

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO

Revista
de
Ciencias Jurídicas



No. 18

01 NOV 2011

Diciembre 1971

#18

DIC

1971



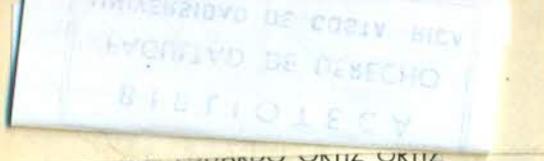
NO SALE

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 141547

19235



SUMARIO:

La Propiedad Horizontal en Costa Rica	5
Prof. Rogelio Sotela	
Situaciones Jurídicas Administrativas	47
Lic. Eduardo Ortiz O.	
El Derecho en la "Fenomenología del Espíritu" de G. W. F. Hegel	109
Lic. Jorge Enrique Guier	
El Encubrimiento	157
Dr. Francisco Castillo González	
Mutación de la Responsabilidad en Materia de Infortunios La- borales y Comentarios Relativos al Posible Traspaso de la Gestión de los Riesgos Profesionales a la Caja Costarricense de Seguro Social.....	225
Lic. Gastón Guardia Uribe	
Los Incentivos Fiscales y la Inversión Norteamericana en Centro América	283
Lic. Jorge Guardia Quirós	
Un Sistema Uniforme de Notas al Pie para Estudios Jurídicos	331
Lic. Timothy Todd	
La Dictadura de Braulio Carrillo: Su Significado Político- Institucional	355
Lic. Rodolfo Cerdas Cruz	
La Asamblea Legislativa de Costa Rica: Una Evaluación Preliminar de su Función Decisoria	377
Traductor: Lic. Ronald Fernández Pinto.	

LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN COSTA RICA

Por ROBERTO SOLTECA
Profesor de Derecho Civil
de la Universidad de Costa Rica

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Quando los diversos pisos, departamentos o locales de un edificio pertenezcan a diversos dueños, estaríamos en presencia de lo que hoy día se conoce con el nombre de "Propiedad Horizontal".

La denominación de esta institución jurídica nació en oposición de la propiedad usual de tipo romano, considerada como "vertical" desde que, como sabemos, concibió para el propietario un derecho que se extendía "usque ad sidera et inferos"; esta denominación se ha ido generalizando casi universalmente.⁽¹⁾

Es propósito de esta exposición dar a conocer sus principales características a través de la doctrina, y de la legislación costarricense.

I. Origen.

Como sucede con la mayoría de las instituciones jurídicas, su aparición no es obra de un momento, sino la consecuencia de un lento transcurrir en el que históricamente pueden encontrarse ciertos detalles que permiten asegurar la existencia si no de la institución propiamente configurada como hoy día se la conoce, al menos de importantes antecedentes que han sido embriones jurídicos que paulatinamente se desarrollaron hasta llegar a configurarla.

Se dice que ya en el derecho babilónico se conoció el antecedente de la venta de una porción "divisa" de una casa; se cita también la venta de la planta baja de una casa en la que el vendedor se reservó el piso de encima, ocurrido todo ello en la época del rey Inmeroum de Sippar, 2.000 años antes de Jesucristo.⁽²⁾

(1) Hernán Racciati. Propiedad por Pisos o Departamentos. Edit. Roque de Palma, pág. 4.

(2) A. Ventura-Traveset. Derecho de Propiedad Horizontal. Edit. Bosch 1966, pág. 11.

En cuanto al Derecho Romano, se quieren ver los primeros antecedentes sobre esta materia con ocasión de la retirada plebeya al monte Aventino, en donde según Niebuhr, muchas familias construyeron en común por falta de medios suficientes y dividieron las casas por pisos surgiendo de aquí la posibilidad de que la legislación reconociera el condominio "pro diviso" de los distintos pisos de una casa.

