto cabe establecer una premisa de carácter general. A consecuencia de la falta de claridad y de las interpolaciones de los textos del Digesto no hay unicidad de opinión entre los estudiosos de derecho romano sobre el particular de si la propiedad de la cosa vendida pasaba al com-

prador por medio y al momento de la simple entrega (*traditio*) o si hacía falta también el pago del precio.

De todas formas lo que parece cierto es que en los tiempos del derecho romano clásico era muy empleada en las contrataciones entre comerciantes la así llamada "*lex commissoria*" que consistía en una cláusula añadida de manera expresa al contenido del contrato por la cual el contratante que había cumplido con sus obligaciones tenía derecho de pedir la resolución del contrato por motivo de la falta de cumplimiento de la otra parte. Dado que el amplio uso que se hizo de esta cláusula está históricamente comprobado parece que se pueda llegar a la conclusión de que sin la presencia de ella en el contrato no había otra manera jurídica de resolver el vínculo contractual, o por lo menos de exigir la restitución de lo que había sido entregado a la parte que se había quedado sin cumplir. Y nos parece claro que esta última circunstancia es sintomática de que era en el momento de la entrega de la cosa vendida que había seguramente transferencia de propiedad al comprador ya que de no ser así el vendedor hubiera podido ejercer en su calidad de propietario la acción reivindicatoria y no se explicaría entonces el empleo tan general de la *lex commissoria*.

Cabe destacar también que el derecho romano nunca llegó, de ninguna forma, a sobreentender la existencia en las compraventas de la *lex commissoria*, a pesar de que, como ya hemos dicho, su empleo fue muy extendido y usual entre los comerciantes.

Podemos entonces concluir esta breve incursión en el derecho romano afirmando que este derecho en ningún momento de su evolución elaboró una acción general que permitiera pedir la resolución de los contratos en caso de incumplimiento de una de las partes contratantes. Lo que los particulares podían utilizar bajo aquel derecho fue un cierto número de acciones o excepciones previstas para casos particulares y con referencia a ciertos contratos o grupos de contratos.

Por cierto esta circunstancia no podría de ninguna forma sorprender a los que estén un poco familiarizados con el estudio del derecho romano con respecto al cual es sabido que sus artífices siempre han huido de formulaciones de reglas abstractas, y han propendido en hacer hincapié en la resolución de casos concretos.

Como ya hemos señalado al principio de estos apuntes, es en Francia donde hay que buscar los verdaderos orígenes del ins-

tituto de la condición resolutoria tácita y más concretamente en los así llamados pueblos del "*droit coutumier*" al norte del Loira, en donde, diversamente de las regiones meridionales del "*droit écrit*" (en las que regía el derecho romano), el influjo del derecho romano se manifestó de forma indirecta y subsidiaria siendo en primer lugar regidos por los usos y las costumbres. En estos pueblos del norte de Francia el pacto comisorio había de tal forma entrada en el comercio jurídico de los particulares, sobre todo en los contratos de compra-venta, que ya se había vuelto una cláusula de uso. Y es muy breve el paso de cláusula de uso a cláusula tácita, es decir aquella cláusula que el ordenamiento jurídico presume forma parte integrante del contrato estando en él incluida por la voluntad inexpresada de las partes. Así ocurrió que en estas regiones de Francia los tribunales empezaron poco a poco a reconocer a los vendedores la facultad de pedir la resolución del contrato de compra-venta por falta de pago del precio aunque las partes no hubiesen expresamente introducido en el contrato el pacto comisorio. Pasando el tiempo, motivos de equidad y consideraciones prácticas acabaron por introducir el concepto de condición resolutoria tácita en todos los contratos bilaterales. Cabe señalar a este punto que lo de presumir una tácita voluntad de los contratantes ha sido en todos los tiempos un medio para justificar y dar base jurídica a aquello que en la realidad representa la introducción en el ordenamiento de una nueva regla de derecho objetivo. Se trata de una típica ficción jurídica por medio de la cual se cambia el derecho en vigor aparentando sin embargo que ninguna variación se realiza en el orden jurídico y sólo se está tutelando la voluntad de las partes.

En la literatura jurídica, es en la obra "*Les Lois civiles*" del jurista francés Domat, donde se encuentra formulada por primera vez claramente la regla que sanciona, en favor de la parte que cumple, la facultad de poner fin, por resolución, al contrato por falta de cumplimiento de la otra (Lib. I sec. VI art. XI): "*L'inexécution des conventions de la part de l'un des contractans, peut donner lieu à la résolution, soit qu'il ne puisse ou qu'il ne veuille exécuter son engagement, encore qu'il n' y ait pas del clause résolutoire. Comme si le vendeur ne délivre pas la chose vendue. Et dans ces cas la convention est résolue, ou d'abord s'il y en a lieu, ou après un délai arbitraire et avec les dommages et intérêts*"

que l'inexécution peut avoir causés". Es importante destacar en este pasaje que la facultad, por la parte que cumple, de pedir la resolución subsiste tanto en caso de que el otro contratante "no pueda" como en caso de que "no quiera ejecutar su prestación". En otras palabras para la resolución del contrato, según Domat, no es necesario que exista culpa o dolo en quien no cumple, siendo suficiente una objetiva situación de incumplimiento aunque esta dependa de fuerza mayor o caso fortuito. La base jurídica de esta facultad de resolución, según Domat, se encuentra en la voluntad de los contratantes que "no quieren que el contrato subsista, sino en caso de que cada uno cumpla con sus obligaciones" (lib. I tit. II, sec. 12, art. XIII obra cit.: "**Car les contractans ne veulent que le contrat subsiste, qu'en cas que chacun exécute son engagement**"). En otras palabras la regla se justificaría por la misma razón que está a la base del nacimiento en las obligaciones recíprocas: la voluntad de las partes, las cuales estipulan el contrato y están dispuestas a someterse a él, cumpliendo con las obligaciones relativas, en tanto que la otra parte contratante ejecute su prestación. En caso de que la otra parte no cumpliera, el contrato entraría en un estado por así decir "patológico", cesaría la misma razón de su nacimiento y por lo tanto aparecería justo y conforme al deseo de los contratantes en la mayoría de los casos que el contrato pueda ser destruido y venga a cesar así sus efectos y las obligaciones que de él han nacido. En resumen, la voluntad presumida según el principio del "**id quod plerumque accidit**" es la razón jurídica que explica y justifica la facultad de resolución.

Cabe notar también —si bien entiendo el pensamiento de Domat— que según este jurista, en caso de incumplimiento sin culpa o dolo no sólo se puede resolver el contrato (lo cual está en armonía con la moderna doctrina y la jurisprudencia prevalentes), sino también los daños y perjuicios: "**En toutes conventions . . . celui qui manque à ceux où il est entré, ou qui est en demeure, soit qu'il ne le puisse, ou qu'il ne le veuille, sera tenu des dommages et intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, la qualité de l'inexécution, ou du retardement et les circonstances. Et s'il y a lieu de résoudre la convention, elle sera résolue avec les peines qui en devront suivre contre celui qui aura manqué d'exécuter son engagement**". Como es sabido, el derecho moderno ha rechazado esta regla muy severa en homenaje al principio de que sin culpa

o dolo no existe responsabilidad del deudor y no se le puede exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios. Este principio se encuentra claramente definido en los arts. 702 y 703 de nuestro código civil: "El deudor que falte al cumplimiento de su obligación . . . será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito". "El deudor no está obligado al caso fortuito . . ." Antes de acabar esta breve incursión histórica en la condición resolutoria tácita, me parece útil y oportuno, después de haber considerado los pasajes pertinentes de Domat, ocuparnos de la obra del otro gran tratadista francés: Pothier. Es sabido en efecto que fueron sobre todo las obras de Domat y Pothier que sirvieron de base e inspiración para la redacción del Código de Napoleón, es decir de la primera moderna codificación del derecho civil que a su vez fue tomada como base para las demás codificaciones europeas y de América Latina. Puede decirse en efecto que el estudio de los escritos de estos dos juristas representan la mejor introducción a las antedichas codificaciones. Ahora bien, en Pothier se puede encontrar una clara y autorizada confirmación del hecho de que la norma que establece la presunción de la existencia de una cláusula resolutoria en los contratos bilaterales, ha sido la consagración legislativa de un uso que había entrado en la práctica contractual francesa. Considérese a este propósito el par. n. 672 del **Traité des obligations** de nuestro Autor, donde, entre otras cosas, puede leerse: "**dans les contrats synallagmatiques, qui contiennent des engagements réciproques entre chacun des contractans, on met souvent pour condition résolutoire de l'obligation que contracte l'un des contractans, l'inexécution de quelqu'un des engagements de l'autre**". Lo que hay de más interesante en este pasaje es la frase: "en los contratos sinalagmáticos (es decir bilaterales) se emplea a menudo como condición resolutoria . . . el incumplimiento". Y me parece que esto de la frecuencia del empleo de la cláusula sea la mejor prueba del origen consuetudinario de la regla. Más adelante, en el mismo párrafo, el Autor añade: "**Quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention l'inexécution de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous, néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du marché, et conséquemment l'extinction de mon obligation**". Cabe notar aquí que la resolución, de cláusula usual empleada y puesta en los contratos, se ha vuelto

ya norma jurídica de naturaleza consuetudinaria y supletoria, la cual las partes siempre son perfectamente libres de abrogar en sus convenios particulares.

En el pensamiento del tratadista francés se encuentra también la distinción fundamental entre condición resolutoria en sentido propio y condición resolutoria tácita, que será más detalladamente desarrollada por los comentaristas de los códigos y la doctrina moderna.

En efecto, con arreglo a la resolución por falta de cumplimiento, Pothier dice: "**Mais il faut que je fasse prononcer le résiliation par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet...**", y más adelante: "**Mais cette extinction de mon engagement ne se fera pas de plein droit; elle se fera par la sentence qui intervient sur l'assignation que je vous donnerai...**". Como se ve, está claramente sentado el concepto de que la condición resolutoria tácita por falta de cumplimiento no obra de pleno derecho o automáticamente como sucede en la condición resolutoria ordinaria,⁽⁷⁾ sino que se hace necesaria una declaración de resolución por parte del juez a continuación de la relativa demanda judicial. Lo cual es también conforme con nuestro derecho. En efecto, según el par. 2º del art. 692 del código civil: "la parte que ha cumplido puede... pedir se resuelva (el convenio) con daños y perjuicios". En donde se evidencia que la facultad de pedir la resolución del convenio comporta el establecimiento de una demanda a la que seguirá la sentencia resolutoria del juez. En el párrafo 476 del *Traité du Contrat de vente* encontramos también lo que Pothier considera la explicación lógico-práctica de cómo surgió la costumbre de insertar en los contratos la condición resolutoria por falta de cumplimiento, que a continuación será presumida por el legislador: "**comme, le plus souvent, on ne peut, sans de grands frais, se faire payer de ses débiteurs, l'on admet un vendeur a demander la resolution du contrat de vente pour cause du défaut de paiement du prix, quoiqu'il n'y ait pas de pacte commissaire**". De modo que, como nos explica el tratadista, el uso de poner la cláusula resolutoria en los contratos nació y se estableció firmemente con el fin de proveer al vendedor, que se despojaba de la

(7) Véase el art. 690 de nuestro código civil: "La parte cuyo derecho se resuelve por el acaecimiento de la condición resolutoria...". Véase también el art. 691: "La persona cuyo derecho de propiedad se resuelve por el evento de la condición resolutoria...".

cosa sin recibir simultáneamente el precio pactado, de un medio para poder recuperar rápidamente la posesión de la misma en caso de incumplimiento por parte del comprador.

Sin embargo opino que esta exigencia de tutela a favor del vendedor tenga que ponerse en relación con el principio —también fruto de la doctrina y jurisprudencia francesas— según el cual el contrato de compra-venta produce inmediatamente y por medio del simple consentimiento de las partes, el efecto real de transferir la propiedad de la cosa del patrimonio del vendedor al del comprador. Claro está que en esta situación fue muy sentida la exigencia, en caso de falta de pago del precio por parte del comprador, de poder destruir el contrato y con este sus efectos traslativos del derecho de propiedad, de manera que el vendedor insatisfecho pudiese rápidamente volverse otra vez propietario de la cosa compra-vendida y en esta calidad ejercer la acción reivindicatoria evitando así la larga y costosa acción ejecutiva contra el patrimonio del comprador-deudor.

No se para aquí, sin embargo, la enseñanza de Pothier. Me permito al efecto citar otro pasaje más de su tratado sobre el contrato de venta del cual se deduce que este jurista advirtió con claridad otro importante problema relacionado con la resolución del contrato por falta de cumplimiento: que no cualquier incumplimiento puede dar lugar a la resolución de la relación contractual.

Es cierto, en efecto, que en homenaje a los principios de equidad y buena fe que rigen con arreglo a la ejecución de las obligaciones y a la dinámica de la relación contractual, un incumplimiento de poca importancia no puede ser invocado para pedir la resolución de una relación de la que nace una multitud de obligaciones a favor y en contra de las partes contratantes. Si cualquier incumplimiento, hasta uno de pequeña entidad, diera la facultad de resolver el contrato, esta posibilidad daría pie a fáciles abusos, los cuales amenazarían seriamente la seguridad y la certeza del tráfico jurídico, así como el interés de los particulares de que sean mantenidas firmes las relaciones jurídicamente protegidas.

De ahí entonces se comprende la utilidad, al fin de valuar la importancia del incumplimiento en la economía del contrato, de la distinción entre obligaciones principales y accesorias, siendo evidente que mientras, como regla general, la violación de una obli-

gación del primer grupo haría legítima la demanda de resolución, el queblantamiento de una obligación perteneciente al segundo grupo tendrá que ser apreciada con prudencia por el juez, el cual dictará la resolución únicamente cuando, en su opinión, el incumplimiento haya roto, o por lo menos turbado gravemente, el equilibrio alcanzado por las partes con la estipulación del contrato.

A este propósito Pothier nos dice: "A l'égard de toutes les autres obligations (o sea las obligaciones accesorias) soit du vendeur, soit de l'acheteur, c'est par les circonstances qu'on décide si leur inexécution doit donner lieu a la résolution du contrat: elle y donne lieu lorsque ce qu'on m'a promis est tel, que je n'eusse pas voulu contracter sans cela".

Es de señalar que el criterio propuesto por nuestro Autor para evaluar el incumplimiento y decidir si es o no de tal naturaleza que pueda legitimar la resolución, es aquel según el cual hay que establecer si la parte que ha cumplido y que pide la resolución hubiera o no estipulado el contrato si, en el momento de cerrar el trato, hubiera estado enterada de la falta de cumplimiento de la otra parte. Es este, claramente, un criterio del todo subjetivo e individualista, en el que se tiene en cuenta únicamente la voluntad presumida del sujeto que cumple, voluntad, a menudo, muy difícil de establecer.

Por lo tanto este criterio, en la práctica, daría lugar a juicios muy arbitrarios y a que las valuaciones del juez se sustituyan a las de las partes.

Es sabido por lo tanto que la doctrina y la jurisprudencia modernas han adelantado esta postura opinando en un primer tiempo que para evaluar el incumplimiento hay que considerar el interés, en sentido objetivo, del que pide la resolución, y en un segundo momento estableciendo el principio de la importancia objetiva del incumplimiento en la economía contractual.

DERECHO COMO CREENCIA EN ORTEGA Y GASSET

DERECHO COMO CREENCIA EN ORTEGA Y GASSET

Seminario Doctoral Filosofía
Política "Ortega" (F. 7904)
Impartido por el
Dr. Francisco Antonio Pacheco

DERECHO COMO CREENCIA EN ORTEGA Y GASSET

A Gastón, ausente, pero presente en la amistad.
Jorge Enrique Guier.

I.—OBJETO DEL ESTUDIO

Lleva sobrada razón el autor cuyas ideas sirven de fundamento de este estudio, cuando sostiene que la filosofía es retirada, anátesis o sea, "arreglo de cuentas de uno consigo mismo, en la pavorosa desnudez de sí mismo ante sí mismo" (Ortega, "El Hombre...". I, pág. 139). Esto nos coloca entonces en soledad, la soledad constitutiva de todos nosotros y de cada uno de nosotros, y nos lanza al confrontamiento de cada uno de nosotros con lo que nos rodea. De estas ideas aquí muy someramente expuestas, siguiendo al mismo Ortega, podemos arribar a lo que es el quehacer filosófico, o sea, nos fijamos sobre las cosas en sus dos aspectos esenciales: lo que las cosas son y lo que se ha pensado sobre ellas. Situaciones ambas que casi nunca han coincidido plenamente y que la última de ellas ha obnubilado, en más de una vez, con consecuencias muy graves, la verdadera realidad de lo que las cosas son.

Teniendo en mente este aspecto, no es problema arribar a la idea de la confusión entre lo que una cosa es, difícil y diría imposible de aprehender en su pura y prístina realidad separada del universo, —pues está el espectador tanto como la cosa sumergidos en el mundo— y lo que ésta representa para ese espectador, en muchas ocasiones diferente en su percepción de otro cualquier espectador, distinto y diferente de nosotros. Tal cosa nos llevaría, creo yo, a relacionar lo que la cosa es en sí —repito—, en mi concepto inaprehensible por el hombre con lo que éste piensa de la misma, con las dos formas clásicas que asume la razón. O sea, la primera, aquella razón pura que "parte de conceptos, procede mediante conceptos y termina en conceptos", como según Ortega define Platón la dialéctica, y otra, "la razón histórica que sale a nuestro encuentro de la peripecia misma, que brota fulminante de la na-

turalidad de las cosas" (Ortega, "Del Imperio...", Obras Completas, VI, pág. 56).

Estas ideas, ahora parangonadas, nos llevan casi de la mano a establecer otra comparación casi forzosa: establecer muy someramente la relación que refulege entre lo que denomino la historia como realidad y la historia como conocimiento.⁽¹⁾ Para lo que aquí es menester, considero, como aclaración fundamentalmente previa, que la historia es una totalidad indivisible, tanto en sentido horizontal como en vertical —separándola, por ejemplo, en un mismo momento en secciones geográficas, salvo para intentos metodológicos en lo que se denomina épocas históricas—. Estatuido lo anterior, pues, tengo a la historia como realidad, cuando se considera el hecho histórico como lo que fue por antonomasia, aprehendido como un concepto, que procede mediante un concepto y termina en concepto, para usar la definición platónica de dialéctica indicada atrás, haciendo, por lo tanto, tripleta con las ideas de las cosas en sí, la razón pura y la historia como realidad.

Ahora bien, la historia como conocimiento es lo que sabemos del hecho histórico o de lo que fue, y, por lo tanto, cambiado y trasmutado por lo que el espectador piensa de esa "cosa" histórica. De tal modo, pues, la historia como conocimiento no coincide de manera total con la historia como realidad, y así se forma un nuevo parangón entre lo que hemos pensado de las cosas, la razón histórica y la historia como conocimiento.

La historia como conocimiento, entonces, se forma en su más íntima estructura por ideas y creencias, más que por cosas en sí o razones puras. Y dentro de la razón histórica "que brota fulminante de la naturaleza de las cosas" (Ortega, *ibidem*, pág. 56), más que las cosas mismas, ocupan lugar prominente las ideas y creencias que tenemos de esas cosas, y, así, dentro de tal aspecto, toma parte vital en tal situación el derecho, cuando lo pensamos como una genuina creencia.

Ortega, al menos en lo que he investigado en su obra, no se refiere directamente al derecho como una creencia, pero, de acuerdo con las ideas fundamentales del autor, bien podría colo-

(1) Para la ampliación de estas ideas ver Guier, Jorge E., "Relación Historia Derecho", inédito, pág. 59 y ss.

carse en tal categoría de pensamiento, y ese será, de manera primordial, el intento de este trabajo.

Para lograr tal objetivo, este estudio se dividirá en los siguientes apartados: primero, una visión general de lo que entiende el autor por idea y creencia, hasta lograr una clara diferencia entre ambos, para dejar las bases en cuanto a ver si es posible llegar a definir el derecho como creencia. El segundo paso consistirá, también dentro del contexto de la obra orteguiana, en una recolección somera de las ideas del filósofo español en cuanto a vida humana y colectividad, enfocando aquí también el problema de la realidad, para tener entonces el concepto donde funciona la creencia.

Como tercer paso investigaremos qué entiende Ortega por usos sociales y poder público, dentro de un contexto sociológico y filosófico —porque para él no puede hacerse sociología sin darse la mano con la filosofía, lo cual es de palmaria claridad—, y así cercaremos más nuestra cuestión fundamental, y aprehenderemos ya las ideas básicas que permitirán la definición orteguiana del derecho.

Como cuarto paso, y ya con todas las ideas que tendremos al respecto, trataremos de enfocar el derecho como lo concibe Ortega, y, finalmente, se intentará ver si es posible y sin violentar el pensamiento orteguiano, definir el derecho como una creencia, y juntar, entonces, la concepción original de Ortega con el nuevo aporte iniciado aquí.

En la conclusión, únicamente, se hará una recapitulación somera de las más importantes situaciones que se hayan ido encontrando a lo largo del estudio, con el objetivo de fijarlos más concisamente —casi como definiciones—, que puedan servir para otro estudio posterior, en el cual pienso poner a actuar tales definiciones en el campo de la historia del derecho, es decir, ver actuando lo que hasta aquí hemos visto estático.

II.—¿QUE ES CREENCIA? ¿QUE ES IDEA?

Creo que es esencial para el estudio en que nos encontramos, poder definir con bastante claridad el mundo orteguiano de las ideas y de las creencias, sus relaciones y sus antagonismos y, sobre todo, el aporte que las últimas pueden dar al derecho.

El camino seguido por Ortega en dos de sus libros "El tema de nuestro tiempo" e "Ideas y Creencias", es de extremada utilidad para definir en lo que nos encontramos. Es factible, pues, seguirlo, pero, antes se nos hace imprescindible, si vamos a jugar con los conceptos de **idea** y de **creencia**, tratar de espurgar dentro de otros dos que les son afines y determinantes: **verdad** y **duda**.

Dice Ortega ("El tema...", pág. 16) que para "ser verdadero el pensamiento, necesita coincidir con las cosas, con lo trascendente de mí", pero al mismo tiempo, "para que ese pensamiento exista, tengo yo que pensarlo, tengo que adherir a su verdad, alojarlo íntimamente en mi vida, hacerlo inmanente al pequeño orbe biológico que soy". (Ortega, *ibídem*, pág. 46).

Según la cita anterior, deben aparecer varios factores para que la verdad pueda ser pensada. Primero, que el pensamiento coincida con las cosas, luego que ese pensamiento sea pensado por un hombre particular, y por último, que se aloje tal pensamiento en el hombre mismo, luego, la verdad, primordialmente, es una obra de pensamientos. En un libro posterior al citado antes, el pensador español vuelve por estos asuntos y sostiene: "No es posible, como en tiempos más venturosos, definir solamente la verdad diciendo que es la adecuación del pensamiento con la realidad. El término 'adecuación' es aquí equívoco. Si se lo toma en el sentido de 'igualdad' resulta falso. Nunca una idea es igual a la cosa a que se refiere. Y si se lo toma más vagamente en el sentido de 'correspondencia', se está ya reconociendo que las ideas no son la realidad, sino todo lo contrario, a saber ideas y sólo ideas. El físico sabe muy bien que lo que dice su teoría no lo hay en la realidad" (Ortega, "Ideas y...", pág. 49-50).

Parece de manera indudable, entonces, que la idea es un algo muy diferente de la cosa, y que esta cosa "en sí" no puede ser aprehendida de manera total por el hombre, de donde viene a resultar que la idea sobre una cosa es bien distinta, y cosa diferente de la cosa misma, y así, puede llegarse también a la conclusión que mis ideas sobre una determinada cosa pueden ser muy diferentes de las de otro sobre ella misma, y que ambas son verdaderas aunque distintas.

Todo esto nos abre el camino de la duda, y es en esta duda de donde se extraerán los datos esenciales —según mi pa-

recer—, para llegar a definir lo que es idea y lo constitutivo de la creencia, y es que la duda crea en el hombre la actividad intelectual. Cuando hay una duda, pensar "en una cosa es lo menos que podemos hacer con ella... Los huecos de nuestras creencias son, pues, el lugar vital donde insertan su intervención las ideas. En ellas se trata siempre de restituir el mundo inestable, ambiguo, de la duda por un mundo en que la ambigüedad desaparece" (Ortega, "Ideas y..." pág. 34).

De acuerdo con lo anterior, la duda es un modo —entre tantos— de creer, porque en la duda como en la creencia, se está en ella, aunque el estar de la duda —por su ambivalencia— es un estar equívoco y no seguro, porque la seguridad la da la creencia que es única, sobre la duda que es ambivalente, pero hay, creo yo, varias clases de duda: la duda intelectual, que vacila en su certidumbre y sería la típicamente ambivalente, y la duda de fe, la cual no es ubícua sino tan estable como una creencia. Se tiene fe en que Dios existe o no existe, entonces, para los que están por la afirmativa los otros **dudarían** de su fe y, así, o viceversa, cada uno se mantiene en su propia creencia, aunque **duda** de las del otro grupo. "La duda no es un 'no creer' frente al creer, ni es un 'creer que no' frente a un 'creer que sí'. El elemento diferencial está en lo que se cree". (Ortega, "Ideas y...", pág. 31). De tal modo, pues, en cuanto a la duda verdaderamente intelectual —sea sobre un gran problema académico o simplemente en si ir o no a un espectáculo público—, "se está en dos creencias antagónicas, que entrechocan y nos lanzan la una a la otra dejándonos sin suelo bajo la planta" (Ortega, "Ideas y...", pág. 33).

Creencia, entonces, es un estrato de las ideas y no importa para definir las que sean en uno u otro sentido, con tal de que en una misma persona no hayan hecho su nido —por así decirlo— dos o más creencias contradictorias. Las creencias son las ideas básicas, y así, de tal modo, vienen a confundirse con la realidad misma, ya que en la verdadera situación de las cosas ellas son nuestro mundo y nuestro propio ser. Una creencia no es un pensamiento reflexivo nuestro porque muy bien pueden las creencias no habérsenos ocurrido, porque la creencia, cabe decir, "que no son ideas que tenemos, sino ideas que somos" (Ortega, "Ideas y...", págs. 16-17), o dicho con otras palabras, la creencia estaba "en nosotros, pero no en forma consciente, sino como implicación la-

tente de nuestra conciencia o pensamiento. Pues bien, a este modo de intervenir algo en nuestra vida sin que lo pensemos llamo 'contar con ello'. Y este modo es el propio de nuestras efectivas creencias" (Ortega, "Ideas y...", pág. 21).

De acuerdo con la cita anterior, toda la vida humana personal depende totalmente del sistema propio de creencias auténticas, y así, no se piensa, reflexiona ni resuelve continuamente sobre ellos, sino que forman el substrato de todo lo que hacemos y pensamos. Como dice Ortega, en "ellas" 'vivimos, nos movemos y somos'. Por lo mismo, no sabemos tener conciencia expresa de ellas, no las pensamos, sino que actúan latentes, como implicaciones de cuanto expresamente hacemos o pensamos. Cuando creemos de verdad en una cosa no tenemos la 'idea' de esa cosa, sino que simplemente 'contamos con ella'" (Ortega, Ideas y...", pág. 23).

De tal modo, no podemos llamar creencia, para aclarar por contraste los conceptos anteriores, a cualquier combinación o precipitado intelectual —llamo así a la conjugación de nuestras ideas—, a la cual nos adhiramos en forma consciente, deliberada y decidida personalmente por nosotros mismos, porque con las creencias sucede lo contrario, contamos con ellas aunque expresamente no pensemos aun ni sobre ellos. Estamos de manera total seguros de ellas, de que existen, que no pensamos en su existencia, y nuestro propio comportamiento se condiciona por nuestras creencias de tal manera, que tal comportamiento depende en muchos casos, de ese condicionamiento "automático" que ejercen sobre nosotros las creencias, tomándolas en cuenta con nuestro subconsciente y, repito, sin siquiera pensar en ellas ni someterlas a examen previo. Es más, la "creencia es certidumbre en que nos encontramos sin saber cómo ni dónde hemos entrado en ella" (Ortega, "Ideas y...", pág. 58).

Así las cosas, podríamos señalar una creencia fundamental y básica del hombre contemporáneo —siguiendo el ejemplo que nos da el mismo Ortega—, cual es su creencia en la "razón" o en la inteligencia del hombre. Además, señalaría yo con carácter de por ahora, sujeto a ampliarse más adelante, otra creencia fundamental del hombre, y que es también básica es su creencia en el derecho. Con el derecho se cuenta sin pensar en él, el hombre mantiene la creencia de que posee una serie indefinida y no formu-

lada de derechos, a los cuales se adhiere sin meditar sobre ellos, y son derechos que lo mantienen en su propia seguridad personal. De ahí que, cuando uno de esos fundamentales derechos se pierda o siquiera se estropea o menosprecia, es decir, se deshace la creencia en el tal derecho, el hombre se desconcierta y pierde su sentido de seguridad.

Desde luego, pues, toda vida humana está formada por un sinnúmero —me atrevería a decir incontable— de creencias y esa vida humana, como lo apunta Ortega, se encuentra "montada sobre ellas" (Ortega, "Ideas y...", pág. 16), aunque también el mundo que encuentra el hombre formado y constituido, se presenta como una "interpretación de ideas sobre el mundo y sobre sí mismo" (Ortega, "Ideas y...", pág. 16). En otras palabras, encuentra su acomodo el hombre dentro de la historia como realidad y como conocimiento, formada esa historia como conocimiento por ideas y creencias sobre esa misma historia.

Ahora bien, habiendo hasta el momento hablado de "ideas", en cierto sentido como un contrapunto a "creencia", vale la pena intentar su comprensión "para designar todo aquello que en nuestra vida aparece como resultado de nuestra ocupación intelectual" (Ortega, "Ideas y...", pág. 19), con lo cual vemos ya una diferencia con la creencia, pues en ésta se está y a aquélla se adquiere por simple razonamiento o adhesión sentimental. De tal modo, para que una idea sea verdadera, debe corresponder a la idea que cada hombre tiene de la realidad, pero esa idea que se madura y piensa sobre la realidad, no es necesariamente la realidad ni nuestra realidad, pues ésta se compone de lo que contamos en nuestro vivir, o sea, las creencias. Y tales pensamientos o ideas que nos hacemos sobre la realidad, son "producidos" por nuestro propio intelecto o recibidos desde los "otros", y no adquieren dentro de nuestra propia vida pleno valor de realidad, pues actúa sobre ella únicamente como pensamientos nuestros y en tal manera únicamente sin crear la realidad propia nuestra como lo hace la creencia.

La relación que el hombre mantiene con sus ideas no es otra cosa que de vínculo de pensamiento, pues no siendo esas ideas realidad, tampoco puede tenerse con ellas una relación de fe ya que las ideas no son "sino precisamente y sólo... ideas" (Ortega, "Ideas y...", pág. 29), que bien pueden darse como una idea única sobre

algo o bien formando un todo o teoría. Ahora bien, todas las ideas, inclusive las matemáticas, geométricas, científicas en general y, también, por supuesto, las políticas, no es necesario que parezcan verdaderas para que el hombre se adhiera a ellas y las sustente, sino que es necesario que produzcan en el hombre "una fe plenaria y sin reserva alguna" (Ortega, "El tema...", pág. 54), lo que viene a dar otra diferencia con la creencia.

La idea, pues, puede llamarse también ocurrencia, y tal idea es producto del hombre quien la crea, la disemina, e incluso, bien puede hasta morir por ella, "en cambio, con las creencias propiamente no **hacemos nada**, sino que simplemente estamos en ellas" (Ortega, "Ideas y...", pág. 17). Para apreciar más claramente la diferencia entre la idea como tal y la creencia, podemos hacer resaltar el caso cuando nos enfrentamos ante situaciones o cosas ante las cuales carecemos de una idea firme. Esto hace que el encontrarse ante tal situación pensemos que si son en una u otra forma, o de si tendrán éste o el otro valor. Colocados entonces en tal situación, no hay más "que **hacernos una idea**, una opinión sobre ellas" (Ortega, "Ideas y...", pág. 41). Si enfocamos entonces la idea desde esta perspectiva, llegaremos a concluir que las "ideas son, pues, las 'cosas' que nosotros de manera consciente construimos, elaboramos, precisamente porque **no creemos en ellas**" (Ortega, "Ideas y...", pág. 41). En otras palabras, porque el funcionamiento de las ideas y las creencias es opuesto, diferente; con las primeras lo que hacemos es pensar **sobre ellas** y, sobre todo, adoptar una decisión si las aceptamos o no, y, con las segundas tal proceso no se presenta, porque con las creencias se cuenta, es un presupuesto, no se piensa sobre ellas ni acerca de ellas porque están allí. Entre nosotros, al pensar y hacer una idea, se forma una valla. Es la muralla que existe entre la realidad y la imaginación; la idea es formada por nosotros mismos en la interioridad de nuestro pensamiento, sin una coincidencia sobre las cosas que están frente a nosotros, y muchas veces errónea esa idea por mala interpretación de esa realidad que nos circunda, pero, con la creencia, la situación es diferente, con ella "estamos inseparablemente unidos. Por eso cabe decir que las somos" (Ortega, "Ideas y...", pág. 26).

De todo lo anterior, se puede arribar a la conclusión que más importante para la vida histórica del hombre son sus creencias

que sus ideas, porque en aquéllas vive y está formado por ellas y a éstas las forma con su don imaginativo. "En efecto —nos dice Ortega—, el intelectualismo tendía a considerar como lo más eficiente en nuestra vida lo más consciente. Ahora vemos que la verdad es lo contrario. La máxima eficacia sobre nuestro comportamiento reside en las implicaciones latentes de nuestra actividad intelectual, en todo aquello con que contamos porque de puro contar con ello, no pensamos. Se entrevé ya el enorme error cometido al querer aclarar la vida de un hombre o una época por su ideario, esto es, por sus pensamientos especiales, en lugar de penetrar más hondo hasta el estrato de sus creencias más o menos inexpresas de las cosas con que contaba. Hacer esto, fijar el inventario de las cosas con que se cuenta, sería, en verdad, construir la historia, esclarecer la vida desde su subsuelo" (Ortega, "Ideas y...", pág. 22).⁽²⁾

III.—VIDA HUMANA Y COLECTIVIDAD. REALIDAD

Más que vida humana debería hablarse de interpretación de la vida del hombre. Es sabida en forma muy clara como las interpretaciones de ese hecho que nos es tan íntimo y que debería ser bien conocido de cada uno de nosotros, como va transformándose y cambiándose siempre. Una comparación no vendría a mal para aclarar lo propuesto: en el hombre antiguo la interpretación de su propia vida individual destruye a la historia, porque considera su existencia "en un irle pasando a uno cosas" (Ortega, "El Tema...", págs. 24-25). Es la vida del hombre primitivo la máxima concentración de la idea de equilibrio perfecto entre hombre y medio ambiente que se sujeta por la trascendencia del mito. Para el hombre primitivo la materia de la historia se oculta y desaparece. Para poder vivir la historia se hace necesario en el hombre poseer una cierta conciencia histórica, que presupone también una cierta conciencia del hombre y de su devenir, para que pueda apre-

(2) Las anteriores ideas en cuanto a la historia expuestas por Ortega y Gasset han tenido eco en la obra de un gran psiquiatra: Erick Fromm. Este autor en su obra "El dogma de Cristo" (Biblioteca del Hombre Contemporáneo. Buenos Aires, 1970) se propone "comprender el dogma sobre la base de un estudio de la gente, no a la gente sobre la base de un estudio del dogma" (p. 27), para lo cual el método de su trabajo "demanda que se consagre un espacio relativamente extenso a la presentación de la situación de vida de la gente sometida a la investigación, a su situación espiritual, económica, social, política, o sea a lo que en resumen podría llamarse sus 'superficies psíquicas' (p. 15). La definición que plantea Fromm de lo que efectuará en su libro, según mi opinión, no es otra cosa que construir la historia de un grupo humano o una época definida, a través de las "creencias", de acuerdo con la definición orteguiana.

ciar en conjunto los hechos de los hombres mismos y de las cosas, de lo que carecía el hombre primitivo o prehistórico. Si los hombres de la prehistoria no dejaron anales o crónicas de sus hechos, no fue tanto porque no supieran escribir, como porque no tenían necesidad de ello. No había objeto en fijar para la posteridad una realidad que no cambiaba, una realidad que siempre se mostraba igual a sí misma.⁽³⁾

En cambio, en el hombre contemporáneo la situación es diferente. Al tomar conciencia de su propio destino histórico, la vida humana se transforma en un proceso "interno en que los hechos esenciales no caen desde fuera sobre el sujeto —individuo o pueblo—, sino que salen de éste, como de la semilla fruto y flor" (Ortega, "El Tema . . .", pág. 25). Pero aunque sea así, la realidad primaria de nuestra propia existencia es un enigma indescifrable: cuando realizamos que nos encontramos viviendo —sin saber por qué ni para qué— estamos rodeados del enigma y de lo desconocido. Cuando el hombre se encuentra ante esta situación tiene que resolverla —presionado por esa misma y propia situación—, echando mano a un único recurso producto de su bagaje intelectual, o sea la imaginación. Este problema se debe además a que la situación se agrava debido a que el **fenómeno vital humano** no está formado por una sola faceta, sino que se constituye de dos: la biológica y la espiritual, o sea, que el hombre está sometido a dos fuerzas distintas que actúan sobre él, antagonizándolo entre dos polos de diferente atracción, que la vida, mi propia vida, formada por ese acontecer de mis propias decisiones, de mi propia voluntad, de mis sentimientos plenamente comunicables, deviene en, por ser esencialmente intransferible, "**soledad, radical soledad**" (Ortega, "El Hombre . . .", I, pág. 71).

De tal modo, pues, que en la soledad del hombre se hace su propia verdad, aunque en la vida con los otros —o sea la sociedad—, tenga necesariamente que crear una convención, en el fondo falsificación de esa su "soledad, radical soledad". En la convivencia, pues, basada en esa falsificación con que cada uno se presenta ante los otros, debe hacerse frecuente ese retiro, ese dejar hacia un lado, hacia los hondones del alma "el fondo solitario de sí mismo" (Ortega, "El Hombre . . .", I, pág. 138).

Vivir —como dice Ortega— es ocuparse, y ese ocuparse no es otra cosa "que ser fuera de mí", en lo más fuerero de mi mis-
midad que es el mundo que me circunda. No hay modo alguno de hacer a un lado mis obligaciones de estar con los otros, enfrentarme con ellos y chocar, incluso, con ellos. Pero aunque tenga que estar inmerso con los otros, aun esa situación tengo que hacerla yo sólo, en mi soledad, sin que los otros puedan ayudarme a decidir lo que yo debo decidir por mí mismo.

Si la vida es ocupación que me exige estar fuera de mí, también me demanda que a cada instante sea otro, y ese otro del que soy, nunca va definitivamente dejándome ser yo mismo. No puede, pues, el hombre, libertarse plenamente del cambio que implica el estar vivo en un determinado contorno. Es obvio que cada uno de nosotros no puede estar presente en todo el mundo, sino que lo que se le hace presente es únicamente su contorno, o sea, "la porción de mundo que abarca en cada momento mi horizonte a la vista" (Ortega, "El Hombre . . .", I, pág. 97). Este "presente" a mi vista, sin embargo, no es total, porque **ante** —como la misma palabra lo indica— mi vista sólo tengo el frente de las cosas y no su parte trasera, o sea, que lo que me es presente es únicamente lo que tengo **en torno**. Pero, con la función imaginativa, el hombre adhiere a lo que le es presente la parte que le va faltando del objeto y que no se ve por estar atrás. Ortega indica que lo que es presente por una parte, se convierte en com-presentado o com-presente por la otra. Lo cual —diría yo— es una forma de creencia, porque tengo por dado, y no pienso en ello, que toda cosa —e inclusive el mundo—, que tiene una cara que veo, tiene otra que no veo, pero que sin pensarlo imagino que la tiene.

Aunque esté encerrado en una oficina, que me es presente, sin embargo, creo que el mundo que me rodea **en torno**, está también **ahí**, y que aunque no cuente con su efectiva presencia, "es un saber que se nos ha convertido en habitual, que llevamos en nosotros habitualizado . . . lo presente es para nosotros en actualidad; lo com-presente, en habitualidad" (Ortega, "El Hombre . . .", I, pág. 44).

Esto hace que lo que me rodea, esté compuesto de dos factores, resumiendo, lo presente y lo com-presente, pero también se puede disociar en la cosa o cosas "que vemos con atención y un

(3) Para la ampliación de estas ideas ver: Guier, Jorge E. "Historia del Derecho". Tomo I, Editorial Costa Rica. San José, Costa Rica, 1968, págs. 17-65.

fondo sobre el cual aquéllas se destacan" (Ortega, "El Hombre . . .", I, pág. 96). Este fondo, sobre el cual se mueven las cosas, está determinado en un gran porcentaje por lo que llamamos comúnmente "colectividad". Entendiendo colectividad como un compuesto eminentemente humano, pero es un humano superior al hombre, o sea lo humano deshumanizado.

Lo colectivo está formado por ese vocablo vago que denominamos la *gente*. La gente —resumiendo hasta el máximo la teoría orteguiana en cuanto a este punto—, "significa el individuo abstracto, esto es, el individuo desindividualizado; en suma, 'un casi individuo'" (Ortega, "El Hombre . . .", II, pág. 95).

Esto nos lleva a reflexionar que existe una inmensa gama de nuestras propias actuaciones, —que creemos muy nuestras y propias— que en verdad no tienen tal sentido, sino que las hacemos sin pensar, como una forma del uso, porque las hace la gente, y al momento en que tal cosa hacemos nos comportamos de manera igual a como lo hacen los demás. Al dejar entonces cada uno de nosotros de actuar personalmente como un *yo*, se convierte en un nosotros, y ese *nosotros* se regula como realidad, en una de las formas del trato.