Ha sido muy discutido el siguiente fragmento de Ulpiano contenido en el Digesto: "Pero si sobre la casa que poseo, existiese un cenáculo en que otro habitase a modo de dueño (quasi dominus), dice Labeon que no puede usar el interdicto el que habitase en el cenáculo, pues siempre la superficie cede al suelo. Más si el cenáculo tuviera una salida al exterior (ex publico), añade Labeón, que no se entiende que posea quien ocupe una cueva, sino quien tenga la casa construida sobre la misma, con salida al público. A los demás superficiarios el Pretor ha concedido el interdicto y las acciones; al dueño del suelo le corresponde más adecuadamente el interdicto "uti possidetis", tanto contra cualquier tercero, como contra el superficiario, pero el Pretor protegerá a este último, de conformidad con la ley de arriendo, y así también lo prueba Pomponio". (L.3 par. 7.Dig.uti poss,43,17).

Savigny interpretó ese texto en el sentido de que el poseedor tiene derecho a un interdicto contra el habitante del cenáculo, a no ser que éste por tener una vía de acceso al exterior y constituir por tanto una unidad independiente se pudiera considerar como edificio principal, teniendo la cueva como accesorio. La segunda parte del fragmento según el mismo autor, examina la hipótesis de un derecho de superficie atribuyendo al dueño del suelo el interdicto con medio de protección contra tercero y las acciones derivadas del contrato como medio de defender al habitante del cenáculo contra el dueño del suelo. Otros autores, Kuntze, entre ellos, han formulado la posibilidad de una división del derecho de propiedad, por planos horizontales, concibiendo una comunidad "prodiviso" en vez del derecho superficiario citando algunos textos del Digesto; uno de ellos se refiere a la división de una casa en dos, por medio de una pared, pero no parece referirse a una división horizontal, sino vertical, por medio de muro u otro medio adecuado.⁽³⁾

(3) Véase sobre lo expuesto la obra de Jerónimo González "Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil" Tomo II, pág. 304 y siguientes. Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia de España. 1948.

No hay duda que debía ser muy difícil dentro de las concepciones romanas del dominio concebir un tipo de derecho como la propiedad horizontal, pues el principio de accesión "superficie solo cedit" debió ser una barrera difícil de eludir.

Es sabido que entre los germanos no imperó inicialmente el principio "superficie solo cedit"; era posible que un edificio construido en terreno ajeno pudiera llegar a considerarse como cosa principal, en vez del suelo; posiblemente a esto se llegó dado el carácter nómada de las tribus germánicas, que disponían de grandes extensiones de terreno construyendo sus tiendas en cualquier parte y en unión muy temporal con el suelo. Durante mucho tiempo esta fue la característica del derecho germánico; pero al promulgarse el Código Civil que empezó a regir en 1900, se dejaron de lado los precedentes del derecho germánico tradicional para admitir sin vacilaciones la concepción romana. Debe haber influido en mucho la opinión del docto romanista Savigny, quien al decir de Jerónimo González, "en su tratado de la posesión y en el de obligaciones declaró, refiriéndose a las fuentes y sin grandes explicaciones, que la propiedad sobre los pisos era un imposible jurídico".⁽⁴⁾

Nos explica el citado tratadista González que poco tiempo antes de publicarse el primer proyecto de Código Civil en Alemania, Kuntze, en una célebre monografía sobre la propiedad de pisos, trató de justificar jurídicamente los principios tradicionales, infructuosamente como puede verse.

En Francia la institución que se comenta se desarrolló durante la Edad Media, y puede afirmarse que desde el siglo XVIII fue el régimen usual de la propiedad urbana en las ciudades de Rennes y Grenoble.⁽⁵⁾

En Rennes la división horizontal tomó incremento a consecuencia de un enorme incendio que en 1720 destruyó gran parte de la ciudad; al reedificarse ésta dentro de un espacio disminuido por las amplias calles que había trazado el arquitecto real Gabriel, los habitantes se juntaron en familias para hacer la edificación menos costosa dividiendo ésta en pisos o departamentos.

(4) Ob. citada, pág. 307.

(5) Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Tomo III, pág. 278. Edit. Cultural S. A.