En forma muy escueta, ya que la extensión de este ensayo no lo permite de otra forma, se hace necesario ahora dar una idea de lo que Ortega entiende por realidad, porque estos conceptos básicos serán aprovechados al final del estudio: "realidad es precisamente aquello con que contamos, queramos o no. Realidad es la contravoluntad, lo que nosotros no ponemos, antes bien, aquello con que topamos" (Ortega, "Ideas y . . .", pág. 25). Esto "nos llevaría a descubrir que la realidad en que creemos vivir, con que contamos y a que referimos últimamente todas nuestras esperanzas y temores, es obra y faena de otros hombres, y no la auténtica realidad" (Ortega, "Ideas . . .", pág. 44), de donde lo "que solemos llamar realidad o 'mundo exterior' no es ya la realidad primaria y desnuda de toda interpretación humana, sino que es lo que creemos, con firme y consolidada creencia, ser la realidad" (Ortega, "Ideas . . .", pág. 55).

Como última cita en este párrafo, que indudablemente será de uso fundamental más adelante, se hace la siguiente, que se explica por sí misma, con esa envidiable claridad orteguiana: "Para

eso tenemos que partir de la realidad fundamental en que todos los demás, de uno u otro modo, tienen que aparecer. Esa realidad fundamental es nuestra vida, la de cada cual, y es cada cual quien tiene que analizar si en el ámbito que constituye su vida aparece lo social como algo distinto e irreductible a todo lo demás" (Ortega, "El Hombre . . .", I, pág. 17).

IV.—USOS SOCIALES Y PODER PUBLICO

Salvo hasta este momento y por indicaciones momentáneas, se ha examinado al hombre, o a algunas de sus obras, desde el plano de lo individual, pero desde ahora en adelante hay que dejar muy claro que el "hombre no aparece en la soledad —aunque su unidad última es su soledad—: el hombre aparece en la socialidad como el Otro, alternando con el Uno, como el *reciprocante*" (Ortega, "El hombre . . .", I, pág. 145).⁽⁴⁾

Verdaderamente desde que se encuentra al Uno en función del Otro, actuando juntos en un mismo ambiente geográfico o histórico, emerge la posibilidad que ese Otro sea mi amigo o mi enemigo. Existe, pues, la misma posibilidad de que el Otro sea colaborador u obstructor de mí mismo, y en esta situación de ambivalencia es que se encuentra la raíz primigenia de todo lo social. Así también ponemos en claro que no existe una única posibilidad de que todo lo social sea por esencia y definición optimista, porque dentro de la sociedad, o lo social, tanto caben las actitudes del amigo como del enemigo, llegado a ver en tal sociedad la conclusión de "que es una *convivencia* de amigos y de enemigos" (Ortega, "El hombre . . .", II, pág. 26).⁽⁵⁾

Dicho lo anterior, notamos que lo social y la sociedad provienen, tomados como realidad ineludible, de una situación que es formalmente de convivencia interindividual: la relación que se establece al enfrentarse el Uno con el Otro. En otras palabras, lo social procede, no como contrapuesto absoluto a lo individual sino a lo interindividual, o sea, las relaciones que nacen de la comunicación del uno con el otro, como atrás se apuntó.

(4) El último subrayado es mío.

(5) El subrayado es mío.

De lo dicho hasta ahora podemos concluir que lo social consiste primordialmente en acciones u omisiones⁽⁶⁾ de comportamiento humano, calificados como hechos de esa propia vida humana y que por tal motivo, no son hechos desde ese momento propios individuales, sino que surgen por la necesidad de la convivencia entre los hombres.

“He aquí, pues, acciones que son por un lado humanas, pues consisten en comportamientos intelectuales o de conducta específicamente humanos, y que, por otro lado, ni se originan en la persona o individuo ni éste los quiere ni es responsable de ellos y con frecuencia ni siquiera los entiende. Aquellas acciones nuestras que tienen estos caracteres negativos y que ejecutamos a cuenta de un sujeto impersonal, indeterminable, que es ‘todo’ y es ‘nadie’, y que llamamos la gente, la colectividad, la sociedad, son los hechos propiamente sociales, irreductibles a la vida humana individual” (Ortega, “El hombre . . .”, I, pág. 20).

Ahora bien, según lo hemos visto hasta este momento, el uso social es independiente de la voluntad de los individuos que componen el grupo donde el uso indicado se practica, y más bien podría sostenerse que viene a ser **uso porque se impone a ellos**, sin que estos individuos tengan que aceptarlo expresamente, característica que debemos tener en cuenta para cuando examinemos en el próximo apartado el concepto de derecho como creencia. De tal manera, podríamos caracterizar al uso social por dos componentes claros: 1º, que son acciones u omisiones —agrego yo al pensamiento orteguiano—, que ejecutamos o no efectuamos debido a una presión social que se ejerce sobre nosotros, y 2º, que la mayoría de esos usos se cumple de manera irracional, pues su contenido permanece para nosotros inexplicable. Se podría agregar a las características anteriores una tercera: que desde que nacemos, nos encontramos envueltos en un sin fin de usos, que en verdad forman la realidad más fuerte con que nos topamos, y son, además, “formas de conducta”, que, como atrás se dijo, son presiones fuera de nosotros mismos y de todos los demás hombres, porque actúan de manera indistinta sobre mí y sobre todos los otros. Y, hasta se podría decir más, esa realidad compuesta por usos es la que forma nuestro contorno o mundo social en el cual vivimos, y es a través

de los usos que “vemos el mundo de los hombres y de las cosas, vemos el Universo” (Ortega, “El hombre . . .”, II, pág. 75).

Problema que tendríamos que abordar ahora es el siguiente: ¿cómo se forman los usos? El uso se forma en la sociedad y no es necesario —parece perogrullada indicarlo— que los hombres todos componentes de ese grupo decidan por convención la creación de ese uso determinado. De tal modo, el uso sería una forma específica de la costumbre, y ésta no es otra cosa que una forma de conducta, o sea un modo de comportamiento. El comportamiento sería, por sí mismo un hábito, y como se da dentro de un grupo social, tendría las características de hábito social, conducta que como elemento básico tiene la de ser ejecutada con frecuencia determinada, lo que hace que aquélla se automatice en el individuo que la ejecuta y se produzca en forma de funcionamiento mecánico. Tenemos que descartar la idea errónea —por muchas implicaciones que dado el ámbito de este trabajo no permiten expurgar a profundidad— de que el uso social se forma únicamente por la frecuente repetición.

Hay que notar que no todas las normas de convivencia son usos sociales, sobre todo cuando ciertas formas de convivencia se dan únicamente entre dos seres humanos o dentro de un grupo muy reducido de personas, por ejemplo, las relaciones entre padre e hijo, amigos, etc., que según Ortega —muy atinadamente— indica que deben conocerse como las normas propias de “un mundo de relaciones interindividuales” (Ortega, “El hombre . . .”, I, pág. 19).

Ahora bien, el incumplimiento deliberado —o por ignorancia muchas veces— de un uso social acarrea una sanción. “La sociedad, conjunto de los usos, de un lado se nos impone, de otro lo sentimos como instancia a qué recurrir y en qué ampararnos. Lo uno y lo otro, su imposición y su recurso, implican que la sociedad es, por esencia, poder, un poder incontrastable frente al individuo” (Ortega, “El hombre . . .”, II, pág. 171). Este poder público actúa siempre y de manera constante sobre el individuo, que forma parte de una determinada sociedad o agrupación humana, y que siempre actúa sobre los individuos —ya se juzguen de manera colectiva o separada—, sobre la misma sociedad, aunque no existan instituciones que se llamen sistema jurídico, judicial, policía o ejército. En este punto hay que llamar la atención sobre algo muy impor-

(6) Ortega sólo indica acciones, pero creo que tanto como la acción la omisión puede bien ser un hecho social.

tante. Parece que existe la tendencia "en no acertar a percibir una función social si no hay ya un órgano social especializado en reunirla. De este modo, hasta hace poco, los etnógrafos, al estudiar las sociedades más primitivas en que no existen magistraturas judiciales ni un cuerpo o individuo que legisle, juzgaban que en ellos no existía el derecho, es decir, la función jurídica ni la función estatal" (Ortega, "El hombre...", II, pág. 171).

Con estos datos en mano podríamos definir al poder público como "la emanación activa, energética de la opinión pública, en la cual flotan todos los demás usos o vigencias que de ella se nutren. Y la forma, el más o el menos de violencia con que el poder público actúa, depende de la mayor o menor importancia que la opinión pública atribuya a los abusos o desviaciones del uso. En buena porción de pueblos africanos actuales, de lengua bantú, la palabra con que se dice 'crimen' significa 'cosas odiosas a la tribu', es decir, contra la opinión pública" (Ortega, "El Hombre...", II, pág. 173).

Para lograr que en el grupo predomine un mínimo al menos de sociabilidad, y hacer lejana la destrucción entre los hombres, y conseguir que la sociedad perdure, se necesita frecuentemente hacer que intervenga en lo interno de ella ese poder público en forma hasta de violencia, para hacer que se establezca o restablecer el uso social que se identifica con el concepto de "orden" público o social y, así, cuando las sociedades llegan a grados superiores de desenvolvimiento, crean un cuerpo especializado que haga funcionar de manera efectiva ese poder en forma indubitable. Entonces nace lo que comúnmente se denomina Estado, y según Ortega, aunque reconoce el mismo autor que es una definición muy vaga, propia para comenzar su discusión, el "Estado es todo, la sociedad, la colectividad" (Ortega, "El hombre...", II, págs. 52, 64 y ss.), y dentro de este Estado y previamente dentro del concepto genérico de "poder público" o "poder social", es donde encontramos injertado al derecho como creencia y como uso, porque, como intentaré definir en lo que sigue, toda creencia es una forma de uso, y el derecho, sin mayor problema, puede calificarse también como uso.

V.—DERECHO SEGUN ORTEGA. DERECHO COMO CREENCIA

El ser del derecho puede estudiarse desde dos puntos de vista: el derecho en su fondo ontológico, y entonces tendríamos que contestarnos a la pregunta ¿qué es el derecho?, y ese mismo derecho en su apariencia formal, y el interrogante que nace es ¿qué es el derecho en su aspecto funcional?

A la primera pregunta se aboca Ortega en las obras que han servido de base a este estudio. La segunda la esboza y la contesta definiendo al derecho como un uso. Aquí se pretende verlo también como una creencia. Pero, según lo creo, el pensamiento orteguiano en cuanto a su definición del derecho no se ha mantenido en una sola línea, sino que ha cambiado —tal vez considerablemente— de las primeras obras a las últimas. Por ejemplo, en "La Rebelión de las Masas" (1930), "El tema de nuestro tiempo" (1923) y "El genio de la guerra y la Guerra Alemana" (1917), mantiene la teoría del derecho como una forma de violencia disfrazada, es lo que llamaría el derecho en el pensamiento originario de Ortega; sin embargo, en dos obras últimas, "Del Imperio Romano" (1941) y "El hombre y la gente" (1932),⁽⁷⁾ su pensamiento, aunque mantiene para el derecho un trasfondo de violencia, hasta cierto punto encubierto, se abre hacia el concepto de uso regulador de la sociedad. En estas posiciones duales indicadas, enfocaremos principalmente el problema. Por otra parte, en el pensamiento orteguiano sí se han mantenido invariables ciertas ideas fundamentales. Primero, que todas las ideas como ley, derecho, estado, autoridad, libertad, justicia, etc., cuando no dan la idea exacta en su propia denominación —como en el caso de justicia "social"— implican sobre todas las cosas, y con claridad meridiana "como su ingrediente esencial, la idea de lo social, de sociedad" (Ortega, "El hombre...", I, pág. 28), porque, como adelante lo haremos resaltar, no puede nunca darse el derecho en un vacío social: tiene que existir como previo el sentido de lo social, y, además, que eso que es social, como "todo lo que es verdaderamente social es, sobre los individuos, presión, coacción, imperación y, por tanto, reinado" en su apariencia formal, y el interrogante que nace es ¿qué es el que sería el derecho, como adelante se examinará más en detalle,

(7) Publicada póstumamente y sometida a diversas correcciones en 1956.

necesita fundamentalmente estar en vigencia, o sea, que se cumpla, y para esa vigencia, según Ortega, son necesarias dos características fundamentales: 1ª que esa vigencia social, cualquiera que ésta sea, de un uso social sea jurídico o no, se presente ante el hombre no como un algo que depende de la aceptación y adhesión individuales, sino que, todo lo contrario, ser **indiferente** al hombre, o sea, que **está ahí** y hay que **contar con ella** se desee o no, de donde ejerce sobre el hombre una coacción de cumplimiento. Nótese que esta característica de **contar con ella** y de **estar ahí**, son características comunes con la creencia; y, 2º como se impone sobre nosotros, también se puede contar con ella o recurrir a ella, en caso contrario, “como una instancia de poder en que apoyarnos” (Ortega, “El hombre...”, II, pág. 170).

Estas características apuntadas anteriormente, se encuentran presentes en todo el pensamiento orteguiano, con muy ligeras variantes, que si fuera del caso se harán notar en lo que sigue.

a) Derecho como violencia disfrazada o hipocresía social

El derecho contiene dentro de sí mismo las “cosas a que se aspira, las cosas en que se cree, las cosas que se respeta y adora” (Ortega, “El tema...”, pág. 94), y todo esto anterior ‘ha sido creado en torno de nuestra individualidad por nuestra misma potencia orgánica y constituye como una envoltura biológica indisolublemente unida a nuestro cuerpo y a nuestra alma” (Ortega, “El tema...”, pág. 94). El Derecho, por tanto, es una actividad originariamente vital, como una emanación de la vida humana, y ha sido sometida desde hace tiempo —contra lo cual ahora lucha la teoría conocida con el nombre de “derecho viviente”— por el culturalismo a una no apreciación suya “sino en la medida en que los engendra y nutre” (Ortega, “El tema...”, pág. 80). De estas circunstancias puede apreciarse que se ha logrado por el racionalismo amoldar el cuerpo social, muchas veces violentándolo, a una malla de conceptos que se han fijado de antemano, haciendo que el valor de la ley o del derecho sea preexistente a su congruencia con la vida y con la época histórica en que se vive, porque el racionalismo ha considerado al derecho como pura idea. De tal modo, que para considerar al derecho, habrá primero que hacer un intento para irlo despojando de toda una serie de revestimientos con que lo ha ido cubriendo paulatinamente el pensar del filósofo y del ju-

rista o la palabrería hueca del demagogo, y entonces se tendría o podría ver al derecho como la “secreción espontánea de la sociedad” (Ortega, “La Rebelión...”, Obras Completas, IV, pág. 118), sin ser otra cosa diferente, y así no podría tampoco verse al derecho como un uso para regir seres humanos, que previamente no han vivido en sociedad, lo cual es “tener una idea bastante confusa y ridícula de lo que el derecho es” (Ortega, “La Rebelión...”, Obras Completas, IV, pág. 118).

Si enfocamos el derecho concebido como un uso social, desde el punto de vista histórico, se nota con diáfana claridad que la ley en su inicio no es otra cosa que un efecto —aunque casi sería mejor decir “un producido”— de necesidades humanas, de fuerzas y también de combinaciones esencialmente dinámicas. De este punto en adelante, cuando al derecho se le pretende dar “vigencia” racional, sin tomar en cuenta esos fundamentos y antecedentes históricos, se trueca por una ilusión, por la expresión ansiosa de un deseo que resulta más que todo en fracaso y desilusión. “¿Han dado jamás las formas jurídicas la felicidad que de ellas se esperó? ¿Han resuelto alguna vez los problemas que las promovieron?” (Ortega, “El tema...”, págs. 139-140). Este proceso puede detectarse en Grecia, en Roma y en toda la historia del derecho europeo. “El bien que pretende ser el derecho se convierte en un mal, como nos enseña ya la Biblia: ‘¿Por qué habéis tornado el derecho en hiel y el fruto de la justicia en ajeno?’ (Amos, 6-12)” (Ortega, “La Rebelión...”, Obras Completas, IV, pág. 292).

Esto nos viene a confirmar que el derecho como uso social es un “producido” eminentemente histórico, que siempre está de acuerdo con la época histórica —aunque parezca de esas verdades de perogrullo que por sabidas y manoseadas se olvidan desgraciadamente muchas veces y que, en el desenvolvimiento de una sociedad, desde su génesis a su colapso, o como dice Ortega, desde su hora de nacimiento —hora hierática— pasando por su hora lírica, —como cultura— y finalmente a su punto de anquilosamiento —germinal como cultura ya hecha—, ese derecho corresponde a cada situación, porque lo que llegará con el transcurso del tiempo a convertirse en un “principio puro de derecho”, tiene su aurora como un uso mágico o la consagración de una leyenda, luego pasa a convertirse en la expresión del mantenimiento del **status quo**, a favor de un determinado grupo social o una conve-

niencia sin mayores aspiraciones. Vemos, entonces, que al derecho en sus formas originales de consolidación, lo que lo caracteriza como elemento de estabilización es el uso inmemorial que de esa norma jurídica se haga, de donde el elemento de la antigüedad lo convierte en título de derecho. "No la justicia, no la equidad es fundamento jurídico, sino el hecho irracional —quiero decir material— de la vetustez" (Ortega, "El tema...", pág. 125).

Como se ha dicho con anterioridad, el derecho, como parte integrante de la cultura que es, nace "del fondo viviente" del sujeto y es una forma de vida, pero, poco a poco, se va separando del sujeto "y adquiriendo consistencia propia, valor independiente, prestigio, autoridad. Llega un momento en que la vida misma que crea todo eso⁽⁸⁾ se inclina ante ello, se rinde ante su obra y se pone a su servicio. La cultura se ha objetivado, se ha contrapuesto a la subjetividad que la engendró" (Ortega, "El tema...", pág. 57). Aquí notamos que Ortega se inclina a definir al derecho como una forma objetiva de vida humana.

Característica esencial del derecho —según Ortega en su primera época—, es la acentuación del elemento imperativo del mismo. Tan es así, que aunque rechaza el filósofo español la idea de que todo lo que sea mandado sea derecho, sin embargo, indica que al derecho lo componen "muchas más cosas que una idea: por ejemplo, forma parte de él los bíceps de los gendarmes o sus sucedáneos" (Ortega, "La Rebelión...", Obras Completas, IV, pág. 294), y este derecho, o forma de poder, necesita para manifestarse una unidad de convivencia humana, lo mismo que el uso y la costumbre "de quienes el derecho es el hermano menor, pero más enérgico" (Ortega, *ibidem*, pág. 294). La imperación en el derecho —o imperatividad, como usan llamarla ahora los filósofos del derecho— Ortega la circunscribe al derecho justo, según se desprende de la cita siguiente: "lo justo posee, desde luego, la calidad de ser impecable, precisamente porque es derecho" (Ortega, "El genio de la guerra...", Obras Completas, II, pág. 211). La imperación, sin embargo, necesaria para que el derecho tenga validez, es fuerza y fuerza bruta operando a favor del Estado.

Durante el siglo XIX estuvo muy en boga la teoría filosófica de que el derecho no era otra cosa que fuerza bruta disfrazada

(8) En el caso de esta cita el fenómeno jurídico.

o una tendencia encubierta de la violencia. Ortega enfáticamente no aprueba tales teorías pesimistas, pero hace las salvedades que citaré a continuación, donde reconoce, en el fondo, la validez de esas mismas teorías que han servido de acápite a esta sección del trabajo: "Aun cuando yo no creo en esto, no puedo menos de reconocer que en todo momento una parte del derecho vigente es impuesto, por tanto, un principio de violencia... el hombre culto... verá siempre lo que en él hay de atroz, de violento, de injusto, y procurará constantemente modificarlo, corregirlo, a sabiendas de que nunca logrará un derecho que plenamente lo sea" (Ortega, "El genio de la guerra...", Obras Completas, II, pág. 210).

Sin embargo, el derecho, sea justo o injusto, necesita de esa fuerza para su cumplimiento eficaz, para su imposición sobre el grupo social y el mismo Ortega lo reconoce, pero convencido de que la fuerza toma un carácter distinto, porque se pone "al servicio de una ingeniosísima máquina que permite normalmente prescindir de la fuerza". (Ortega, Discurso en "El P.E.N. Club de Madrid", Obras Completas, VI, págs. 230-231), con lo cual se logra, aun a la fuerza, la convivencia pacífica entre los hombres. Para que entonces se de la vigencia del derecho, o para que éste subsista, son, según Ortega, necesarios tres requisitos: a) que algunos hombres, especialmente inspirados, descubran ciertos principios de derecho; b) que tales ideas por medio de propaganda se difundan en la colectividad; y c) que la expansión de tales ideas domine tanto sobre el grupo y se consoliden de tal manera, que entonces se pueda hablar de opinión pública. Si tales cosas no se dieran en cuanto a una norma jurídica, entonces no se podría hablar con plenitud de norma vigente.

Estas, en general, serían las ideas que sobre el derecho expuso Ortega en lo que se ha denominado su primera época. Veamos su pensamiento en la segunda, apuntando los lógicos y naturales cambios que sufrió.

b) Derecho, según Ortega, en sus últimas obras

Recae Ortega en su libro "Del Imperio Romano" en la visión de que el derecho constituye fuerza y, sobre todo, violencia, al atacar al liberalismo decimonónico, el cual pensaba que una sociedad podía regularse como un organismo sano. Ortega comenta que no hay

tal cosa, sino que una parte de esa sociedad —a la que llama fuerzas positivamente sociales— debe dedicarse al trabajo triste de poner en cintura a una parte muy considerable de esa sociedad que es parte antisocial. El conjunto de disposiciones con las cuales se organiza esa sociedad son parte del mundo, o del imperio, y sostiene ese punto de vista apoyado en Cicerón (Sobre las Leyes, III, 1). Cree Ortega junto a Cicerón, que ni una casa, ni un pueblo, ni una ciudad ni el género humano pueden subsistir, si no es basados en ese mando o *imperium*. Concluye Ortega: “Ahora bien: el mando, y por consiguiente, el Estado son siempre, en última instancia, violencia, menor en las razones mejores, tremenda en las crisis sociales” (Ortega, “Del Imperio . . .”, Obras Completas, VI, pág. 74).

En este mismo libro afirma Ortega que el “derecho presupone la desesperanza ante lo humano” (Ortega, *ibídem*, pág. 78). Explica su afirmación así: cuando en el momento en que los hombres llegan a desconfiar entre ellos de su propia humanidad, tratan de interponerse como aislante un producto que es premeditadamente inhumano: el derecho. Entonces la ley, y para ello se basa Ortega en una definición de Tito Livio (II, 3) es un algo sordo e inexorable, que no admite benignidad ante la menor transgresión. La ley entonces se asemeja más al hierro duro que a la dúctil carne y por eso, ante ella, los hombres son iguales, aunque la misma ley pueda establecer diferencias entre ellos, pero ante lo general y deshumanizado de la ley ningún hombre —por ser hombre— puede pretender poseer más atributos. De aquí puede llegarse a la conclusión —siguiendo a Ortega— de que los romanos vivieron tan plenamente su derecho porque tenían la íntima convicción de que lo justo era justo porque era derecho, y no al contrario —como en la actualidad—, que se ha deshecho el concepto de lo jurídico echando mano a conceptos extrajurídicos para demolerlo, tal como es la justicia. Volviendo a los romanos, ellos lograron sentir con hiperestesia el valor de lo jurídico porque descubrieron la idea de la creación de un mando impersonal, que no emanara de la voluntad particular de un individuo, sino de un imperativo anónimo, “en cuya formación todos, más o menos, colaborasen, y que se enuncia en el decir de nadie que es la ley” (Ortega, “Del Imperio . . .”, Obras Completas, VI, pág. 91), y este decir de nadie, anónimo, pero de todos, no es en el fondo más que una creencia, según se ha definido en el aparte correspondiente.

Pero, además, el derecho no es una creencia que abarque por completo y que defina totalmente una institución, sino que las instituciones tienen un marco de referencia mucho más amplio que el derecho, y su funcionamiento real abarca muchos más aspectos que los que define una ley concreta. Así, para Ortega, cada pueblo en particular debe tener sus propias leyes, su propio derecho, pues de otro modo, la institución sería falsa. Toda legislación, y dentro de aquí cabría extenderlo al derecho en general, se prolonga indefinidamente “en toda la vida colectiva donde se originó y de donde recibe sus inexcusables complementos, su vigor y su correctivo” (Ortega, “Del Imperio . . .”, Obras Completas, VI, pág. 107), lo cual transforma al derecho en una situación intransferible de pueblo a pueblo, porque en resumidas cuentas —y cita Ortega a Horacio— “las leyes son nulas sin las costumbres”, y si las costumbres son una fuente del derecho, y tal vez la principal, el derecho es una creencia, como creencia son las costumbres.

El derecho, para sancionar su incumplimiento, de manera diferente a como se sanciona la violación de los usos —como por ejemplo el saludar o no—, ha creado un poder social preciso y organizado, dando nacimiento a órganos especializados para garantizar su efectiva función. El derecho se diferencia de los usos porque su incumplimiento acarrea una más dura represión llamada “coacción”, o sea, que el derecho —como define Ortega desde este punto de vista—, es un uso, pero de los llamados “fuerte y rígido”; porque es, en la inmensa mayoría de las ocasiones, inexorable e inexcusable. El modo para determinar si un uso es fuerte o débil depende de la “coacción” que se ejerza para restaurar su incumplimiento y, en el derecho, perfecto ejemplo de uso fuerte, puede llegarse incluso a la violencia física para ejecutar su incumplimiento o para restaurar su violación. Esto hace que el derecho pueda diferenciarse de los usos únicamente por la coacción, pero el derecho, en sí mismo, es “un uso de entre los usos” (Ortega, “El Hombre . . .”, II, pág. 119).

El derecho, como atrás se indicó, es un regulador del roce entre los individuos, al crear entre ellos un velo —permítaseme el término—, que los amolda a situaciones preconcebidas y de donde se ha eliminado, hasta donde es posible, el factor sorpresa. Y, si se actúa diferentemente de esos moldes preconcebidos, entonces es que aparece la coacción. “Digamos, pues, formalmente que hay

coacción siempre que no podemos elegir impunemente un comportamiento distinto de lo que en la colectividad se hace. La punición o castigo puede ser de los órdenes y grados más diversos —puede, por ejemplo, significar simplemente que no hacer lo que se hace en nuestro alrededor nos obliga a un esfuerzo mayor que hacerlo” (Ortega, “El hombre . . .”, II, pág. 120), y, aún más, coacción es “toda consecuencia penosa, sea del orden que sea, producido por el hecho de no hacer y a lo que se hace en mi contorno social” (Ortega, *ibidem*, pág. 120).

La coacción, pues, es elemento esencial del derecho, desde el punto que como uso fuerte y rígido que es, y elemento fundamental en evitar el roce entre los individuos, y, asimismo, factor básico de convivencia entre los individuos en sociedad, necesita de un aparato social, creado por el mismo derecho para garantizar su efectiva aplicación.

c) Derecho como creencia

Para llegar a la conclusión de que el derecho es una creencia, es poco lo que nos falta por decir, ya que a lo largo de este estudio, hay jalones de pensamiento que nos conducen a tal conclusión. Que sea acertada esa conclusión, no lo sé, pero al menos es una idea.

Las ideas las pensamos, llegamos a ellas por un proceso intelectual en que nuestra razón se hace funcionar. Pueden ser ciertas y verdaderas, eso es secundario, lo esencial es que son un producto nuestro. En cambio, con las creencias sucede lo contrario, las creencias no son producto de nuestro pensamiento. Cuando nacemos las encontramos y puede decirse que nos topamos con ellas. Las creencias, como tales son nuestra realidad, porque con ellas contamos sin necesidad de tener que crearlas cada vez que nosotros las necesitamos: están ahí. Son las creencias una base presupuesta de la vida.

Ahora bien, una creencia, es un sistema de situaciones con que el hombre cuenta como su realidad. Hay que tener presente que cada uno de nosotros no **repiensa** sus creencias, sino que las encuentra ya formadas en el ambiente social e histórico en que le toca desenvolverse. Con los usos sociales sucede algo similar que con las creencias: el uso tampoco depende de nuestra adhesión a él

para que se establezca, sino que más bien se impone a los hombres. El uso es irracional y se ejecuta debido a una presión social, y abarcan esos usos una gama casi irreductible a su clasificación pormenorizada. Pueden ser formas de conducta, modos de actuación, pasiones domeñadas y, sobre todo, son generales, tanto actúan sobre nosotros como sobre todo el prójimo. Los usos, pues, constituyen la sociedad en que vivimos, y es a través de ellos que conocemos tanto al mundo como a los otros hombres. Los usos sociales nos anteceden y lo más probable es que nos supervivan.

Un fenómeno similar se ha visto a través de este estudio, es lo que sucede con la creencia, porque tanto como con los usos contamos con ella aunque no las pensemos.

Si hacemos ahora resaltar la diferencia indicada por Ortega en cuanto a los usos, o sea, que tomando en cuenta la reacción social que provocan, cuando son incumplidos u olvidados, pueden denominarse unos débiles o fuertes y rígidos los otros, siendo los primeros aquéllos que únicamente provocan una reacción menor, mientras que los segundos se hacen cumplir echando mano a la fuerza organizada, es decir, a una clara y definida coacción, no hay mayor dificultad en clasificar como un uso fuerte y rígido al derecho. Por tanto, pues, el derecho es un uso como cualquiera.

Con el derecho contamos. El hombre se apoya realmente en el derecho para vivir, porque cumple en el hombre los requisitos necesarios para su seguridad, y por ende, para dejar a un lado el mayor posible factor de incertidumbre, lo cual es función esencial tanto de la creencia como del uso. ¿Podrá imaginarse el horror que produciría un mundo carente de creencias y usos en el cual los hombres tuvieran que ser creadores de todas sus actuaciones, inclusive las más mínimas, como qué hacer cuando se encuentra a un semejante?

Cuando meditamos, por ejemplo, en la atención y expectación que le produce a un venado el mundo que lo rodea, un temor que se transparenta en el temblor de su piel, en lo desaforado de sus inocentes ojos, en la nerviosidad de su cuerpo, se puede llegar a la conclusión de que todo es absolutamente nuevo para él en cada instante, y que todo debe resolverlo como si fuera por vez primera. En el hombre tal situación produciría un estado mental muy cerca de lo que conocemos como histeria. Ahora, tal situación no se pre-

senta en el hombre, porque primordialmente se encuentra rodeado de un aparato de creencias y usos que lo protegen, y que la mayoría de las situaciones en que pudiera encontrarse, ya están resueltas de manera efectiva y antes aún de que este hombre naciera.

Una serie de instituciones tienen prefijada la vida del hombre desde que nace hasta que muere. Sabe el hombre qué hacer en cada momento de su vida, incluso, cómo debe comportarse para formar su propio hogar, sabe de antemano cómo tratar a sus semejantes, de uno u otro sexo, y está enterado de cómo debe actuar según sean sus más íntimas intenciones, es decir, su vida viene reducida a una inmensa cantidad de moldes dentro de los cuales actúan él y sus semejantes. Luego, todo esto es el sistema de creencias y usos a los cuales está sometido. Se ha dicho a lo largo de este trabajo —tal vez con insistencia— que el derecho es un uso fuerte y rígido, y se pretende también clasificarlo o definirlo como una creencia. También se ha dicho muchas veces que con los usos y las creencias nos topamos, son nuestra realidad, contamos con ellos y no se someten a la crítica de las ideas, pues los aceptamos de manera irracional.

Lo mismo sucede con el derecho. Hay una serie de instituciones jurídicas que damos como una realidad imperecedera y sobre las cuales no se hace la menor cuestión —salvo algunas veces para los técnicos—. Cuando compramos algo, no pensamos en el derecho de propiedad garantizado en las Constituciones Políticas y en los Códigos, sino que al pagar sentimos que la cosa adquirida es nuestra, estamos íntimamente convencidos de ello y ni siquiera imaginamos que un legislador podría despojarnos de eso. Cuando publicamos algo, no meditamos sobre la trascendencia de la libertad de pensamiento; cuando enviamos una carta a un amigo, nos parece que nadie podrá leerla salvo su destinatario, y no nos hacemos cuenta de la complejidad del derecho a la privacidad de mis cartas; cuando hablamos con un amigo, no pensamos en el derecho general a la privacidad y, cuando en los atardeceres, a veces lluviosos, húmedos, tranquilos, leemos o repasamos las hojas amables de un libro, no meditamos que el estar en esa oficina leyendo se debe a una garantía jurídica de libertad.

Lo mismo sucede cuando por algún motivo esas libertades se violan. Entonces sabemos que un aparato jurídico, del que damos por descontado su existencia, se encargará de poner las cosas

en su lugar, haciendo que se respete más mi persona y en mis obras todos esos derechos y libertades. De tal modo, pues, el derecho se da por descontado de que existe, y ese derecho, además, prefigura una serie de actuaciones que el individuo da por descontado que no puede hacer, y si las ejecuta, se hace acreedor a una sanción, por haber intentado quebrar la norma, o sea, actuar en contra del uso jurídico aceptado por todos y que está impuesto sobre todos.

Cuando se viola una norma jurídica —lo mismo sucede con el quebrantamiento de un uso o una creencia—, se coloca en entredicho el sistema total jurídico. Podríamos hasta decir, que en determinadas violaciones a ese sistema —lo que confirmaría el aserto de que el derecho es una creencia—, primero se produce el estupor y sobresalto de que algo con que se contaba fuera traspuesto y, luego, nace la repulsa ante la violación de algo que se da por sobreentendido y que simplemente es así y está ahí.

El derecho como creencia, u objetivación de vida humana que es, muchas veces se va separando de la costumbre o de los usos sociales y entonces necesita ser revisado, lo que se llama actualizado, y en ese movimiento de actualización no hay tal actualización sino el volver a equilibrar la norma jurídica con la costumbre, que por el transcurso del tiempo se había desbalanceado.

Podría argüirse, y con razón, que el derecho no es el simple consagrador de una vieja costumbre, sino que en casos especiales bien podría adoptar el papel de revolucionario: en el ejemplo podríamos ver dos cosas bien definidas: 1º o se ha creado una nueva situación no abarcada ni resuelta por las creencias tradicionales; o, 2º una minoría quiere imponer el ejercicio de una nueva costumbre, lo cual se logra por la imperación del derecho, pero para esto debemos contar, siempre, con que la sociedad esté en aptitud de recibir tal nueva costumbre, porque de otro modo, la repulsa y expulsión de la nueva costumbre o creencia impuesta, sin estar preparada la "opinión pública" para recibirla, se daría como una reacción violenta y antinatural. Tal situación es como la expulsión que un organismo vivo hace de los injertos que se le hagan.

Tomando en cuenta, pues, todas las ideas expuestas a lo largo de este estudio, puede llegarse a la conclusión de que el derecho —concebido como una plenitud de normas—, es una "creencia", en el sentido orteguiano del término, porque su existencia en la

sociedad sirve para esa convivencia necesaria entre los hombres, como un amortiguador de choques directos, y como un sostenedor de la armonía mínima necesaria entre esos hombres.

VI.—CONCLUSIONES

Al comenzar este trabajo pensé que en estas conclusiones haría un resumen general de todo lo dicho hasta aquí. Llegado a este momento lo juzgo innecesario. Creo que es más conveniente hacer unas reflexiones sobre algunos puntos conexos con los anteriores, que aunque de manera somera, nos puedan ayudar a la mejor comprensión del derecho como creencia.

La comprensión de las cosas depende del punto de vista en que nos coloquemos para apreciarlas, y este punto de vista —o perspectiva—, cambia conforme cambia el ser vivo. Cada perspectiva nos da una nueva visión de las cosas, y así la realidad va tomando el aspecto tornasolado de una inmensa gama de colores: cada perspectiva nos da una visión del conjunto que no agota la visión de todo lo cósmico, más bien lo enriquece.

“El Mundo es la maraña de asuntos o importancias en que el hombre está, quiera o no, enredado, y el Hombre es el ser que, quiera o no, se halla condenado a nadar en ese mar de asuntos y obligaciones sin remedio a que todo eso le importe” (Ortega, “El hombre...”, I, pág. 90). Pero tal inmersión del hombre en los asuntos del mundo no es irrestricta, sino que se encuentra condicionada por las creencias y por los usos, y, dentro de ellos, por ese uso rígido que es el derecho. El derecho, entonces, además, crea entre los hombres un sistema de murallas y parachoques para que la lucha que significa el humano existir se haga más llevadera: en ciertos aspectos el derecho es un modo de la armonía en la convivencia.

Porque el estar vivo implica acción y ésta “es actuar sobre el contorno de las cosas materiales o de los otros hombres conforme a un plan preconcebido en una previa contemplación o pensamiento” (Ortega, “El hombre...”, I, pág. 47). De ahí que para actuar sea necesario una serie de creencias que nos garanticen esa libertad de actuación, como un conjunto de límites que los hombres colocan frente al poder público, para que éste no subyugue del todo la esfera propiamente individual de cada hombre. En cuanto a este

punto de la libertad en el hombre, o sea la esfera que conserva frente al conjunto de las creencias emanadas del poder social, Ortega hace una aclaración brillante en cuanto a los dos sentidos de libertad que han cautivado al mundo europeo: “Yo creo que si descendemos de las apariencias, siempre confusas y contradictorias, el espíritu que inspira a las grandes tendencias del derecho germano, hallamos, en efecto, esa existencia a disolver lo personal en lo público. Para Cicerón, ‘libertad’ significaba imperio de las leyes establecidas. Ser libre es usar de leyes, vivir sobre ellas. Para el germano, la ley es siempre lo segundo y nace después que la libertad personal ha sido reconocida, y entonces libremente usa esa ley” (Ortega, “El Espectador”, T.V, Obras Completas, II, pág. 422).

Ambas concepciones de la libertad, entonces, tienen un límite y ese límite es la ley, o sea el derecho, de donde el límite de la libertad, como en la circunferencia, sea la ley, es la que viene a definir esa libertad en uno u otro sentido. La ley que rige al individuo, en un determinado momento histórico, garantiza la libertad, y cuando el hombre recurre a la ley ésta “se dispara automáticamente, como un aparato mecánico de poder” (Ortega, “El hombre...”, II, pág. 170), confiando en la creencia de la ley y su vigencia dentro de la respectiva comunidad.

El hombre, para concluir, para ser y para seguir siendo, tiene siempre que estar haciendo algo, “pero eso que ha de hacer no le es impuesto ni prefijado, sino que ha de elegirlo y decidirlo él, intransferiblemente, por sí y ante sí, bajo su exclusiva responsabilidad... Esta forzosidad de tener que elegir y, por tanto, estar condenado, quiera o no, a ser libre, a ser por su propia cuenta y riesgo, proviene de que la circunstancia no es nunca unilateral, tiene siempre varios y a veces muchos lados” (Ortega, “El hombre...”, I, págs. 68-69).

Resumiendo, en pocas palabras, la cita anterior, se desprende que el hombre siempre tiene que escoger un camino, y ese camino lo escoge bajo su propia, auténtica y única responsabilidad. Quería terminar este estudio con una pregunta:

El derecho, como creencia que es ¿podría decirse que indica posibilidades de camino?

BIBLIOGRAFIA

ORTEGA Y GASSET, JOSE:

"Del Imperio Romano"

en

Obras Completas, Tomo VI, (1941-1946) y

Brindis y Prólogos

Quinta Edición.

Revista de Occidente.

Madrid, 1961.

"El genio de la Guerra y la Guerra Alemana"

en

"El Espectador" (Tomo II, 1917)

en

Obras Completas, Tomo II, (1916-1934);

Revista de Occidente.

Madrid, 1961.

"El Hombre y la Gente"

Tomos I y II.

Sexta Edición,

El Arquero

Ediciones de la Revista de Occidente.

Madrid, 1970.

"El Tema de nuestro tiempo. El ocaso de las revoluciones.

El sentido histórico de la Teoría de Einstein".

Séptima Edición.

Espasa-Calpe, Argentina, S. A.

Buenos Aires, 1950.

"Ideas y Creencias"

Tercera Edición.

Colección Austral

Espasa-Calpe, Argentina S. A.

Buenos Aires, 1945.

"La Rebelión de las Masas"

en

Obras Completas, Tomo IV, (1919-1933).

Quinta Edición.

Revista de Occidente.

Madrid, 1961.

"Notas del vago Estío"

en

"El Espectador" (Tomo V, 1927)

en

Obras Completas, Tomo II, (1916-1934).

Quinta Edición.

Revista de Occidente.

Madrid, 1961.

Ensayo: Calpe, Argentina, S. A.
Buenos Aires, 1962.

Las Relaciones de las Naciones
en
Obras Completas, Tomo IV (1919-1930)
Quinta Edición.
Revista de Occidente.
Madrid, 1961.

"El mundo moderno"
en
Obras Completas, Tomo VI (1947-1961) y "Notas del vago Ebro" y "Notas de la guerra"
en
Quinta Edición.
"El Espectador" (Tomo V, 1937)
Revista de Occidente.
Madrid, 1961.

Obras Completas, Tomo II (1916-1936)
Revista de Occidente.
Madrid, 1961.

"El Espíritu" (Tomo II, 1917)
en
Obras Completas, Tomo II (1916-1936)
Revista de Occidente.
Madrid, 1961.

"El Hombre y la Guerra"
Tomo I y II.
Sexta Edición.
El Argiro.
Ediciones de la Revista de Occidente.
Madrid, 1971.

El Tercer de nuestro tiempo. El mundo de las revoluciones.
El mundo histórico de la Teoría de Einstein.
Quinta Edición.
Ensayo-Calpe, Argentina, S. A.
Buenos Aires, 1962.

Man y Oremías.
Tercera Edición.
Ediciones Auzó.

INDICE

LA ACUSACION O DENUNCIA CALUMNIOSA
LA CALUMNIA REAL

I.—Objeto del estudio 125

II.—¿Qué es creencia? ¿Qué es idea? 127

III.—Vida humana y colectividad. Realidad 133

IV.—Usos Sociales y Poder Público 137

V.—Derecho según Ortega. Derecho como creencia 141

 a) Derecho como violencia disfrazada o hipocrecía social 142

 b) Derecho, según Ortega, en sus últimas obras 145

 c) Derecho como creencia 148

VI.—Conclusiones 152

Bibliografía 154

CAPITULO I.—GENERALIDADES

1) Rechazo de la noción de calumnia que hay en la jurisprudencia por el delito de acusación o de denuncia calumnia, y por calumnia real. Es poco importante la criminalidad legal por estos delitos, sobre todo si se compara con la de otros, en especial aquellos que afectan la vida o la integridad corporal, la propiedad o la libertad.

INDICE

I—Objeto del estudio 121

II—Qué es creencia? Qué es idea? 122

III—Vida humana y colectividad. Fealdad 123

IV—Usos Sociales y Poder Público 124

V—Derecho según Ortega. Derecho como creencia 125

a) Derecho como violencia destruida o hipotecada social 126

b) Derecho según Ortega en sus últimas obras 127

c) Derecho como creencia 128

VI—Conclusiones 129

Bibliografía 130

LA ACUSACIÓN O DENUNCIA CALUMNIOSAS Y LA CALUMNIA REAL

DR. FRANCISCO CASTILLO GONZALEZ
 Profesor de Derecho Penal de la
 Universidad de Costa Rica.

SUMARIO

CAPITULO I—Generalidades Nº 1 a 16

A) Historia del delito en nuestra legislación Nº 4 a 9

B) Bien Jurídico Protegido Nº 10 a 13

C) Sujetos del delito Nº 14 a 16

CAPITULO II—Las figuras del artículo 317 del Código Penal Nº 17 a 78

Sección I—La acusación o la denuncia calumniosas Nº 19 a 61

A) Generalidades Nº 19 a 20

B) Elementos del Delito Nº 21 a 61

1—Existencia de una acusación o de una denuncia Nº 22 a 32

2—Acusación o denuncia de un delito de acción pública Nº 33 a 40

3—Acusación o denuncia contra una o varias personas Nº 41 a 43

4—Acusación o denuncia dirigida a la autoridad Nº 44 a 46

5—Acusación o denuncia falsas Nº 47 a 53

6—Intención criminal: conocimiento de la inocencia del imputado Nº 54 a 61

Sección II—Calumnia real Nº 62 a 78

A) Generalidades Nº 62 a 65

B) Elementos del delito Nº 66 a 78

1—Simulación de la existencia de pruebas materiales Nº 67 a 73

2—Simulación de la existencia de pruebas materiales de un delito de acción pública contra una o varias personas Nº 74 a 75

3—Intención criminal: conocimiento de la inocencia del imputado Nº 76 a 78

CONCLUSION Nº 79 a 80

CAPITULO I — GENERALIDADES

1) Reducido es el número de condenatorias que hay en la jurisprudencia por el delito de acusación o de denuncia calumniosa y por calumnia real. Es poco importante la criminalidad legal por estos delitos, sobre todo si se compara con la de otros, en especial aquéllos que afectan la vida o la integridad corporal, la propiedad o la libertad.

2) La explicación de este fenómeno puede buscarse en diferentes causas: razones de política penal de los tribunales (una represión sistemática podría acarrear una disminución del número de acusaciones o denuncias, con la consiguiente disminución del conocimiento de los delitos); razones ligadas a la configuración actual del delito (al lado de los requisitos de fondo de la figura, aparecen otros procesales, como la declaratoria de calumniosidad de la acusación o de la denuncia, declaratoria que es prejudicial a la acción). Podría ocurrir, también, que el delincuente, en términos generales, no se atreve a delinquir, tomando como medio de su ilícita actividad la misma maquinaria judicial.

3) Cualquiera de esas razones que sea la que explique el poco número de condenatorias, lo cierto es que el calumniador (falso denunciante, falso acusador, calumniador real) es un sujeto sumamente peligroso que no se detiene, incluso, ante la estructura judicial y policíaca para cometer su delito; precisamente las toma de medio para delinquir.

Aparte del daño que causa a la normal administración de la justicia, el agente perjudica grandemente al particular acusado o denunciado, quien se verá injustamente sometido a un proceso y, eventualmente, condenado.

De ahí la conveniencia de estudiar la estructura jurídica del artículo 317 del Código penal, rastreando primero sus antecedentes en la historia patria y estudiando cuál es el bien jurídico que atacan los hechos por él previstos, y los sujetos que pueden cometerlo.

A—Historia del delito en nuestra legislación

4) Nuestro derecho penal, históricamente diferenciado, comienza con el Código de Carrillo. Antes de éste, la legislación del Estado se componía de "... una multitud de disposiciones aisladas basadas en principios contradictorios, por el espíritu de los diferentes tiempos en que nacieron, de las circunstancias que las provocaron y de las diferentes organizaciones políticas en que tuvieron origen".⁽¹⁾

5) El Código de Carrillo trata de la denuncia o acusación calumniosa en título V cuya rúbrica es "De los Delitos Contra la

Fe Pública" (artículos 321, 322, 323, 324, 325, 326 y 327). No castigó este código la calumnia real.

La represión en el Código de Carrillo se sustentó en un sistema taliónico, real o simbólico, de acuerdo con la práctica histórica común a la época de la redacción del Código y que venía desde Constantino.⁽²⁾ También tomó en cuenta este Código la distinción hecha por los post-glosadores y los prácticos entre calumnia presunta, manifiesta y manifestísima, según que el acusado o denunciado fuera absuelto por falta de prueba, por haber demostrado su inocencia, o por haber demostrado su inocencia y además el conocimiento de la inocencia que tenía su denunciante o acusador.⁽³⁾

Por ello el Código de Carrillo establecía varias distinciones:

a) Si la acusación o la denuncia fueron falsas y calumniosas, la pena era la infamia más "... la mitad del mínimo, medio o máximo de la pena que se impusiera al acusado si hubiese sido

(2) Antonio Quintano Ripollés, "Curso de Derecho Penal", Tomo II, pág. 577, nota 8. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.

(3) En cuanto a la historia general del delito, sabemos que los romanos conocieron la acusación y la denuncia calumniosa con el nombre de "calumnia". Una de las acepciones de este término en el derecho romano fue la de un crimen sui generis, consistente en el resultado vejatorio de actividades procesales y extraprocesales, que normalmente eran ilícitas (Ugo Brasiello, "Calumnia", en Enciclopedia del Diritto, Tomo V, pág. 814). Expresión de estas actividades era la acusación falsa de un crimen: "Calumnia, praevaricatio, tergiversatio: calumniari est falsa crimina intendere, praevaricari vera crimina abscondere, tergiversari in universum ab accusatione desistere".

Según Papiniano (Dig. 22, 5, 13) y Marciano (Dig. 48, 16, 12) la calumnia derivaba de la "Lex Remmia", dictada según los autores modernos en el año 80 A. de C. De acuerdo con Cicerón (p. Sexto Roscio Am., 57) al condenado por este delito se le marcaba en la frente con la letra K. Ello después de un proceso público (Pap. Dig. 22, 5, 13; Iul. Dig. 3, 2, 1; Paul. Sent. 1, 5, 2; 5, 4, 11). Una de las consecuencias de la condena era la "infamia", entendida en el sentido amplio de "ignominia", cuyos efectos eran la prohibición de "postulare pro aliis" (Iul. Dig. 3, 2, 1), la prohibición de ser acusador (Ulp. Dig. 48, 2, 4). Tal ignominia todavía se produce en nuestro derecho (véase Código de Proc. Pen. artículo 9 inc. 6º).

En el derecho imperial la calumnia fue castigada con una pena "extra ordinem" (Paul. Sent. 1, 5, 2; Paul. Dig. 48, 16, 3). Entre las penas extraordinarias aplicadas están el "exilium", la "relegatio" y la "amotio ordine" (Paul. Sent. 5, 4, 11). Un senadoconsulto Turpilliano del año 61 D.C. castigó el desistimiento de la acusación penal con la misma pena de la "calumnia".

Posteriormente la "calumnia" se alarga, llegándose a considerar como tal cualquier acusación infundada.

En el derecho penal medieval el gozne de la punición de la acusación y denuncia calumniosa lo fue el concepto romano de "falsa crimina intendere" (Antonio Marengui, "calumnia" en Enciclopedia del Diritto, Tomo V, pág. 816). Los legisladores establecieron el principio según el cual "qui non probaverit quod obiecit, poenam quam intulerit ipse patiatu", es decir, que aquel que hubiera acusado y no hubiera aportado pruebas suficientes debía ser condenado como calumniador, que fue lo que se llamó calumnia presunta.

La condenatoria del calumniador debía ser pedida por el calumniado (véase artículo 16 de nuestro Código de Proc. Pen.), y la glosa organizó la represión del delito con base en el sistema talionar. Algunos hablaron, refiriéndose a la pena, de "similitudo supplicii".

A partir de la Revolución Francesa, la visión general de este delito cambia radicalmente.

(1) Juan Rafael Mora, Introducción a la edición de 1858 del Código de Carrillo.

cierta la acusación..." o la denuncia. Esta pena era aplicable al acusador (art. 321), sea que hubiere ejercido la acción popular, sea que se quejare "... contra otro de alguna ofensa propia, que sea culpa o delito público o privado..." (arts. 321 y 323), al denunciante (art. 326) y a los funcionarios del Ministerio Público (art. 327).

b) Cuando la acusación o la denuncia no eran falsas ni calumniosas —no existencia del dolo— el Código de Carrillo castigaba al acusador que no probaba lo aseverado. El denunciante no tenía pena. La pena para el acusador que no probaba lo aseverado, aunque "no resulte en ello malicia" era "tanto tiempo de arresto o cárcel, como el que haya sufrido de prisión o detención el acusado" (art. 322) y la pena accesoria de reparar los daños y perjuicios ocasionados. De la obligación de probar —por tanto, de la responsabilidad penal correspondiente— se exceptuaba a los "promotores fiscales", y a los que habían acusado delito o culpa en causa propia. Estos últimos sólo respondían de daños y perjuicios.

c) Por último, el Código de Carrillo castigaba a los acusadores —que ejercieran la acción popular o en causa propia— que desampararen la acción o se separarren de ella después de iniciado el procedimiento. La pena era "tanto de arresto en la cárcel, como el que haya sufrido de detención o de prisión el acusado que fuere absuelto en juicio" (art. 323), siempre y cuando no hubiera "mala fe". Pero aquél que desamparare la acción en causa propia, o se separare del procedimiento, sólo era castigado "... si el acusado quisiere vindicar su inocencia" (art. 324).

6) El Código de 1880 opera una simplificación del delito con relación a su antecesor. El artículo 243, que sólo castigó la acusación o denuncia calumniosa y que estaba dentro del Título Cuarto relativo a los delitos contra la fe pública, establecía:

"La acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoria, será castigada con presidio interior menor en su grado máximo, o multa de ochocientos treinta y cuatro mil pesos, cuando versare sobre un crimen; con presidio interior menor en su grado medio, o multa de seiscientos pesos, si fuere un simple delito; y con presidio interior menor en su grado mínimo o multa de quinientos uno a seiscientos sesenta y seis pesos, si se tratare de una falta".

Indudablemente el artículo 243 del Cód. penal de 1880 fue un avance respecto al Código de Carrillo. Pero presentaba graves defectos, sin consecuencias, por la poca cantidad de casos juzgados de 1880 a 1924. Los principales eran: no prevía la calumnia real; de acuerdo con el tenor literal del artículo el sujeto del delito era "La acusación o denuncia que hubiera sido declarada calumniosa...", lo cual es desde todo punto de vista incorrecto. Además, la pena del delito es sumamente elevada, tanto que don Rafael Orozco⁽⁴⁾ cree necesario justificarla con las siguientes palabras:

"Severa es esta pena, pero recuérdese que se trata de castigar a los delincuentes calumniadores falsos".

Por último, el artículo 243 hablaba de "... sentencia ejecutoriada...". ¿Cómo entender esta expresión? Establecía la necesidad de una resolución definitiva previa a la acción penal por acusación o por denuncia calumniosa? ¿Era una simple repetición del principio según el cual nadie puede ser sometido a pena sino en virtud de sentencia firme? Sin embargo, los probables problemas de interpretación que presentaba la expresión fueron resueltos por el artículo 16 del Código de Procedimientos penales de 1910.

7) El proyecto de Astúa Aguilar fue la base del Código penal de 1924. Tanto en éste como en aquél se establece una clasificación bipartita de infracciones, que sustituye a la tripartita del Código de 1880. En el Código de 1924, la acusación o denuncia calumniosas y la calumnia real —la cual se prevé por primera vez en nuestra legislación— sólo son punibles tratándose de delitos, con exclusión de las faltas de policía.

El Código de 1924 decía en su artículo 482 (colocado entre los delitos que protegen la Administración Pública):

"El que denunciare a la autoridad judicial o a un funcionario que tenga obligación de dar parte de ello a dicha autoridad, un delito que sabe que no ha tenido efecto, o simule sus rastros o señales, de modo que pueda entablarse procedimiento penal para indagarlo, incurrirá en prisión o multa mayor en su grado primero.

(4) Rafael Orozco, "Elementos de Derecho Penal de Costa Rica", Imprenta Nacional, San José, 1882, pág. 253, N° 476.

Estas penas se aplicarán con descenso de uno a dos grados, al que ante autoridad declare falsamente haber contribuido a cometer o haber cometido un hecho punible; pero si lo hiciere para salvar a su ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano o bienhechores, estará exento de pena".

8) El Código de 1941 sigue al de 1924 en los conceptos fundamentales. Puede decirse incluso que en ciertos aspectos aquél es más confuso que éste. La calumnia real y la acusación o denuncia calumniosa estaban previstas en el artículo 394. Pero el artículo 396 también castigaba la acusación o denuncia calumniosas.

Había, pues, una doble punición de la acusación o denuncia calumniosa, pues tanto el artículo 394 como el 396 castigaban los mismos hechos. Este defecto del Código de 1941 tuvo que ser minimizado por la jurisprudencia, en especial de las Salas Penales, por medio de una interpretación más ingeniosa que apegada a los textos. Por ejemplo, en la resolución de las 15:55 hs. de 11 de setiembre de 1957 de la Sala Segunda se lee:

"Bueno es observar que la modalidad de la denuncia falsa contemplada por el artículo 394 es simplemente un atentado en perjuicio de las funciones de justicia del Estado al paso que la prevista por el artículo 396 no es más que una calumnia calificada elevada al rango de otro tipo jurídico penal por la circunstancia reveladora de mayor perversidad, de haberse imputado a determinada persona un delito perseguible de oficio".

Y la misma resolución había afirmado antes:

"La primera de las disposiciones legales citadas (art. 394) se refiere al que denuncie a la autoridad respectiva un delito o cuasidelito que sabe no se ha cometido, o simule sus rastros o señales, de modo que pueda establecerse un procedimiento penal para indagarlo, y la segunda al que por vía de querrela o denuncia inculpa a otro la comisión de un hecho punible de manera calumniosa, que es precisamente el caso de autos".

En el mismo sentido de hacer la diferencia entre ambas figuras, la resolución de la Sala Segunda Penal de 16:05 hs. de 9 de agosto de 1957 declara:

"La ley, en su artículo 396, no hace distinciones entre delitos, cuasidelitos o faltas, pues se refiere a la acusación o la denuncia de algún hecho punible que hubiera sido calificada de calumniosa por resolución firme. Lo único que exige es esa calificación previa. Así, pues, queda por completo al arbitrio del Tribunal que conoció de la denuncia o acusación ordenar proceder o no contra los falsos denunciantes...".

Según plantea el asunto esta resolución, se trata en el artículo 396 de la punición del acusador o del denunciante por el sólo hecho de que su denuncia fue considerada calumniosa. Y entonces, el artículo 396 establecería una especie de juicio ejecutivo en materia penal.

La verdadera diferencia entre el artículo 394 y 396 del Código de 1941, y la razón de la diferencia, la establece la resolución de 14:28 hs. de 6 de setiembre de 1968 de la Sala Segunda Penal: La misma dice:

"Este Tribunal tiene establecido que la diferencia entre las figuras de la simulación de delito, que contempla el artículo 394, y las de acusación o denuncia calumniosa, previstas por el artículo 396, ambos textos del Código penal, consiste en que el agente en la primera de ellas, sin incriminar a determinada persona, denuncia o acusa un delito que sabe no se ha cometido, o finge sus rastros o señales, de modo que pueda instaurarse un procedimiento penal para investigarlo. En cambio, el segundo de esos delitos tiene lugar cuando el agente atribuye falsamente a una persona el delito simulado; pero en este caso es necesario para que pueda sancionarse, que la autoridad que conoció del delito falso, califique de calumniosa la acusación o la denuncia. La confusión que presentan esas figuras, tiene su origen en que el artículo 396 precitado, es omiso en la definición de los elementos que caracterizan el delito, pues se concreta a disponer que "la acusación o denuncia que hubiere sido calificada de calumniosa por resolución firme, será castigada con prisión de seis meses a tres años o multa de trescientos sesenta a tres mil colones". La explicación de esa deficiencia u obscuridad de la norma comentada, se encuentra examinado el origen de ella en el actual código. Anteriormente, en el Código penal del año 1924, estaba prevista en el artículo 287, como una figura agravada del delito de calumnia, y se presentaba cuando en un juicio se imputaba falsamente a otro un delito perse-

guible de oficio. En el Código penal del año 1941, esa figura se trasladó correctamente al título que se refiere a los "Delitos Contra la Administración Pública y el Régimen de Justicia"; pero se olvidó darle un desarrollo completo en relación con el bien jurídico que pasó a tutelar".

9) En el Código de 1970, el artículo 317 prevé la acusación o denuncias calumniosas y la calumnia real. Este artículo se encuentra en la sección II, cuyo título es "Falsas Acusaciones". El título general de la sección es "Delitos Contra la Administración de Justicia". Por tanto, en el Código de 1970, la acusación y la denuncia calumniosas y la calumnia real, están mejor ubicadas: son delitos que lesionan el bien jurídico que es la administración de justicia, mediante una falsedad declarada o el fingimiento de una situación inexistente.

B—Bien jurídico protegido

10) Como dijimos en el párrafo precedente, el artículo 317 del Cód. penal es parte de la sección II del Título XIV, cuya rúbrica es "Delitos Contra la Administración de Justicia".

Con este artículo el legislador tutela la Administración de justicia; es decir, el interés superior del Estado a la recta Administración de la Justicia Penal.⁽⁵⁾ Esta recta administración de la justicia penal peligra cuando hay desviaciones capaces de comprometer el valor de las decisiones judiciales.

11) Consecuencia de lo anterior es que, para la configuración del delito, no se requiere lesión a los derechos de un particular; menos aún, la condena de un inocente. Si esta última circunstancia existiera, el artículo 317 prevé una circunstancia agravante.

12) Una parte de la doctrina sostiene que en la acusación o denuncia calumniosas y en la calumnia real hay un doble objeto de tutela: uno prevalente, que es la buena administración de justicia; otro secundario, pero del cual la ley no se desentiende: la necesidad de que la libertad del ciudadano inocente no sea expuesta a lo imprevisto de un proceso y de que el honor de las personas

(5) Pasquale Curatola, "Calunnia" en "Enciclopedia del Diritto", tomo V, pág. 818.

no sea puesto en entredicho por un proceso penal injustamente iniciado.⁽⁶⁾

En lo que se refiere a la acusación o denuncia calumniosa, esta tesis parece tener asidero en nuestra legislación. El artículo 16 del Cód. proc. pen. manda que el acusado o denunciado injustamente deberá pedir, expresamente la declaratoria de "calumniosidad", para que ésta sea declarada por el juez que conoce del asunto.

De ahí que la jurisprudencia establezca la existencia de este doble objeto de tutela en la acusación o denuncia calumniosa. En la sentencia de Cas. de 2:25 hs. de 5 de octubre de 1910 (II Sem., pág. 185) se lee: "... la denuncia calumniosa es no sólo una ofensa a una persona determinada, sino también el agravio de las instituciones judiciales del país al servirse de ellas con fines ilícitos". Y la resolución de la Sala Segunda Penal de 7 de julio de 1966 declara que "... aun cuando el delito de acusación o denuncia calumniosa es de acción pública, porque afecta al régimen de justicia, conserva en nuestra legislación cierto carácter privado que es propio de la calumnia, toda vez que para que pueda iniciarse el proceso, se exige que de previo al sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, se califique de falsa la denuncia o acusación a instancia del absuelto, de conformidad con el artículo 16 del Código de procedimientos penales".

13) Para la existencia del delito es necesario que la conducta desplegada por el agente —se trata de acusación o de denuncia calumniosas o de calumnia real— sea idónea para lesionar al bien jurídico principalmente protegido, que es la Administración de justicia. Según la doctrina existe lesión al bien jurídico cuando hay la posibilidad de un proceso en el cual la justicia iba a ser engañada en la investigación del hecho delictuoso.⁽⁷⁾ Por ello decía Carrara que "... la calumnia, para ser consumada, no tiene necesidad de un resultado de la condena, pero sí de otro, que es precisamente el engaño de la justicia, aunque sea momentáneo".⁽⁸⁾

(6) En este sentido, Giuseppe Maggiore, "Derecho Penal", tomo II, pág. 216.

(7) Carlos Fontán Balestra "Denuncia Calumniosa, Calumnia Real y Simulación de Delito" en Revista de Derecho Penal y de Criminología, Nº 2 abril-junio, 1969, pág. 148.

(8) Francisco Carrara, "Programa de Derecho Criminal", Vol. V, pág. 178. Editorial Temis, Bogotá, 1961.

En nuestro derecho esta tesis es cierta para la calumnia real. No lo es para la acusación o denuncia calumniosa porque el legislador considera —al establecer el artículo 16 del Código de procedimientos penales— que la lesión al bien jurídico protegido sólo existe cuando hay sobreseimiento definitivo o absolución del acusado o denunciado. No hay posibilidad de establecer el proceso por acusación o denuncia calumniosa si el asunto termina, por ejemplo, por un auto de abstención de procedimientos.

C—El sujeto activo del delito

14) El artículo 317 del Código penal define el sujeto activo con la expresión "el que". Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera⁽⁹⁾ que establezca una acusación o una denuncia o simule las huellas materiales de un delito de acción pública.

Hay que aclarar, sin embargo, que no todos los sujetos de la acusación o de la denuncia pueden ser sujetos activos del delito de acusación o de denuncia calumniosa.

El Ministerio Público y el Patronato Nacional de la Infancia, que pueden ser sujetos de la acusación o de la denuncia, por disposición legal no pueden ser sujetos del delito de acusación o de calumniosa (artículo 16 y 13 del Código de Procedimientos penales).

El fundamento racional de esta limitación legal de los sujetos que pueden serlo del delito, está en el principio de que sólo las personas físicas están sometidas al reproche de culpabilidad.⁽¹⁰⁾ Las personas jurídicas o morales no pueden ser sujetos de derecho penal. El Ministerio Público y el Patronato Nacional de la Infancia, personas jurídicas, no pueden ser sujetos activos de ningún delito, ni del delito de acusación o de denuncia calumniosa en particular.

Por otro lado, la ley presume que la finalidad que persiguen el Ministerio Público y el Patronato Nacional de la Infancia, al acusar, es de interés general.

15) Pero lo cierto es que uno y otro accionan por la actuación de sus funcionarios. Y éstos pueden prevalerse de sus cargos

(9) Fontán Balestra —Millán, "Las Reformas al Código Penal", Abeledo— Perrot, 1968, Buenos Aires, pág. 397; Cuello Calón, Derecho Penal, Tomo II, pág. 296, Bosc, Barcelona, 1961, Undécima Edición.

(10) Alexander Graf Zu Dohna "La Estructura de la Teoría del Delito". Abeledo —Perrot Buenos Aires, 1958, pág. 65.

para acusar o denunciar a una persona que sabían inocente. Por tanto, se plantea el problema de si los funcionarios del Ministerio Público y del Patronato Nacional de la Infancia, pueden cometer el delito de acusación o de denuncia calumniosas o de calumnia real.

Al respecto puede recordarse que el Código de Carrillo, en el artículo 327, estableció responsabilidad penal para el funcionario de Ministerio Público que acusara o denunciara a una persona que sabía inocente.

Esta es la solución de principio en nuestro derecho penal actual. El Ministerio Público y el Patronato Nacional de la Infancia no son sujetos activos del delito. El funcionario puede serlo, porque de conformidad con el artículo 23 del Código de Procedimientos penales "... por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible ...".

Siendo ésta la solución correcta, es teórica en nuestro derecho, porque, de acuerdo con el artículo 16 del Código de procedimientos penales, no puede declararse calumniosa ni la acusación ni la denuncia del Ministerio Público (o del Patronato Nacional de la Infancia, art. 13 *ibidem*). Y como esa declaratoria es prejudicial a la acción, en ausencia de ella no podrá perseguirse a los funcionarios.

Los funcionarios públicos obligados a denunciar o a acusar, o que pueden hacerlo, pero que no pertenecen al Ministerio Público, pueden cometer el delito en estudio si acusan o denuncian a una persona que sabían inocente. Para ellos no rigen los artículos 13 y 16 del Código de Procedimientos penales. Esta es la solución en otras legislaciones.⁽¹¹⁾

16) En cuanto a los sujetos activos del delito, el delito de calumnia real, previsto también en el artículo 317 Cp., presenta mayor amplitud que la acusación o la denuncia calumniosa.

Sujeto de la calumnia real puede ser cualquiera que simule contra una persona que sabe inocente, la existencia de pruebas materiales.

(11) Emile Garçon, "Code Penal Annoté", Tomo II, pág. 449. Librairie Sirey, Paris, 1956; Quintano Ripollés, Op. Cit., tomo II, pág. 577; Cuello Calón, Op. Cit., pág. 269; Maggiore, Op. Cit., pág. 296.

Incluso en la realidad estas simulaciones suceden muy a menudo (práctica del "ganseo") realizadas por funcionarios, aunque no del Ministerio Público.

Nuestra jurisprudencia ha sentado la tesis de la responsabilidad del funcionario por simulación de pruebas materiales. La resolución de 15:15 hs. de 2 de junio de 1965 de la Sala Segunda Penal así lo declara:

"En autos existe mérito suficiente para atribuir a F. R. P. C. la infracción de simulación de delito, prevista y sancionada por el artículo 394 del Código penal, pues aparte de que el ex-detective M. M. J. declara que cuando conversó con C. L. Q. S., respecto de la detención que debía practicar de la esposa de éste, mediante el cargo fingido de que ella tenía un sobre contentivo de unos cigarrillos de marihuana y de una cédula de residencia falsificada, el señor F. R. P. C. confirmó, como abogado de Quesada (C. L. Q. S.) que tan pronto ello ocurriera, la Oficina de Migración procedería a deportar a la señora Rugama, toda vez que, con esa maniobra lo que perseguían era provocar que las autoridades costarricenses la expulsaran del país, para evitar que continuara exigiendo el pago de una pensión alimenticia de su marido señor C. L. Q. S. . . .".

CAPITULO II — LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL ARTICULO 317 DEL CODIGO PENAL

17) El artículo 317 del Código penal dispone: "Será reprimido con prisión de uno a seis años el que denunciare o acusare ante la autoridad como autor o como partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente o simulare contra ella la existencia de pruebas materiales. La pena será de tres meses a ocho años de prisión si resultare la condena de una persona inocente".

Este artículo prevé y sanciona dos conductas de manera alternativa. Realizando una sola de ellas se configura el delito; si se realizan ambas, habrá un solo delito.

18) Fácil es llegar a la conclusión de que las conductas castigadas en el artículo 317 Cp. son de naturaleza totalmente diferente. La acusación o la denuncia calumniosa puede ser consi-

derado como un delito de expresión,⁽¹²⁾ entendiéndose por éste aquél cuyo elemento característico reside en el carácter declarativo de la manifestación, y en la tendencia de la acción para influir en la psiquis de un tercero.⁽¹³⁾ Los delitos de expresión sólo pueden ser cometidos por medio de la palabra oral o escrita. La calumnia real, al contrario, se comete por actos diferentes de la expresión oral o escrita, que exigen, al menos, cierta modificación del mundo exterior. Dentro de esta tesitura, podría decirse que la acusación o denuncia calumniosa tiene en su base un acto proteiforme, que puede ser lícito o ilícito, según el caso, mientras que el simular huellas materiales de un delito siempre será un acto ilícito. La acusación o la denuncia calumniosa solo puede cometerse presentando la denuncia o la acusación ante una autoridad competente, al menos para recibirlas. La simulación de delito no.

El legislador une estas dos conductas, sometiendo ambos comportamientos a la misma pena, requiriendo una idéntica voluntad criminal para ambas, protegiendo con la incriminación de las mismas únicamente a las personas inocentes, y por último, refiriendo ambos comportamientos a delitos de acción pública. Esta unión es artificial; de ahí los manifiestos contrasentidos que surgen de ella.

Sección I — La acusación o denuncia calumniosa

19) De acuerdo con el artículo 317 Cp. es castigable "... el que denunciare o acusare ante la autoridad como autor o como partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente...".

Histórica y doctrinalmente ha sido llamado este delito "acusación o denuncia calumniosa".

20) Acusar o denunciar es un derecho, que se funda sobre la obvia consideración de que todo delito perseguible de oficio —y aun de instancia privada— lesiona directamente la colectividad políticamente organizada. Esta tiene notable interés en que el particular, como miembro del cuerpo social, pueda ser portador e

(12) Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", tomo III, pág. 926, Editorial Losada, Buenos Aires, 1963.

(13) Eduard Kern, "Los Delitos de Expresión", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 26.

intérprete, en su "status activae civitatis" del interés colectivo.⁽¹⁴⁾ Siendo la acusación o denuncia un derecho, como lo repite constantemente nuestra jurisprudencia,⁽¹⁵⁾ es en nuestro derecho también un deber para ciertos funcionarios enumerados en el artículo 147 del Código de procedimientos penales. El incumplimiento de este deber es severamente sancionado.⁽¹⁶⁾

Importa al orden público asegurar este derecho, pero también reprimir el abuso del mismo penalmente, porque las falsas denuncias o acusaciones son particularmente peligrosas; turban el orden público, engañan a la justicia, y expone a los particulares a persecuciones injustas y tal vez a condenatorias inmerecidas.

El derecho penal concilia estos intereses aparentemente contradictorios haciendo una triple distinción: la denuncia y acusación calumniosa es un delito penal que castiga a aquel que acusa o denuncia a una persona que sabe inocente; la denuncia temeraria podría ser un derecho civil, y de ninguna importancia penal; la falsa denuncia, pero fundada en un justo error no compromete ni la responsabilidad penal ni la civil, en ausencia de intención culpable o de imprudencia o negligencia civilmente reprochable.⁽¹⁷⁾

Es necesario determinar cuáles son los elementos constitutivos de la acusación denuncia calumniosa.

Elementos del delito

21) Elementos de este delito son: 1° Que una denuncia o una acusación haya sido hecha; 2° Que la misma haya sido hecha por un delito de acción pública; 3° Que la misma haya sido diri-

(14) Vito Gianturco, "Denuncia Penale", en Enciclopedia del Diritto, Tomo XII, pág. 190.

(15) Cas. 3:36 p.m. de 30 de octubre de 1914 - II Sem., pág. 490 "... como dice el Juez del crimen de Limón, 'no es justo atribuir responsabilidad penal a quien en ejercicio de sus derechos de ciudadano denunció un hecho...'; Cas. 3:45 p.m. de 8 de octubre de 1937 - II Sem., pág. 1876" "Que el hecho de acusar a una persona ante la justicia represiva, atribuyéndole la comisión de un delito, constituye, por regla general, el ejercicio de un derecho (artículo 155, Código de procedimientos Penales) ..."; Res. 10:15 hs. de 24 de agosto de 1970 de la Sala Segunda Penal; Res. 14:45 hs. de 15 de enero de 1969 de la Sala Segunda Penal; Res. Sala Segunda Penal de 15:55 hs. de 11 de setiembre de 1957; Res. Sala Segunda Penal de 16:05 hs. de 9 de agosto de 1957; Res. 15:40 hs. de 21 de marzo de 1961 de la Sala Segunda Penal; entre otras.

(16) Véase nuestro artículo "El Encubrimiento", en la Revista de Ciencias Jurídicas N° 18, de la Universidad de Costa Rica, pág. 194.

(17) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 448.

gida contra una o varias personas; 4° Es necesario que la acusación o la denuncia haya sido dirigida a la autoridad; 5° Es necesario que el hecho imputado al acusado o denunciado sea falso, o que siendo verdadero, sea falsa la participación atribuida al imputado; 6° Es necesario que el agente haya actuado con intención criminal; ésto es, conociendo la inocencia del acusado o denunciado.

1° Es necesario que el agente haya hecho una acusación o una denuncia

22) En el artículo 317 del Código penal, el legislador indica dos verbos mediante los cuales puede cometerse el delito: el "acusar" o el "denunciar".

Para acusar se requiere que haya acusación; para denunciar, se requiere que haya denuncia. Tanto en la acusación como en la denuncia se necesita que haya habido espontaneidad del acto de presentación. Esta espontaneidad está ínsita en el hecho mismo de presentarse a acusar o denunciar.

23) La diferencia entre acusación o denuncia en nuestro sistema procesal se realiza tomando en cuenta la calidad o naturaleza del hecho que se quiere poner en conocimiento de la autoridad —puesto que para los delitos de acción privada únicamente se admite la acusación del ofendido o de sus representantes— como características formales del acto de acusar o denunciar, cuando se trate de delitos de acción pública, en los que cabe tanto denunciar como acusar.⁽¹⁸⁾

(18) De acuerdo con el Código Procesal Penal las diferencias más importantes entre acusación y denuncia calumniosa son:

- 1.—La acusación debe promoverse siempre por escrito (art. 158), mientras que la denuncia puede presentarse por escrito o de palabra, (art. 146).
- 2.—La acusación debe dirigirse al juez correspondiente —competente para conocer o que esté conociendo del asunto— lo que hace que el particular acusador quede sometido a su jurisdicción (art. 157). La denuncia puede presentarse ante el juez competente para instruir el sumario, ante los funcionarios del Ministerio Público, ante los agentes de policía (judicial) del lugar en que el delito se ha cometido (art. 144).
- 3.—El acusador debe rendir fianza de calumnia, a menos que esté exento de ella (art. 158 y 160), obligación que no tiene el denunciante.
- 4.—El acusador es parte en el juicio (art. 5 "la acción formal pública o privada solo puede ejercitarse mediante acusación establecida antes de dictarse el autor de cierre de sumario"), por lo que el particular acusador quedará sometido a la jurisdicción del juez que conociere de la causa, en todo lo relativo al juicio por él promovido y a sus consecuencias legales; por ello, por lo que puede ser condenado al pago de costas (art. 132). Por el contrario, el denunciante o delator "... no tendrá ninguna personería ni intervención en la instrucción del proceso, ni contrae obligación que lo ligue al procedimiento judicial, ni incurre en

24) Se ha discutido el problema del alcance que debe darse al término acusar o denunciar, y más concretamente, a los términos "acusación" y "denuncia".

Para algunos, acusación y denuncia deben ser tomados en su sentido procesal. O más exactamente, en el sentido que les da a esos términos el Código procesal. Por consiguiente, si la acusación o denuncia no cumplen con las formalidades que el Código procesal tiene para la validez de una u otra como acto procesal, no habrá delito, por ausencia de acción punible (acusar o denunciar). Entre otros autores, son partidarios de tomar "denuncia" y "acusación" en el sentido que tienen en el Código procesal Gustavo Labatut Glenda,⁽¹⁹⁾ Etcheberry,⁽²⁰⁾ José Enrique Silva.⁽²¹⁾

Para otros, lo importante es que exista denuncia, entendida ésta como "noticia criminis" portada al juez o autoridad, que a su vez requiere de la autoridad la instauración de un proceso contra determinado individuo, o contra un individuo indeterminado, pero determinable.⁽²²⁾ Desde este segundo punto de vista, al hablar el artículo 317 de denuncia comprendería no solamente la denuncia, sino la instancia, el informe a un superior de un inferior, etc.

A nuestro saber, este problema no se ha planteado a la jurisprudencia. Sin embargo, dice la resolución de la Sala Segunda Penal de 15:30 hs. de 29 de setiembre de 1967, a modo de reflexión y sin relación con el problema y caso que resuelve:

responsabilidad alguna, salvo la de calumnia o denuncia calumniosa, en la cual también podrá incurrir el acusador que no justifique su querrela" (art. 154). Esta condición de parte se refleja en los actos que en el proceso pueda realizar. Por ejemplo, el denunciante no podrá, por consiguiente, apelar, ni interponer recurso de Casación.

5.—En fin, la *acusación es formal*, por lo que deberá contener los requisitos establecidos en el artículo 158, *sin los cuales no es admisible*; ésto no ocurre en la denuncia en la que se fijan los requisitos mínimos referidos básicamente a lograr una clara exposición de los hechos denunciados, de sus circunstancias, y del autor de los mismos, y a lograr la identificación del denunciante, por la responsabilidad que puede incurrir, que es la de calumnia o denuncia calumniosa. En esta responsabilidad (calumnia o acusación calumniosa) puede incurrir el acusador.

(19) Gustavo Labatut Glenda, "Derecho Penal", Tomo II, parte Especial, pág. 121. Editorial Jurídica de Chile, Quinta Edición actualizada, Santiago, 1969.

(20) Alfredo Etcheberry, "Derecho Penal", Tomo IV, pág. 173, Carlos E. Gibbs A. Editor, Santiago de Chile, 1965.

(21) José Enrique Silva "Derecho Penal Salvadoreño", Compendio de la Parte Especial, Separata, Revista de Derecho, Año I, Nº 2, San Salvador, El Salvador, Pág. 392.

(22) Entre otros, en tal sentido, Pasquale Curatola, Op. Cit., pág. 822, Giuseppe Maggiore, "Derecho Penal", Vol. III, Op. Cit., pág. 324.

"Obsérvese, sin embargo, que la denuncia no debe entenderse en sentido técnico. Comprende toda información (noticia criminis) oral o escrita, pública o secreta o confidencial, firmada, anónima o pseudónima, presentada espontáneamente por el agente o por otros, o también por invitación de la autoridad (durante un interrogatorio o en cualquier manifestación de descargo".

Inmediatamente, la resolución cita a Maggiore, sin encomiillar. Y luego agrega:

"Nótese que el artículo 367 (italiano, p. n.) comentado es igual, en términos generales, aunque en su redacción es más amplio, al artículo 394 de nuestro Código penal".

En el estado actual de nuestros textos, la solución de este problema exige distinguir entre la denuncia y la acusación. Evidentemente, acogerse a una interpretación extensiva del concepto de acusación o de denuncia sería más conveniente a los fines de la represión. Pero esta interpretación estaría contra el espíritu de la ley —precisamente por ser extensiva— y podría tener varios inconvenientes desde el punto de vista probatorio. En ausencia de una disposición en contrario, los términos "acusación" o "denuncia" deben ser tomados en el sentido que tienen en el Código procesal, y por aplicación de los principios generales hay que hacer la siguiente distinción:

1.—La denuncia puede ser oral o escrita. El Código procesal dispone que cuando se hace por escrito debe llevar la firma del denunciante, y si no supiere, la de otra persona que firme a su ruego, debiendo, en tal caso, ir autenticada su firma por un abogado de los tribunales.

Cuando es oral, el Código procesal exige lo que se denomina la "verbalización". Al respecto dispone el artículo 146 Cpp. "Si fuere verbal, el funcionario que la reciba extenderá acta de ella, en la cual se consignarán los datos que expresa el artículo anterior. Dicha acta la firmarán el funcionario, su secretario o dos testigos y denunciante. Si éste no supiere firmar o se hallare en imposibilidad de hacerlo, se expresará esta circunstancia".

La denuncia, en consecuencia, debe ser escrita. Si es oral, es necesario que haya sido debidamente "verbalizada", en cuyo

caso el acta será documento escrito que hace plena prueba, mientras no sea argüido de falso.

Un documento escrito, o un acta son necesarios para fijar la materialidad de la infracción, para darle una forma precisa, invariable e irrecusable. Es, desde todo punto de vista, peligroso determinar por medio de testigos auditivos no solamente la existencia de la denuncia, sino los términos, el contenido y el alcance de la misma.⁽²³⁾ Además, castigando denuncias puramente orales, puede llegarse a punir, no solamente de denuncias en sentido estricto —que requieren una “noticia criminis”, con un efecto propulsivo del proceso— sino propósitos, palabras, etc. que pudieran haberse escapado en un momento de cólera; puede llegarse a castigar conversaciones más o menos familiares o confidenciales, sobre cuyo alcance el testigo auditivo puede haberse equivocado. Por consiguiente, la necesidad de un texto escrito o de una acta —“verbalización”— aparecen como una regla necesaria a la prueba del delito de acusación o denuncia calumniosa.

Llenado este requisito, los demás —excepto el referente a la edad y la capacidad mental, cuando producen nulidad absoluta— que establece el Código procesal (arts. 9 incs. 2, 3, 4, 5, 6, y 11 inc. 1 y 2) son simples accesorios de la denuncia, y no sus elementos constitutivos. Por consiguiente, y faltando una disposición expresa que castigue su inobservancia con la pena de nulidad, rige el principio general de que sólo vicia el acto aquello que lo afecta en su esencia.⁽²⁴⁾

No habrá delito, en ausencia de denuncia —por faltar escritura o “verbalización” y efecto propulsivo de un proceso— cuando, por ejemplo, un testigo afirma falsamente que fulano es el autor de un delito inexistente o cometido por otro, aunque supiera que la persona imputada es inocente. Este testigo cometerá falso testimonio, si los requisitos de este delito se encuentran reunidos. De lo contrario, su comportamiento es impune.

En ausencia de una “verbalización” levantada con efecto propulsivo de un proceso, o de un escrito espontáneamente dirigido a la autoridad, no existirá denuncia calumniosa cuando el inculpado imputa falsamente a una persona inocente, durante un interroga-

torio o una manifestación de descargo. Este comportamiento, podría sin embargo, ser castigado por el artículo 318 Cód. penal, que castiga al que afirmare ante la autoridad que se ha cometido delito falsamente, aunque la imputación se haga contra persona determinada.