En Grenoble el origen de la institución fue diferente: como se trataba de una ciudad amurallada, su crecimiento sólo era posible de manera vertical.⁽⁶⁾

Cuando el Código Napoleónico se promulgó, fue necesario tomar en cuenta esta institución, la cual fue sancionada por medio del artículo 664 aunque de manera incidental, ya que lo fue con ocasión de la regulación de los muros y fosos medianeros dentro del capítulo de servidumbres. Las bases para este artículo fueron dadas por el insigne tratadista Pothier. Su texto traducido es el siguiente: "Cuando los diferentes pisos de una casa pertenecen a diversos propietarios, si los títulos de propiedad no regulan el modo de hacer las reparaciones y construcciones, éstas deben ser hechas como sigue: las paredes maestras y el techo están a cargo de todos los propietarios, cada uno en proporción del valor del piso que le pertenece. El propietario del primer piso hace la escalera que conduce al mismo; el propietario del segundo piso hace, a partir del primero, la escalera que conduce a su casa, y así sucesivamente".

La jurisprudencia se encargó de desarrollar los principios contenidos en dicho artículo y por su medio se introdujo una limitación a los irrestrictos principios del artículo 815 del Código Civil Francés según el cual nadie puede ser constreñido a permanecer en la indivisión. No dejaron de oírse voces en contra, como la de Laurant, defensor del sentido literal de la ley, negando la posibilidad de reconocer a los copropietarios la facultad de crear una comunidad indivisible perpetuamente. Esta opinión tuvo en contra autores tan distinguidos como Aubry et Rau, Baudry Lacantinierie y Planiol.

Es interesante anotar que si bien la legislación francesa al regular la acción dispone en el artículo 552 que la propiedad del suelo lleva consigo la de aquello que está encima y debajo, en el artículo siguiente estatuye que las construcciones, plantaciones y obras sobre un terreno o en el interior se presumen hechas por el propietario a su costa y le pertenecen, SI NO SE PRUEBA LO CONTRARIO. Haciendo un comentario sobre esta situación nos dice el ilustre civilista español don Jerónimo González: "Es decir, el Código desvirtúa el principio romano de accesión, permite la atribución en propiedad de los diferentes pisos de una casa a diversos propietarios, sin preocuparse de la teoría de las partes integrantes,

(6) Racciatti. Ob. citada, pág. 8 y sigs.

y abre un amplio paso a la servidumbre de medianería, entrelazándola con la copropiedad; y la jurisprudencia reforzada por la casi unánime opinión de los autores, consagra las indivisiones perpetuas y permite las prohibiciones y convenciones contrarias a la partición de las cosas comunes, aunque se refieran a un tiempo mayor que los cinco años fijados en la ley, o a un tiempo indefinido".⁽⁷⁾

Esta evolución culminó en la ley que Bélgica dictara añadiendo al título segundo del libro segundo del Código de Napoleón que la rige, un capítulo III dedicado a la copropiedad, dentro del cual reguló la propiedad por pisos con un detalle que no lo había tenido antes ningún otro ordenamiento jurídico. Esta ley se dio el 8 de julio de 1924; desde entonces se han proliferado las leyes en diversos países: Francia dicta moderna legislación por leyes de 28 de junio de 1938 y de 7 de febrero de 1953; España sustituye su ley de 1939 por la de 21 de julio de 1960. Brasil es la primera república americana que legisla al respecto por Decreto de 25 de junio de 1928, siguen luego las leyes de Chile de 16 de agosto de 1937, la uruguaya del 15 de junio de 1946; la argentina de 13 de octubre de 1948; la de Venezuela de 1957 publicada el 17 de junio, N° 25383; la de México de 2 de diciembre de 1954; la de Italia contenida en su Código Civil y Comercial de 1942, artículos 1147 y siguientes; la de Guatemala, hoy refundida en su Código Civil de 1963, artículos 528 y siguientes, etc. En Costa Rica la inquietud sobre la materia se concretó en una tesis de grado para optar al título de Licenciado en Leyes que en 1954 presentó el hoy Lic. don Guillermo Jiménez Ramírez; años después los Licenciados Luis Demóstenes Bermúdez y Rodolfo Solano recogieron la iniciativa y presentaron un proyecto de Ley a la Asamblea Legislativa, de la cual eran miembros; el Lic. Rogelio Sotela Montagné, Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, realizó años antes un interesante seminario con sus alumnos, sobre este tema; ello le permitió al momento de discutirse el proyecto de ley, años más tarde, publicar un artículo sugiriendo una serie de reformas, que fueron en su mayoría aceptadas por los proponentes e introducidas en la ley.⁽⁸⁾

La ley costarricense es la N° 3670 de 22 de marzo de 1966.