Cuando la denuncia es oral —y no fue “verbalizada”— o cuando se presente ante autoridad incompetente para recibirla, tramitarla o conocerla, tampoco habrá delito de denuncia calumniosa. En tal caso, en realidad, no hay denuncia y el agente no ha denunciado. Pero, como en los casos anteriores, aunque haya imputación de un delito falso contra una persona determinada, podría cometerse el delito previsto en el artículo 318 Cp.

Pero si se afirmare falsamente ante una autoridad que determinada persona es el autor de un delito verdaderamente existente (realizado por otro), este comportamiento no caerá —si no hay denuncia— en el artículo 317, puesto que legalmente no ha habido denuncia en sentido estricto, pero tampoco podría ser castigados por el artículo 318 Cp. que supone, precisamente, que sea falso el hecho denunciado. En este caso, el hecho denunciado fue cierto. La falsedad consistió en señalar a una persona inocente como su autor.

Habrá delito, cuando el agente presenta un escrito anónimo, pseudónimo o con firma falsa. La firma no es un requisito esencial de la denuncia. Lo mismo ocurre cuando el delincuente logra engañar a los funcionarios encargados de “verbalizar” la denuncia oral, sobre sus calidades o identidad.

2.—La acusación tiene que ser escrita, y con formalidades expresamente establecidas, cuya inobservancia es sancionada con la no admisión de la acusación. El problema de la acusación, por tanto, se agota con la admisión o rechazo que el juez haga de la misma al inicio del procedimiento. Si la misma es rechazada por motivos de forma, aun que el juez abriera proceso fundado en la “noticia criminis” contenida en la acusación, procesalmente no hubo acusación. Penalmente no habrá delito.

Una vez admitida la acusación, el acusador calumnioso no podría salvar su responsabilidad alegando que no hubo acusación procesalmente válida; esto es, que la acusación por él presentada

(23) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 453.

(24) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 454.

tenía de vicios de forma que hubieran posibilitado su rechazo al inicio del proceso.

25) En lo que respecta a la consumación del delito de acusación o de denuncia calumniosa ha habido gran discusión.

Para determinar este momento parece lógico partir del artículo 19 del Código penal según el cual: "El hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aunque sea otro el momento del resultado".

En el delito de acusación o denuncia calumniosa, la acción consiste en acusar o denunciar, ante la autoridad competente, a una persona que se sabe inocente (art. 317 Cp.).

Por tanto, el delito de acusación o de denuncia calumniosa se consuma en el lugar y en el momento en que el delincuente acuse a una persona que sabe inocente, como autor de un delito de acción pública y ante autoridad competente. Tal ha sido la posición de la Sala Segunda Penal en su resolución de 10:15 hs. de 12 de agosto de 1960, en la que se dice:

"Visto el incidente de competencia, suscitado entre el Juez Penal de Limón y el Juez Segundo de San José, con motivo del conocimiento de la presente sumaria, se resuelve: 'El delito de acusación calumniosa no se ejecuta en el momento en que la querrela es calificada como tal, sino cuando la misma se presenta ante la autoridad, porque si la acusación no se presenta, el delito no puede ejecutarse. Habiendo sido presentada la querrela en San José, aquí se ejecutó el delito, sin que tenga importancia para el caso que por razones de jurisdicción la resolución final, que la calificó de calumniosa, haya sido dictada por otro funcionario".

Para completar el cuadro en nuestro derecho, hay que agregar que la presentación de una falsa denuncia o acusación sólo importará consumación si posteriormente se califica de calumniosa.

26) Siguiendo esta tesis, cuando la denuncia es escrita, el delito se consuma en el momento de presentación del escrito ante la autoridad competente. Igual situación habrá en el caso de la acusación, por ser ésta escrita.

Cuando la denuncia es oral, según nuestro punto de vista, el delito no se consuma sino hasta el momento en que la autoridad

competente verbalice la denuncia, porque es hasta ese momento en que habrá una denuncia jurídicamente válida.

No es ésta la tesis de la mayoría de la doctrina. Para ella, si la denuncia es oral el delito se consuma en el momento en que el funcionario competente para recibirla o tramitarla, percibe las palabras deladoras.⁽²⁵⁾ Si la denuncia es escrita, o en los casos de querrela (acusación) según una parte de la doctrina, el momento de la consumación no es el de presentación del escrito, sino el momento en que el funcionario competente tiene conocimiento de la "notitia criminis". En este sentido es el pensamiento de Carrara, para quien "... la calumnia no tiene necesidad del resultado de la condena pero sí de otro, que es precisamente el engaño a la justicia, aunque sea momentáneo". Algunos autores franceses, como por ejemplo, Robert Vouin,⁽²⁶⁾ son partidarios de esta tesis.

Para otros autores, como por ejemplo Eduard Kern,⁽²⁷⁾ el delito de acusación o de denuncia calumniosa se consuma, si se hace la acusación o la denuncia por escrito, cuando se ha hecho llegar el escrito a la autoridad. Pero "... esto no significa que deba haber tomado conocimiento de la manifestación cualquier funcionario y sobre todo aquél a quien le incumbe informar acerca de ella, sino que la manifestación ha llegado debidamente al ámbito en que la autoridad es competente".

26) La tesis de los que fijan el momento de la consumación, en el caso de denuncia o acusación escrita, cuando el funcionario competente tiene conocimiento de la "notitia criminis", tiene a su favor dos grandes razones: a) que la acusación o denuncia calumniosa es un delito contra la Administración de Justicia y no contra un particular; luego, fijar el momento de consumación antes del conocimiento del funcionario (descubrimiento), parece contrario a la ley, b) que tanto la denuncia como la acusación como actos jurídicos del particular, deben cumplir dos efectos para existir: 1) el efecto informativo, que consiste en llevar al conocimiento de

(25) En tal sentido, Cuello Calón, Op. Cit., tomo II, pág. 274; José Rafael Mendoza, "Curso de Derecho Penal Venezolano", Compendio de Parte Especial, En Cojo S. A., Caracas, 1961, pág. 176; Louis Lambert, "Traité de Droit Pénal Spécial", Editions Police-Revue, Paris, 1968, pág. 1068; Manzini, "Tratado de Derecho Penal", Tomo V, pág. 136, Ediar Soc. Anon. Editoris, 1957.

(26) Robert Vouin, "Précis de Droit Pénal Spécial", Tomo I, 2ª Edition, Dalloz, 1968, pág. 212.

(27) Eduard Kern, Op. Cit., pág. 53.

la autoridad competente la existencia de un delito y de su autor ("notitia criminis") 2) el efecto propulsivo del procedimiento, que consiste en excitar a la autoridad pública al ejercicio de la acción penal.⁽²⁸⁾

Pero, creemos, que el momento de consumación debe fijarse al presentar el escrito ante autoridad competente, porque basta que potencialmente la acusación o denuncia sea susceptible de determinar el inicio de un procedimiento penal, sin que sea relevante que se haya o no iniciado.⁽²⁹⁾ De donde se sigue que basta que la denuncia o acusación escritas sean susceptibles de cumplir esos dos efectos (informativos y propulsivo), para que se haya lesionado el bien jurídico. Por consiguiente, no es necesario para la existencia del perjuicio, que haya sido conocida la acusación o denuncia por el funcionario competente.

27) La prescripción de la acción penal partirá, en el caso de la denuncia verbal, a partir del momento en que se realizó la "verbalización"; en el caso de la denuncia escrita o de la acusación, a partir del momento en que fue presentada ante autoridad competente. Esto es así, aunque sea otro —como lo es— el momento en que sea declarada la calumniosidad de la acusación o de la denuncia.

28) El delito de acusación o de denuncia calumniosa es un delito formal. Lo que ocurre después de la ejecución, "... no es ocasionado directamente por el culpable, sino por la autoridad inducida a engaño...".⁽³⁰⁾ No hay, entre los elementos constitutivos de la definición de este delito, la necesidad de la causación de un resultado.

29) Los autores han discutido si existe en este delito tentativa. Si el delito, como dijimos, es formal, y por tanto, de peligro, no habrá tentativa, porque siendo ésta en sí misma un delito de peligro, no podría castigarse un peligro de peligro.⁽³¹⁾ De ahí que, si la de-

(28) Vito Gianturco, Op. Cit., pág. 193.

(29) Manzini, Op. Cit., Vol. V., pág. 136.

(30) Manzini, Op. Cit., Vol. V., pág. 137.

(31) Curatola, Op. Cit., pág. 823. Es necesario observar, sin embargo, que no todos los autores son partidarios de este razonamiento. No lo son aquellos que no aceptan como esencia de la tentativa el exponer a peligro un bien jurídico. Al respecto, entre otros, Luigi Scarano, "La Tentativa", Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1960, pág. 37 y ss.

nuncia se efectuó y era idónea para instaurar un proceso, hay delito consumado; si la denuncia (o acusación) no llegó a efectuarse sólo hay un acto preparatorio.⁽³²⁾ También habrá acto preparatorio en el caso de que la denuncia o acusación no sea idónea para lesionar el bien jurídico protegido. En otras palabras, los actos o son idóneos y unívocos y en este caso hay delito consumado; o se trata de actos intrascendentes que —descubiertos o ignorados— carecen de posibilidad de que se procesa contra un inocente, y en este caso falta la materia punible.⁽³³⁾

Otros autores admiten la posibilidad de la tentativa. Tal es caso de Carrara, que escribe: "... cuando el calumniador, después de haber realizado actos ejecutivos al presentar la falsa querrela, poniéndose de esta suerte en el camino de la tentativa, no encuentra sino el rechazo o el secuestro inmediato del escrito, por parte del funcionario que luego lo acusa de querrelante falso, no veo en este caso sino una simple tentativa de calumnia".⁽³⁴⁾

El caso presentado por Carrara, en realidad, es un buen ejemplo de un acto no idóneo para lesionar el bien jurídico protegido, por no ser susceptible de dar inicio a un procedimiento. Este comportamiento, creemos, es impune.

30) Siendo la acción "punida" el acusar o denunciar, se plantea el problema de si esta acción puede ser realizada en participación criminal. El problema no se plantea todos los días a la praxis, porque, la denuncia o acusación son generalmente el hecho de una sola persona.

Una vieja sentencia de Casación, de 2:21 p.m. de 29 de junio de 1915 (I Sem. pág. 548), al respecto declara lo siguiente:

"Que la Sala sentenciadora procedió correctamente al no aplicar el artículo 15 del Código penal para calificar la intervención de los señores Sanderson y Brooks en el origen de la denuncia, porque la responsabilidad del hecho, caso de que aquella hubiera sido conceptuada de calumniosa, solo podría recaer sobre el denunciante. La naturaleza del delito excluye de la calidad de coautores a los que no hayan intervenido en él de una manera directa".

(32) Cuello Calón, Op. Cit., Tomo II, pág. 274.

(33) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 137; Mendoza, Op. Cit., pág. 176.

(34) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 179.

31) Aunque es éste el único caso en que se ha abordado directamente el problema de la participación criminal secundaria, indirectamente se ha resuelto a favor de esta tesis. Así, los que suministran datos no son enjuiciados y no se comprueba si quien suministró datos, que a la postre resultaron falsos, lo hicieron de buena o de mala fe. Tal es el caso del finquero que denuncia un delito de usurpación en virtud de informes verbales de su administrador: se absuelve al denunciante o acusador, pero no se enjuicia al que falsamente informó (Cas. 1:55 p.m. de 1 de febrero de 1916-I Sem., pág. 83). No comete, tampoco, delito de acusación calumniosa el padre que acusa injurias, porque se comprueba que los informes falsos le fueron dados por su hija menor de edad, que se pretende ofendida. Pero tampoco se enjuicia a la hija (Cas. 3:40 p.m. de 23 de noviembre de 1923-II Sem., pág. 487).

Una de las Salas Penales ha negado, incluso, la participación criminal secundaria del abogado que fabrica materialmente la acusación, que, después de firmarla, presenta el cliente ante autoridad competente. Tal es el caso resuelto por la Res. de la Sala Primera Penal de 15:20 hs. de 22 de marzo de 1969. En ella se dice:

"...En cuanto al fondo, hay una intervención, en el expediente del Licenciado G. L. V. (folio 32) en la que, con toda determinación y honradez expresa: '...si hay alguien que debiera estar en el banquillo de los acusados, ese sería yo...' alegando que, como abogado, fue el consejero del aquí indiciado en lo que culminó en la resolución que se analiza. Así las cosas, la Sala ha meditado en el fondo del asunto, que reviste la complejidad derivada de que, en realidad, hubo una orientación, de carácter técnico en la actuación inicial del indiciado, que no expresa en sí misma una especial intención de E. A. S., para perjudicar por vía de calumniosidad, al ofendido I. H. Q...".

Y he aquí la siguiente paradoja: el denunciante o acusador no responde por haber sido técnicamente dirigido por el abogado, a pesar de haber firmado y presentado la acusación o la denuncia y a pesar de que, como parte, debe conocer la verdad o falsedad de los hechos. El abogado tampoco responde porque no tuvo en el asunto "una intervención de manera directa".

32) Aunque esta jurisprudencia corresponde a Códigos anteriores al vigente, la situación actual es la misma, por lo que está vigente.

Lo que esta jurisprudencia dice es que para ser participante en el delito de acusación o de denuncia calumniosa se requiere tener una intervención directa. O dicho de otra manera, que sólo se puede ser autor o coautor (artículo 45 Código penal). De modo que excluye a los cómplices, a los instigadores y al autor mediato, que no tienen "una intervención de manera directa".

De acuerdo con las palabras de Casación, los participantes secundarios están excluidos de la posibilidad de realizar el delito, por "la naturaleza del delito".

Si se admite solo la participación directa (autoría y coautoría) es porque, para cometer este delito es necesario realizar la infracción en sus tres elementos constitutivos: el elemento legal, el material y el subjetivo. El único elemento que no realizarían los participantes secundarios sería el material. El problema se desplaza, entonces, a determinar qué es la particularidad que tiene el elemento material —es decir, el acusar o el denunciar a una persona— que excluya a los participantes secundarios. Y aquí, la única explicación a tal particularidad sería sostener que el acto de acusar o de denunciar es personalísimo y realizable por una sola persona. Ello no es así. No se ve dificultad en admitir la participación secundaria. Es posible ser autor mediato de la acusación o de la denuncia calumniosa; es posible ser cómplice instigador.

La doctrina admite ampliamente la participación criminal secundaria en este delito.⁽³⁵⁾

2º La acusación o denuncia calumniosa deben serlo por un delito de acción pública

33) De conformidad con el artículo 317 del Código penal el delito sólo existe cuando se acusa o se denuncia falsamente a una persona que se sabe inocente por un delito de acción pública.

La palabra delito es tomada en sentido técnico y comprende no solamente los delitos de acción pública definidos por el Código penal, sino aquéllos definidos por leyes especiales (por ejemplo, Código sanitario, Código fiscal, etc.).

(35) Así, Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 182; Cuello Calón, Op. Cit., Tomo II, pág. 274; Logoz, Op. Cit., Tomo II, pág. 712; Garçon, Op. Cit., tomo II, pág. 455; Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo III, pág. 295, Tipográfica Editora Argentina, 1951; Oderigo, "Código Penal Anotado", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964, pág. 146, entre otros.

34) Delitos de acción privada son aquellos definidos en el Código penal (art. 81: el contagio venéreo, la injuria, la calumnia, la difamación, el incumplimiento del deber alimentario, la competencia desleal, el estupro, la sodomía cuando alguno de los sujetos sea menor de 17 años; art. 162: los abusos deshonestos, siempre que no se produzca con las circunstancias calificativas o agravantes del artículo 157 y 158, respectivamente; art. 166 Cp., el rapto, siempre que, también, no concurren las circunstancias calificativas o agravantes del artículo 157 y 158 del Cp.) o en leyes especiales (por ejemplo, ley N° 32 de 17 de julio de 1902, revalidada por la ley N° 7 de 15 de mayo de 1908, conocida con el nombre de ley de imprenta, respecto al delito de injurias o calumnias por la prensa). Las acusaciones o denuncias falsas y calumniosas por delitos de acción privada, no constituyen el delito en estudio. Podrían constituir delitos contra el honor.

35) "A fortiori", quedan excluidas del delito las falsas acusaciones o denuncias por contravenciones. Estas son de orden público, salvo disposición en contrario de la ley, pero no son delitos.

36) El artículo 317 Cp. establece que la acusación o denuncia debe serlo de un delito de acción pública. Luego, tampoco es aplicable este artículo cuando se denuncie o acuse una acción u omisión, que, aunque inexistente, constituye un hecho penalmente lícito, aunque sea un ilícito civil, administrativo o financiero, para el cual no hay pena, o está prevista una sanción diferente de las penas establecidas en el Código penal (en vez de prisión, se prevé arresto, o bien se prevé una multa no penal).⁽³⁶⁾

En este caso, aunque haya desfiguración de los hechos o invención de los mismos, si estos hechos desfigurados o inventados, si fueran ciertos, constituirían un ilícito no penal, no hay delito. Menos lo habrá cuando los mismos se relatan como son, aunque el agente crea que son coincidentes con un tipo penal de acción pública.

Pero si la invención o desfiguración de los hechos, hacen que los mismos coincidan, en abstracto con un delito de acción pública, sí es aplicable el artículo 317 Cp.

Es esta característica del delito la que explica que la jurisprudencia, cuando se reclama en la vía penal un asunto civil, en el

cual el acusado obtiene sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, establezca que no existe delito de acusación o de denuncia calumniosa. Este sentido la Sala Segunda Penal, en su resolución de 16:05 hs. de 23 de setiembre de 1966 establece:

"Repetidamente tiene establecido nuestra jurisprudencia que la declaratoria de calumniosidad solamente procede cuando se nota de parte del querellante el propósito de dañar la reputación del acusado o de agravar las instituciones judiciales al acudir a ellas con fines ilícitos y no cuando ha habido un simple error al escoger la vía penal en reclamo de sus derechos".

La misma Sala Segunda considera en su Res. 16:25 hs. de 7 de julio de 1966 donde se declara:

"Con posterioridad el absuelto solicita se declare calumniosa la denuncia. Se deniega esa petición, pues tal declaratoria sólo procede cuando resulte notoria la mala intención del denunciante y se advierta que procedió con dolo y no por error de concepto al escoger la vía civil o la penal para el reclamo de sus derechos, como ocurrió en el presente caso, en que el ofendido estimó equivocadamente que por haber dejado su vehículo en el negocio del reo, cabía a éste responsabilidad penal por el motivo de su desaparición".

Puede afirmarse, entonces, que el delito de acusación o de denuncia calumniosa existe cuando hay correspondencia entre el hecho de la inculpación y un tipo penal de acción pública, abstractamente punible.⁽³⁷⁾ Dos consecuencias importantes derivan de lo anterior: a) cuando el hecho, objeto de la inculpación, corresponde al tipo de un delito de acción pública abstractamente punible, o la participación atribuida corresponde a una participación abstractamente punible, por un delito de acción pública, existirá delito, si el hecho acusado o denunciado fue imaginado por el acusador o denunciante, o si la participación en el delito —que fue realizada por otro— fue también imaginada. Esto es así, aunque no se especifique que el hecho denunciado o acusado constituye, específicamente tal o cual delito, o que fue realizado dicho delito en calidad de tal o cual categoría de participante. Basta, para constituir el delito, una invención parcial de los hechos, que los desnaturalice

(36) Pasquale Curatola, Op. Cit., pág. 819; Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 107.

(37) Curatola, Op. Cit., pág. 819.

totalmente y los agrave. b) Cuando el hecho, objeto de la inculpación, fue cierto, y se relata tal como ocurrió, aunque equivocada o intencionalmente se le haya calificado de delito de acción pública, no existirá delito. Lo mismo puede decirse cuando el agente, atribuyendo al denunciado o acusado una participación en el hecho que realmente tuvo, pero que no es participación punible, la enmarca como participación penalmente sancionable.

Esta segunda consideración deriva del principio de que sólo hay acusación o denuncia calumniosa cuando se inventan, total o parcialmente los hechos (elemento material del delito) o cuando se imagina la participación de una persona en un delito efectivamente ocurrido, pero realizado por otro.

Por ello decía Cas. en 1905 (Sent. Cas. 3:30 p.m. de 10 marzo de 1905-II Sem., pág. 164):

"La calumnia, en cualquiera de sus formas, requiere dos condiciones precisas para su existencia: que se impute un hecho que importe delito público determinado y que el hecho imputado no haya existido. Es verdad que el Sr. Meneses acusó al Jefe Político de haberle impuesto una prisión arbitraria; pero el hecho de la prisión fue cierto, sin que la calificación jurídica que atribuyó al hecho cierto y que los tribunales inferiores tuvieron por equivocada, imprima a tal imputación carácter de delito, el cual no existe en este caso".

37) Mucha razón tenía Carrara al definir como la afirmación, ante las autoridades, y a sabiendas, de "... afirmaciones mendaces de hecho ...", con el fin de excitar un proceso penal contra un ciudadano y hacerlo condenar a una pena inmerecida.⁽³⁸⁾

No hay delito de acusación o denuncia calumniosa, cuando hay afirmaciones mendaces de derecho, aunque sean intencionales si no existe falsedad en cuanto a los hechos denunciados o acusados. La razón es simple: el juez conoce el derecho. Es cierto que su actividad investigativa tiene que llevarlo a conocer los hechos, pero es respecto a éstos que las partes tienen posibilidad de introducir el error en la sentencia. Las consecuencias jurídicas de los hechos las determina, única y exclusivamente, el juez. Las falsas afirma-

(38) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 164.

ciones de derecho, por lo demás, no causan perjuicio a la Administración de Justicia.

38) De acuerdo con el artículo 317 existe delito cuando se acusa a una persona que se sabe "inocente". Pero se ha planteado el problema de saber si se comete el delito cuando se acusa o se denuncia un hecho, callando circunstancias que le quitan al mismo el carácter de ilícito penal, y que efectivamente existiendo, el agente conociera. Por ejemplo, se calla de manera intencional cualquier causa de justificación que el denunciante conozca. Para la solución del problema hay que determinar si se ha acusado a un inocente, y si se han falseado los hechos.

Evidentemente, callando una causa de justificación conocida existe el peligro de que se condene a un inocente. Existe delito porque, la denuncia o la acusación deben tomarse en su conjunto. Ellas son falsas cuando por la adición de ciertas circunstancias o por la reticencia voluntaria de otras, se desnaturalizan los hechos verdaderos,⁽³⁹⁾ si las mismas son esenciales. Circunstancias esenciales son aquellas que se refieren a elementos constitutivos de la figura, de modo que la falsedad respecto a ellas, produce un cambio del título del delito ("essentialia delicti"), de tal manera que los hechos asumen las características de un delito más grave y diferente del realmente cometido.⁽⁴⁰⁾ Tal sería el caso de denunciar un robo, cuando en realidad hubo únicamente un hurto; de denunciar el delito de extorsión, cuando únicamente hubo el delito de amenazas. En estos casos se acusa a un inocente.

Pero considerando que la palabra inocente puede tomarse en un sentido absoluto y en un sentido relativo, la solución dada anteriormente es discutible. Porque como dice Carrara, en los casos anteriores, no nos encontramos ante un inocente absoluto ni ante un culpable absoluto. Nos encontramos ante un acusado o denunciado que es culpable e inocente a la vez: culpable del hurto que se le imputa, inocente del robo; culpable de las amenazas, inocente de la extorsión. Y desde el punto de vista de la solución del problema, caemos en el siguiente dilema: "O se me castiga, porque la víctima era inocente, y esto sería una injusticia; o no se me castiga, porque la víctima era culpable, y ésto sería un escándalo".

(39) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 469.

(40) En tal sentido, Curatola, Op. Cit., pág. 812; Maggiore, Op. Cit., pág. 324.

Hay que escoger una de las alternativas del dilema: debe castigarse a este denunciante o acusador, puesto que acusó o denunció a un inocente.

Cuando, en lo esencial, los hechos denunciados son ciertos, pero hay invención respecto a los elementos accidentales del delito, aunque los mismos influyan sobre el monto de la pena, no habrá delito, pues se acusa a un culpable.⁽⁴¹⁾ Tal es el caso de agregar a los hechos circunstancias que no son ni constitutivas ni calificativas del delito, sino simplemente agravantes.

39) De acuerdo con el artículo 317, el delito solamente existe cuando el agente acusa o denuncia a una persona "que sabe inocente". De ahí, entonces, que la falsedad respecto a elementos esenciales del delito ("essentialia delicti") por silencio de ellos o cuando se modifiquen, si el hecho principal es cierto, no constituyen delito, si tal falsedad transforma el delito acusado, en un delito menos grave que el realmente cometido. En este caso, se acusa a un culpable.

Por todas las dificultades y lagunas que el empleo del término "inocente" produce, es que Carrara proponía sustituirlo por una expresión más clara y menos equívoca: "Al decir que el fin de la denuncia debe ser el someter a un ciudadano a una pena que sabe que no merece, se evitan las equivocaciones que suscita (al emplearla en las definiciones comunes de la calumnia) la palabra inocente".⁽⁴²⁾

40) Se ha planteado el asunto de si la acusación de un delito que está cubierto por circunstancias que le quitan al hecho intrínsecamente su carácter de ilícito o por circunstancias que hacen que el imputado no pueda ser perseguido, constituye o no delito de acusación o de denuncia calumnia, si el agente conocía estas circunstancias. Tal es el caso del delito prescrito, penado, amistiado.

Algunos autores argentinos creen que lo anterior constituye el delito de acusación o de denuncia calumniosa, porque se afecta el bien jurídico protegido, al poner en movimiento la Administración de Justicia para perseguir un delito y a un delincuente inexistentes. Ello porque, para aclarar, por ejemplo, lo relativo a la prescripción,

(41) Soler, Op. Cit., Tomo III, pág. 310.

(42) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 167.

es necesario poner en marcha un proceso judicial.⁽⁴³⁾ Otros autores dicen lo contrario, basados en que en el caso de acusar o denunciar un delito prescrito o penado, amistiado o indultado, no hay lesión al bien jurídico protegido, porque, siendo estas causas de extinción del delito de orden público, el juez debe declararlas de oficio.⁽⁴⁴⁾

Para nosotros no hay delito en el caso de denunciar o acusar, a sabiendas, un delito penado prescrito o amistiado si se narran los hechos sin alteraciones. En efecto, la ley requiere que haya acusación o denuncia de un delito de acción pública, y por tal no puede entenderse aquél extinguido, penado, prescrito, en los que falta la posibilidad de condenatoria.

Distinto es el caso en que se mienta, se callen intencionalmente, o se tergiversen las circunstancias mismas que convierten el delito en extinguido, en prescrito o en ya penado o indultado. En esta hipótesis, la falsedad consiste en presentar el delito como actualmente punible.⁽⁴⁵⁾ La mentira, la reticencia o la tergiversación de circunstancias esenciales, convierten el contenido de la denuncia o acusación, en la acusación o denuncia de un delito inexistente.

3º Es necesario que la acusación o la denuncia sea dirigida contra una o varias personas

41) De acuerdo con el artículo 317 Cp. el delito de acusación o de denuncia calumniosas solamente existe cuando se acusa o se denuncia "a una persona". Evidentemente, debe tratarse de una persona determinada,⁽⁴⁶⁾ es decir, identificada o identificable. Por consiguiente, debe indicarse el nombre de la persona denunciada o acusada, o al menos, los elementos de una identificación personal de la misma.⁽⁴⁷⁾

(43) En este sentido, Ernesto J. Ure, "Once Nuevos Delitos", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 56; Soler, Op. Cit., pág. 307, Tomo III; Ricardo C. Núñez, "Derecho Penal Argentino", Tomo IV, pág. 132; Carlos Fontán Balestra, "Denuncia Calumniosa, Calumnia Real y Simulación de Delito", Op. Cit., pág. 150.

(44) Oderigo, Op. Cit., pág. 149; Juan P. Ramos, "Los Delitos Contra el Honor", Segunda Edición Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, pág. 248.

(45) Etcheberry, Op. Cit., Tomo IV, pág. 173.

(46) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 456.

(47) Curatola, Op. Cit., pág. 820.

La denuncia o acusación de un delito inventado (imaginario), atribuido a una persona imaginaria, mediante la indicación de falso nombre o de falsos elementos de identificación personal, constituye simulación de delito, previsto en el artículo 318 Cp. y no de denuncia calumniosa.⁽⁴⁸⁾

Sin embargo, la denuncia o acusación de un delito realmente ocurrido, pero atribuido a una persona imaginaria —mediante la indicación de un nombre falso o de falsos datos personales— y aunque se conozca quien es el verdadero autor— no constituye delito, lo que pareciera ser una laguna del nuevo Código penal. En efecto, este hecho no cae en las previsiones del artículo 317 del Cód. pen. porque no se denuncia a una persona determinada. Pero tampoco es sancionado por el artículo 318 Cp., porque este artículo castiga al que falsamente afirmare ante la autoridad que se ha cometido un delito de acción pública; y en este caso, tal afirmación no es falsa, porque el delito fue realmente cometido.

42) El uso del singular que hace el legislador en el artículo 317 Cp. (“una persona”) no excluye, desde luego, la existencia del delito cuando se acusa o se denuncia falsamente a varias personas.

La persona señalada como autor o partícipe del delito, y que es acusada o denunciada falsamente, debe ser una persona viva. No habrá delito cuando se acusa o se denuncia a un difunto.⁽⁴⁹⁾ Tal hecho podría caer, sin embargo, en otros artículos, como el 318 Cp.

El delito en estudio solamente puede cometerse denunciando o acusando a una persona física, y no a una persona moral o jurídica, porque éstas no son sujetos activos de derecho penal.⁽⁵⁰⁾ Pero si la imputación que se hace, implica responsabilidad penal de las personas físicas que representan o administran la persona jurídica, existirá delito si se dan los otros requisitos para que el mismo se configure.⁽⁵¹⁾

43) No es necesario —para constituir el delito— que la determinación de la persona se haga afirmado categóricamente que

(48) Así, Curatola, Op. Cit., pág. 820; Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 128.

(49) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 127; Logoz, Op. Cit., Tomo II, pág. 710.

(50) Garçon, Op. Cit., pág. 457, Tomo II.

(51) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 128.

el falsamente denunciado o acusado es el autor o el partícipe del delito acusado o denunciado. Basta que se diga, simplemente, que era sospechoso, si es posible determinar por otros datos de la denuncia o acusación que la dirección de voluntad, contenida en la manifestación, era inculpar, o lograr que el juez inculpara al indicado como simplemente sospechoso. Sin embargo, siendo el hecho denunciado o acusado cierto, la indicación de que se sospecha de alguien que resulta a final de cuentas no ser el autor, creará en el juez la duda acerca de la existencia de la voluntad criminal. En este sentido dice la Res. de 15:50 hs. de 2 de octubre de 1964:

“Es más, los hechos denunciados por el indiciado son ciertos, de que en el taller donde laboraban ambos, acusador y acusado, han ocurrido sustracciones, sin que se haya podido precisar quien o quienes son los autores. La circunstancia de el aquí reo señalara como sospechoso al ofendido ante las autoridades de investigación, no constituye tal delincuencia, pues es esa la manera usual y hasta normal de proceder a una investigación, para facilitar la labor de los investigadores, que en el caso concreto ningún resultado positivo dio contra el señor E. A. C.”.

4º Es necesario que la denuncia o acusación haya sido dirigidas a la autoridad

44) De acuerdo con el artículo 317 Cp. el acusar o el denunciar, la acusación o la denuncia, deben hacerse o presentarse “ante la autoridad”.

Este artículo no determina ante cuál autoridad hay que presentar la acusación o la denuncia. Y su escueta fórmula restrictiva, contrasta con aquella que tenía el artículo 394 del Código penal de 1941, que castigaba al que denunciara falsamente “... a la autoridad judicial o a un funcionario que tenga obligación de dar parte de ello a dicha autoridad”. Interpretada esta disposición del Código penal de 1941, resultaba que el término denuncia era tomada en sentido amplio, y que podía presentarse ante aquellos funcionarios que capacita el artículo 144 Cpp. para recibir la denuncia o ante aquellos que, de acuerdo con el artículo 147 del mismo Cpp., están obligados a denunciar.

45) Según nuestro parecer, la situación ha variado con el nuevo Código penal. Este restringió el concepto de denuncia y acusación, para estar al concepto de ellas dado por el Código procesal. Por consiguiente, la autoridad competente ante la que tiene que presentarse la denuncia, es ante aquella que legalmente está capacitada para recibir una denuncia o una acusación en sentido procesal. Desde esta perspectiva, la indicación de que la acusación o la denuncia deben presentarse ante autoridad competente, resulta ser una tautología en que cae el legislador, porque no hay denuncia ni acusación, si las mismas no se presentan ante autoridad competente.

De ahí, pues, que la autoridad competente para recibir la acusación es el juez o tribunal competente para recibirla o/y para conocerla. La autoridad competente para recibir la denuncia —y si no se presenta ésta ante esa autoridad no es denuncia— es aquella o son aquellas que establece el artículo 144 del Cód. de Proc. penales.

46) Actualmente, cuando se pone en conocimiento la falsa comisión de un delito ante un funcionario (o particular que cumple funciones públicas) que de acuerdo con el artículo 147 del Código de procedimientos penales deben denunciar los delitos de que conozcan en el ejercicio de sus cargos, a falta de la existencia legal de la denuncia no habrá realización del artículo 317 Cp. Este comportamiento, sin embargo, no es impune. Si se dan los otros requisitos legales, tal conducta podría ser castigada por el artículo 318 del Código penal, que sanciona al que "... falsamente afirmare ante autoridad que se ha cometido un delito de acción pública...". Este delito existe, aun en el caso de que falsamente se haya imputado a una persona determinada la comisión de un delito inexistente de acción pública. Porque, si es delito afirmar falsamente que se ha cometido delito de acción pública ante autoridad competente sin designar persona determinada, "a fortiori", será delito afirmar falsamente que se ha cometido un delito de acción pública designado a una persona determinada, si este comportamiento no es castigado por el artículo 317 Cp.

Pero esta interpretación nos lleva a la conclusión de que hay que hacer varias distinciones:

a) Si se denuncia ante autoridad competente para recibir la denuncia —hay denuncia en sentido procesal— un delito inexis-

tente de acción pública, sin designar a persona determinada, el hecho es regido por el artículo 318 Cp., si se reúnen los otros requisitos legales para la aplicación de este artículo. La denuncia falsa, legalmente constituida, es también afirmación ante la autoridad de que se ha cometido un delito de acción pública.

b) Cuando se afirma falsamente ante autoridad incompetente para recibir, según el artículo 144 del Código procesal penal, pero que está obligada a denunciar de acuerdo con el artículo 147 ibídem, que determinada persona es el autor o cómplice de un delito realmente ocurrido, pero realizado por otro, circunstancia que conoce el denunciante, no existirá delito. No lo hay porque no hay denuncia en sentido procesal la cual es un supuesto de aplicación del artículo 317 Cp.; pero hubo delito, fue cierta la existencia del delito. En consecuencia, no es aplicable el artículo 318 Cp., que supone que el delito puesto en conocimiento de la autoridad nunca haya existido. Esto pareciera ser una laguna del nuevo Código penal. Quizás podría configurarse un delito contra el honor.

c) Cuando la autoridad ante la que se afirma falsamente que hubo delito, o que determinada persona es el delincuente, es de aquellas que, siendo incompetentes para recibir la denuncia, no están obligadas a denunciar (por ejemplo, por no haber tenido conocimiento del delito en el ejercicio de sus funciones), no se configura tampoco la denuncia calumniosa, sino, a lo sumo, un delito contra el honor. Sería como si esa afirmación se hiciera ante un particular.

5º Denuncia o acusación falsas

47) El artículo 317 del Cp. requiere que la acusación o la denuncia hayan sido establecidas contra una persona que sabe el acusador o denunciante "inocente". Por tanto, es necesario, para la aplicación de este artículo, que se determine la falsedad de la denuncia o acusación, la no culpabilidad de la persona denunciada o acusada.

En sentido contrario puede establecerse, entonces, que acusar a un culpable constituye un derecho para el particular; un derecho y un deber para los funcionarios que legalmente están obligados a denunciar.

De ahí que sean acertadas las palabras de la Sala Primera Penal cuando dijo en su Res. de 9:25 hs. de 17 de mayo de 1962 que es un error:

"... creer que el delito de acusación o de denuncia calumniosa se configura por el hecho de denunciar un delito que sabe el denunciante o acusador no se ha cometido, cuando precisamente la denuncia o acusación son las que vienen a determinar, mediante la instrucción, todos los detalles para determinar la existencia o inexistencia del delito; y poniendo a cargo del acusador o denunciante antes de hacer la correspondiente denuncia o acusación la tarea de determinar si los hechos que acusa o denuncia son constitutivos técnicamente de un delito determinado, lo cual constituye un absurdo, máxime si se toma en cuenta que nuestro sistema procesal es amplio en cuanto a la facultad de denunciar".

48) Como para la existencia del delito de acusación de denuncia calumniosa es necesario que el delito denunciado o acusado sea de acción pública, es principio cierto que la falsedad contenida en una acusación o una denuncia sólo puede resultar de una decisión judicial definitiva que así lo establezca. La autoridad competente para dictar esta decisión sobre la falsedad de los hechos denunciados o acusados es aquella que tendría competencia para reprimirlos si los mismos fueran ciertos. Cualquiera otra sería incompetente. La decisión que establezca la falsedad de los hechos debe ser definitiva, debe ser sentencia firme. De no existir esta regla, sería fácil caer en errores judiciales, porque declarada la falsedad de los hechos en primera instancia, siendo la decisión reformable, podría ocurrir que la verdad de los hechos se encuentre posteriormente reconocida.⁽⁵²⁾ Aparte de este argumento, se demuestra la necesidad de la firmeza que debe tener la resolución judicial, estableciendo las consecuencias de su inexistencia:

a) Puesto que acusar o denunciar es un derecho, mientras la falsedad de la acusación o de la denuncia no se establezca, no puede decirse que haya siquiera indicios de que se ha cometido un delito. Lo que es lícito, no puede ser delito.

b) Sería posible la contradicción entre las sentencias penales si antes de determinar la existencia del delito acusado o de-

(52) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 497.

nunciado, pudiera establecerse el juicio por acusación o denuncia calumniosa contra el delator o acusador. Podría darse el caso de que en el primer juicio se condenara al acusado o denunciado, y en el segundo se condenara al acusador o denunciante.

c) Por otro lado, la firmeza de la declaratoria de la falsedad de los hechos, exigida para poder plantear la acusación o denuncia contra el falso denunciante o acusador, impide que éstos sean intimidados en su actividad. De ahí que esta exigencia de firmeza a favor de los acusadores o denunciante, es una garantía procesal, en la medida en que solamente pueden ser procesados criminalmente por hechos muy fundados.⁽⁵³⁾

49) Una cosa es el establecimiento de la falsedad de los hechos; otra diferente, la realización procesal de este establecimiento. Y como dice Carrara, varios sistemas son aquí posibles:

a) O un mismo juez, en una misma sentencia, decide la suerte del acusado y del "calumniador".

b) O antes se concluye el juicio contra el acusado y después se juzga al calumniador.

c) O se suspende el juicio contra el acusado principal cuando interviene querrela por calumnia, y se juzga previamente sobre ésta.⁽⁵⁴⁾

50) En nuestro derecho, la solución procesal del problema se estructura partiendo del artículo 16 del Cód. de proc. penales, según el cual:

"Siempre que la causa seguida por denuncia o acusación que no sea del Ministerio Público, se termine por sobreseimiento o por absolución, el Juez o Tribunal, en auto o sentencia respectivos, y a instancia del absuelto, mandará a abrir proceso por denuncia o acusación calumniosa, si a su juicio los autos dieren mérito para ello, y el hecho, en su caso, será castigado con arreglo al Código penal".

A pesar de que el artículo 154 del mismo Código procesal penal pareciera dar la idea de que en la responsabilidad por acu-

(53) Cuello Calón, Op. Cit., Tomo II, pág. 275.

(54) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 195, nota 1.

sación o denuncia calumniosa se incurre cuando no se justifica la imputación, el criterio que privó fue precisamente el de primacía del artículo 16. Según el criterio de la jurisprudencia, no hay contradicción entre el artículo 16 Cpp. y el artículo 154 Cpp. En la sentencia de Cas. de 1:55 p.m. de 1º de febrero de 1916 (Col. Sent. Cas. I Sem., pág. 83), se lee:

"4.—Que el artículo 154 del Código de procedimientos penales no varía el carácter verdadero de los delitos de acusación y de denuncia calumniosa; ni era natural que así hiciera una ley de procedimiento. El concepto propio de esa disposición se explica por los términos del artículo 16, ibídem, el cual dispone que a instancia de parte, el tribunal que dicte el sobreseimiento o absolución —si la causa se ha seguido por denuncia o acusación que no sea del Ministerio Público— mandará a abrir proceso por denuncia o acusación calumniosa, si a su juicio los autos dieren mérito para ello, y que el hecho, en su caso, será castigado con arreglo al Código penal".

51) De acuerdo con la jurisprudencia de Casación este artículo establece una cuestión prejudicial a la acción. Esta jurisprudencia constante la expresa mejor que ninguna otra sentencia la de Cas. 11 hs. de 11 de octubre de 1940 (II Sem., pág. 1091). En ella se dice:

"1.—Que la presente acción por acusación calumniosa, es una de las que están subordinadas a apreciaciones previas que constituyen elementos de hecho del delito; lo mismo ocurre, por ejemplo, con la quiebra fraudulenta; proviene lo primero de que el artículo 16 del Código de procedimientos penales dispone que cuando se sobresee o se absuelve en denuncias o acusaciones que no sean del Ministerio Público, se debe mandar a abrir proceso por denuncia o acusación calumniosa si a juicio de quien conoce de aquellas denuncias o acusaciones los autos dan mérito para ello y hay instancia de parte a ese respecto".