(7) Ob. citada, pág. 312.

(8) Puede verse el artículo del Lic. Rogelio Sotela Montagné en el ejemplar IV de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica.

II. Importancia de la Institución.

La crisis de los alquileres no es un problema nuevo; ciertamente en nuestros días, con la explosión demográfica, tiende a agudizarse de manera extrema; pero ya en la Edad Media se llegó inclusive en algunas ciudades a buscarle remedio excomulgando a los rentistas que aumentaban desmesuradamente el precio de las habitaciones.⁽⁹⁾ En nuestro siglo la devastación ocasionada por las guerras mundiales que hemos padecido, y las que parcialmente en forma declarada o no todavía conmueven la opinión pública mundial, han sido factores influyentes en la agravación del problema; si a esto se suma la subida constante del precio de los materiales de construcción, y de los salarios; la plusvalía que encarece desproporcionadamente el valor de los terrenos urbanos no construidos; la imposición cada vez creciente de impuestos sobre el suelo; la disminución de áreas urbanas producidas por la extensión de super carreteras; las huelgas que inmovilizan los materiales de construcción y aumentan sus fletes; la ausencia de oportunidades de trabajo para una familia numerosa que obliga a su jefe a disponer totalmente su exiguo salario en las necesidades vitales, nada más; y otros factores de índole social, se tendrá idea clara de lo necesario que resulta buscar un sistema que abarate la construcción de viviendas.

Según estudios de la Organización de Estados Americanos, hay tal desesperada escasez de viviendas en América Latina que será necesario "construir o mejorar entre millón y medio y dos millones de viviendas anualmente durante los próximos treinta años" como lo informa el Dr. Fernando Fueyo Laneri en su exposición en las Jornadas Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal celebradas en Montevideo en 1962.⁽¹⁰⁾

En nuestro país, y principalmente en el área metropolitana de San José, el problema inquilinario se ha agravado notoriamente, si bien los esfuerzos del Instituto de Vivienda y Urbanismo (INVU) han venido a atenuar en parte el problema. Los autores del proyecto de ley sobre propiedad horizontal nos dan en su exposición de motivos, la siguiente explicación:

(9) Jerónimo González. Ob. citada, pág. 361.

(10) Jornadas Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal, en "Cuadernos" N° 7. Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo.

"Pareciera que San José en el área metropolitana que ocupó hace unos 15 ó 20 años estaba rodeada por un "anillo" de tierras pertenecientes a muy pocos dueños, que las dedicaron a cafetales preferentemente, y que por el alto costo de la urbanización, posiblemente no se resolvían a fraccionarlas para su venta y destinarlas a la construcción de casa de habitación. Esto hacía que la propiedad urbana de nuestra capital hubiese llegado a alcanzar precios sorprendentemente altos, si los comparamos con el valor de la propiedad en otras grandes urbes como México, Venezuela y otras ciudades semejantes. La compra por la vía de la licitación algunas veces y por la vía de la expropiación otras, que hizo el INVU, de gran cantidad de tierras suburbanas y de tierras rurales colindantes con la misma, tuvo una consecuencia muy interesante y fue la del estancamiento del alza de la propiedad, localizada propiamente en el centro urbano de San José, paralela al desmedido aumento del valor de la propiedad suburbana y rural colindante..."⁽¹¹⁾

Recientemente la interpretación que diera la Sala de Casación a la vieja ley de inquilinato en su reforma al art. 12 por ley de 3 de setiembre de 1946, por sentencia de las 14 hs. 30 minutos del 7 de enero de 1970, dictada por mayoría facultando al propietario para fijar unilateralmente el precio del arriendo una vez vencido el plazo de la contratación, puede llegar a agravar, en el aspecto comercial el problema de locales. La citada ley dispuso: "Las casas o locales que se construyan con posterioridad a la vigencia de la presente ley, no tendrán limitación alguna en cuanto al precio de su arrendamiento".