52) El artículo 16 del Cpp. establece, por tanto, una cuestión prejudicial a la acción. En materia penal se llama prejudicial a aquella cuestión que concierne un elemento del delito que debe ser examinado por un juez distinto de aquél que debe conocer del asunto. Se diferencian las prejudiciales de las cuestiones llamadas

previas en que en éstas el mismo juez que conoce del asunto principal conoce de la excepción.⁽⁵⁵⁾

Las cuestiones prejudiciales pueden ser previas a la acción o previas a la sentencia. Las primeras impiden el establecimiento de la acción mientras no se haya definitivamente resuelto la cuestión prejudicial; las segundas impiden que se dicte sentencia mientras que la autoridad que debe resolver la cuestión no lo haya hecho definitivamente.

Pero el artículo 16 Cpp. va mucho más lejos en el establecimiento de obstáculos procesales para impedir que la acción sea ejercida contra el denunciante o acusador.

Estos obstáculos procesales son los que van a dar fisonomía al sistema de punición en este delito. Ellos son:

1) El artículo 16 habla de "... la causa ... (que) ... se termine por sobreseimiento o absolución ...". Interpretada a "contrario sensu" la disposición, si hay sobreseimiento, pero la causa no se termina, no habrá posibilidad de una declaratoria de calumniosidad. En este caso se encuentra el sobreseimiento provisional. Del mismo modo, si la causa no comienza siquiera, aunque los hechos denunciados o acusados sean totalmente falsos, tampoco habrá posibilidad de acusarlos por denuncia o acusación calumniosa. No habrá, entonces, acusación calumniosa, cuando el juez dicta el auto de abstención de procedimientos del artículo 163 del Cpp. Tampoco es posible la acusación o denuncia calumniosa, cuando sea la Asamblea Legislativa la que declare que no hay lugar a la formación de causa, cuando está obligada a hacerlo por disposición constitucional en las acusaciones contra ciertos funcionarios. Tal es la jurisprudencia sentada en la Cas. 2:45 p.m. de 14 de diciembre de 1911 - II Sem., pág. 640. En ella se dice:

"1.—Que cuando como en el presente caso, la acusación o denuncia no ha producido el procesamiento del acusado, no existe el delito público de que trata el artículo 234 del Código penal, pues es un elemento indispensable del mismo la imputación de uno o más hechos falsos y, por consiguiente, es preciso, que por lo menos se levante

(55) Francisque Goyet, "Le Ministère Public", Troisième édition mise à jour par Marçal Rousselet et Maurice Patin, pág. 313. Recueil Sirey, Paris, 1953.

sumaria, y que el proceso originado por la acusación o denuncia que sobre la imputación se funde, termine por sentencia absolutoria o por sobreseimiento definitivo, el cual tiene el carácter de sentencia (arts. 91 y 364 del Código de procedimientos penales).

"3.—Que el artículo del Código de procedimientos penales tampoco ha sido infringido: la disposición clara y terminante de ese artículo disipa toda duda en cuanto a que para abrir proceso por el delito de acusación o denuncia falsa, es necesario que el procesamiento producido termine por sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo; y en este caso, ni siquiera se llegó a la oportunidad de que el tribunal resolviera si debía o no abrirse causa según el precepto del referido artículo, puesto que no se admitió la acusación".

No deja de ser contradictoria la posición de la jurisprudencia, en especial, en lo que respecta al auto de abstención de procedimientos. Este se dicta, según el artículo 163 Cpp. cuando los hechos denunciados o acusados no constituyen delito, si aun no se ha iniciado el procedimiento (instrucción). Contra el mismo caben todos los recursos legales, pero no establece la inocencia del inculpado, en el sentido del artículo 317 del Código penal. Por consiguiente, no puede servir de base a una condenatoria por acusación o denuncia calumniosa. Y en este supuesto, como bien lo dicen Jean Vassogne y Camille Bernard,⁽⁵⁶⁾ las víctimas de la mentira se encuentran más desarmadas, cuanto más grande y flagrante es la mentira.

2) El artículo 16 Cpp. establece que "El Juez o Tribunal, en el auto o sentencia respectivos... mandará abrir proceso por denuncia o acusación calumniosa, si a su juicio los autos dieren mérito para ello".

La jurisprudencia ha interpretado, entonces, que se requiere una declaratoria expresa del juez o tribunal, mandando abrir proceso por acusación o denuncia calumniosa.

Esta disposición de nuestro Código procesal, que también existe en otros derechos, no cuenta con el favor de la doctrina. Porque exigiendo la declaración previa se cae en el siguiente dilema: o la declaración previa sería una declaración completamente super-

flua, carente de fuerza obligatoria, o si tuviera alguna fuerza, haría inútil el segundo juicio, donde ya no habría nada que investigar, ni que controvertir, ni que calificar y el cual tendría únicamente por objeto la imposición de una pena. Sería algo así como una especie de juicio ejecutivo en materia penal.⁽⁵⁷⁾ Por lo demás, puede argumentarse con Soler,⁽⁵⁸⁾ que la declaración previa, es improcedente (puesto que se afirma la concurrencia de una figura delictiva en un proceso que no tenía por objeto investigar los elementos del mismo, sino los de otro delito), es ineficaz e inconstitucional (por ser declaración hecha contra un sujeto que no ha sido interrogado sobre su hecho, que fue el formular la denuncia).

Nuestra jurisprudencia se inclinó por una de las alternativas del dilema: la declaración previa de calumniosidad, que hace el juez o tribunal que conoció del delito denunciado o acusado es, efectivamente, ineficaz, a efecto de establecer la culpabilidad del denunciante o acusador por el delito de acusación o de denuncia calumniosa. Respecto a la culpabilidad, la declaración previa es una calificación provisional de calumniosidad (Cas. 3:45 p.m. de 8 de octubre de 1937 - II Sem., pág. 1876). Pero es efectiva a efecto de establecer la no culpabilidad del acusador o del denunciante, como bien puede comprenderse si se piensa que la declaratoria de calumniosidad es prejudicial a la acción de acusación o de denuncia calumniosa.

La función que lógicamente cumple la existencia de la declaratoria previa es la no enervar la obligación ciudadana de denunciar delitos.⁽⁵⁹⁾ Es la explicación que de la finalidad de ese requisito da la sentencia de Cas. de 11 hs. de 11 de octubre de 1940 (II Sem., pág. 1091) que dice:

"...la apreciación previa de que se ha hecho mérito, atribuida a quien conoce de la acusación original, quien es quien puede, mejor que nadie, darse cuenta de la sinceridad o maldad de la acusación, es un obstáculo con que la ley contiene o reprime las reacciones de quien es absuelto contra el denunciante o acusador, que tal vez ha creído simplemente cumplir con el deber de dar cuenta a la autoridad de

(57) Alfredo Etcheberry, Op. Cit., Tomo IV, pág. 174.

(58) Soler, Op. Cit., Tomo III, pág. 302.

(59) Quintano Ripollés, Op. Cit., Tomo II, pág. 577.

(56) "Dénontiation Calomnieuse", en Encyclopedie Dalloz, #1.

hechos delictuosos; así se evita en parte la multiplicación de los procesos".

De acuerdo con los términos del artículo 16 Cpp. solamente se cumple este requisito de "procedibilidad" cuando el juez **manda abrir proceso** por denuncia o acusación calumniosa. Por consiguiente, dice la jurisprudencia, no existe esta declaración previa del juez o tribunal, cuando éstos se limitan a disponer "... que se testimonien las piezas conducentes para averiguar si el citado O. cometió el delito de acusación calumniosa..." (Res. Sala Segunda penal 16 hs. de 30 de abril de 1965; en igual sentido, Res. 10:15 hs. de 9 de diciembre de 1952 de la Sala Segunda Penal, Res. Sala Segunda Penal 16 hs. de 18 de junio de 1971). En ausencia de esta declaración categórica, si fue pedida por el "absuelto", la resolución debe ser anulada, a efecto de que el juez se pronuncie sobre ese extremo.

3) Por último, el mismo artículo 16 Cpp. condiciona la declaratoria de "calumniosidad", y el correspondiente mandato del juez que conoce del asunto para que se abra proceso por acusación o denuncia calumniosa a la "instancia del absuelto".

La jurisprudencia ha interpretado dicha expresión en el sentido de que: 1º debe haber petición expresa de que se declare la "calumniosidad" de la acusación o denuncia. 2º Que dicha petición expresa solamente puede hacerla el "absuelto".

Instancia, dice, la jurisprudencia, significa petición expresa. Cualquier expresión empleada que no conlleve esa petición expresa, clara, manifiesta y determinante, es ineficaz para dar jurisdicción al juez para hacer la declaratoria.

Tal es la posición sostenida por la Sala Segunda Penal en su resolución de 16:15 hs. de 14 de julio de 1967, en la que se lee:

"Para poder calificarse de calumniosa la acusación, es necesario, de acuerdo con el artículo 16 del Código de procedimientos penales, que medie petición expresa del absuelto. En el presente caso, no existió esa petición, pues no puede considerarse como tal las manifestaciones del procesado formuladas en su memorial del folio 30, en que se limita a decir que el delito acusado no existe y 'que es una mera invención maliciosa del acusador', rogando declararlo así oportuno.

mente. No ha tenido, en consecuencia, el Juez facultad legal para hacer un pronunciamiento como el aludido, por lo que procede anularlo".

Y la resolución de la Sala Segunda Penal de 16 hs. de 18 de junio de 1971, indica que esta petición expresa no puede suplirse con la expresión de parte del acusador: "La acusación es temeraria y por consiguiente, calumniosa", porque según la Sala, esto no es una solicitud, sino una opinión. Otras resoluciones declaran que, para efectos de dar competencia al Juez, no sirve la siguiente expresión del acusado: "Solicito se mande abrir proceso por acusación calumniosa", porque lo que pide, no es que se declare calumniosa la acusación, sino que se mande abrir proceso.

La Res. de la Sala Penal de 16 hs. de 18 de junio de 1971, repite la tesis sostenida por la Res. de la Sala Segunda Penal de 16:05 hs. de 9 de agosto de 1957, según la cual, si el juez hace la declaratoria de calumniosidad sin la petición expresa del absuelto, se configuraría el vicio de ultra-petita.

Por otra parte, de la exigencia de que la petición de la declaratoria de calumniosidad la haga el absuelto según el artículo 16 Cpp., la jurisprudencia ha concluido que dicha petición debe ser personal, de modo que no vale la hecha por su abogado.⁽⁶⁰⁾ El fundamento jurídico de la posición según la cual no vale la petición hecha por el abogado del absuelto, la dan, en términos casi idénticos la Res. de 16:25 hs. de 26 de abril de 1966 y la Res. de 16:25 hs. de 7 de julio de 1966, ambas de la Sala Segunda Penal. Dice la primera:

"De manera que como el cargo de defensor lo que confiere son las facultades de un apoderado especial judicial, no podrá éste solicitar en nombre de su cliente la declaratoria de calumniosidad, porque el poder de esa clase sólo faculta al mandatario para el acto o actos especificados en el mandato, sin que pueda extenderse ni aun a aquéllos que pudieran considerarse como consecuencia natural de los que tenga el cargo de ejecutar, artículo 1256 del Código Civil. De ahí que como en la situación en examen, la petición para que se declare calumniosa la querrela no la formula el acusado, sino su abogado defensor, no puede accederse a ella y debe ser denegada".

(60) Res. de 16:20 hs. de 26 de agosto de 1966 de la Sala Segunda Penal; Res. Sala Segunda Penal de 16:25 hs. de 7 de julio de 1966; Res. Sala Segunda Penal de 16:25 hs. de 26 de abril de 1966; Res. Sala Segunda Penal de 16:15 hs. de 13 de julio de 1965.

53) Al disponer el artículo 16 de Cpp. que la declaratoria de calumniosidad sólo procede ante petición expresa y formal del acusado o denunciado, abre la posibilidad de que un delito de acción pública, como es la acusación o denuncia calumniosa, sea perdonado, transado, etc. por un particular, puesto que tiene en sus manos la posibilidad de que no se declare una condición de procedibilidad del delito. Y por ahí, el artículo 16 del Cpp. contradice el principio según el cual "ius publicum privatorum pactis mutari non potest".

6° Intención Criminal: conocimiento de la inocencia del imputado

54) El artículo 317 Cp. dispone que el delito de acusación o de denuncia calumniosa solamente existe cuando se ha acusado o denunciado falsamente ante la autoridad y por delito de acción pública "a una persona que sabe inocente" el acusador o denunciante. Por consiguiente, de conformidad con el artículo citado, el delito de acusación o de denuncia calumniosa solamente puede ser intencional. Esta intencionalidad radica en el conocimiento de la inocencia del inculcado de parte del delincuente.

55) Varias consecuencias tenemos que sacar de esta situación. En primer lugar, es evidente que la responsabilidad por culpa está excluida, aunque haya habido de parte del agente imprudencia temeraria o negligencia culpable en no constatar la verdad de sus precipitados juicios. Pero también está excluida la responsabilidad por dolo eventual.⁽⁶¹⁾ Para la integración del dolo no basta que el delincuente haya considerado a la persona denunciada o acusada como posible inocente.

En la acusación o denuncia calumniosa, el conocimiento de la inocencia del imputado, por el delincuente, es un elemento subjetivo del injusto. Por Mezger sabemos que la determinación de lo antijurídico puede depender, en ciertos casos, de elementos puramente subjetivos. En estas ocasiones, un hecho que exteriormente es el mismo, puede ser conforme a derecho o antijurídico, según la disposición o situación anímica del sujeto que lo realiza. En el caso de la acusación o denuncia calumniosa, la acción puede ser lícita (ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber) o ilícita

(61) Logoz, Op. Cit., Tomo II, pág. 710.

(denuncia o acusación calumniosa), según que el denunciante o acusador conozca o no la inocencia —total o parcial— del imputado respecto a los hechos o a la participación a él atribuidos.

56) Los elementos integrantes del dolo, en el delito en estudio son la voluntad de acusar y el conocimiento de la inocencia del inculcado.⁽⁶²⁾ Este conocimiento de la inocencia del inculcado implica, desde luego, el conocimiento de la falsedad de los hechos o de la participación a él atribuidos. Estos dos elementos integrantes del dolo ya eran exigidos desde el derecho romano ("calumniare est falsa crimina intendere" Dig. 48-16 fr. 1).

Nuestra jurisprudencia ha hecho siempre la distinción entre la voluntad de acusar, acto que puede ser lícito o ilícito, y el conocimiento de la inocencia del imputado. Así se lee en la Sentencia de Cas. de 2:21 p.m. de 29 de junio de 1915 - I Sem., pág. 548:

"1.—Que al dictarse el sobreseimiento que se impugna, no se ha violado ni interpretado erróneamente el artículo 1° del Código penal, siendo así que la Sala de Instancia no desconoce que el acusado Aguilera *hiciera la denuncia voluntariamente*, sino que estima que ella se efectuó en condiciones que le quitan al hecho el carácter de punible.

2.—Que la ley no define la acusación y denuncias calumniosas. En principio tienen ese carácter, cuando se imputan falsamente a una persona, un determinado delito, perseguible actualmente de oficio, si esa imputación se hace *maliciosamente*, es decir, a sabiendas de que es falsa".

3.—Que en cada caso de este género, queda a la prudente apreciación de los tribunales de instancia, determinar si existe malicia, en el concepto dicho, como elemento constitutivo del delito. En este aspecto tampoco se ha violado ni interpretado erróneamente el citado artículo 1°".

El mismo Tribunal de Casación establece en su sent. Cas. 1:55 p.m. de 1° de febrero de 1916 - I Sem., pág. 83, lo siguiente:

"1.—Que la presente sentencia recurrida no se desconoce que la denuncia por hurto contra P. D. y C. M. fue un acto voluntario de

(62) Curatola, Op. Cit., pág. 823.

Azofeifa. La Sala Sentenciadora funda la absolución dictada a favor de éste en que, por las condiciones personales y antecedentes de conducta del mismo, y por haber procedido a formular la expresada denuncia por datos e informes que le suministro C. Q., persona de su confianza, se hace dudosa la existencia del dolo en el presente caso y, por consiguiente, la comisión del delito acusado.

2.—Que hay denuncia o acusación calumniosa cuando se acusa o denuncia falsamente un delito, a sabiendas de la falsedad de la imputación, y si se consideró dudosa por el Tribunal de instancia, la existencia de uno de los elementos del delito, no podría, no podría caer contra Azofeifa sentencia condenatoria...".

Esta distinción es clásica, y se encuentra en otras sentencias de Casación y resoluciones de Salas (Así Cas. 1:30 p.m. de 21 de setiembre de 1916, II Sem., pág. 328; Cas. 3:26 p.m. de 22 de enero de 1918 - I Sem., pág. 32; Cas. 1:40 p.m. de 18 de mayo de 1918 I Sem., pág. 417; Cas. 3:40 p.m. de 30 de julio de 1918 - I Sem., pág. 89; Cas. 3:40 p.m. de 23 de noviembre de 1923 - II Sem., pág. 487; Cas. p.m. de 30 de mayo de 1928 - II Sem., pág. 425).

57) De lo anterior puede deducirse que siempre que el acto de acusar o denunciar no sea voluntario, se excluye la existencia del delito, por faltar el elemento subjetivo. Tal es el caso de las situaciones que se presentan cuando el agente se encuentra en los casos de inimputabilidad del artículo 42 del Código penal o de imputabilidad disminuida del artículo 43 *ibídem*.

Para los casos del artículo 42 y 43 del Código penal el artículo 98 inc. 1° del mismo ordenamiento prevé la aplicación obligatoria de una medida de seguridad. Pero hay que observar que en el caso del no imputable, falta no solamente la imputabilidad, sino la existencia misma de la acusación o de la denuncia. Estas deben cumplir un efecto propulsivo del procedimiento penal y declarativo de un supuesto estado de conocimiento ("notitia criminis"). En ausencia de imputabilidad, no hay voluntad; sin voluntad no puede haber denuncia o acusación. Y si no hay denuncia o acusación, no hay delito, entendido como hecho penalmente desvalorante. Por donde se concluye, entonces, que aplicar una medida de seguridad al loco que denuncia, contradice el artículo 97 del Código penal, el cual aplica la medida de seguridad cuando el inimputable haya cometido un "hecho punible".

La ausencia de voluntad por motivos diferentes de los enumerados en los artículos 42 y 43 ambos del Cód. pen., provocan la inexistencia del delito.

58) Además requiere el dolo para integrarse que el agente conozca la inocencia del inculpado. Este conocimiento existe cuando el denunciante o acusador sabe que el delito o acusado (hechos) no fue realizado por nadie, o lo fue por una persona diferente a la indicada por él como autor o participante⁽⁶³⁾ o cuando sabe que el denunciado o acusado tuvo una participación en el mismo de una categoría inferior a la indicada por él, o cuando sabe que el denunciado o acusado fue autor de un delito de naturaleza diferente y más benigna que aquél que él le imputa.

59) El conocimiento de la inocencia del imputado, de parte del denunciante o acusador, debe existir en el momento de la consumación del delito. Ello deriva del principio general según el cual el elemento subjetivo del delito debe existir en el momento de la acción o de la omisión punibles. Por tanto, no habrá delito cuando, una vez hecha la acusación o la denuncia sin que el agente tenga el conocimiento de la inocencia del imputado, lo adquiera posteriormente y se calle. Ello parece lógico, porque de acuerdo con el verbo empleado en el tipo, el delito solamente puede cometerse mediante acciones y no por medio de omisiones y porque al tiempo de consumación de este delito instantáneo, no existía este elemento subjetivo. De ahí que, tampoco existirá delito si el agente, desconocedor de la inocencia del inculpado, llega a adquirirla posteriormente, y después de este momento realice algunas gestiones que como acusador puede realizar. Como regla general puede establecerse que en este delito no es suficiente el dolo *superviens*.⁽⁶⁴⁾

Diferente es la situación que se presenta cuando el agente denuncia a alguno creyéndolo culpable, y luego, después de adquirido el conocimiento de su inocencia, se presenta como acusador del mismo individuo y por el mismo delito. En tal caso no habrá denuncia calumniosa, pero si acusación calumniosa, sin que el delincuente pueda alegar, para justificarse, que la "notitia criminis" ya había sido llevada a conocimiento de la autoridad.⁽⁶⁵⁾

(63) Curatola, Op. Cit., pág. 823.

(64) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 143.

(65) Robert Vouin, Op. Cit., pág. 215.

60) Si el agente acusa a un culpable creyéndolo inocente, no existirá delito.⁽⁶⁶⁾ El artículo 317 exige que el agente sepa que el imputado es inocente. Saber inocente al imputado no es creerlo inocente.

La situación es la misma cuando el agente cree culpable a la persona que luego resulta inocente. El error, en este delito, tiene una importancia esencial: excluye la existencia de la voluntad criminal (error acerca de la culpabilidad del agente, error respecto alcance de las expresiones que se emplean, error en cuando al destinatario de las imputaciones, etc.). El error padecido por el acusador o denunciante sobre la culpabilidad del imputado puede producir otro tipo de responsabilidad, pero no la penal.

Muchas son las sentencias que establecen la inexistencia del delito cuando el acusador o el denunciante procedió influido por un error, es decir, por una representación errada de la realidad, y por este error acusó un inocente. Para inexistencia del delito, no se requiere que el error sea invencible; puede, incluso, provenir de culpa (En este sentido, Cas. 3:36 p.m. de 30 de octubre de 1914 - II Sem., pág. 490; Cas. 2:21 p.m. de 29 de junio de 1915 - I Sem., pág. 548; Cas. 1:55 p.m. de 1º de febrero de 1916 - I Sem., pág. 83; Cas. 1:40 p.m. de 18 de mayo de 1918 - I Sem., pág. 417; Cas. 3:40 p.m. de 23 de noviembre de 1923 - II Sem., pág. 487; Cas. 3:45 p.m. de 8 de octubre de 1937 - II Sem., pág. 1876; Res. Sala Segunda Penal de 15:45 hs. de 28 de julio de 1964; Res. Sala Segunda Penal de 16:15 hs. de 29 de mayo de 1962; Res. Sala Segunda Penal de 15:40 hs. de 21 de marzo de 1961; Res. Sala Segunda Penal de 16:05 hs. de 23 de setiembre de 1966; Res. Sala Segunda Penal de 16:15 hs. de 23 de abril de 1965; Res. 16:10 hs. de 27 de abril de 1965 de la Sala Segunda Penal; Res. 15:25 hs. de 9 de enero de 1959; Res. Sala Segunda Penal de 16 hs. de 18 de junio de 1971; Res. Sala Segunda Penal de 14:45 hs. de 15 de enero de 1969; Res. Sala Segunda Penal de 14:45 hs. de 11 de diciembre de 1968; Res. 11 hs. de 31 de julio de 1970 del Tribunal Superior Penal; Res. 15:10 hs. de 3 de marzo de 1950 de la Sala Segunda Penal; Res. Sala Segunda Penal de 15:50 hs. de 27 de junio de 1952; Res. Sala Segunda Penal de 15:55 hs. de 25 de mayo de 1955; Res. Sala Segunda Penal de 15:55 hs. de 22 de marzo de 1955).

(66) En este sentido, Ure, Op. Cit., pág. 57; Fontán Balestra Millán, Op. Cit., pág. 396.

Determinada la existencia del error, automáticamente se comprueba la inexistencia del elemento subjetivo del delito. En nuestro sistema la determinación de la inexistencia del dolo puede resultar, por consiguiente, del sobreseimiento o de la sentencia que no establece la calumniosidad de la acusación o de la denuncia y que se dicta en el proceso por el delito acusado o denunciado. Puede resultar también de la sentencia absolutoria o del acto de sobreseimiento definitivo dictados en el proceso por el delito de acusación o denuncia calumniosa.

61) Es necesario distinguir entre el dolo y los motivos determinantes en el delito de acusación o de denuncia calumniosa.

Bien es sabido que, a efecto de la calificación del delito de acusación o denuncia calumniosa, son irrelevantes los motivos determinantes. No es necesario indagar si el delincuente tenía la específica intención de perjudicar al acusado o denunciado o de perjudicar la Administración de Justicia.⁽⁶⁷⁾

Esta distinción entre el dolo y los motivos determinantes, que domina toda la teoría de la intención delictuosa,⁽⁶⁸⁾ tiene en este delito particular importancia. Porque, tanto la acusación como la denuncia, que son en sí mismos actos lícitos, pueden explicarse por los mismos motivos o móviles, sean o no calumniosas. Poco importa que el denunciante o acusador haya obedecido a móviles tales como la cólera, la venganza, etc., si no conocía la inocencia del imputado. En tal caso no habrá delito. Asimismo, cuando el agente al momento de acusar o de denunciar conocía la inocencia del imputado, cometerá delito, aunque haya obedecido al móvil de defensa.

La importancia de los móviles está a la hora de fijar la pena.

Por otro lado, la jurisprudencia confunde, a menudo, el móvil y el dolo en este delito.

Parece evidente que cuando el juez constata que el denunciante o acusador ha actuado impulsado por un móvil honorable o que no hubo en su actuación móviles bajos, constata al mismo tiempo que no existe el dolo, porque no se comprende que tal acusador o denunciante, obedeciendo a tales motivos determinantes

(67) En este sentido, Curatola, Op. Cit., pág. 823; Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 472; Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 144.

(68) En este sentido, Pierre Mimin, "L'Intention et le Mobile" en "La Chambre Criminelle et sa Jurisprudence", pág. 117 ss., Editions Cuyas, Paris, 1965.

o en ausencia de motivos bajos, haya conocido la inocencia del inculpado.⁽⁶⁹⁾ Varias veces se hace la fijación de la inexistencia del dolo por medio de este mecanismo.⁽⁷⁰⁾ Así, se lee en la Res. de la Sala Segunda Penal de 16:15 hs. de 29 de mayo de 1962 lo siguiente:

"Se decide este Tribunal, como ya se dijo, por revocar el sobreseimiento definitivo apelado, únicamente en cuanto se declara calumniosa la acusación y se ordena el testimonio de piezas respectivo para averiguar si se cometió o no ese delito, porque existe un hecho evidentemente demostrado y es que el acusador, sin causa legal alguna aparente, estuvo detenido por unas horas y ante tal circunstancia, bien pudo pensar que en su contra se había perpetrado un delito y razones tuvo para suponer que el autor de tal hecho lo era el acusado, de donde se colige que no hubo de su parte el deliberado propósito de acusar lo que él consideró un delito, con el sólo ánimo de perjudicar la honra ajena y atribuir dolosamente el hecho a determinada persona, a sabiendas de que el mismo no se había ejecutado, pues como se advirtió tuvo razones lógicas para pensar que en su contra se había ejecutado un delito".

A la inversa, puede decirse que una sentencia que estableciera únicamente que el acusado ha tenido la intención de perjudicar a determinada persona, que ha sido llevado a acusar por odio o por motivos de venganza, no comprobaría el dolo requerido por el delito, que es precisamente, el conocimiento de la inocencia del inculpado. Varias sentencias, incluso de Casación, dan base para que se incurra en este error. Así, Casación declara en su sentencia de 3:45 p.m. de 8 de octubre de 1937 - II Sem., pág. 1876:

"1.—Que el hecho de acusar a una persona ante la justicia represiva, atribuyéndole la comisión de un delito, constituye, por regla general, el ejercicio de un derecho (artículo 155 del Código de Procedimientos Penales); y no es así cuando existe el propósito deliberado de dañar la reputación del acusado, imputándole un hecho evidentemente falso, que se convierte en delito que prevé el artículo 287 del Código Penal".

(69) Garçon, Op. Cit., Tomo II, pág. 472.

(70) Así, Res. 16:15 hs. de 23 de abril de 1965 de la Sala Segunda Penal; Res. Sala Segunda Penal de 15:25 hs. de 9 de enero de 1965; Res. Sala Segunda Penal de las 10:15 hs. de 24 de agosto de 1970; Res. Sala Segunda Penal de 14:45 hs. de 15 de enero de 1969.

Estos conceptos son seguidos en algunas resoluciones de las Salas Penales. Por ejemplo, se lee en la Res. de 15:40 hs. de 21 de marzo de 1961:

"El hecho de acusar a una persona constituye, por regla general, el ejercicio de un derecho, y por lo tanto, para que se cometa el delito de acusación calumniosa, es preciso que exista de parte del querellante el deliberado propósito de dañar la reputación del acusado o de agraviar las instituciones judiciales del país al servirse de ellas para fines ilícitos".

Las fórmulas utilizadas en las sentencias anteriormente transcritas, si no son erróneas, al menos son inconvenientes: permiten una confusión entre el dolo y los motivos determinantes, pueden conducir a la errónea conclusión de que el delito de acusación o de denuncia calumniosa requiere un dolo específico, que sería la finalidad del delincuente de dañar la honra del imputado o las instituciones judiciales del país, y por último, posibilitan el nacimiento de la idea equivocada de que basta este ánimo de perjudicar al imputado o a las instituciones judiciales del país, para la existencia del delito, siendo claro que se requiere, el conocimiento de la inocencia del imputado.

Sección II - La calumnia real

62) El artículo 317 del Cp. dispone "Será reprimido con prisión de uno a seis años el que denunciare o acusare ante la autoridad como autor o partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente o simularse contra ella la existencia de pruebas materiales. La pena será de tres a ocho años de prisión si resultare la condena de una persona inocente".

El artículo anteriormente transcrito prevé, entonces, como conducta alternativa y equivalente a la acusación o denuncia calumniosa, lo que la doctrina llama calumnia real. O sea, el simular la existencia de pruebas materiales de un delito de acción pública contra una persona que el delincuente sabe inocente.

63) La incriminación de la calumnia real es sumamente importante. Para la existencia de una condenatoria legal debe probar, entre otras cosas, dos extremos:

a) La existencia de una acción o de una omisión, que está expresamente prevista y castigada como delito (o contravención) por el Código penal o por una ley especial.

b) La atribución de esta acción u omisión a una persona.

Para realizar esta labor, que consiste en determinar la existencia física de elementos materiales del delito y de aspectos materiales de la culpabilidad, el juez debe valerse de diferentes medios de investigación, señalados por el legislador, pero muchos de los cuales tratan de reconstruir situaciones pasadas. Salvo casos excepcionales, los hechos ocurren en coordinadas de tiempo y de lugar totalmente distintas a las del juez, de modo que éste debe actuar como un historiador.⁽⁷¹⁾ La labor del juez consiste en reconstruir hechos pasados con la ayuda de demostraciones "a posteriori".⁽⁷²⁾ Esta labor puede verse grandemente favorecida porque el fundamento de la acción u omisión sea una situación de hecho presente y directamente constatable, porque la acción o la omisión hayan dejado huellas o rastros o porque el delincuente haya dejado señales huellas o rastros que, por ser directamente constables por el juez o sus auxiliares, se denominan materiales o reales.

Jeremías Bentham ya aquilatava el valor de las pruebas materiales como fundamento de la convicción del juez. Por ello dice: "No obstante, solamente por accidente y en ciertos casos, una prueba material puede ser objeto de un acto de falsedad, o recibir una alteración que la haga inservible, mientras que no hay ningún caso en que el testigo no pueda mezclar en su declaración alguna mentira si tiene algún motivo suficientemente poderoso como para inducirlo a correr los riesgos correspondientes".⁽⁷³⁾

64) Por pruebas materiales se entienden aquellas circunstancias fácticas puramente contingentes que algunos delitos pueden dejar, y que con relación a un caso concreto, sirven para indicar, o la comisión de un delito, o a una persona determinada como autor, o partícipe, cierto o probable, de un delito.

(71) Antonio Dellepiane, "Nueva Teoría General de la Prueba", Editorial Temis, Bogotá, 1961, pág. 20.

(72) Jean Sicard, "La preuve en Justice", Enseignement et Perfectionnement Techniques, Paris, 1960, pág. 307.

(73) Jeremías Bentham, "Tratado de las Pruebas Judiciales" Ediciones Jurídicas-Europa-América, Buenos Aires, 1971, tomo I, pág. 371.

La expresión pruebas materiales está directamente relacionada con la distinción que hicieron los prácticos entre los "delicta facti permanentis" —aquellos que después de su perpetración dejan huellas, rastros o señales— y los "delicta facti transeuntis" —aquellos que no dejan huellas o señales después de su perpetración.⁽⁷⁴⁾

Esta distinción fue acogida por el legislador procesal de 1910. El Código de procedimientos penales vigente establece en su artículo 187, lo siguiente:

"Si los vestigios o pruebas materiales del hecho punible hubieren desaparecido, al practicarse la inspección, el juez procederá a investigar si ella ha sido obra de la naturaleza o de la casualidad, o resultado de un acto de encubrimiento... etc."

El mismo Código procesal usa otras expresiones equivalentes al concepto de pruebas materiales (Así, art. 169 inc. 3º "huellas materiales de su existencia..."; artículo 174 "... huellas o rastros aparentes del delito...").

Por otro lado, el artículo 182 Cpp. sigue también la distinción entre delitos de hecho permanentes y de hecho transitorio.

65) El legislador protege la prueba material mediante la incriminación de dos acciones que son como el anverso y reverso de una medalla: 1) El procurar o ayudar a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito, acción castigada como encubrimientos (favorecimiento real) en el artículo 323 del Cp., caso en el cual el delincuente quiere favorecer a un culpable. 2) El simular contra una persona que se sabe inocente la existencia de pruebas materiales, que, a diferencia de lo que ocurre con el favorecimiento personal, sólo es castigada cuando la acción se refiere a delitos de acción pública.

B—Elementos del delito

66) Los elementos de la calumnia real son los siguientes:
1) Es necesario un acto, una acción, consistente en la simulación

(74) Clemente Díaz, "El Cuerpo del Delito en la Legislación Procesal Argentina", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, pág. 28.

de la existencia de pruebas materiales. 2) Es necesaria la simulación de la existencia de pruebas materiales de un delito de acción pública contra una o varias personas. 3) Es necesaria la intención criminal, o sea el conocimiento de la inocencia del imputado.

1º) **Es necesario el acto de simular la existencia de pruebas materiales**

67) Es necesario, según el artículo 317 Cp., que haya un acto consistente en la simulación de la existencia de pruebas materiales. Esta conducta se realiza por un hecho cualquiera con que se fingen las pruebas materiales de un delito, siempre y cuando la ficción sea potencialmente probatoria.⁽⁷⁵⁾ Son tres las posibles categorías de pruebas materiales: a) la primera está constituida por el "corpus instrumentorum". b) la segunda la constituye el "corpus criminis". c) la tercera la constituye el "corpus probatorium". Cada una de estas tres categorías de rastros, huellas o señales origina una actividad específica del juez: secuestro y conservación del "corpus instrumentorum", descripción y reconocimiento del "corpus criminis", reconocimiento e inspección de lugares y cosas, adquisición del "corpus probatorium".⁽⁷⁶⁾

Cuando hay la simulación de la existencia de cualquiera de estas tres categorías de rastros, huellas o señales, nos hallamos en frente de una calumnia real. Así,

1) Simulación del "corpus instrumentorum". La consumación de ciertos delitos se hace con el empleo de instrumentos o medios; para efecto de realizar el delito estos medios o instrumentos no siempre son indispensables: es el cuchillo que causa las heridas, la pistola con que se disparó. Tales medios o instrumentos son siempre objetos materiales, cosas. Habrá calumnia real si el delincuente, por ejemplo, deja el revolver con que se mató a alguien, con el específico fin de que el inocente sea inculgado, en la casa de éste.

2) Simulación del "corpus criminis". Este es la persona o cosa sobre la cual se han ejecutado los actos que la ley menciona

(75) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 207.

(76) Clemente Díaz, Op. Cit., pág. 146.

como delito, o la persona o cosa que ha sido objeto del delito.⁽⁷⁷⁾ En el delito de lesiones, es calumnia real el hecho de que quien se pretende víctima se haya hecho una lesión para que se inculpe a determinada persona; en el homicidio, dejar el cadáver del muerto en casa de quien se quiere implicar en el delito, constituye el delito en estudio; también lo es, en el delito de tenencia de marihuana dejar la hierba en el bolsillo de la persona que se quiere implicar, etc.

3) Por último, es posible simular el "corpus probatorium", que está constituido por las llamadas piezas de convicción y que son todas las huellas, rastros o señales, que el imputado o el delito ha dejado en el lugar de los hechos. En el concepto de piezas de convicción pueden entrar, todas aquellas circunstancias o antecedentes materiales o físicos, que teniendo relación con el delito, pueden fundamentar razonablemente una opinión sobre la existencia de hechos determinados. El hombre mismo puede ser una pieza de convicción (huellas digitales dejadas en el lugar de los hechos, heridas que recibió en la acción, manchas de sangre en las ropas, etc.).

Estas tres categorías de pruebas materiales pueden existir juntas respecto a un solo delito. Puede existir una sola categoría. Puede no existir ninguna de ellas. Pueden ser simuladas las tres categorías o una sola de ellas. Y en ambos casos existirá calumnia real, si la simulación se hace contra una persona que se sabe inocente.

68) De acuerdo con el tenor literal del artículo 317 Cp. es necesario que se "simule" "la existencia de pruebas materiales". Por tanto, se plantea el problema de si se comete el delito cuando no se simula la existencia de pruebas materiales, pero se alteran las existentes con el objeto de agravar la situación penal del culpable.

Nosotros creemos que, en tal caso, la solución es la misma que para la acusación o denuncia calumniosa: se comete el delito si la alteración hace que cambie el título del delito. Tal es el caso de alterar las huellas de un hurto para convertirlas en las huellas de un robo.

(77) Clemente Díaz, Op. Cit., pág. 40.

Cuando la alteración de las huellas o rastros es para amirorar la responsabilidad de un culpable, o produce una agravación de la responsabilidad que no se traduce en un cambio de título del delito, el comportamiento ciertamente, no es castigable a título de calumnia real. Sin embargo, podría serlo a título de favorecimiento real.

También podría ser castigable a título de favorecimiento real (y no de calumnia real) todos aquellos comportamientos que consisten en simulaciones de huellas o rastros impunes conforme al artículo 317 Cp., como son, simular huellas o rastros contra una persona que se cree culpable, cuando en definitiva resulta inocente, o el simular huellas o rastros contra una persona que se cree inocente, cuando luego resulta que es culpable. Ninguno de estos dos comportamientos es castigado por el artículo 317 Cp., que exige el conocimiento de la inocencia de la persona contra quien se simulan las pruebas materiales, de parte del delincuente.

No es castigada —lo que quizás sea una laguna— la acción del agente que oculta o destruye un medio decisivo de prueba de la inocencia del inculpado.⁽⁷⁸⁾ Creemos que este comportamiento tampoco cae en el artículo 323 Cp. que castiga el favorecimiento personal. En este artículo el legislador exige que se favorezca al culpable mediante la alteración de los rastros, huellas o señales. Y en el caso presente, se le perjudica.

70) La calumnia real se consuma en el momento en que se simulan las pruebas materiales. Una autorizada doctrina, opina, sin embargo que, siendo un delito contra la Administración de Justicia, es contrario a la ley fijar el momento consumatorio del delito con anterioridad al momento del descubrimiento de las pruebas materiales simuladas por la autoridad.⁽⁷⁹⁾ De ahí que diga Manzini que el delito se consuma en el momento y en el lugar en que la autoridad judicial, u otra obligada de informar a la judicial, haya tenido noticias de la simulación de las huellas del delito, de tal modo que pueda iniciarse, aunque efectivamente no se inicie, un procedimiento penal.⁽⁸⁰⁾

(78) Curatola, Op. Cit., pág. 832.

(79) Curatola, Op. Cit., pág. 823; Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 208.

(80) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 137.

71) Así configurado el delito, tiene un carácter instantáneo y formal, porque lo que ocurre con posterioridad a la ejecución no es ocasionado por el culpable, sino por la autoridad inducida a engaño.

De ahí que no sea posible la tentativa, precisamente por el carácter formal e instantáneo del delito. De donde, siendo delito formal, es un delito de peligro. Castigar la tentativa —también delito de peligro— sería castigar un peligro de peligro.

Otra razón para excluir la tentativa es la que da Manzini: se tratará de actos ignorados por la autoridad o descubiertos por ella cuando no hay posibilidad de proceder contra un culpable, y que no son idóneos para afectar el bien jurídico protegido y por consiguiente, impunes; se tratará de actos idóneos y unívocos, de los cuales tiene noticia la autoridad, y en tal caso habrá delito consumado.⁽⁸¹⁾

Algunos autores admiten la tentativa. Entre ellos tenemos a Carrara.⁽⁸²⁾

72) La simulación de pruebas materiales admite la participación en cualquiera de sus grados (a título principal y a título secundario).

73) Es posible que el delito de calumnia real concorra idealmente con otros delitos. Piénsese en el caso de que para simular la existencia de un robo, a cargo de determinada persona, se rompa una caja de caudales ajena.

2º) **Es necesario que la simulación de pruebas materiales se haga contra un inocente y para atribuirle un delito de acción pública**

74) La simulación de la existencia de pruebas materiales debe hacerse contra una persona determinada. Si se simulan pruebas materiales, sin que haya algún lazo entre el delito así simulado y una persona determinada o determinable, la conducta será castigada a título de simulación de delito por el art. 318 Cp., pero no a título de calumnia real.

(81) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 137.

(82) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 208.

De acuerdo con el texto de la ley, la persona contra la que se simula la existencia de pruebas materiales debe ser "inocente". Este término debe ser entendido en el mismo sentido que se le dio al tratar de la acusación o denuncia calumniosa (Nº 38 y Nº 39).

Por consiguiente, si se simula la existencia de pruebas materiales contra un "culpable" no existirá delito. No se ve, sin embargo, ni la lógica ni la justicia de la solución legal.

75) La existencia de pruebas materiales simulada debe serlo de un delito de acción pública. Este requisito deriva de la sistemática general del artículo 317 Cp. Autores argentinos que comentan el artículo 276 (bis), idéntico al nuestro artículo 317 Cp. así lo han entendido.⁽⁸³⁾

Una interpretación literal del artículo 317 Cp. podría llevar a la conclusión de que la calumnia real existente cuando se simulan contra un individuo la existencia de pruebas materiales de un delito de acción pública, de acción privada e incluso de una contravención. En efecto, el artículo 317 Cp. castiga al que "... denunciare o acusare ante la autoridad como autor o partícipe de un delito de acción pública a una persona que sabe inocente o **simulare contra ella la existencia de pruebas materiales**". Podría decirse, entonces, que el anterior artículo castiga el acusar o denunciar falsamente a alguien que se sabe inocente, si la acusación o la denuncia es por un delito de acción pública. Pero que basta la simulación de pruebas materiales (de un delito de acción pública, de acción privada o de una contravención) contra una persona que el delincuente sabe que es inocente, para que aquél incurra en responsabilidad. Tal interpretación, aunque apegada al texto, no sería lógica para la calumnia real cuando todos los delitos de la sección II del Título XIV de la Parte Especial del Código se refieren expresamente a delitos de acción pública (arts. 317, 318 y 319). Lo que ocurre es que faltan algunas palabras al texto del artículo 317. La redacción correcta sería "... o **simulare contra ella la existencia de pruebas materiales de un delito de acción pública**".

(83) Ernesto J. Ure, Op. Cit., pág. 58, quien expresamente dice que la calumnia real consiste "... simular contra un inocente pruebas que conduzcan a atribuirle un delito de acción pública".

3º) Intención criminal: conocimiento de la inocencia del imputado

76) Por último, para que exista la calumnia real es necesario que se haya actuado dolosamente. Es necesario que el agente sepa que la persona contra quien simula la existencia de pruebas materiales es inocente.

El dolo está constituido, como en la acusación o denuncia calumniosa, por la voluntariedad del acto simulatorio y por el conocimiento de la inocencia del imputado. También es válida la fórmula de Soler para el elemento subjetivo: es necesario que haya falsedad objetiva y subjetiva. De donde, si existe falsedad subjetiva, sin la falsedad objetiva, no existe calumnia real, cual sería el caso de simular la existencia de pruebas materiales contra una persona que el simulador cree inocente, cuando en realidad es culpable. Si existe falsedad objetiva sin falsedad subjetiva, tampoco existirá delito.

77) Como puede fácilmente colegirse, estas dos consecuencias son bastante chocantes: pareciera que es más lógico considerar que el solo hecho de simular la existencia de pruebas materiales contra una persona, sea ésta culpable o inocente, ya es por sí y ante sí un acto ilícito. No es así, porque el legislador somete a la acusación o denuncia calumniosa y a la calumnia real a un mismo elemento subjetivo, lo que pareciera ser un error que nuestro legislador tendrá que corregir. El conocimiento de la inocencia de la persona contra quien se simula la existencia de pruebas materiales se convierte, de tal modo, en un elemento subjetivo del injusto.

78) La reforma legislativa debe serlo en el sentido de que el elemento subjetivo de la calumnia real sea, como pensaba Carrara⁽⁸⁴⁾, "... el ánimo de obtener que se condene a alguno ...".

CONCLUSION

79) Después del estudio realizado queda flotando la idea de que es necesario que el legislador intervenga para modificar todo lo referente a la acusación o denuncia calumniosa y a la calumnia real. El artículo 317 Cp., tal como está actualmente, está plagado

(84) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 207.

de lagunas. Muchos comportamientos inmorales y peligrosos escapan a la represión penal, sin que haya una razón lógica para ello, aparte de aquella consistente en el defecto de los textos. Tal acción legislativa debe encaminarse, en especial, en dos direcciones:

a) A suprimir el carácter de prejudicial a la acción que tiene la declaratoria previa de falsedad en la acusación denuncia calumniosa. Gran parte de las injusticias del sistema derivan de ahí, principalmente, por la interpretación que la jurisprudencia ha dado al artículo 16 del Código de procedimientos penales.

b) A separar, en tipos y artículos distintos, los delitos de acusación o denuncia calumniosa, que son constancialmente diferentes. La unión que hace el legislador, harto artificial, produce consecuencias detestables: exigencia del conocimiento de la inocencia del imputado de parte del simulador, punibilidad de la simulación sólo cuando ésta se hace contra un inocente, cuando lo lógico sería castigarla siempre, etc. Esta separación de la acusación o denuncia calumniosa y de la calumnia real permitiría poder castigar más severamente a quien, después de simular las huellas de un delito, se presenta a acusar a un inocente, o a quien simula las pruebas materiales, después de haber acusado o denunciado. El delincuente que tales comportamientos tuviera actualmente se ve favorecido con el carácter alternativo que tienen los comportamientos que castiga el artículo 317 Cp.

80) No se ve razón valedera para que tanto la acusación como la denuncia calumniosa y la calumnia real sólo sean castigadas cuando se refieren a delitos de acción pública. Lógico es que, aunque fuera con menor pena, estas conductas fueran punidas también cuando se refirieran a delitos privados y a contravenciones, porque en éstos también se afecta el normal funcionamiento de la maquinaria judicial y hay posibilidades de que se condene a un inocente.

ALGUNAS IDEAS SOBRE EL DESARROLLO HISTÓRICO DEL LIBERALISMO

LIC. NURY RAVENTOS DE MARIN

INTRODUCCION

Al hablar de liberalismo debemos enfrentarnos al aspecto propiamente humano de ansia de libertad y a la doctrina ya elaborada y establecida creada por ésta, que culmina como la síntesis de un largo proceso y refleja que a través de las distintas épocas históricas el grito de 'libertad' ha resonado constantemente y de muy diversas maneras según el sistema de opresión imperante. Libertad contra la esclavitud, contra el dominio señorial, contra el poder del monarca, de la Iglesia, de los gremios y, en un sentido más íntimo, libertad para la expresión del pensamiento, de palabra, de religión... Este puede ser el grito aislado como el de Sócrates o de un líder que como Espartaco levanta todo un clamor. Su lucha es superior a la vida y para ambos es preferible la muerte a las cadenas intelectuales o reales. Estos ejemplos que datan de la antigüedad se repiten por centenares en las distintas centurias. Bástenos recordar, un milenio más tarde, la lucha de los aristócratas contra Juan Sin Tierra por la Carta Magna, las peticiones de los burgueses contra los nobles y el movimiento comunal. En el Renacimiento el afán de libertad se orienta a independizar el pensamiento, a liberarlo de la fuerte sujeción dogmática medieval y su anhelo se centra en la revalorización del hombre. Movimientos como la Reforma, hombres como Erasmo, dan paso a la Edad Moderna y con ella una serie de pensadores que serán los pilares del liberalismo, en especial los del siglo XVIII que crean la síntesis ideológica e impulsan las sangrientas revoluciones que la implantarán.

Los filósofos del Iluminismo, basándose en la razón (la mayoría de ellos) pretendieron guiar al hombre a su pleno desarrollo, firmemente convencidos de que el progreso era una realidad para la humanidad. Condorcet uno de los que con más fuerza defendió el progreso, creía que éste era un movimiento histórico autónomo,

lineal e inevitable. En 1795 en su "Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano" asegura que la naturaleza no ha señalado ningún límite al perfeccionamiento de las facultades humanas.

La razón como guía enfrenta a este hombre dieciochesco con su interior y con el mundo que lo rodea para plantearse un ordenamiento superior al que le precedió. Del autoanálisis surgirá una nueva concepción del propio ser. El hombre se siente como un individuo que tiene derecho a vivir, pensar y actuar libremente. Derechos propios e inalienables que el mundo externo debe protegerle. Derivado de lo cual, como lógica consecuencia, tendremos que si cada uno tiene el derecho de pensar de acuerdo con su razón, justo es establecer la tolerancia de credos, abolir la censura y permitir que el hombre reaccione ante los poderes —tanto intelectuales como religiosos— que le atan.

De la visión interna el hombre ha pasado a la externa para negar todo aquello que le impide desarrollar su progreso y, contemplando su mundo y momento histórico, encuentra en la Naturaleza el sostén para lograrlo. La Edad de las Luces tiene una gran deuda con Newton, el creador de la teoría de que el universo está regido por leyes universales inmutables, pues adaptando este principio físico a todo el quehacer humano, produjo un conjunto de principios universales para aplicarlos a problemas y situaciones determinadas: libertad política (base del Contrato Social de Locke y Rousseau, división de poderes de Montesquieu, derecho a autogobernarse o democracia de Rousseau, etc.) libertad religiosa, libertad económica o fisiocracia, son tan solo unos cuantos de sus planteamientos.

Las ideas crearon los conflictos armados y el baño de sangre de fin de siglo para llevarlas a la práctica... El siglo XIX será su heredero. Tomando la semilla que les ha sido legada, los hombres de la nueva generación, la hacen germinar para convertir a su centuria en el siglo del Liberalismo.

Así el liberalismo como doctrina surgirá a fines del siglo XVIII y con auténtico vigor a partir de la Restauración (1815).

El término con el que se le bautizó es tan reciente como su significado. Según opinión de J. Salwyn Schapiro es de origen español; proviene de un partido político —el primero que se estableció para hacer efectivos los ideales liberales— que al iniciarse el siglo

XIX abogaba por el gobierno constitucional en España. Luego el vocablo se generalizó.

¿Qué se entiende por liberalismo? El mismo autor dirá: "se le puede caracterizar como una actitud mental ante la vida y sus problemas, actitud que destaca el valor de la libertad para los individuos, minorías y naciones".⁽¹⁾

El nacimiento del liberalismo se debió al momento en que varias ideologías se unieron en una favorable proporción. Así lo ve Gentile. "El liberalismo ha sido una feliz dosificación del jusnaturalismo y del romanticismo, del racionalismo y el historicismo, de los derechos de la revolución y de los de la tradición".⁽²⁾

Como movimiento tiene su zona de origen y desarrollo en Inglaterra, país con una amplia tradición en la lucha por la libertad y los derechos humanos, en Francia y en general la Europa Suroccidental o Europa dominante, conjuntamente con los Estados Unidos. Por la calidad de la doctrina y por la influencia que ejerció esta zona en el desarrollo mundial durante la pasada centuria, las ideas rápidamente se extendieron convirtiéndose en universales. (Recordemos como en la segunda mitad del siglo XIX un fuerte movimiento que comulgaba con estos ideales realizó toda una reforma en la legislación costarricense).

Advertencia previa a su estudio

Antes de adentrar en su contenido temático hay tres aspectos que es necesario destacar para su comprensión:

1.—Por la propia naturaleza de la doctrina, ésta enfoca todos los aspectos de la actividad humana por lo cual sus postulados se hallan ligados al quehacer político, económico, social, religioso, artístico y literario de la época, o como dirá Hobhouse, el liberalismo es un elemento que penetra en toda la estructura vital del mundo moderno. Nuestro objetivo pretende tan sólo sintetizar algunos aspectos del campo político-económico.

(1) Salwyn Schapiro. Liberalismo, su significado e historia. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1965. Pág. 1.

(2) Gentile, Pánfilo. La Idea Liberal. Uteha, México, 1961. Pág. 12.

2.—También como algo congénito a su pensamiento, el liberalismo se nos presenta como una doctrina dinámica. Evolucionara para aplicarse a las circunstancias históricas. La época, el lugar y el marco cultural determinan tanto la velocidad como el método evolutivo. Este modificarse sin cambiar su esencia proviene "en parte por motivos internos, es decir, por un proceso de fermentación y de desarrollo de gérmenes que estaban ya contenidos en la matriz ideal... y en parte por motivos externos, o sea, por una modificación del ambiente que condicionaba la posibilidad de una civilización liberal".⁽³⁾

La comparación del pensamiento de dos de sus adalides en la pasada centuria nos mostrará claramente esta aseveración. El fundamento filosófico del liberalismo en Jeremías Bentham es de corte utilitarista y eminentemente hedonista. Considera que lo único que induce al hombre a la acción es el deseo del placer. Si el individuo se aleja del dolor y busca su propio bien, la sociedad debe tomar como pauta de la política y de la economía la felicidad máxima o el 'mayor bien', que es la suma más grande de los placeres particulares. Nos presenta Bentham un egoísmo individual que es el arranque de todo lo demás, el motor que motiva al hombre. Si hay un interés social este es mediato, débil y en realidad sin valor propio; se lucha por el bienestar general cuando a la mayoría de los componentes de la sociedad les produzca placer o satisfacción el hacerlo. Años más tarde, el problema que existe al inclinarse a una simple valoración cuantitativa de los placeres y el eludible paso del bien deseado por cada uno de los 'yos' individuales a la aceptación del beneficio social, será modificado por John Stuart Mill. Su revisión y aporte a la doctrina original crea una nueva etapa en el liberalismo. Si esquematizamos sus más destacados postulados veremos que Stuart Mill lejos de aceptar el principio cuantitativo del placer aboga por el cualitativo y supera el paso entre el egoísmo individual que puede oponerse al bien social considerando que el hombre tiene un sentimiento de benevolencia social arraigado por una tradición histórica que le induce a buscar la felicidad de todos buscando la felicidad de la colectividad pues solo así él logrará la suya.

(3) Gentile, Pánfilo. *La Idea Liberal*. Ucha, México, 1961. Pág. 42.

Se cumple así la evolución interna en lo ideológico del liberalismo radical y de interés individual al liberalismo humanístico y con conciencia del bienestar social.

3.—La aplicación práctica del liberalismo, como sucede siempre que se pretende adaptar lo ideal a lo real, nunca ha podido ser absoluta ni totalmente uniforme porque las circunstancias específicas de las distintas naciones crean variantes y de esto proviene su riqueza de modalidades. Un ejemplo muy 'sui generis' es el que relataba un día el Dr. Constantino Láscaris refiriéndose a las vicisitudes políticas por las que había atravesado Nicaragua. Cuando el partido liberal encabezado por Zelaya triunfó, el nuevo presidente, para impulsar el cambio liberal, lo primero que tuvo que hacer fue convertirse en dictador, o sea, que negaba en su misma estructura la doctrina que él quería imponer.

Postulados del Liberalismo Clásico y Síntesis de su Trayectoria

La primera etapa de aplicación de esta doctrina ha recibido el nombre de Liberalismo Clásico. Desde su origen tiene una inmovible fe en que la libertad es necesaria para alcanzar cualquier meta que el hombre se proponga o desee; libertad que le permita la autodeterminación y que sea tan amplia que únicamente esté frenada por la de sus semejantes. A ella debe ir unida la igualdad, entendida como similitud de oportunidades para todos, asegurada por una legislación que elimine cualquier clase de privilegios. Solo por medio de estos dos principios se reconoce la dignidad humana y se cumple el precepto de que el hombre es un fin en sí mismo y no un medio para promover y proveer los intereses de los demás.

Para garantizar estos derechos al hombre, permitir que éste se desarrolle plenamente y logre su felicidad, debe existir un gobierno que actuando para el bienestar de cada uno de sus miembros logre una armonía general. Su finalidad es conseguir la máxima dicha posible para el mayor número de individuos. Su poder o el fundamento de su poder se halla en la voluntad expresa de los gobernados, porque parte de la libertad del hombre consiste en autogobernarse y son ellos los que delegan en el gobierno su derecho. Sin embargo, a inicios del siglo XIX, cuando se aboga por esta ideología, el voto era censitario; correspondía tan solo a la

clase que había triunfado en la revolución y la que había promovido el liberalismo: la burguesía, unida a los privilegiados del antiguo régimen. Existía la disposición de que ningún hombre es verdaderamente ciudadano si no es propietario.

Consecuentemente con el principio de que el individuo tiene el derecho a regirse, la nación, como conjunto de estos derechos particulares o como 'individuo colectivo' tiene el derecho y la misión de seguir su propia trayectoria independiente de las demás. Así el liberalismo da su apoyo decisivo al nacionalismo y a todos los movimientos que pretendieron afirmarlo en la pasada centuria y los que se han presentado en el presente siglo.

En el campo económico el liberalismo desarrolló las ideas de la doctrina fisiocrática. En síntesis fisiocracia (poder de la naturaleza) es una doctrina acorde con las ideas imperante en su época (siglo XVIII). Según ella en el universo y también en el aspecto económico como perteneciente a él, existe un orden preestablecido, un 'orden natural', y para que éste no sea alterado o roto, el Estado no debe intervenir en los asuntos económicos con el fin de orientar su propio fluir pues resultaría contraproducente. Es lo que se resume en la frase atribuida a Vincent de Gournay "Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même".

A este principio general Adam Smith agrega un elemento nuevo de gran importancia: el individuo y su configuración psicológica. 'Todo hombre dejándolo actuar libremente tratará de mejorar su suerte' y considera asimismo al hombre como creador, por medio de su esfuerzo, de la prosperidad, pues asegurará 'El trabajo es la base de la riqueza'. Con esto se estableció por primera vez en forma definitiva que el hombre dominaba sobre la creación de riqueza. Es él el que disfruta y produce aquello que necesita y le da su placer. Ya no es el oro fuente de riqueza como lo fue para los mercantilistas, ni la agricultura según los fisiócratas. La economía había colocado a partir de este momento al individuo en el centro de su doctrina.

Esta teoría económica va íntimamente unida al sistema capitalista como forma de organización para la extracción y producción de la riqueza, con una finalidad eminentemente de lucro. En realidad, se podría decir que el capitalismo fue una de las causas del liberalismo, ya que aquel había madurado en el siglo XVI y

había dado la fuerza económica a la burguesía para que luchara en su beneficio, y es precisamente esta clase, la favorecida en especial por los fundamentos de las nuevas ideas. Nada habrá tan beneficioso para la burguesía como la aplicación de los modernos métodos que pone a su disposición la revolución industrial, apoyándose en las normas liberales. En un mundo en que rige la libre competencia y un Estado que se hace a un lado, el burgués puede ejercer todos los medios para enriquecerse.

Es precisamente desde este momento que se realiza la simbiosis. Liberalismo y capitalismo quedan íntimamente ligados, lo que implicará que las fallas que aparezcan en uno de ellos sean imputadas al otro y sea difícil separar ambos conceptos. Unión que es todavía más evidente en nuestros días.

La aplicación práctica del liberalismo en los países que iniciaron y estaban en pleno desarrollo industrial trajo consecuencias favorables y nefastas. Pertenecen a las primeras: el incremento de la producción, el rápido enriquecimiento tanto individual como nacional, la revolución financiera y el inicio del 'gran capitalismo' (hochkapitalismus). Lo que llamó Rene Gonnard la era del Prometeo desencadenado. Como aspectos desfavorables se nos presentan: que al radicalizarse los principios se apoyó el triunfo del más fuerte, la pauperización y explotación del proletariado, se creó una nueva era de colonialismo con la consiguiente explotación de las zonas sujetas al neoimperialismo y por último un enriquecimiento excesivo que desemboca en el monopolio, negación de la propia teoría de la libre competencia, básica en el liberalismo.

Al crearse un Estado cuya actividad se reducía al de simple policía y que por definición del laissez faire no intervenía en asuntos económicos o sociales, el más grave de los aspectos negativos en sentirse fue la explotación de la nueva clase social que se formó a raíz de la revolución industrial: el proletariado. Nueva designación para un grupo social que ve engrosar cada día su número a medida que los comerciantes y pequeños productores no podían competir con los grandes almacenes y las fábricas e industrias mecanizadas o que los campos se vaciaban de pequeños propietarios o trabajadores campesinos para ser absorbidos por una ciudad que les deslumbraba desde la lejanía con sus dones y placeres pero que al engullirlos les convertía en esclavos desnutridos, harapientos y

2.—También como algo congénito a su pensamiento, el liberalismo se nos presenta como una doctrina dinámica. Evolucionaria para aplicarse a las circunstancias históricas. La época, el lugar y el marco cultural determinan tanto la velocidad como el método evolutivo. Este modificarse sin cambiar su esencia proviene “en parte por motivos internos, es decir, por un proceso de fermentación y de desarrollo de gérmenes que estaban ya contenidos en la matriz ideal... y en parte por motivos externos, o sea, por una modificación del ambiente que condicionaba la posibilidad de una civilización liberal”.⁽³⁾

La comparación del pensamiento de dos de sus adalides en la pasada centuria nos mostrará claramente esta aseveración. El fundamento filosófico del liberalismo en Jeremías Bentham es de corte utilitarista y eminentemente hedonista. Considera que lo único que induce al hombre a la acción es el deseo del placer. Si el individuo se aleja del dolor y busca su propio bien, la sociedad debe tomar como pauta de la política y de la economía la felicidad máxima o el ‘mayor bien’, que es la suma más grande de los placeres particulares. Nos presenta Bentham un egoísmo individual que es el arranque de todo lo demás, el motor que motiva al hombre. Si hay un interés social este es mediato, débil y en realidad sin valor propio; se lucha por el bienestar general cuando a la mayoría de los componentes de la sociedad les produzca placer o satisfacción el hacerlo. Años más tarde, el problema que existe al inclinarse a una simple valoración cuantitativa de los placeres y el eludible paso del bien deseado por cada uno de los ‘yos’ individuales a la aceptación del beneficio social, será modificado por John Stuart Mill. Su revisión y aporte a la doctrina original crea una nueva etapa en el liberalismo. Si esquematizamos sus más destacados postulados veremos que Stuart Mill lejos de aceptar el principio cuantitativo del placer aboga por el cualitativo y supera el paso entre el egoísmo individual que puede oponerse al bien social considerando que el hombre tiene un sentimiento de benevolencia social arraigado por una tradición histórica que le induce a buscar la felicidad de todos buscando la felicidad de la colectividad pues solo así él logrará la suya.

(3) Gentile, Pánfilo. *La Idea Liberal*. Uteha, México, 1961. Pág. 42.

Se cumple así la evolución interna en lo ideológico del liberalismo radical y de interés individual al liberalismo humanístico y con conciencia del bienestar social.

3.—La aplicación práctica del liberalismo, como sucede siempre que se pretende adaptar lo ideal a lo real, nunca ha podido ser absoluta ni totalmente uniforme porque las circunstancias específicas de las distintas naciones crean variantes y de esto proviene su riqueza de modalidades. Un ejemplo muy ‘sui generis’ es el que relataba un día el Dr. Constantino Láscaris refiriéndose a las vicisitudes políticas por las que había atravesado Nicaragua. Cuando el partido liberal encabezado por Zelaya triunfó, el nuevo presidente, para impulsar el cambio liberal, lo primero que tuvo que hacer fue convertirse en dictador, o sea, que negaba en su misma estructura la doctrina que él quería imponer.

Postulados del Liberalismo Clásico y Síntesis de su Trayectoria

La primera etapa de aplicación de esta doctrina ha recibido el nombre de Liberalismo Clásico. Desde su origen tiene una inmovible fe en que la libertad es necesaria para alcanzar cualquier meta que el hombre se proponga o desee; libertad que le permita la autodeterminación y que sea tan amplia que únicamente esté frenada por la de sus semejantes. A ella debe ir unida la igualdad, entendida como similitud de oportunidades para todos, asegurada por una legislación que elimine cualquier clase de privilegios. Solo por medio de estos dos principios se reconoce la dignidad humana y se cumple el precepto de que el hombre es un fin en sí mismo y no un medio para promover y proveer los intereses de los demás.

Para garantizar estos derechos al hombre, permitir que éste se desarrolle plenamente y logre su felicidad, debe existir un gobierno que actuando para el bienestar de cada uno de sus miembros logre una armonía general. Su finalidad es conseguir la máxima dicha posible para el mayor número de individuos. Su poder o el fundamento de su poder se halla en la voluntad expresa de los gobernados, porque parte de la libertad del hombre consiste en autogobernarse y son ellos los que delegan en el gobierno su derecho. Sin embargo, a inicios del siglo XIX, cuando se aboga por esta ideología, el voto era censitario; correspondía tan solo a la

clase que había triunfado en la revolución y la que había promovido el liberalismo: la burguesía, unida a los privilegiados del antiguo régimen. Existía la disposición de que ningún hombre es verdaderamente ciudadano si no es propietario.

Consecuentemente con el principio de que el individuo tiene el derecho a regirse, la nación, como conjunto de estos derechos particulares o como 'individuo colectivo' tiene el derecho y la misión de seguir su propia trayectoria independiente de las demás. Así el liberalismo da su apoyo decisivo al nacionalismo y a todos los movimientos que pretendieron afirmarlo en la pasada centuria y los que se han presentado en el presente siglo.

En el campo económico el liberalismo desarrolló las ideas de la doctrina fisiocrática. En síntesis fisiocracia (poder de la naturaleza) es una doctrina acorde con las ideas imperante en su época (siglo XVIII). Según ella en el universo y también en el aspecto económico como perteneciente a él, existe un orden preestablecido, un 'orden natural', y para que éste no sea alterado o roto, el Estado no debe intervenir en los asuntos económicos con el fin de orientar su propio fluir pues resultaría contraproducente. Es lo que se resume en la frase atribuida a Vincent de Gournay "Laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même".

A este principio general Adam Smith agrega un elemento nuevo de gran importancia: el individuo y su configuración psicológica. 'Todo hombre dejándolo actuar libremente tratará de mejorar su suerte' y considera asimismo al hombre como creador, por medio de su esfuerzo, de la prosperidad, pues asegurará 'El trabajo es la base de la riqueza'. Con esto se estableció por primera vez en forma definitiva que el hombre dominaba sobre la creación de riqueza. Es él el que disfruta y produce aquello que necesita y le da su placer. Ya no es el oro fuente de riqueza como lo fue para los mercantilistas, ni la agricultura según los fisiócratas. La economía había colocado a partir de este momento al individuo en el centro de su doctrina.

Esta teoría económica va íntimamente unida al sistema capitalista como forma de organización para la extracción y producción de la riqueza, con una finalidad eminentemente de lucro. En realidad, se podría decir que el capitalismo fue una de las causas del liberalismo, ya que aquel había madurado en el siglo XVI y

había dado la fuerza económica a la burguesía para que luchara en su beneficio, y es precisamente esta clase, la favorecida en especial por los fundamentos de las nuevas ideas. Nada habrá tan beneficioso para la burguesía como la aplicación de los modernos métodos que pone a su disposición la revolución industrial, apoyándose en las normas liberales. En un mundo en que rige la libre competencia y un Estado que se hace a un lado, el burgués puede ejercer todos los medios para enriquecerse.

Es precisamente desde este momento que se realiza la simbiosis. Liberalismo y capitalismo quedan íntimamente ligados, lo que implicará que las fallas que aparezcan en uno de ellos sean imputadas al otro y sea difícil separar ambos conceptos. Unión que es todavía más evidente en nuestros días.

La aplicación práctica del liberalismo en los países que iniciaron y estaban en pleno desarrollo industrial trajo consecuencias favorables y nefastas. Pertenecen a las primeras: el incremento de la producción, el rápido enriquecimiento tanto individual como nacional, la revolución financiera y el inicio del 'gran capitalismo' (hochkapitalismus). Lo que llamó Rene Gonnard la era del Progreso desencadenado. Como aspectos desfavorables se nos presentan: que al radicalizarse los principios se apoyó el triunfo del más fuerte, la pauperización y explotación del proletariado, se creó una nueva era de colonialismo con la consiguiente explotación de las zonas sujetas al neoimperialismo y por último un enriquecimiento excesivo que desemboca en el monopolio, negación de la propia teoría de la libre competencia, básica en el liberalismo.

Al crearse un Estado cuya actividad se reducía al de simple policía y que por definición del laissez faire no intervenía en asuntos económicos o sociales, el más grave de los aspectos negativos en sentirse fue la explotación de la nueva clase social que se formó a raíz de la revolución industrial: el proletariado. Nueva designación para un grupo social que ve engrosar cada día su número a medida que los comerciantes y pequeños productores no podían competir con los grandes almacenes y las fábricas e industrias mecanizadas o que los campos se vaciaban de pequeños propietarios o trabajadores campesinos para ser absorbidos por una ciudad que les deslumbraba desde la lejanía con sus dones y placeres pero que al engullirlos les convertía en esclavos desnutridos, harapientos y

prostituidos de un régimen que no permitía escape. Pronto, tal vez no tanto como lo hubieran deseado las víctimas, surge un brote creciente de descontento y una serie de censuras a la injusticia social. Motines, luchas callejeras, destrucción de maquinaria y cierre de fábricas serán sus representaciones extremas. En el campo intelectual estas se expresarán en una serie de críticas que se inician en forma aislada pero paulatinamente se vuelven más frecuentes, más agudas y se van sistematizando para formar una doctrina denominada socialismo. Sus creadores son los socialistas utópicos y desemboca a mitad del siglo XIX en la figura de Carlos Marx, que pretende crear un socialismo científico —basado en el materialismo dialéctico, concepción materialista de la historia, lucha de clases, eliminación de los medios de producción privados, etc.— y con él dar una nueva orientación a la humanidad con una finalidad hedonista. Así, las dos doctrinas tienen como meta la felicidad del hombre, en lo que son radicalmente opuestas es en los medios de como llevarlo a cabo.

Mientras las críticas socialistas se ensañan con el 'status quo' imperante y los ideales liberales, que en su opinión son los únicos culpables de ello, los partidarios del liberalismo realizan la campaña para que todos los hombres puedan acudir a las urnas electorales y hacer una realidad el principio de autogobierno. (Se logra consolidar el sistema democrático al menos masculino, pues la aceptación del voto femenino quedará pendiente hasta la presente centuria).

La realidad que muestra la miseria del sector mayoritario de la población, el aumento de las diatribas ante esta situación y la posibilidad del pueblo en intervenir, hizo que prevaleciera la opinión de que se requería una revisión de la doctrina que estamos analizando. Revisión y modificación que se llevó a cabo dentro y por el liberalismo en lo que habíamos visto como su propio dinamismo.

A fines del siglo XIX y principio del XX el liberalismo tiene la convicción de que sus principios de libertad e igualdad para cumplirse necesitan de la intervención estatal a favor del más débil en la lucha económica: el proletario. Sólo así se nivelará el privilegio que tienen las clases capitalistas sobre ellos y se impedirá la impune explotación del hombre. Hace eco, dentro de su seno, de las Encíclicas Sociales, de la corriente paternalista y la impulsa, de

las ideas de algunos socialistas y se dictan leyes que prevalecen sobre la libre contratación de trabajo. Leyes como máximo de horas de trabajo, condiciones laborales específicas para mujeres y niños, obligación de establecer ciertas medidas de seguridad en las fábricas, seguro de enfermedad y accidentes, etc.

Al mismo tiempo que se está gestando una legislación social, el nacionalismo que había sido impulsado por la corriente liberal, al afianzarse más en sus creencias, terminará por oponerse a algunos de los postulados liberales. El sentimiento nacional no contento con darse un gobierno propio y que la nación fuese libre para construir su futuro pretende convertir su propio país en la nación hegemónica. En el campo económico las naciones fuertemente industrializadas competirán por el dominio mundial, basándose en una nueva intensificación colonial para la explotación de materias primas y nuevos mercados para exportar sus productos, unido a un movimiento de fuerte inversión capitalista acorde al desarrollo financiero de la segunda mitad del siglo XIX. El deseo de triunfar en la lid política-económica crea una serie de medidas proteccionistas como: prohibiciones a la importación de ciertos productos, estímulo a la industria, financiación extranjera y tratados internacionales para proteger el mercado. Medidas que necesitan, como es lógico, del control estatal. Si nunca existió el librecambio y la libre competencia total producto de las doctrinas económicas liberales, (ni aún Adam Smith lo aceptó), este viraje fin de siglo aboga por una mayor participación del Estado y se separa del tradicional 'laissez faire, laissez passer'. La rivalidad que surge de la competencia y del arraigado nacionalismo será una causa poderosa de la primera guerra mundial.

Ha llegado 1914 y los cañones de agosto inician una nueva era.

El siglo XX recibe de su antecesor el capitalismo, el liberalismo, el socialismo, el colonialismo y sentimientos conflictivos porque el desarrollo de una economía ascendente crea optimismo y las rivalidades político-económicas han causado la guerra. Ante esta herencia y las nuevas circunstancias veamos cómo se desenvuelve la ideología que nos ocupa.

El inicio de la guerra, por paradójico que parezca, resultó un alivio en la tensión de los últimos años. Ya la decisión estaba tomada, fue como la quema de las naves de Cortés, y una corriente

de vivo nacionalismo y de optimismo sacudió a los combatientes ya que existía la opinión generalizada, salvo en los visionarios más claros, de que en unas cuantas semanas la guerra terminaría y Europa saldría renovada.

Esta visión de una guerra relámpago fue precisamente lo que influyó a que los Estados no tomaran de inmediato ninguna disposición que implicara un cambio de dirección en la política liberal, tan solo se decretó el servicio militar y se intensificó la producción de armamentos que se había iniciado años antes por el temor de la perspectiva bélica.

Al no cumplirse las previsiones militares y convertirse la guerra en un lento desangre en las trincheras, las naciones se enfrentan al grave problema de mantener los principios liberales que han implantado, y por otro resolver la acuciante necesidad de nutrir imperiosas obligaciones de guerra que se ven agravadas ante la urgencia de establecer una economía autárquica o de 'self-sufficiency' por el bloqueo marítimo y el paro de las relaciones intercontinentales. Ante la alternativa de modificarse internamente o resultar vencidos militarmente, los gobiernos se inclinan al dirigismo como una medida provisional de emergencia. El Estado interviene cada vez más en asuntos de la actividad privada. En síntesis la guerra traerá unas circunstancias en las cuales "se antepone la razón de Estado a la defensa de los derechos del individuo y se favorece el aumento de la influencia de las fuerzas sociales que el progreso de la democracia obligaba a retroceder".⁽⁴⁾

El hombre sueña con la paz y el 'status quo' prebélico. Sueño que parece cumplirse en 1918 cuando los cañones se silencian y Versalles se halla en plena ebullición diplomática.

Sin embargo la guerra ha dejado tras de sí su huella apocalíptica. Muertes, destrucción, hambre, enfermedades. Las naciones se enfrentan a una reconstrucción económica de tiempos de paz. Estos cuatro años funestos no sólo han destruido parte de la riqueza sino que han creado un estancamiento en la producción de artículos de primera necesidad. La falta de materias primas y productos alimenticios, así como manufacturados es lamentable. Se precisa de una total reelaboración de las fuerzas productivas y los

(4) Crouzet, Maurice. La Epoca Contemporánea. T. VII Historia General de las Civilizaciones. Ediciones Destino, Barcelona, 1961.

numerosos intentos que se hacen para realizarla se ven frenados por una constante inflación y fluctuaciones monetarias que atemorizan la iniciativa privada en la inversión industrial europea, lo cual produce a su vez una escasez de demanda de mano de obra que traerá un problema muy característico de la economía del siglo XX: el paro o la desocupación en grandes cantidades, la creciente masa de hombres que va en pos de un trabajo para encontrarse con todas las puertas cerradas. Si al liberalismo le preocupó la mala situación del proletariado en el siglo XIX el problema que le presenta nuestra centuria es aún más grave.

Durante la guerra acontecerán otros sucesos de gran repercusión para la doctrina que estamos analizando. El más importante es la nueva directriz que tomará Rusia a raíz de las revoluciones de 1917. El movimiento que se había iniciado como un intento de establecer las medidas liberales en territorio de los zares se convierte por el desenfreno de los hechos en un impulso irreversible que llevará al país a imponer las ideas marxistas (con las modificaciones que sus dirigentes creyeron pertinentes). Por primera vez se intentará que los escritos de Marx dejen de ser una utopía. Y por curiosa paradoja del destino será precisamente en la zona que según el propio autor, como lo expresa en su Manifiesto Comunista, era menos propicia para ello.

A partir de este momento la tradición demoliberal capitalista se enfrenta al ordenamiento socialista hecho realidad. La pugna de estos sistemas quedará sin desenlace hasta hoy a pesar de que pareciera que la inclinación recíproca de la aceptación de ciertas modalidades del contrario ha limado la distancia entre ambas.

Pero no sólo es una lucha internacional la batalla del liberalismo. En los territorios que tradicionalmente han aceptado la doctrina, las fuerzas socialistas se van fortaleciendo. Al hacerse tan larga la guerra se va creando el descontento. Los pueblos han perdido su fe y optimismo iniciales y ante las penurias sufren un desencanto que les enfrenta no sólo a la sinrazón de la guerra sino que les lleva a dudar de su forma de regirse. La búsqueda de un nuevo ideal les hará inclinarse hacia el socialismo que verá engrosar día a día las filas de sus partidos.

Del crecimiento de los partidos socialistas y del miedo ante éstos, del nacionalismo que será exaltado propagandísticamente, del

temor a la libertad que crea inseguridad (recordar la teoría de Erich From), de una angustia por suplir las necesidades materiales aun a costa del sacrificio de ciertas libertades, del deseo de que se organicen los recursos económicos, de la serie de mitos sobre la superioridad racial y en fin de toda una variada complejidad causal nacen los sistemas totalitarios.

Carl J. Friedrich los define así: "Frente a otras dictaduras, el totalitarismo se caracteriza por la coalición de los siguientes elementos: una ideología totalitaria y su correspondiente partido único; una policía secreta terrorista; el monopolio de las informaciones y de las armas; un comercio dirigido y centralizado".⁽⁵⁾ Para Glaser es un sistema en que "el apetito de poder encerrado en el hombre, que debe ser considerado como un fenómeno natural (ya Platón hablaba de la morbosa tendencia a ampliar el poder) puede desplegarse sin obstáculos".⁽⁶⁾

El fascismo de Benito Musolini cumple con todos estos requisitos. Se estableció en Italia bajo consigna de partido: 'antiparlamentario, antidemócrata y antisocialista'. La 'marcha sobre Roma' de las 'camisas negras' traerá su triunfo y en 1925 la dictadura. El fascismo era sobre todo un estilo que pretendía ser heroico, arrebatado, militar y altruista. Como forma de gobierno iba en contra de los ideales de libertad de pensamiento por la fuerte censura imperante; la legislación rompió el tradicional equilibrio de los poderes estatales para establecer un ejecutivo autoritario sin contrapeso legal y era obedecido ciegamente por pasión partidaria (basta evocar la cantidad de fascistas hipnotizados por una campaña propagandística dirigida a estimular las masas) u obligados por un cuerpo de policía que se hacía respetar aún cuando fuera recurriendo a métodos violentos y salvajes.

En Alemania después de una oleada de desorden y actos de terror, parecidos a los italianos, pero estimulados además por un fuerte nacionalismo que se sentía humillado por los tratados de Versalles y lo que consideraba la injusticia del pago de las reparaciones de guerra que cargaban sobre las espaldas de un pueblo

(5) Friedrich, Carl J. *Totalitäre Diktatur*, Stuttgart, 1957. Tomado de Herman Glaser en *Introducción a la Cultura Contemporánea*. Ediciones Iberoamericanas S. A. Madrid, 1968. Pág. 242.

(6) Glaser, Herman. *Introducción a la Cultura Contemporánea*. Ediciones Iberoamericanas. Madrid, 1968. Pág. 63.

agotado económicamente por los gastos bélicos, unido a la pésima situación por la inflación agobiante, el partido nazi (N.S.D.A.P.) con su líder Adolfo Hitler, émulo de la doctrina de Mussolini, va a tratar de apoderarse del poder. Su lucha será larga. Sufrirá el encarcelamiento, derrotas electorales y desprestigio, pero su tenacidad unida a las maniobras políticas y ayudado por las circunstancias económicas de la crisis del 29 con su depresión, hacen que se convierta en jefe absoluto en 1933. Su antiguo maestro Mussolini quedará opacado en sus enseñanzas ante la megalomanía de su discípulo. Como afirma Vincent Vives "En la borrachera del poder las brumas nórdicas cegaron la visión al hombre que empuñaba los destinos de Alemania".⁽⁷⁾

Las doctrinas que anteceden se separan del liberalismo. Todas, según Sabine, "Establecen a una entidad colectiva —la raza en el caso del fascismo y nacionismo y la sociedad o la comunidad en el caso del comunismo— como poseedora de un valor superior al individual y definían a los seres humanos como agentes y órganos de la colectividad".⁽⁸⁾

Tres rudos golpes asestados al liberalismo. Por distintos caminos y a través de aplicaciones diferentes el totalitarismo se ha asentado en Rusia, Alemania e Italia. En la primera de éstas, los cambios políticos y económicos se establecen a un mismo tiempo, en las otras dos el cambio político se presenta para preservar la amenazada estructura económica, pero paulatinamente lleva también a la dictadura en este campo. Porque como dirá W. Röpke "tanto si el Estado comienza por un socialismo antitiránico, como por una tiranía antisocialista, la lógica interna de la evolución conducirá siempre, ya sea uno u otro el punto de partida, hacia el mismo resultado final: la tiranía absoluta, el colectivismo total que abarca todas las esferas de la vida social".⁽⁹⁾

El mundo liberal ha perdido la posibilidad de desarrollarse o su predominio en extensos territorios y el peligro se extiende pues estos pueden ejercer una fuerte influencia en las naciones del mundo, especialmente en las que le son dependientes política o económica-

(7) Vincent Vives, Jaime. *Historia General Moderna*. T. II. Montaner y Simón, Barcelona, 1968. Pág. 527.

(8) Sabine, George. *Historia de la Teoría Política*. Fondo de Cultura Económica, 1968. Pág. 537.

(9) Röpke, Wilhelm. *La Crisis Social de Nuestro Tiempo*. Revista de Occidente. Madrid, 1947. Pág. 112.

mente, en las pequeñas o aquellas que atraviesan por desórdenes o reorganizaciones internas.

Mientras estos acontecimientos sucedían veamos qué ha pasado dentro de la propia esfera dinámica de los países que habían aceptado y acogido el liberalismo como forma de regirse.

Los primeros años de la segunda década —período de postguerra— se caracterizan por un deseo de estabilización dentro de los cánones prebélicos. Al cerrarse la etapa de guerra se impone el recoger las banderas del dirigismo. Los países de Occidente (salvo algunas excepciones y sin tomar en cuenta ciertas dictaduras latinoamericanas) vuelven por el sendero del liberalismo tanto político como económico. Las medidas que se habían creado para solucionar la emergencia de casi un lustro de beligerancia ya no son necesarias. Se inicia una lenta recuperación económica que va intensificándose a medida que nuevos descubrimientos tecnológicos y una mayor racionalización se emplean en los métodos de producción. Este progreso ascendente estimula la iniciativa privada y las inversiones son cada vez mayores. Es el 'boom' de los 'alegres veintes'.