En nuestro concepto el alcance del párrafo mencionado es el de que se estableció libertad de contratación en la fijación del precio de arriendo para las casas y locales de comercio construidos con posterioridad a la ley citada, ya que antes de la promulgación de esa norma no era posible en manera alguna dejar de cobrar el alquiler que inicialmente se hubiera fijado, aunque hubiese cambio en los inquilinos. A partir de esa fecha el propietario quedó en libertad de convenir sobre el precio del arriendo.

(11) Revista de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica N° 4, pág. 358.

Pensamos que eliminar las limitaciones existentes antes de esa reforma no significa autorizar una fijación unilateral del precio del arrendamiento, porque ello sería desnaturalizar el carácter de contrato que el arrendamiento tiene, y que como todo contrato, requiere el consentimiento de partes. Explicando lo que significa la libertad contractual ha dicho el insigne jurista Karl Larenz:

“... Al ponerse ambas partes, por propia y libre voluntad, de acuerdo sobre determinadas prestaciones y obligaciones resultará que ninguna depende del arbitrio de la otra y ambas están en situación de velar así por su propio interés... Al ponerse de manifiesto en el contrato la voluntad de ambos contratantes existe cierta garantía en el sentido de que lo que las partes han establecido como vinculante para ellas no es una pura arbitrariedad, sino algo que contemplado en su conjunto, es razonable y justo. Y este es el verdadero sentir de la libertad contractual”.⁽¹²⁾

Dentro de las modernas orientaciones del derecho, cada vez más lleno de un contenido social, la legislación inquilinaria se inclina a amparar el derecho del arrendatario, y don José Castán Tobeñas nos recuerda que la Ley de Arrendamientos Urbanos de España (LAU) de 31 de diciembre de 1946 reformada por la ley de Bases de 22 de diciembre de 1955 y articulada por el Decreto de 13 de abril de 1956, inserta en su texto la teoría del abuso del derecho, para desestimar toda pretensión indebida, dentro de las cuales estaría como es natural el precio desmedido fijado unilateralmente por el propietario. Dice Castán:

“La nueva ley ha reincorporado al Derecho de Arrendamientos Urbanos el principio condenatorio del abuso del derecho... Según la ley últimamente aprobada (LAU, Ley de arrendamientos urbanos), los Jueces y Tribunales desestimarán las pretensiones que ante ellos se formulen por demandante o demandado, con manifiesto abuso de derecho”.⁽¹³⁾

Antes de la sentencia de Casación que se comenta, la jurisprudencia había sido constante en el sentido que indica el fallo vertido por la Sala Segunda Civil en Resolución N° 546 de las 10.20 del 10 de octubre de 1955 en cuyo Considerando IV se lee:

(12) Karl Larenz. Derecho de Obligaciones. Tomo I, pág. 65. Edit. de Derecho Privado, Madrid, 1958.

(13) Castán. Derecho Civil Español Común y Total T. IV 8ª edición Madrid 1956, pág. 306.