Si bien reducido en territorio, el liberalismo se sentía vitalizado, cuando otro flagelo, esta vez en su seno interior, hará tambalear toda su estructura. Nos referimos a la crisis del 29 y a la larga depresión que le sucedió. El sistema capitalista estaba acostumbrado a los ciclos económicos pero por primera vez se enfrenta a uno cuyo ámbito tendrá horizontes universales y cuyas repercusiones serán catastróficas. Años de angustia y de desesperación que reflejan un desorden caótico y un total aislamiento de la economía internacional. Si este descalabro presentó características inigualadas, el balance en dolor humano fue inapreciable. De nuevo el hombre padecerá desempleo, hambre, muerte y su causa no estará teñida de valor patriótico o nacionalismo, de lucha por ideales o de heroico sacrificio. Si los males de la guerra tenían una cierta justificación moral que daba al hombre fortaleza interna, los de la depresión le sumieron en la miseria material y moral. ¿Cuál era la razón, cuál el motivo de que millones de hombres vagaran clamando por un mísero trabajo y otros tantos se envilecieran por un mendrugo de pan?

La reacción no se hizo esperar y fue tan dura como la tragedia que creó. Las críticas más enconadas se lanzan contra los

gobiernos, contra el sistema capitalista y contra su aliado el sistema liberal, pidiéndose una revisión total de las legislaciones imperantes. Se exige un cambio. El liberalismo va a sufrir una nueva revisión y autovalorización saliendo de ella modificado para corresponder a las circunstancias que le han retado.

A su reestructuración contribuye la visión de políticos y ecónomos de gran prestigio. Hombres que conscientes de la situación se preocupan por una pronta y eficaz solución. Hemos escogido dos de ellos que son de los más característicos. Ambos crean y marcan una nueva orientación.

El primero de ellos es Franklin D. Roosevelt que con gran esfuerzo se dedicó a conjurar la situación lamentable en que se hallaba su país a raíz de la crisis. Su visión le llevó a establecer el sistema del New Deal que otorgaba un mayor poder de injerencia al Estado en los asuntos económicos. Al Estado correspondía estimular la iniciativa privada pero a la vez intervenir en la elaboración de grandes empresas para el servicio público; empresas que tenían la doble finalidad de habilitar nuevas zonas de producción o mejorar las existentes y conjurar parte de la desocupación. Esto era aceptar la planificación económica por parte del Estado. Estamos muy lejos del "laissez faire, laissez passer".

El segundo pensador que pondremos de ejemplo, menos de acción que el anterior pero más profundo teórico, es uno de los economistas que más repercusiones ha tenido en nuestro siglo: John Maynard Keynes. Hombre de una gran capacidad y versatilidad, conocedor de los problemas de su época ya que participó en forma activa en el Tratado de Versalles y a partir de entonces en el campo político económico de su país. Escribió varias obras, siendo la más importante su "Teoría general del empleo, el interés y la moneda" (1936) que algunos comparan por sus repercusiones con "La riqueza de las naciones" de Smith. Firme creyente de la estructura político-liberal considera que el capitalismo podría sobrevivir a pesar de sus defectos y que los hombres serían capaces de 'curar la enfermedad' que le acosa al mismo tiempo que defender su eficacia y la libertad. En síntesis su doctrina abogó por la intervención estatal, la participación del Estado en grandes empresas y aquellas que se consideren de bien general, el estímulo a la empresa privada, el pleno empleo y una idea muy interesante: el impulsar enérgicamente el

consumo como medio de subsanar los problemas del capitalismo (las crisis y el desempleo).

Esta nueva visión político-económica no tuvo tiempo de florecer plenamente ni de consolidarse porque finaliza el período entre guerras. Etapa que lejos de traer la tranquilidad ha creado un profundo desasosiego. Es la angustia típica de un Kierkegaard o de un Kafka o de un Brecht que se refleja en esta generación. El hombre se siente dominado, agobiado por lo que le rodea, y al replegarse en su interior se siente inseguro aún de sí. Lejos está la plácida imagen del hombre que se enseñora sobre la naturaleza y el mundo como rey de la creación (visión del hombre del siglo XVIII) y por el contrario se siente sujeto a fuerzas aciagas, a un destino cruel que le lleva a su destrucción.

La guerra se impuso nuevamente y por años imperó la ley de la supervivencia entendida en el amplio sentido físico y moral. Al salir de esta pesadilla el hombre se enfrentó a un nuevo mundo y circunstancias.

De las ideologías de las décadas del 20 y 30 sólo dos han triunfado: el comunismo y el liberalismo, habiéndose extinguido el nacionismo y el fascismo en las llamas que habían prendido ellos mismos. Si pasada la etapa de vergüenza y represión —por ser perdedores y por las barbaridades cometidas por algunos protegiéndose bajo la bandera de un partido—, existe hoy día un pequeño brote 'fenixianista', los que pretenden hacer renacer sus principios deben reconocer que han quedado opacados en aislados grupos minoritarios. También hay que destacar que de la guerra surgieron Rusia y Estados Unidos como superpotencias, cada una de ellas como adalid de las doctrinas triunfantes.

De 1945 a nuestros días se nota en la mentalidad popular una confusión entre sistemas ideológicos por un lado y relaciones con las superpotencias por otro, culpándose a los primeros o creando antagonismos con ellos por los roces en las relaciones internacionales de los demás países con Estados Unidos o Rusia. De ahí que lo que se ha llamado el tercer mundo reacciones ante el 'neomperialismo' de estas potencias inclinándose a favor de una u otra doctrina; pero esta distorsión es necesario o más bien obligatorio aclararla. Está en juego un aspecto suprapolítico, es lo que consideramos como valor verdaderamente humano lo que está en entredicho.

Hoy día o nos regimos por una forma individualista o por una colectivista y en esto incluimos las nuevas modalidades que se han derivado de cada una de ellas.

Sin embargo, el liberalismo actual difiere mucho del clásico. Tanto que algunos autores hablan de una tercera solución al problema bidocionario antagónico del siglo XIX. Un tercer camino entre 'la ley del doble frenesí' de que hablaba Bergson. Un liberalismo que para distinguirlo ha recibido diversos nombres: neoliberalismo, demoliberalismo, liberalismo revisionista, liberalismo constructivo y aún el de humanismo económico.

Se trata de una doctrina político-económica que en cierto sentido es conservadora y en otro sentido es radical. Es conservadora en cuanto su máximo o incommovible objetivo se cifra en conservar a todo trance la oportunidad de la evolución cultural y en la defensa de los principios y valores de una cultura basada en la personalidad libre; radical en la crítica del sistema liberal 'clásico', la falta de respeto ante privilegios y dogmas desprestigiados y en la falta de prejuicios al escoger los medios para realizarlos.

Liberalismo Actual o Neoliberalismo

En síntesis sus características son las siguientes:

1.—Se parte de que el hombre es un animal político (zoon politicon de Aristóteles) pero visto más ampliamente a la luz del pensamiento kantiano del antagonismo de la sociabilidad insociable del hombre, o sea, que si bien el hombre por naturaleza necesita vivir en sociedad, su misma naturaleza le pide individualidad. Necesita de los demás pero también se necesita a sí aislado para auto-realizarse. El sistema político por lo tanto debe preocuparse por llenar estas facetas sin caer en excesos. Por esto se opone radicalmente tanto a una subintegración, en cuyo caso el hombre padece desnutrición social, como a una superintegración o sobrealimentación social como pretenden los sistemas colectivizantes o de tipo comunista.

Otro aspecto que debe destacarse es que "la asociación es tanto más benéfica cuanto más lleva el carácter voluntario. Todas las comunidades forzosas... quitan la soledad sin dar la compa-

ña". Palabras de Gentile⁽¹⁰⁾ que reflejan una honda comprensión de la naturaleza humana y que podemos completar con el pensamiento de Ortega y Gasset: "La forma que en política ha representado la más alta voluntad de convivencia es la democracia liberal".⁽¹¹⁾

2.—El hombre necesita libertad. Al colocar al hombre en sociedad se requiere de un gobierno que organice la suma de las libertades individuales para la convivencia común. Se debe encontrar una solución eficaz entre el bienestar colectivo y una multiplicidad de intereses privados, de grupo y de clase. Es precisamente por esto que nació la democracia según Bertrand Russell; la cual fue concebida como un recurso para conciliar al gobierno (como expresión de fuerza opresiva) con la libertad o tomemos la clásica y célebre frase de Lincoln el "gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo".⁽¹²⁾

Así surge la simbiosis de liberalismo y democracia para formar la corriente demoliberal. Sobre la infinidad de autores que defienden la democracia, hemos escogido unos cuantos a manera de modelo.

Dominique Parodi "Si una sociedad es un conjunto de hombres libres y no una reunión de tendencias ciegas, debe tener su palabra que decir sobre sus propios destinos... La democracia es la forma de gobierno de un pueblo adulto. Se define como un conjunto de obligaciones y una reciprocidad de servicios, como un sistema consciente de derechos y deberes".⁽¹³⁾

"Todo cuanto se aduce contra la democracia, afirma Robert Saitschick, vale menos en realidad, que aquello que la democracia puede garantizar: la libertad de conciencia, es decir, la libertad de manifestar las propias opiniones y los pensamientos, con lo cual sigue despierta la responsabilidad individual que, de otra forma, quedaría estrangulada bajo la presión hecha desde arriba. En la democracia afloran demasiado claros los lados sombríos de la naturaleza

(10) Gentile, Ob. Cit. pág. 63.

(11) Ortega y Gasset, José. La Rebelión de las Masas. Revista de Occidente. Madrid, 1964. Pág. 140.

(12) Lincoln, Abraham. Discurso de Gettysburg, 19 noviembre de 1863. Tomado de Documentos Fundamentales de la Historia de los Estados Unidos de América. Compilados por Richard B. Harris. Editorial Libreros Mexicanos Unidos, S. A. México, 1962. Pág. 201.

(13) Parodi, Dominique. El problema político y la democracia. Tomado de Panorama de las Ideas Contemporáneas. Ediciones Guadarrama. Madrid, 1965. Pág. 339.

humana, pero esto mismo permite un diagnóstico sencillo de los males, mientras que en cualquier otra forma de gobierno se gangrenarían al quedar ocultos".⁽¹⁴⁾

Para Walter Lippman este poder de autogobernarse y libertad tienen un sentido más hondo. He aquí un trozo de su libro "La Ciudad Libre": "...a medida que la dominación universal del hombre por el hombre había sido reducida a leyes definidas, fijadoras de los derechos y los deberes recíprocos de los individuos, había surgido una nueva concepción del valor de la persona humana... De esta manera del esclavo, que era una persona viviente tratada como una cosa, surge una persona que ya no es una cosa... ¿Serán los hombres tratados como personas inviolables o como cosas de las que se puede disponer? Es en este terreno donde se ha librado siempre la lucha entre la barbarie y la civilización, entre el despotismo y la libertad... Si la doctrina colectivista estuviese conforme con los datos de la experiencia y con las necesidades humanas, no sería necesario imponer el colectivismo alzando al pueblo, esterilizándolo contra las ideas subversivas, aterrorizándolo, corrompiéndolo, durmiéndolo y divirtiéndolo... El señor puede contar con sus bestias, pero nunca puede estar seguro de sus ilotas".⁽¹⁵⁾

Mientras que Sabine dirá "El marco de los derechos y obligaciones legales que un estado sostiene dentro de una comunidad es un marco y no una camisa de fuerza...".⁽¹⁶⁾

Citemos por último la categórica sentencia de Ortega y Gasset "El liberalismo —conviene hoy recordar esto— es la suprema generosidad: es el derecho que la mayoría otorga a las minorías y es, por tanto, el más noble grito que ha sonado en el planeta".⁽¹⁷⁾

Aceptada la tendencia demoliberal como la solución más eficaz de gobernarse que el hombre ha logrado imaginar hasta el momento, surge como corolario imprescindible la responsabilidad de los gobernantes con el pueblo. Principio propuesto por los filósofos del siglo XVIII que a través de siglo y medio ha madurado

(14) Saitschick, Robert. Der Staat und was mehr ist. Zurich, 1946. De Glasser Ob. Cit. pág. 70.

(15) Lippman, Walter. La Ciudad Libre. De Panorama de las Ideas Contemporáneas. Págs. 343 y 344.

(16) Sabine, Ob. Cit. pág. 542.

(17) Ortega y Gasset. Ob. Cit. pág. 140.

hasta convertirse en un derecho y una posibilidad constante de control del otorgante del poder al que lo ejerce. Forma parte de esta prohibición de extralimitarse la división de poderes con funciones específicas pero que se frenan entre sí, que viene a ser el organismo funcional de la aplicación práctica de esta ideología.

3.—Si el liberalismo reconoce que la libertad no puede ser total por las circunstancias de la convivencia común, trata de establecer las menos limitaciones posibles para asegurar el mayor bienestar posible. Sus partidarios están plenamente convencidos de que hay una distancia infranqueable entre una doctrina que establece de vez en cuando un 'prohibido entrar' que otra que disponga 'prohibido salir' por más que éste sea un edén, ya que ni en el original existía esta cláusula.

4.—El sentido de la libertad es más profundo que la que abogaba el siglo XIX. El hombre del XX ha recogido todos los derechos que sus antepasados han logrado a través de los siglos —verbigracia el de asilo de origen medieval— y los ha incluido en sus peticiones adaptándolos a las circunstancias actuales. Hoy día, como antes, pide libertad de pensamiento, libertad de culto, libertad de movimiento, libertad de contraer matrimonio, de establecer su familia, libertad de asociación, etc. pero agregáanse dos nuevas peticiones: la liberación del miedo, réplica a los métodos coercitivos empleados por los sistemas totalitarios o todos aquellos gobiernos que los emulan, y la liberación de la necesidad. Esta última proviene de que el neoliberalismo ha comprendido que si bien 'no sólo de pan vive el hombre' —como reza el viejo refrán— no es menos cierto que ninguna doctrina política, moral o religiosa (ni aún con el avance tecnológico de nuestra época) ha inventado todavía la forma de vivir sin pan.⁽¹⁸⁾ En 1944 Roosevelt dijo ante el Congreso "Los hombres necesitados no son libres. Los hambrientos y desocupados son la materia con que se hacen las dictaduras".⁽¹⁹⁾ Adquiere el postulado un doble sentido humano: material y espiritual; pretende suplir las necesidades corporales y contribuye a preservar la libertad, necesaria a la autorrealización del hombre.

(18) Montenegro, Walter. Introducción a las Doctrinas Político-Económicas. Breviarios Fondo de Cultura Económica, 1965. Pág. 62.

(19) Roosevelt, Franklin D. Discurso 11 de enero de 1944. Tomado de *Nothing to Fear*. Boston 1946, pág. 396.

5.—La igualdad humana es una utopía, o mejor dicho, es antinatural. Cada hombre es el resultado de sus propias cualidades y defectos. O según la mordaz frase de Charles Maurras "Una sociedad puede tender a la igualdad, pero en biología, la igualdad sólo existe en el cementerio".⁽²⁰⁾ Es por esto que el neoliberalismo rehusa imponer una igualdad ficticia, o peor, despojar por la fuerza al hombre de su naturaleza propia para intentar una igualdad inalcanzable. Su finalidad es dar igualdad de oportunidades para que florezcan las verdaderas individualidades, para que el hombre se realice en su máximo. Pero como comprende que las circunstancias son menos favorables para un grupo debe el Estado establecer leyes que favoreciéndoles nivele la situación. La célebre frase de Cicerón adquiere una nueva dimensión. "Qui autem parti". "Pero quien favorezca a una parte de los ciudadanos y perjudique a la otra... acarrea a la comunidad el peor de los daños: división y discordia".⁽²¹⁾

6.—En cuanto al papel que debe jugar el Estado en la vida económica el liberalismo acepta —salvo por unos cuantos doctrinarios aislados que prefieren mantenerse dentro la línea original que éste debe intervenir.

Para los neoliberales el Estado tiene como primera obligación el asegurar la libre competencia y por lo tanto impedir la competencia desleal o los acuerdos que quieran establecer los monopolios. Es decir: debe proteger la libertad contra la libertad de suprimirla. Así el Estado ya no tiene un papel pasivo como en la política del *laissez faire* sino por el contrario, uno activo; está actuando sobre lo que antes se creyó que se realizaría por sí solo, por las leyes naturales de que hablaban los fisiócratas. Cuando por las circunstancias se deba establecer un monopolio, éste debe estar en manos oficiales no siendo tolerable el monopolio privado.

Corresponde también al Estado intervenir en asuntos que por sus propias características son de utilidad general, en los servicios públicos y en todos aquellos que la iniciativa particular desestima por improductivos o de escasos beneficios, pero que son necesarios a la vida de sus miembros. En fin que la lista de los asuntos en

(20) Maurras, Charles. *Mis Ideas Políticas*. Fayard 1937. En *Panorama de las Ideas Contemporáneas*. Pág. 305.

(21) Cicerón. *De officiis*: 1,25.

los cuales el Estado puede participar depende mucho del ambiente, desarrollo y riqueza de la nación en particular.

Ahora es cuando debemos preguntarnos, ¿hay límite para las actuaciones estatales?, ¿al permitir la intervención creciente en el campo económico del Estado no se llegará a suprimir totalmente la doctrina liberal para establecer una de tipo socialista, colectivista o comunista?

He aquí el problema serio del intervencionismo. Wilhem Röpke ha establecido una serie de medidas que son imprescindibles seguir en este asunto. "No se puede intervenir —asegura— de modo ininterrumpido y a diestra o siniestra sin que se llegue finalmente a un punto en el que empieza a fallar el delicado sistema nervioso de la economía de mercado. Cuando así sucede, o se aminora el intervencionismo para que la economía de mercado recobre su plena capacidad funcional, o se pasa al colectivismo".⁽²²⁾ Aparte de la pauta empleada en cuanto a la cantidad de intervención existe también lo que podría llamarse la calidad de la medida intervencionista. El mismo autor ha tratado de establecer una divisoria que separe las actuaciones estatales legítimas de las ilegítimas. O como él las llama las 'conformes y las inconformes'. Las primeras son aquellas que actuando de conformidad (de eso su nombre) con la constitución basada en el mercado salvaguarden sus principios y son disconformes las que paralizan de cierta manera la mecánica propia del sistema y desencadenan un proceso dinámico que hace perder toda estabilidad, requiriéndose para su solución la actuación cada vez mayor del Estado llegándose a las formas colectivistas.

El Estado para cumplir con el liberalismo, debe trazarse con toda claridad el límite entre lo que le incumbe y lo que le es nocivo. Su responsabilidad consiste en mantenerse fiel a su ideología y defenderla.

7.—El liberalismo ha dado un papel preponderante a la educación porque ansía el desarrollo total de la personalidad auténtica del individuo, haciendo suya la afirmación de Thomas Jefferson: "Si una nación espera ser ignorante y libre, espera lo que nunca ha sido ni nunca será".⁽²³⁾

(22) Röpke. Ob. Cit. pág. 204.

(23) Jefferson, Thomas. Tolerancia de las Ideas Políticas. De Selected Readings in American History, T. C. Pease y A. S. Roberts, Nueva York, 1928. pág. 232.

Este papel educativo, que constituye por sí solo un tema aislado, nos interesa tan sólo en este momento para relacionarlo con dos aspectos importantes del neoliberalismo. Primero: si esta doctrina considera como forma política ideal la democracia, es necesario educar al pueblo para que el nivel de las medidas que ellos tomen se encamine a un gradual progreso. Segundo: la educación es también imprescindible a la economía porque su lema es que cada individuo pueda por sus propios medios alcanzar lo mejor para sí. La ayuda del Estado es para cubrir ciertas necesidades pero el ideal es que éstas no existan o sean de nivel superior por lo que al Estado corresponde enseñar al individuo a que pueda cubrirlas. La sentencia de Kuan-Su "Regala un pez y dará de comer a un hombre. Enséñale a pescar y le habrá enseñado a mantenerse toda la vida"⁽²⁴⁾ sintetiza maravillosamente este pensamiento. Porque como expresó Lincoln se puede ayudar por tiempo indefinido a algunas personas, se puede ayudar a todos por tiempo limitado; pero no se puede ayudar a todos indefinidamente.

Todo lo anterior va unido a la preocupación de crear fuentes de empleo. El neoliberalismo ha completado el precepto bíblico "ganarás el pan con el sudor de tu frente" con un nuevo principio agregado a los derechos inalienables del hombre "el derecho del hombre al trabajo" (parte de su campaña de liberación de la necesidad). Esta es su respuesta a los males de hombres que se hallaban obligados a hacer largas filas ante las puertas de las agencias de empleos para ser rechazados una y otra vez. El pleno empleo que pedía Keynes ha dejado de ser una simple medida económica. Rebasa su campo para ser un principio humano. Principio que no ha resuelto el problema pero lo importante es encaminarse a la meta y tratar que ésta esté más cercana.

Si la empresa privada no puede suplir las fuentes de empleo será esta una nueva rama en la que el Estado deberá intervenir. El economista inglés William Henry Beveridge en su obra "Full Employment in a Free Society" lo plantea así: "... si se considera que el Estado existe para el individuo, un Estado, que respecto a muchos millones de individuos no logra garantizarles ninguna oportunidad de servicios ni de ganarse la vida de acuerdo a su capacidad o la posibilidad de una vida libre de la indignidad e inqui-

(24) Kuan-Su. En Servan Schreiber, Jean-Jacques. El desafío Americano. Ed. Plaza & Janes S. A. Barcelona, 1969. Pág. 15.

siciones del socorro público, es un Estado que ha fracasado en cuanto a un deber primordial...".⁽²⁵⁾

8.—El liberalismo se enfrenta hoy día al aspecto internacional como lo hicieron los hombres del decimonono. Consideran retomando la línea de pensamiento tradicional que cada nación, ya lo habíamos apuntado anteriormente, tiene derecho a su autonomía y a rechazar cualquier tipo de intervención foránea, pero debido a las circunstancias actuales ha debido expandir su doctrina. Nuestra centuria ha padecido en vida de una generación las dos peores guerras que ha conocido la humanidad y contra ellas claman por la paz. Su papel ha sido y es muy activo para hacerlo posible. Los liberales propusieron que las naciones, al igual que los ciudadanos, tuvieran un organismo por el cual autogobernarse y solucionar sus conflictos. Son pues creadores, propulsores y defensores de la creación de la Liga de las Naciones y al fallar ésta, de las Naciones Unidas.

Con relación a la doctrina y prácticas marxistas-comunistas que impulsan la revolución como forma de cambio y de avance el liberalismo se les opone como ferviente creyente del valor de los métodos pacíficos. Están convencidos de que al emplear el sistema democrático, tanto nacional como internacionalmente, se logra estabilidad con progreso. Sereno avance o evolución benéfica por y con el pueblo o las naciones.

Los anteriores principios que hemos dejado consignados son los que a nuestro juicio consideramos más importantes.

CONCLUSION

Por último, es conveniente hacer lo que nos parece la observación más importante con respecto a la diferencia que existe entre los movimientos del siglo XIX y los del siglo XX. Tanto el liberalismo como el socialismo, se concibieron como 'ordenamientos universales', como leyes a las que estaba sujeta la humanidad. Para el primero su punto de arranque eran las leyes de la naturaleza que regían en todos los aspectos, aún el político económico; para

el marxismo, que pretendía ser científico, la base era el materialismo dialéctico. Hoy día se considera que son formas ideológicas que deben realizarse por el hombre. Han dejado de ser compulsivas y se han convertido en partidaristas.

El hombre se convierte así en el que determina su presente. También creemos que el hombre con sus actuaciones condiciona el futuro. Nuestra generación es responsable ante las que le sucederán y desea para ellas lo mejor. Doctrina muy en boga tanto de derechas como de izquierdas, lo mismo en Estados Unidos como en Rusia, en un sistema liberal como en uno socialista. La diferencia está en la actitud o medios para lograrlo. Ahora bien, es fundamental que en la mirada hacia el futuro el hombre no aliene su presente y se sacrifique a un fin que pueda resultar utópico. Sólo viviendo plenamente con todas nuestras aptitudes y a través de ellas escogiendo —usado en el sentido propio del término, de valorar las oportunidades o hechos y de ellos tomar uno— aquello que consideremos más favorable, podremos lograr un legado positivo. Es precisamente esto último, la posibilidad de escoger, entre muchas cosas, la que nos inclina hacia el sistema que lo permite.

BIBLIOGRAFIA

- Bouthoul, Gaston y Ortuño, Manuel. Antología de las Ideas Políticas (2 tomos) Renacimiento, S. A. México, 1965.
- Crouzet, Maudice. La Epoca Contemporánea. Tomo VII. Historia General de las Civilizaciones. Ediciones Destino, Barcelona, 1961.
- De Salis, J. R. Historia del Mundo Contemporáneo (5 tomos). Ediciones Guadarrama, Madrid. 2ª edición 1968.
- Gaetan Picon. Panorama de las Ideas Contemporáneas. 2ª Edición, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1965.
- Gentile, Pánfilo. La Idea Liberal. Uteha, México, 1961.

(25) Beveridge, William Henry. Full Employment in a Free Society. Nueva York, 1945. Pág. 252. En Salwyn Schapiro. Ob. Cit. pág. 193.

- Gill, Richard T. Evolución de la Economía Moderna. Manuales UTEHA N° 375, 1969.
- Glaser, Hermann. Introducción a la Cultura Contemporánea. Ediciones Ibero-americanas, Madrid, 1968.
- Gonnard, René. Historia de las doctrinas económicas. Editorial Aguilar, Madrid, 1961.
- Montenegro, Walter. Introducción a las Doctrinas Político-Económicas. 4ª Edición. Brevarios Fondo de Cultura Económica, 1965.
- Morris, Richard B. Documentos fundamentales de la Historia de los Estados Unidos de América. Editorial Libreros Mexicanos Unidos S. A. México, 1962.
- Ortega y Gasset, José. La Rebelión de las Masas. Revista de Occidente. Madrid, 38ª edición, 1964.
- Ropke, Wilhelm. La crisis social de nuestro tiempo. Revista de Occidente. Madrid, 1947.
- Sabine, George. Historia de la Teoría Política. Fondo de Cultura Económica. 4ª Edición, 1968.
- Salwyn Schapino, S. Liberalismo, su significado e historia. Editorial Paidós, Buenos Aires, 1965.
- Schumpeter, Joseph A. Diez grandes economistas: de Marx a Keynes. El libro de bolsillo. Alianza editorial. Madrid, 1967.
- Servan Schreiber, Jean-Jacques. El Desafío Americano. Editorial Plaza & Janes S. A. Barcelona, 16ª edición, 1969.
- Varios. Reflexiones ante el Neocapitalismo. Ediciones de Cultura Popular S. A. Barcelona, 1968.
- Vincent Vives, Jaime. Historia general moderna TLL. Montaner y Simón, Barcelona, 1952.
- Wellisz Stanislaw. Economía en el bloque soviético, El libro de Bolsillo. Alianza Editorial. Madrid, 1966.

PROBLEMAS DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO AGRARIO^(*)

ANTONIO CARROZZA
Catedrático de Derecho Agrario
de la Universidad de Pisa.

SUMARIO:

- I.—El objetivo principal de los estudios agrarísticos: una teoría general del derecho agrario. La superación del problema de la autonomía del derecho agrario bajo los diversos perfiles (legislativo, didáctico, científico).
- II.—La búsqueda de una definición para el Derecho Agrario. El derecho agrario como derecho de la agricultura; ¿pero cuál agricultura? El criterio del coligamiento con el **fundo**. El criterio del coligamiento con la **empresa**. Análisis de una definición recientemente propuesta que tiene el mérito, entre otras cosas, de referirse a los principios del derecho agrario.
- III.—La obra de identificación de los principios generales de la materia. Tentativa de **Frassoldati** y su crítica. Tentativa de **Salas y Barahona** y su crítica. Tentativa de **Gelsi Bidart** y su crítica. Conclusiones acerca de la importancia teórica y práctica de la determinación por parte de la doctrina, de los principios generales del derecho agrario. Referencia a la enunciación legal de tales principios en los ordenamientos de los países socialistas.

— I —

Cada rama del derecho es objeto de estudio de una ciencia, la cual, en un estadio dado de su evolución, revela el poseer una

(*) Ponencia presentada a la Mesa Redonda sobre Derecho Agrario Soviético e Italiano, promovida por el Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato, Florencia (Palacio de los Congresos), 8-10 de mayo, 1972. - Traducción al Castellano del Profesor Rodrigo Barahona Israel.

teoría general propia. Cuando la posibilidad de esta teoría general se manifiesta en modo inequívoco, ello quiere decir que la construcción científica a la cual nos queremos referir comienza a asumir una consistencia apreciable. Nosotros debemos preguntarnos si esto ocurre también para el derecho agrario. Ahora, en el caso del derecho agrario, si quisiéramos hacer autocrítica, deberíamos responder que el trabajo de fundación de una ciencia merecedora de adornarse con este nombre ha logrado asentar innegables progresos, pero no ha alcanzado un éxito que satisfaga completamente: prueba de ello es, precisamente, la falta de una teoría general verdadera y propia. Si luego se piensa simplemente en una "parte general" apropiada, avicinable por analogía a la parte general del derecho civil o del derecho penal, es necesario admitir⁽¹⁾ que el derecho agrario no dispone tampoco de esta.

Se pueden diagnosticar rápidamente las causas de tal carencia. La doctrina agrarística ha debido con frecuencia operar en circunstancias negativas, que la dedicación apasionada de algunos pocos pioneros no ha logrado neutralizar del todo. En ocasiones esta doctrina se puede reprochar el haberse perdido en descripciones aburridas e interminables del aparato legislativo: procedimiento que se perpetúa en un cierto tipo —se podría decir "típicos de congreso"— de debates sobre el derecho agrario comparado, en los cuales nos contentamos con llevar a cabo la confrontación más superficial de los datos legislativos de los distintos ordenamientos y constatar las semejanzas y desemejanzas entre ellos. Con frecuencia, en las investigaciones con pretensiones científicas el razonamiento en términos auténticamente jurídicos no alcanza a liberarse de todas aquellas referencias económicas, políticas y sociológicas de más fácil acceso y de más fácil efecto; ni tampoco a despojarse de una cierta retórica tenaz de la vida agreste, de la redención de la tierra, de la reforma agraria.

En Italia, además, a donde se han llevado a cabo, al inicio de los estudios de derecho agrario y en respuesta al apelo vibrante de **Giangastone Bolla**, fructíferas incursiones en este campo de parte de ilustres civilistas, comercialistas, administrativistas, y procesa-

(1) Como admite *A. Stelmachowski*, *Evolution de la notion de droit agraire dans la doctrine polonaise et d'autres pays socialistes*, in *Riv. dir. agr.* fasc. 1 del 1972 (número especial del Cincuentenario), pág. 4 del extracto.

listas, quizás se ha hecho demasiada teoría antes de poderse conocer con exactitud los confines de la materia y los rasgos de los institutos del derecho positivo (escrito o consuetudinario). Y no al azar he usado esta palabra "institutos", ya que estoy convencido de que la manera más eficaz de construir —desde abajo— nuestra ciencia no puede prescindir del reconocimiento previo de aquellos agrupamientos de normas homogéneas por el objeto regulado, bajo principios propios y exclusivos de cada agrupamiento, que precisamente pueden llamarse "institutos jurídicos".

En cuanto a la legislación, en general y en Italia en modo particular, se puede decir que sufre de un "reformismo" endémico.⁽²⁾ Condición que puede ser un bien desde diversos puntos de vista, mas no desde aquel que ahora nos interesa. Cuando parece para el estudioso finalmente llegado el momento de sacar las conclusiones de su investigación, y de fijar por lo tanto los extremos de las necesarias categorías generales (concepto de propiedad fundiaria, de empresa agraria, de contrato agrario, etc.), superando la fase preliminar del inventario de los institutos del derecho agrario, y comenzando así a echar las bases de aquella teoría general de que hablaba, la materia prima de elaboración cambia de aspecto y de esencia, de modo tal que de un día para otro, todo debe hacerse de nuevo. Hace decenios que la historia de la agricultura está plagada de sobresaltos y vive, por así decirlo, en un estado de emergencia continua, también y sobretodo por efectos de una legislación que interviene intermitentemente con procedimientos fragmentarios y ricos en contradicciones. Por lo tanto, no solo tenemos que habérnosla con un derecho especial, sino también con un derecho que ve continuamente renovada su especialidad. Particularmente evidentes son en el derecho agrario italiano las huellas de las varias estratificaciones legislativas que se suceden en el tiempo, sobreponiéndose la una a la otra sin amalgamarse entre sí: del código civil de 1865 al de 1942; de las leyes para la colonización interna y externa, al texto único sobre el saneamiento del terreno en un proceso integral; de las legislaciones de carácter transitorio

(2) *A. Ballarín Marcial* en su ponencia al Primer Congreso Mundial de Derecho Agrario de Caracas (26-31 de julio 1970) titulada *Propiedad y empresa en la base del reformismo agrario*, publicada en la *Revista de estudios agro-sociales*, 1971, N° 76, pág. 7, escribe de "reformismo permanente", que además propone como método de trabajo para el agrarista: un método que —podemos añadir— corresponderá sin duda al derecho requerido por una sociedad en transformación (*law in a changing society*) pero cuya adopción no es electiva, sino más bien consecuencia obligada del transformismo legislativo.

de 1948 y años subsiguientes, que contenían normas vinculantes y de prórroga de los contratos agrarios, a las dos leyes de reforma agraria de 1950. Se hace luego necesario esperar al año 1962 para presenciar una reanudación vivaz de la legiferación en materia agraria, que desemboca en las leyes de la gran reforma (o presunta tal) de 1964 —sobre contratos agrarios—; de 1965 sobre el desarrollo de la propiedad de cultivo; de 1971 —sobre el arrendamiento de fundos rústicos—: para citar solamente las leyes de mayor dimensión e importancia.

Si en general se retiene que el código de 1942 —el código de la unificación del derecho privado— no es ya representativo de la realidad del derecho italiano, derecho que hoy puede conocerse solo “barajando las cartas” y estudiando la efectividad de los institutos en las leyes especiales,⁽³⁾ a mayor razón puede decirse que el código no es ya representativo del modo de ser del derecho agrario; es más, en este sentido, este derecho se presenta también entre nosotros, junto al derecho del trabajo y otros pocos derechos especiales, como un derecho de vanguardia, que prefigura actitudes y aspiraciones del derecho del porvenir.

Pero no es de creerse que nuestro ordenamiento jurídico de la agricultura, —después de las alteraciones sufridas— entre en un periodo, aunque transitorio, de inmovilismo, que nuevas alteraciones y desarrollos lo esperan, a causa de la entrada en funciones de las Regiones de estatuto ordinario; las cuales, en base a la competencia legislativa a ellas reconocida por la Constitución de 1948 en materia de agricultura y floresta (art. 117 Const.), se preparan febrilmente a decir su propia opinión, a emanar sus propias leyes; esto sin contar la ulterior producción de leyes estatales promulgadas ya sea con un fin de coordinación (las así llamadas leyes-marco que deben garantizar la unidad del ordenamiento), ya sea con un fin de adecuación del derecho estatal a las situaciones a determinarse con el transferimiento a las Regiones de funciones y poderes que antes pertenecían a la administración del Estado.

Se agregue a lo anterior, para dar el último retoque al cuadro, que es fácil prever, sobre la base de la experiencia resul-

(3) Cf. G. Pesa, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, intervención en la Mesa Redonda de Camerino, del 15-16 de octubre, 1966, (en *Dir. econ.*, 1967, pág. 323).

tante de las burdas, inorgánicas y apresuradas leyes especiales del pasado reciente, que a la cantidad de nuevos aportes normativos no corresponderá desgraciadamente la calidad; y que por consiguiente, serán desatendidas nuevamente aquellas exigencias de técnica (si no de arte) del derecho que, si respetadas, atenuarían sensiblemente la divergencia entre sistema científico y sistema legislativo del derecho agrario, y consentirían una adaptación más fácil e inmediata del primero a las mutaciones del segundo.

Comprendida esta situación, se percibe con claridad cuán ilusoria resulta aun hoy el propósito de construir aquel derecho orgánico y racional de la agricultura que constituyó el ideal en el que **Giangastone Bolla** invirtió, en el transcurso de una larguísima vida de batalla, sus prodigiosas energías; y cuán lejana está aún la meta de un derecho agrario dotado de una parte general por encima de las partes especiales, o mejor aún, para atenuar la posible crítica de querer resucitar una sistematización de tipo pandectístico, dotado de su propia teoría general. Y sin embargo es este, me parece, el objetivo inmediato de nuestros estudios, que debe sustituir, con una innovación no únicamente formal y terminológica, el viejo programa que tenía por núcleo el reconocimiento de la así llamada “autonomía”.

—oOo—

No quiero decir que el movimiento doctrinal a favor de la autonomía del derecho agrario —del cual ofrecen un incomparable testimonio las anualidades de 1928, 1929 y 1930 de la **Rivista di Diritto Agrario**— no haya sido un momento importante a los fines de la construcción del derecho agrario;⁽⁴⁾ quiero únicamente decir que se trata de un momento que debemos juzgar superado, de un periodo de fecundidad excepcional que debe sin embargo considerarse concluido. Lo mismo vale para el tema de la autonomía en sí y por sí, visto desde cada uno de los tres posibles puntos de vista: el legislativo, el didáctico, el científico.

(4) Iluminantes son las páginas revocativas de G. Grossi (*Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del diritto agrario*) que, junto a aquellas de E. Romagnoli (*Giangastone Bolla, la Sua opera, la Sua Rivista*) abren el fascículo especial del 509 de la *Riv. Dir. Agr.* Grossi ha sabido verdaderamente captar el papel histórico de “aquella corriente siempre más amplia de juristas que, bajo la insignia de un orden cultural autónomo señalado con el nombre de derecho agrario, ha llevado adelante un discurso innovador y animoso”. Romagnoli, por su parte, precisa sobre el fondo de la obra de Bolla, las fases y las figuras relevantes de aquella corriente.

La discusión sobre si existe o no la autonomía del derecho agrario desde el punto de vista legislativo, de si existe o no, con características propias, un fenómeno normativo de situar a la base de la investigación científica, ha venido a ser una discusión puramente académica frente a la realidad de un ordenamiento jurídico de la agricultura que en todo país ya existe; más o menos complejo, más o menos armónico, pero en cada caso **típico**, aún cuando falte, como en Italia ha faltado, un código aparte. No es distinta la conclusión en lo que concierne a la autonomía en el plano didáctico, desde hace mucho tiempo y en casi todas partes obtenida: **basta pensar en el amplio consenso que rodea cualquier iniciativa dirigida a realizar el proyecto de una escuela o facultad internacional para la enseñanza del derecho agrario, y recordar los numerosos cursos universitarios y extra-universitarios existentes (entre los últimos, para limitarnos a Europa, los seminarios anuales del Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato de Florencia, la escuela que funciona en París bajo la dirección de J. Megret, los cursos periódicos organizados por la Asociación española de Derecho Agrario de Madrid, etc.).**⁽⁵⁾

En lo que respecta a la autonomía bajo el perfil científico la afirmación debería ser menos perentoria; y sin embargo la factibilidad de la ciencia es inherente a la posibilidad misma de hacer de ella objeto de enseñanza.⁽⁶⁾ Se trata en resumidas cuentas de tres autonomías conceptualmente escindibles pero conexas en la realidad; con una prioridad inevitable, por lo demás, de la autonomía legislativa, que prepara el camino a las otras dos.

Aquí es oportuna una referencia a la experiencia soviética. Ha sido sostenido, de hecho, que la autonomía del derecho agrario soviético en el interno del derecho socialista, concebido como un derecho único debe ser entendida exclusivamente en su acepción de autonomía legislativa, en cuanto también el derecho soviético,

(5) Por cuanto respecta a la Europa Oriental, en su recientísimo estudio ya citado, *Stelmachowski* informa que, por ejemplo en Polonia, el derecho agrario es enseñado como materia obligatoria en la Facultad de Derecho y constituye objeto de cursos en otros tipos de escuelas.

(6) Como señala *Maroi* al recordar las palabras de Aristóteles en la *Metafísica*: "El signo de la ciencia es la posibilidad de su enseñanza"; y agrega: "Si el derecho agrario ha llegado a la dignidad de la enseñanza universitaria (diferenciada de la enseñanza de la "legislación rural") ello quiere decir que tiene un contenido científico, quiere decir que se presta a aquella obra de coordinación que Cicerón define "ars omnium artium maxime". (*F. Maroi, Lezioni di Diritto Agrario*, Roma, rist. 1962, pág. 27).

en forma no diversa de los demás, posee normas que tienen por objeto específico la disciplina de la titularidad jurídica relativa al sector agrícola, con exclusión de otros cuerpos legales con eficacia general.⁽⁷⁾ Por lo demás, es a mi juicio arriesgado negar apriorísticamente que también en la URSS puedan presentarse las condiciones favorables que permitan configurar formas de autonomía diversas de la legislativa. Se puede decir únicamente que esta última es visible también por quien no esté exactamente informado de las cosas soviéticas: en efecto, la presencia de normas articuladas en textos legales aplicables exclusivamente a la agricultura constituye una constante en el derecho agrario soviético.⁽⁸⁾

— II —

Los argumentos que guardan importancia fundamental para una teoría general del derecho agrario, tienen todos su punto de convergencia en los así llamados principios generales. Son los principios generales los que, en la opinión corriente, fundan la autonomía de esta rama del derecho; son los principios generales los que reasumen aquellos aspectos de los factores económicos, sociales, técnicos y políticos de los que el derecho agrario recibe la impronta particularísima que lo caracteriza, es en torno a los principios generales que se plasman los institutos típicos del derecho agrario, y estos últimos encuentran cohesión y unidad sobre la base de principios aún más generales, propios de toda la materia (pero siempre exclusivos de esta). Dada la gran importancia de los principios generales es también lógico que no falte una referencia a ellos, a su presencia y a su función en las definiciones que han sido propuestas para el derecho agrario. Sobre este tema es oportuno detenernos brevemente.

—oOo—

(7) V. A. Luna Serrano, *Notas sobre el derecho agrario soviético*, en el volumen misceláneo *El nuevo derecho de la Unión Soviética*, Zaragoza, 1965, pág. 142; (y sobre este volumen la nota de A. M. Galoppini, *Prospettive per un studio organico del diritto sovietico*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1966, I, pág. 521).

(8) Por lo demás, el artículo 2 de la ley sobre la aprobación de los principios de la legislación civil de la URSS promulgada el 1 de mayo de 1962, excluye expresamente del ámbito de la legislación civil, sujetándolos a la legislación especial, las relaciones que se refieren a la tierra y a los colcos, cfr. Luna Serrano, *loc. cit.* P. Marín Pérez, *El nuevo derecho civil de la Rusia soviética*, en *Revista general de la legis. y juris.*; noviembre 1962, pág. 11.

Para el derecho agrario han sido acunadas muchas definiciones, que no me ocuparé de recordar: muchas si se piensa que la ciencia del derecho agrario es relativamente joven, ya que su nacimiento puede hacerse coincidir con la fundación de la *Rivista di Diritto Agrario*, obra de Bolla en el año 1922, es decir, hace cincuenta años (precisamente este año se cumple el cincuentenario de la *Rivista* y del derecho del cual la *Rivista* ha sido bandera). Pues bien, después de medio siglo, es difícil encontrar una definición que supere el examen. Haré aquí una breve referencia a las razones críticas que inducen a rechazar esta o aquella definición.

En un primer grupo de definiciones el derecho agrario viene presentado en el modo aparentemente más simple y elemental, como el "derecho de la agricultura" o de "la producción agrícola". El hecho es que la agricultura —y lo ha demostrado la experiencia reciente de la determinación de los límites de la competencia legislativa y administrativa de los Entes regionales en materia de agricultura y floresta— no es ya más aquella materia monolítica que la tradición aparentemente nos ha heredado, sino que consta de una pluralidad de materias, cada una de las cuales es a su vez susceptible de descomponerse poco a poco en tantas sub-materias. Por ejemplo, en el art. 117 de la Constitución Italiana se hace referencia a dos materias que componen la agricultura, "la agricultura y la floresta", respectivamente descomponibles —por cuanto parece— en un número potencialmente ilimitado de sub-materias, como se puede deducir del Decreto Legislativo de 15 de enero de 1972, número 11, sobre el transferimiento a las 15 regiones de estatuto ordinario de las funciones administrativas en materia de agricultura y floresta; y como por otra parte habían ya demostrado los estatutos de las cinco regiones de estatuto especial, separando de la agricultura materias agrarias particulares. En cambio, sobre la base del artículo 2135 del código civil italiano —texto fundamental para definir la empresa agraria— las agriculturas podrían ser tres, dado el triple objeto de la actividad agrícola primaria: cultivación del suelo, silvicultura y cría de ganado, además de las actividades de naturaleza no agraria atraídas por conexión a una de las tres actividades calificadas como agrarias por naturaleza.

La dificultad de determinar el derecho agrario, —o mejor dicho, el objeto de sus normas, de reconducirse a una unidad— con referencia al ámbito de la agricultura, se hace todavía más evi-

dente de frente a la eventualidad de que en la esfera de competencia del derecho agrario confluyan relaciones que solo indirectamente atañen al ejercicio de la agricultura: aludo a la concepción de "un más amplio derecho agrario", producto de la atracción de normas de derecho procesal (agrario), de derecho del trabajo (agrario), de derecho de prevención social (agrario), y así por el estilo. De todos modos, una definición del derecho agrario debería dar razón de las "partes" eventualmente constitutivas de tal derecho; es decir, debería ser, en este sentido, una definición analítica. El problema interesa también al derecho agrario soviético, en el cual se debe tener el cuidado de distinguir dos materias, objeto respectivamente del derecho fundiario y del derecho colcosiano, una distinción que si no me equivoco es bastante neta, al menos en el plano normativo.⁽⁹⁾

Además, no se debe pasar por alto el hecho que, si bien hace apenas algunos decenios la fisonomía de la agricultura presentaba

(9) Esta partición fundamental —claramente fijada por G. Akseniuk, en dos capítulos de la obra colectiva *Principes du droit soviétique* bajo la dirección de P. Romachkine, Moscú s.d. respectivamente titulados *Le droit foncier soviétique* y *Le droit Kolkhozien*— es característica de casi todos los ordenamientos de los países socialistas europeos, con excepción del ordenamiento yugoslavo y el polaco. Este último no conoce un sector del derecho agrario que pueda llamarse correspondiente al derecho colcosiano soviético, encontrándose las cooperativas de producción polacas aún en un estado embrionario (cfr. *Stelmaabowski, Les principes du droit rural polonais, en Droit polonais contemporain*, N° 14, Wrocław, Warszawa Krakow, 1970, pág. 8).

En la República Democrática Alemana la distinción entre derecho fundiario (*Bodenrecht*) y derecho de las cooperativas agrícolas (*LPG-Recht*) es mantenida también en sede de enseñanza y de investigación científica.

Análogamente en Checoslovaquia el derecho fundiario (*pozemkové právo*) se diferencia del derecho agro-cooperativo (*zemedelskodružstevní právo*) (Cfr. la bibliografía referida por K. Rebro y D. Kokavec, *Sviluppo della struttura agraria in Cecoslovacchia dal 1818 ad oggi*, en el Fasc. que celebra el 50º de la *Riv. dir. agr.*, pág. 25 nota 4, con referencia particular al derecho fundiario).

En Hungría el derecho propiamente fundiario tiene su fuente en la ley N° IV del 1967 sobre el desarrollo progresivo de la propiedad fundiaria y del uso de la tierra, mientras la ley N° III del 1967 constituye la fuente del derecho de las cooperativas agrícolas (ambas leyes son cuidadosamente comentadas por F. Bekesi, *Une loi sur le développement progressif de la propriété et de l'usage de la terre*, en *Revue de droit hongrois*, fasc. 2º de 1968, pág. 5; y por G. Szep, *La nouvelle loi sur les coopératives de production agricoles*, ibidem, pág. 20, y I. Foldes, *Le coopérative agricole in Ungheria*, lección impartida en el IV Seminario del IDAIC, Florencia, 13 de mayo de 1969, publicada en *Riv. Dir. Agr.*, 1971, II, pág. 61).

También la doctrina rumana afirma la existencia de un "derecho cooperativista agrario" con características autónomas respecto al derecho fundiario. Acerca de la posición de tal ramo del derecho en el sistema jurídico rumano véase, con tratamiento amplio; S. Bradeanu, P. Marcia, L. Stangu, *Tratatul drept cooperativist agricol*, vol. I Bucarest, 1968 (aun cuando los autores se declaran contrarios al reconocimiento de la autonomía: o sea se presenta nuevamente, en menor dimensión, la clásica disputa en torno a la autonomía del derecho agrario). Véase además, S. Bradeanu, *Les aspects juridiques de l'organisation et du fonctionnement des coopératives agricoles de production*, ecc; (lección impartida al IV Seminario del IDAIC, cit. publicada en *Riv. Dir. Agr.* 1970, II, pág. 366).

en todas partes los mismos rasgos, la acción de numerosos factores económicos, sociales y políticos ha provocado después disparidades importantes.

En Italia el derecho agrario impreso en las costumbres y en buena parte valorizado por el código de 1942, se ha venido a encontrar en conflicto con un nuevo tipo de agricultura, que busca su disciplina —y con frecuencia en vano—, en las leyes especiales: existe, en resumidas cuentas, un derecho que pertenece a la agricultura tradicional, en la cual la familia patriarcal tiene en el fundo su reino; existe un segundo derecho que tiende a cubrir el área de afirmación de una agricultura industrializada, de sello europeo más que italiano, la cual, haciendo gozne sobre la gran empresa agrícola técnicamente eficiente,⁽¹⁰⁾ vive, en retraso al verdadero y propio mundo industrial, su momento de magnificencia empresarial.

(10) La legislación italiana, por otra parte en armonía con los principios directivos de la nueva política de la Comunidad Económica Europea por cuanto se refiere a la reforma de las estructuras (véase el contenido de los planos que llevan el nombre de Mansholt), parece encaminada hacia la valorización del concepto de empresa "eficiente": cuya relevancia jurídica está por lo tanto en fase ascendente. Como en un sector contiguo se quiere acordar un tratamiento preferencial a las formas "activas" de la propiedad privada —y en esto la doctrina ha podido revisar lo que era hasta ahora la manifestación más conspicua del principio de "efectividad"— es sobre la misma proporción de mayor o menor eficiencia que la ley decide a cuáles empresas agrícolas acordar el máximo de tutela y a cuáles no. Así por ejemplo, merecedoras de recibir la ayuda del financiamiento público a fin de lograr el reagrupamiento con la propiedad. Lo son únicamente las empresas que respetan la condición de eficiencia, en el sentido de la ley sobre el desarrollo de la propiedad de cultivo 26 de mayo de 1965 número 590 (sobre la cual ver, últimamente, Basanelli, *La prelazione legale per lo sviluppo della proprietà coltivatrice*, en el fasc. del cincuentenario de la *Riv. Dir. Agr. cit.*).

¿Pero cuál es el parámetro para juzgar la adquirida eficiencia? Diversa es la respuesta según el filón legislativo que se considere. Desde un tipo de eficiencia a valorarse discrecionalmente, caso por caso, por obra del órgano competente de la administración pública, sin referencias a índices preestablecidos (así, precisamente en base a la ley Nº 590 del 1965) se pasa a la personalización de la eficiencia con la creación de la figura de la *azienda-empresa modelo* exenta como tal de la expropiación con fines de reforma agraria, y a concretar la cual concurren elementos sea de orden técnico económico sea de orden social (cfr. la legislación de reforma agraria, que se desarrolla alrededor de las dos leyes nacionales de reforma agraria de 1950).

Merece ser señalada, en este respecto, la propuesta de ley de iniciativa popular presentada a la Cámara de Diputados el 27 de enero de 1972 (*Normas para la modernización de la agricultura*) que determina con completeza los criterios y los procedimientos indispensables para un reconocimiento formal de la empresa "eficiente" y expresa el grado de eficiencia en términos de productividad "aziendal", en relación tanto al rédito del trabajo, que deberá ser ecuánime en cuanto a la remuneración del capital invertido en la empresa, que deberá ser adecuada. Alcanzará el umbral de la eficiencia toda empresa que asegure un rédito de trabajo tal que, por 2.200 horas anuales de unidad de trabajo humano (ULU en Italiano), sea comparable con el rédito obtenido, en la misma región, en actividades no agrícolas; y que garantice al mismo tiempo una remuneración del capital que pueda decirse sea porcentualmente adecuada al tipo de interés legal de descuento (artículo 1 del proyecto de ley). Para dar publicidad al reconocimiento formal de la eficiencia, se propone el instituir en cada Pretura, un registro de las "empresas agrícolas eficientes" de modo que los mismos empresarios registrados tengan un título

Habiéndose tornado más complejo el fenómeno a regular, era inevitable que aumentara la complejidad del derecho a regularlo, con todas las consecuencias que ello comporta sobre la caracterización, y por consiguiente, sobre la definición del derecho agrario. Un autor polaco escribe en este sentido lo siguiente: "Con los varios ordenamientos de la propiedad y de las esferas múltiples de producción agrícola, las relaciones sociales y las normas jurídicas que regulan estas relaciones no pueden lograr rasgos de homogeneidad y de particularidad al mismo tiempo".⁽¹¹⁾ Nótese que la constatación a lo afirmado arriba proviene del ambiente científico de un país en el cual, no obstante la ausencia de una socialización integral de los medios de producción en la agricultura, se da por resuelta la cuestión social, de donde el ordenamiento jurídico debería considerarse liberado de aquella contradicción que en cambio está siempre presente en las fuentes del derecho de los países de régimen capitalista o mixto cuando programan en divergencia objetivos sociales y objetivos de producción, que son por esencia incompatibles entre sí.

No es del caso que yo me extienda demasiado sobre los ligámenes de la agricultura con la política agrícola, y por consiguiente, sobre los efectos determinantes del así llamado "hecho político" (o político-económico) sobre el ordenamiento jurídico de la agricultura. Bastará hacer mención a la tendencia de los derechos agrarios de todo el mundo a clasificarse, a los fines comparatísticos, en base a "familias" de derecho, que se distinguen no tanto

para la obtención de las ventajas inherentes a los incentivos de varios tipos propuestos y erogados de la administración pública de la agricultura (art. 2 del proyecto).

Se debe reconocer que el citado proyecto es extremadamente interesante, y deberá ser objeto de una valoración más atenta si se quiere racionalizar —con el empleo de instrumentos jurídicos adecuados— la intervención pública en un sector productivo que permanece esencialmente dominado por las leyes de la economía de mercado. Además, es evidente —en el proyecto citado, como en algunas normas anteriores que actualizan el principio contenido en el artículo 44 de la Constitución —la aspiración a realizar la justa unión entre resultados económicos y momento social; y es este un motivo que más que cualquier otro marca la filosofía del programa económico-político de la comunidad europea, por la convicción de que solo una consideración global, y por tanto social, de la realidad agrícola puede consentir el alcance de los mismos objetivos de naturaleza técnica (cfr. Benvenuti, *Sulla competenza amministrativa delle regioni in materia di agricoltura e foreste*, lección impartida en el V Seminario del IDAIC, Florencia, 13 de mayo de 1970, publicada en *Riv. Dir. Agr.*, 1971, I, pág. 782).

(11) V. J. Paliwoda, *Uwagi o usytuowaniu prawa rolnego w systemie polskiego prawa* (Consideraciones sobre la posición del derecho agrario en el sistema jurídico polaco), en la revista *Panstwo i Prawo*, 3 de 1965. Según este escritor, se debe deducir que faltan aún las bases suficientes para el reconocimiento del derecho agrario como rama independiente.

en base a la diversidad del sustrato cultural, lingüístico o de un fenómeno similar, sino más bien en base a la afinidad de las directivas de la política agrícola.

En este sentido es muy realista la afirmación de que el derecho agrario está constituido por los instrumentos jurídicos destinados a actualizar una determinada política económica y social.⁽¹²⁾ En el mismo sentido pueden ponerse de relieve las analogías tan particulares que existen entre la definición que se da del derecho agrario en algunos países hispano-americanos y la definición elaborada en los países de la Europa Oriental. En estos últimos es del todo obvio presentar el derecho agrario como "el conjunto de las prescripciones que regulan las relaciones de producción en agricultura en manera altamente particular y sobre todo en vista de su reconstrucción según el modelo socialista".⁽¹³⁾

Se trata en el fondo de una notación superflua para la "familia" del derecho agrario de estampa socialista; pero yo he escogido para citarla una definición de fuente polaca, que se distingue ya sea porque proviene de un país que no ha roto del todo con las fórmulas del derecho privado occidental, ya sea porque (y esto es lo que más nos interesa) parece querer conciliar la destinación de las normas del derecho agrario a los fines de la revolución socialista con la enunciación de un "particularismo" que resulta también en esta situación un precioso elemento de identificación del derecho agrario. Menos obvia es para los derechos sudamericanos la instancia de hacer patente la connotación política; pero debe considerarse que en algunos de aquellos países el **derecho agrario** es más que todo un **derecho de la reforma agraria** y que para realizar la reforma se idean principios e instrumentos jurídicos que en confrontación con aquellos propios de otras materias no pueden menos que parecer revolucionarios.

Siempre a propósito de la influencia del hecho político sobre las estructuras del derecho agrario, no debe dejar de hacerse una referencia al proceso formativo del derecho agrario de la comunidad

(12) *Stelmachowski, loc. cit.* pág. 13, concibe el derecho agrario como "une discipline scientifique ayant pour but le développement et l'approfondissement de l'art de gouverner l'agriculture à l'aide des instruments juridiques".

(13) Así S. Ritterman, *Prawo rolne a system prawa* (El derecho agrario y el sistema jurídico), publicado en *Studia cywilistyczne*, II, 1963, pág. 77. V. también Swiatkowski. *Prawo rolne* (Derecho agrario), 1966, pág. 11.

económica europea. En este caso resulta más que evidente como el núcleo de condensación de un derecho agrario europeo está representado por la "política agrícola común" que el artículo 38 del Tratado de Roma de 1957 obliga a los Estados miembros a instaurar. Resulta así muy superado el objetivo de la simple coordinación de las políticas agrícolas nacionales de los Estados miembros.

—oOo—

Un segundo grupo de definiciones continúa poniendo el acento sobre el fundo, sobre aquel fundo-institución, que era una concepción preferida de **GG Bolla**: en este sentido se sostiene aún, por ejemplo, que la fuente del poder empresarial en la agricultura, a diferencia de cuanto ocurre en otros sectores productivos, se encuentra por regla general en el fundo, en el sentido de que solo el titular del fundo (propietario, enfiteuta, usufructuario, asignatario de la reforma agraria etc.), está legitimado a tomar la iniciativa económica; o sea tiene la titularidad de aquel poder de gestión del cual eventualmente concede a los demás el ejercicio a través del contrato agrario.⁽¹⁴⁾ Una concepción similar —aparte de todas las objeciones que podrían oponerse al institucionalismo— arriesga el sobrevalorar la importancia del fundo, especialmente en lo relativo a aquellas formas de desarrollo de la actividad económica que tienen por objeto la producción de vegetales o la cría de ganado en condiciones diversas de las tradicionales, o sea **en forma cada vez más independiente del factor "tierra"**.

Es además singular el contraste entre la concepción criticada, que puede resolverse, como se ha dicho, en una sobrevaluación de la relevancia del elemento fundiario en el derecho agrario, y las afirmaciones de aquellos escritores, no solamente italianos,⁽¹⁵⁾ que han reconocido el motivo de la secesión del derecho agrario del derecho civil precisamente en la contraposición del elemento propiamente agrario al elemento fundiario.

—oOo—

(14) V. G. Galloni, *Premesse ad una nozione autonoma dell'affitto di fondo rustico*, en *Riv. Dir. Agr.*, 1971, I, págs. 441 y siguientes.

(15) Cfr. K. Kroeschell, en *Recht der Landwirtschaft*, 1965, pág. 272 y ss.

Un tercer grupo de definiciones —y es el más numeroso— utiliza desde hace algún tiempo la noción de empresa. Pero queriendo diluir la noción de derecho agrario en aquella de empresa, se debería tener cuidado de precisar las diferencias que existen entre una y otra especie de empresa, particularmente entre empresa comercial y empresa agrícola: lo que por regla general no se hace.

Ya que los cultores del derecho comercial han hecho por su parte una amplia elaboración de la teoría de la empresa, con atención especialmente a la especie comercial, pueden preciarse, a diferencia de los agraristas, de innumerables profundizaciones y afinamientos de los conceptos relativos, un derecho agrario fundado únicamente sobre las empresas estaría con mayor facilidad expuesto a sufrir influencias y sugerencias peligrosas de las fronteras que lo separan del derecho comercial: peligrosas en el sentido de que comprometen la construcción de una noción autónoma de empresa agrícola, considerando que una cierta corriente doctrinal viene sosteniendo que la única verdadera empresa, en el sentido técnico-jurídico, es la empresa destinada al ejercicio del comercio (en sentido amplio).

Se sabe que ha sido precisamente la doctrina italiana la que ha planteado la elaboración del derecho agrario en base a la noción de empresa, y es sabido también cuánta fortuna ha tenido (especialmente en el mundo latino-europeo y latino-americano) este planteamiento; ahora, sin embargo, que nos llega de rebote del exterior, este planteamiento comienza a suscitar perplejidad también entre nosotros los italianos, en lo que concierne a su aptitud para resolver de manera perfecta los problemas inherentes a la fundación de un derecho agrario distinto de las otras ramas del derecho.

—oOo—

Omitiendo el examen de otros criterios que vienen utilizados, o que podrían utilizarse, para definir la esencia del derecho agrario, recuerdo aquí una definición reciente perteneciente a la categoría de aquellas que se limitan a capturar más que el carácter, el contenido del derecho agrario, pero en el caso señalado, con insólita completeza y con una feliz adherencia a la realidad. Según esta definición, el derecho agrario resultaría del “conjunto de normas o de principios particulares que regulan de manera exclusiva el

sector de las actividades agrícolas de cultivación del suelo y de cría de animales”. Más precisamente, tales normas y principios regulan “las personas, los predios y los otros bienes rústicos, las aziendas (explotaciones) y las empresas que, aprovechando de cualquier modo la aptitud frugífera de la tierra, están dedicadas a la creación u obtención de animales y vegetales”. Tales normas y principios “gobiernan las relaciones jurídicas entre los factores intervinientes en su producción, y, en su caso, disponen cambios en las estructuras que determinan esas relaciones e imponen planes de planificación económica”.⁽¹⁶⁾

Como se ve, la definición es sintética sin ser genérica, a diferencia de muchas otras definiciones usuales, y según mi opinión tiene el mérito de referirse con exactitud a las normas y a los principios del derecho agrario: no solo a las normas, por lo tanto, sino también a los principios. Son estos precisamente los elementos de la definición a desarrollar y analizar.

Por cuanto respecta a las normas, es relativamente fácil el catalogarlas. Una cosa, sin embargo, es el puro y simple reconocimiento estadístico de las normas particulares, y otra cosa es su distribución adecuada entre los institutos jurídicos de los que la materia consta: operación que es de naturaleza extremadamente delicada y de la cual depende la configuración del sistema científico del derecho agrario en un modo determinado en vez de en otro. El resultado, en efecto, será el de tener tantos criterios de unificación, en razón de la unicidad de la relación o del interés o del conflicto de intereses regulado, cuantos son los institutos; solo que el número y el nombre de los institutos están sujetos a numerosas combinaciones y variantes. No insisto ulteriormente sobre este procedimiento de formación del derecho agrario y sobre este método de estudiarlo, **por institutos**: se trata de una técnica bien conocida en el campo de las ciencias jurídicas; aún si, a decir verdad, no siempre los cultores del derecho agrario parecen tener de un conocimiento preciso.

— III —

La mayor dificultad se encuentra en la obra de identificación de los principios generales. Algunos de ellos, es cierto, han sido

(16) V. O. A. Salas - R. Barahona I., *Derecho Agrario*, 2ª Ed., Tomo I, Universidad de Costa Rica, 1971, pág. 45.

formulados expresamente por el legislador agrario. Dada, además, la creciente aspiración de la cultura jurídica moderna a transformar la legislación en una legislación de principios, el número de los principios escritos en las leyes está destinado a aumentar en proporción. Dejando fuera sin embargo los principios inmersos en fuentes de naturaleza constitucional, que gozan de la preminencia reconocida a las leyes fundamentales, todos los demás, contenidos en normas de principios con naturaleza de ley ordinaria, son susceptibles de ser derogados o abrogados aún tácitamente. Por esto el hecho de que un principio general haya sido objeto de una formulación específica no significa que se trate de un principio verdadero y plenamente operante: su validez debe encontrar una continua confirmación y verificación en las disposiciones secundarias que de este irradian; y por consiguiente el intérprete, además de señalar los principios latentes en el ordenamiento —que es tarea de la doctrina el determinar— debe seguir constantemente el desarrollo de la legislación para encontrarse con los signos confirmativos del significado y de la validez de ellos. Por lo tanto la formulación explícita del principio general no resuelve el problema, quizás tampoco en los ordenamientos jurídicos de los países socialistas y en particular en la URSS, adonde por el demás el principio enunciado por la ley debe gozar de una estabilidad del todo particular.

—oOo—

Entre nosotros el único que ha intentado, en un estudio expresamente dedicado a este fin, fijar analíticamente los principios generales propios y exclusivos del derecho agrario, ha sido Frassoldati,⁽¹⁷⁾ el cual ha creído poder individualizar los siguientes principios:

- 1.—El principio de buena cultivación, según el cual la actividad agraria debe ser ejercitada según las prescripciones de la buena técnica;
- 2.—El principio de la dimensión mínima de la empresa agraria, superior a la cual se disminuye o compromete la producción

(17) Se trata de la bien conocida ponencia presentada al I Convenio Internacional de derecho agrario (Firenze 1954) publicada en los *ATTI* relativos, Vol. II, Milano, págs. 145 y sig. (v. también Riv. dir. agr., 1954, I, págs. 101 y sig.).

(este principio se obtiene de las normas sobre la mínima unidad fundiaria o de cultivo);

- 3.—El principio de la inescindibilidad de los resultados completos del año agrícola;
- 4.—El principio de colaboración entre las partes del contrato agrario;
- 5.—El principio de colaboración entre los fundos, que impone obligaciones de solidaridad entre vecinos, moderando el ejercicio riguroso de los derechos de propiedad.

A los principios individualizados en esta manera no faltan críticas; en particular se recuerde cuanto puso de relieve G. B. Funaioli, que estaba por lo demás en buena compañía al mostrarse escéptico en lo que respecta a la demostración de la tesis de la autonomía del derecho agrario mediante la identificación de los principios generales (escepticismo autorizadamente avalado, en más de una ocasión, por Enrico Bassanelli): pues bien, Funaioli, en sus lecciones de derecho agrario⁽¹⁸⁾ hacía notar precisamente como ninguno de los cinco principios mencionados podían llamarse específicos y exclusivos del derecho agrario, y por lo tanto distintos de los principios informantes de otras ramas del derecho.

Quizás también por efecto de estas críticas, que en todo caso ponían en guardia acerca de la dificultad de la empresa, en Italia el tentativo de Frassoldati ha permanecido el único: de modo que se ha hecho presente un sentimiento casi de resignación frente a un problema aparentemente insoluble. Pero ahora, habiéndose iniciado la fase de actuación de las regiones de estatuto ordinario, se deberá emprender nuevamente el propósito de dar un rostro a estos fantasmagóricos principios generales, ya que entre los límites constitucionales a la potestad legislativa del Ente regional en materia de agricultura y floresta se sitúa en primer plano el límite representado por los “principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado”: principios que requieren por lo tanto el ser necesariamente, y lo más pronto posible, concretados.

—oOo—

(18) *Corso di diritto agrario*, 3ª ed., Pisa 1958, pág. 21.

Demasiado largo sería el recordar en este momento, las tentativas análogas, que sobre las normas de Frassoldati han aparecido en otros países, especialmente por obra de la doctrina de lengua española. Me limitaré por lo tanto a citar algunos ejemplos entre los más significativos, que son además, dada su reciente aparición, los menos conocidos, comenzando por el de Oscar Salas y Rodrigo Barahona (autores de la definición de derecho agrario hace poco favorablemente comentada).

Estos escritores citan en su obra catorce principios generales típicos del derecho agrario de la República de Costa Rica,⁽¹⁹⁾ entre los cuales ocupa el primer lugar el así llamado principio "de la protección del empresario agrícola no propietario frente al propietario no empresario".

A este se reconducen otros principios, si bien los autores los distinguen por aparte, como el de "evitar que las tierras nacionales se concentren en manos de quienes las utilicen para fines especulativos o las exploten en perjuicio de los intereses de la nación", o aquel tendiente a la eliminación de propiedades excesivamente grandes o excesivamente pequeñas. También los principios de protección al poseedor precario (contra el propietario) o de protección de aparecer (contra el propietario-concedente), son englobables en el primer principio indicado. Si bien estos o principios similares satisfacen la condición de pertenecer al terreno propio del derecho agrario (y son por consiguiente inmunes a la crítica dirigida a Frassoldati), no satisfacen la otra condición de ser válidos para todo el territorio del derecho agrario, en cuanto sustancialmente expresan la idea de la función social de la propiedad fundiaria-agraria, justificando así todas las limitaciones a la propiedad tendientes a garantizar el cumplimiento de dicha función. Se trata, en otros términos, de principios pertenecientes no tanto al derecho agrario en su totalidad, sino más bien al instituto de la propiedad fundiaria-agraria; y su aporte ayuda a evidenciar el material que se requiere para plasmar un tipo de propiedad no confundible con otros tipos de propiedad. Que este tipo de propiedad tenga una función social propia y particularmente intensa que desarrollar es una observación indiscutible: ahora nuevamente la enfatiza Ballarín Marcial en su contribución a la recolección de escritos con que celebra su cincuentenario la *Rivista di Diritto Agrario*, con el

intento de expresar esta función social típica en principios generales presentes en el interno del instituto de la propiedad.⁽²⁰⁾

Otros principios señalados por Salas y Barahona se resuelven en cambio en las disminuciones de la libre iniciativa de los particulares, y parecen corresponder también estos a un instituto particular, aunque de interés relevante —aquel del contrato agrario— más que a todo el campo (contractual o no) del derecho agrario. Otro tanto se puede decir de ciertas disposiciones legales que controlan el tipo y las dimensiones de la empresa agraria (preferencia por la unidad "aziendal" familiar; a favor de la "azienda" modelo; estímulos a la constitución de cooperativas), que se refieren a la disciplina de una forma particular de actividad económica organizada —la empresa— ya sea en general (pero entonces se extralimitan del sector agrícola y son demasiado generales), ya sea con referencia particular a la empresa agrícola (pero entonces son principios eficaces para el área del derecho agrario que se refiere a la empresa: todo sumado, demasiado poco generales para que puedan decirse particulares del derecho agrario considerado en su totalidad).

Permítaseme aún otro ejemplo, siempre aprovechando el material del fascículo especial de la *Rivista di Diritto Agrario* que celebra su cincuentenario: una recolección de estudios que proporciona un cuadro amplio y vivaz del derecho agrario y de las ciencias complementarias al tercer cuarto del siglo veinte. Me refiero al estudio de Gelsi Bidart, docente de la Universidad de la Plata, quien, después de una premisa oportuna sobre la naturaleza y el papel de los principios generales del derecho agrario, se extiende en consideraciones interesantes sobre el carácter y el espíritu del derecho agrario, absteniéndose sin embargo de exponer en fórmulas sintéticas aquellos principios generales a los que alude el título del escrito.⁽²¹⁾ De todas maneras el lector puede aprovechar las indicaciones que se hacen a algunos principios como estos, referibles al derecho agrario del Uruguay: a) principio de la primacía reconocida al interés del productor o de la producción (la alternativa, a decir verdad, no me parece resuelta); b) principio de la preferencia por las formas asociativas; c) principio de la flexibilidad y espontaneidad de las formas negociables.

(20) El estudio se titula: *Nueva función social de la propiedad rústica*.

(21) *A. Gelsi Bidart, Principios de Derecho Agrario*.

(19) Salas y Barahona, *op. cit.* págs. 58 y sig.

Otros principios son enunciados en manera aún más indirecta e informal. ¿Pero se trata verdaderamente de principios en el sentido en que nosotros los entendemos? Diría que para ellos vale la objeción precedentemente formulada por **Luna Serrano**⁽²²⁾ es decir, que parecen, por su contenido y más aún por su formulación, no verdaderos principios generales del derecho sino más bien *desiderata* que la legislación agrícola se propone satisfacer, o a lo más, orientaciones que el derecho agrario viene a asumir en ciertas circunstancias de tiempo y de lugar, bajo la acción de los factores más diversos y más que todo de la naturaleza de las cosas, orientaciones que una vez consolidadas y esclarecidas en el plano normativo podrían convertirse efectivamente en algunos de los buscados principios generales, admitiendo por lo demás que se trata verdaderamente de principios específicos y exclusivos del derecho agrario. Al hacer estas observaciones **Luna Serrano** se refiere a una serie de principios generales sugerida, con la habitual habilidad, por **Ballarín Marcial** en su conocido manual de derecho agrario,⁽²³⁾ con apreciaciones que sin embargo nosotros podemos aplicar sin esfuerzo a la mayor parte de los ensayos que se ocupan de este tema.

Por lo tanto podemos decir, en conclusión; vista la tentativa ahora considerada, vistas todas; y, en un cierto sentido, criticada esta, criticadas todas.

—oOo—

He expuesto, en la última parte de mi ponencia, algunas consideraciones críticas en torno a esta o aquella serie de pretendidos principios generales del derecho agrario, tratando de demostrar que muchas veces se trata de principios o demasiado generales para ser atribuidos únicamente al derecho agrario, o demasiado poco generales como para comprender —como sería lo correcto— el entero derecho agrario. En otros casos, además, las posiciones doctrinales rehuyen las formulaciones concretas y, por consiguiente, permaneciendo en lo genérico (y algunas veces en la oscuridad) se sustraen a la crítica. Pero esto no quita a la doctrina que se ha ocupado de ello el mérito de la investigación.

(22) *A. Luna Serrano, La formación dogmática del concepto de derecho agrario*, del fasc. especial del 50º de la Riv. Dir. Agr. (v. el Nº 8: "los pretendidos principios generales del derecho agrario", y especialmente la pág. 18 del extracto).

(23) *A. Ballarín Marcial, Derecho Agrario*, Madrid, 1965.

En definitiva, se trata de aportes, y es este también un modo de hacer teoría general; y en todo caso parece oportuno desalojar el campo, de la preocupación, hasta ahora dominante, de lograr hacer —a través del conocimiento de los principios generales— la demostración de la autonomía del derecho agrario. Como he dicho, quizás sería oportuno que la atención se desplazara del vértice de la materia hacia aquellos principios, probablemente menos generales, pero también de más segura determinación, que están en la base de los institutos particulares del derecho agrario positivo. A este nivel existe efectivamente la posibilidad de individualizar normas que resumen el significado y el valor de todas las demás pertenecientes al mismo conjunto, con ventaja evidente para la sistematización científica.⁽²⁴⁾ Por lo demás, a una exigencia teórica de este tipo se agrega hoy, en Italia, la necesidad práctica de disponer lo más pronto posible de elementos cognoscitivos precisos en mérito a aquellos "principios fundamentales de las leyes del Estado" a los cuales la Constitución confía la función de marco y de límite explícito o implícito⁽²⁵⁾ a las leyes regionales en materia de agricultura y floresta.⁽²⁶⁾ Esto trae de nuevo a la más viva actualidad el problema de la determinación de los principios ge-

(24) Se pueden recordar los dos interesantes enfoques de *E. Basanelli*, lecciones impartidas al Seminario del IDAIC (Firenze, 22 de mayo de 1970), titulados: *I principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato in materia di ricomposizione fondiaria*, (ined), y de *S. Orlando-Cascio*, *La riforma dei contratti agrari e la teoria generale del contratto (A proposito del principio di stabilizzazione dei contratti agrari)* lección impartida en el V Seminario del IDAIC, Firenze 22 de mayo de 1970, publicada en Riv. Dir. Agr. 1971, I, págs. 840 y sig. V. también mi nota *Acquisto e spettanze dei frutti del bosco espropriato in base al fatto della "naturazione"* (un altro principio generale del diritto agrario e forestale?), en Riv. Dir. Agr., 1963, I, págs. 205 y siguientes.

(25) Sobre el tema remito al lúcido planteamiento de *E. Cheli*, *Agricoltura e regioni: premesse costituzionali*, en Riv. Dir. Agr., 1971, I, págs. 734 y sig. Véanse también, en el mismo volumen, las contribuciones de *G. Miele* y *F. Benvenuti*. Y además *G. Galloni*, *Leggi cornice in agricoltura*, en Riv. Dir. Agr., 1963, I, págs. 354 y sig.; *E. Di Salvo*, *Trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative in materia di agricoltura*, en *Giur. agr. it.*; 1972, I, págs. 199 y sig.

(26) Según el artículo 17, último inciso, de la ley 16 de mayo de 1970, nota 281, "la emanazione di norme legislative da parte delle Regioni nelle materie stabilite dall'art. 117 della Costituzione (fra cui la materia "agricoltura e foresta") si svolge nei limiti dei principi fondamentali quali risultano dalle leggi che espressamente li stabiliscono per le singole materie o quali si desumono dalle leggi vigenti". ("la emanación de normas legislativas de parte de las Regiones en las materias establecidas por el art. 117 de la Constitución (entre las cuales la materia "agricultura y floresta"); se desarrolla dentro de los límites de los principios fundamentales, los cuales resultan de leyes que expresamente los establecen para cada una de las materias particulares, o los cuales se deducen de las leyes vigentes").

nerales del derecho agrario en las varias categorías,⁽²⁷⁾ y propone a los cultores del derecho agrario una tarea que no es exagerado definir como formidable.

—oOo—

Una conclusión análoga en lo concerniente a la importancia de la obra de identificar y evidenciar los principios generales de la materia, debería valer también para el campo de los derechos agrarios socialistas. Como lo demuestran las ponencias de los juristas soviéticos presentadas a esta Mesa Redonda, los estudios de la legislación agraria que actualmente se conducen en los países del Este Europeo están asumiendo, si no me equivoco, desarrollos interesantes. No obstante la ineliminable particularidad del acercamiento a los temas jurídicos, que parte siempre de la ilustración del sistema socialista, a los fines del cual obviamente se limita, y a las fases de actuación del cual permanece condicionada la disciplina de la propiedad y del uso de la tierra, las investigaciones comienzan a afrontar el análisis de los instrumentos que el propio ordenamiento prepara en vista de aquellos fines, con un método que no parece muy diverso del método jurídico así como es entendido y practicado universalmente. La legislación objeto del análisis es ciertamente diversa: una legislación que se expresa esencialmente por medio de principios, que dicta disposiciones de principios taxativamente enunciados;⁽²⁸⁾ por lo tanto, dada la particularidad del sistema, en el que cada norma, y más aún cada norma de principio, debe estar rígidamente subordinada a los cánones supremos del

(27) Aún si se quiere conceder que "los principios fundamentales establecidos por las leyes del Estado" a los que se refiere el art. 117 de la Constitución constituyen una categoría nueva y particular de los principios generales y son por ello diferenciables de los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado, nos parece de todas formas que tal distinción no puede ser fundada sino sobre la función particular de límite que tales "principios generales" son llamados a desarrollar de frente a las potestades legislativas del ente regional, admeás de la función común a todos los principios generales (entre los cuales aquí nos interesa particularmente la función llamada "constructiva" de núcleo, o sea, de un desarrollo futuro de la normativa a través de disposiciones legislativas dependientes).

(28) Además del art. 14, letra q, de la Constitución de la URSS, que contiene la previsión explícita de los principios fundamentales en materia de agricultura, cfr. los *Principios generales del goce y del régimen de la tierra*, emanados en 1928, y los *Principios fundamentales de legislación agraria*, aprobados el 13 de diciembre de 1968 (v. *Anales del Soviet supremo de la URSS*, 1968, nota 51, pág. 485) y puestos en vigor el 1º de julio de 1968 (v. *Anales*, cit. 1969, nota 24, pág. 214). A estas fuentes de carácter federal se agregan, para cada estado particular miembro de la Unión, los códigos agrarios entrados en vigor en los años 1970 y 1971.

orden público comunista, resulta menor el espacio concedido a la valoración del principio legal de parte del intérprete. Y sin embargo, parece que no faltan los elementos para construir una teoría general del derecho agrario. De ahí que, en la medida en la que los juristas de los países socialistas se preocupan de reunir en un contexto único los institutos del derecho agrario definiendo los respectivos ámbitos de las dos ramas fundamentales en las que entre ellos el derecho se reparte (derecho así llamado **fundiario** y derecho **colcosiano** o de las **cooperativas agrícolas**) y los ligámenes que unen una rama a la otra, en esa medida ellos hacen teoría general:⁽²⁹⁾ una teoría general que también aquí emerge, en lo sustancial, filtrada a través del examen de los principios generales,⁽³⁰⁾ aún tratándose de principios que, por así decirlo, han sido previamente establecidos por la ley.

—oOo—

(29) A título ejemplificativo puede citarse el análisis que construye *Stelmachowski* (op. cit. págs. 14-15 del extracto) en torno al objeto y al contenido que deban asignarse con criterio unitario al derecho agrario. Según este escritor, el derecho agrario (en su país) comprende cuatro "grupos de temas": 1) las relaciones que se forman sobre la base de las varias formas de propiedad de la tierra y que consienten su utilización; 2) los aspectos organizativos de la producción agrícola; 3) los instrumentos jurídicos que tienen el fin de incrementar directamente la productividad del terreno; 4) los institutos jurídicos que establecen los vínculos de enlace entre economía rural y economía urbana.

V. también *J. Selwa-A. Stelmachowski, Prawo rolne* (Derecho agrario), 1971, págs. 17-18.

(30) Siempre a título de ejemplo recordemos que en Rumania los sostenedores de la autonomía del derecho cooperativo agrario son propensos a considerar esta rama del derecho como un todo homogéneo, regulado por normas provistas de una acentuada caracterización y permeadas de principios propios (v. *Bradeanu* y otros, op. cit.). Tales principios vienen clasificados en dos categorías, según su atinencia a las relaciones internas o a aquellas externas. Los segundos atienden a las relaciones de la cooperativa con la unión de cooperativas y con la administración estatal. Los primeros vienen enunciados así: a) principio de la socialización del trabajo, de los medios de producción y de los productos; b) principio de la socialización del socio a la cooperativa; c) principio de la democracia cooperativista; d) principio del cointerés material (en la distribución de las utilidades); e) principio de la armonización de los intereses del Estado con los de los cooperativistas; f) principio de la responsabilidad personal del socio.

Aparte del hecho de que un observador de formación jurídica occidental no puede dejar de tener sus dudas sobre la efectiva juridicidad de algunos de los principios de este tipo, es inútil decir que también en este caso valen las reservas expresadas arriba —con ocasión del examen de los elencos de principios que se encuentran en la doctrina de los países no-socialistas—, acerca de la dificultad de calificar los "principios propios y exclusivos del derecho agrario".



260219

Impreso en los Talleres Gráficos de ANTONIO LEHMANN
Librería, Imprenta y Litografía Ltda. - San José, Costa Rica, A. C.