“... Por manera que por un acto unilateral del propietario... no puede obligarse al inquilino a cubrir un alquiler mayor que el que venía pagando en virtud del convenio expreso o tácito, salvo, desde luego, que la ley disponga lo contrario, como acontece en determinadas situaciones previstas por la Ley de Inquilinato vigente; pero en el presente caso, en que en virtud de tratarse de una edificación nueva, construida con posterioridad a la vigencia de la ley 680 de 3 de setiembre de 1946 en cuyo artículo 12 en su parte final expresa “Las casas o locales que se construyan con posterioridad a la vigencia de la presente ley no tendrán limitación alguna en cuanto al precio de su arrendamiento”, disposición tal que vino a dejar a la libre contratación de los interesados (casero e inquilino), lo relativo al monto de los alquileres respectivos, esta materia quedó regida exclusivamente por las disposiciones del Código Civil aplicables al contrato de arrendamiento”. En el voto de minoría de la Sala de Casación en la comentada sentencia se recuerda en el Considerando V, “Que es oportuno destacar aquí lo que ya el señor Juez de Primera Instancia puso de manifiesto al referirse a las cuestiones que se discutieron en el antiguo Congreso Constitucional cuando fue emitida la ley N° 680, pues con ello se aclara todavía más los verdaderos alcances del párrafo final del artículo 12, sobre todo si se recuerda que la Comisión de Hacienda había sugerido que ese párrafo final se redactara en estos términos: “Las nuevas construcciones que se inicien o terminen con posterioridad a la vigencia de la presente ley, no estarán sujetas a ninguna de las disposiciones legales de emergencia sobre inquilinato, y las relaciones entre propietarios o inquilinos se regirán por el derecho civil común”. Esa proposición de haberse convertido en ley, habría significado mucho más de lo que hoy dispone el párrafo séptimo del artículo 12, pues dicho párrafo simplemente prescribe que no existe limitación en cuanto al precio del arrendamiento, no así que la ley de Inquilinato sea del todo inaplicable para los edificios nuevos, que es lo que pretendía la Comisión de Hacienda y lo que el Congreso desechó al aprobar mociones de otros diputados, como lo demuestra el expediente de la Ley 680, que se ha tenido a la vista”.

Estos graves problemas inquilinarios que hemos comentado tendrían en gran parte solución si se difundieran debidamente las ventajas que conlleva la construcción dentro del régimen de propiedad horizontal; al compartir entre los diversos comuneros o copro-

pietarios del edificio el valor del suelo, vigas maestras, cimientos, sistemas de calefacción, de recolección de basuras, de aguas negras, ascensores, etc., la adquisición de la propiedad necesariamente se abarata.¶

III. Naturaleza.

La naturaleza de la propiedad horizontal, desde un punto de vista estrictamente jurídico, resulta de una difícil definición. Hay siempre una tendencia dentro de los estudiosos del derecho, de buscar una institución jurídica precedente para enmarcar dentro de sus concepciones aquellas que las necesidades de los tiempos modernos van creando; así sucede por ejemplo con la doctrina del "riesgo imprevisible" que ha sido analizada según distintas tendencias, como caso fortuito o fuerza mayor; o bien dentro de los conceptos de la lesión; como modalidad de las teorías del enriquecimiento sin causa y en general de la teoría de la causa; inclusive la teoría del abuso del derecho se ha utilizado para informar de su naturaleza.⁽¹⁴⁾

Así también con la propiedad horizontal, en la que se ha querido ver un caso simple de comunidad de bienes, cuando en realidad por sus especiales características, resulta ser una figura jurídica compleja que participa de los caracteres del derecho de dominio con sus aspectos de exclusividad en cuanto uso, goce y disposición bien demarcados, y a la vez contiene elementos de la copropiedad como en todo aquello que se refiera a los llamados "bienes comunes" de la propiedad horizontal (suelo, terrazas, ascensores, escaleras, servicios de calefacción, electricidad y otros) con la especial particularidad que estas denominadas propiedades comunes no son susceptibles de división, como sí acontece en otros casos de comunidad de bienes.

Comentando sobre la naturaleza de esta especial comunidad de bienes don Jerónimo González nos dice: "El derecho de un comunero a servirse de las cosas o partes indivisas es más amplio que el correspondiente a los copartícipes en la copropiedad romana, y llega hasta la facultad de modificarlas y transformarlas, siempre que no se perturbe el aprovechamiento de los demás comuneros o no se altere el destino normal de las mismas cosas comunes. Por úl-

(14) Véase la "Teoría de la Imprevisión" artículo del Lic. Rogelio Sotela Montagné publicado en el ejemplar N° 7 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica.

timo, si hemos de seguir el parecer de Colin y Capitant, la indivisión forzosa que estudiamos presenta la particularidad de ser menos perpetua que indeterminada en su duración y se halla subordinada a la existencia de la construcción erigida sobre el suelo común, de suerte que si la casa queda destruida por cualquier circunstancia, nos encontraremos en presencia de una indivisión ordinaria, cuyo objeto será el solar, y un solo propietario podrá pedir la partición".⁽¹⁵⁾

Esta última aseveración del ilustre autor es valedera en tanto en cuanto la Asamblea de propietarios no decidiera una reconstrucción; pues en tal caso no quedaría a los disidentes más que aceptar esa resolución o vender su parte al consorcio a justa tasación de peritos; esto al menos en la legislación costarricense según el artículo 49 de la ley.

El autor A. Ventura Traveset pone énfasis en el hecho de que la nueva ley española sobre la materia ha eliminado "todo aquello que recuerde el régimen de comunidad" y dice que así debe desaparecer "toda clase de tanteos, retractos, etc."⁽¹⁶⁾ Pensamos que, si él mismo ha afirmado "... que no hay una sola, a nuestro juicio sino varias propiedades horizontales con sus caracteres específicos cada una ..." ⁽¹⁷⁾ parodiando así a Josserand quien afirmaba que en virtud del carácter esencialmente social de la propiedad, tanto en su origen como finalidad no podía afirmarse que hubiera "propiedad" sino "propiedades",⁽¹⁸⁾ podría también decirse que la institución que comentamos es "una modalidad especial" dentro del concepto genérico de comunidad de bienes y que puede configurarse como "un derecho real específico". El mismo autor A. Ventura Traveset nos hace la siguiente interesante referencia sobre la naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal:

"La doctrina jurídica sintetizada por Batlle vino a concluir diciendo que la propiedad de casas por pisos, es una institución de carácter complejo. No es una comunidad, aunque en ella hay una comunidad de ciertos elementos; existen otros privativos de los varios propietarios". Esta misma complejidad de la figura jurídica

(15) Jerónimo González. Ob. citada, pág. 312.

(16) A. Ventura Traveset. Ob. citada, pág. 39.

(17) Ob. citada, pág. 8.

(18) Josserand. Derecho Civil Tomo I, volumen VIII. Edit. Bosch, pág. 139.

se ha de reflejar necesariamente en la representación de sus intereses. Y así como en cuanto al derecho singular de cada propietario la situación es clara, y Jerónimo González pudo decir que la ley de 1939, que reformó el artículo 396 del Código Civil español, "reconoce la propiedad exclusiva de cada dueño sobre su piso y la une indisolublemente a la comunidad sobre las porciones no divididas y necesarias para el adecuado uso y disfrute del edificio", en cuanto a la representación de esa comunidad, el problema es más arduo, expresándose así:

"No es ni una persona jurídica, ni una comunidad en mano común, ni una jerarquía de poder, ni una titularidad solidaria, ni una mera mancomunidad. Parece que su figura encaja en lo que Federico de Castro estudia como comunidad por cuotas, en la que manteniéndose la unidad del derecho subjetivo, cuya situación sólo puede ser alterada por acuerdo de todos los comuneros, existe una división de cuenta, la cuota, a favor de cada sujeto, que permite disponer de la parte de derecho que haya de corresponder a cada uno después de la división. Si bien —decimos nosotros— dada la singularidad del régimen de propiedad horizontal, esta disposición ha de ser forzosamente con la parte privativa, de la que es anejo inseparable".⁽¹⁹⁾

En la Primera Conferencia Nacional sobre el Régimen de la propiedad horizontal organizada por la Asociación de Martilleros de Rosario, República Argentina, fue presentada la siguiente interesante moción:

"Nº 29. "La llamada propiedad horizontal es un derecho real autónomo."

"En efecto, él no debe confundirse con ninguno de los derechos reales tradicionalmente reconocidos ni constituye una mera combinación de algunos de ellos. Esto no significa negar que en la llamada "propiedad horizontal" se den elementos propios de algunos derechos reales tradicionales, así del dominio y del condominio; pero tales elementos parecen en una situación lo suficientemente original como para justificar una categoría jurídica nueva".⁽²⁰⁾

(19) Ob. citada, pág. 259.

(20) Propiedad Horizontal, Ediciones de Palma, Buenos Aires 1965, pág. 26.

Otra ponencia de gran importancia fue la presentada por el ilustre especialista en esta materia, a la citada conferencia, Dr. Hernán Racciatti, bajo el Nº 19, en los siguientes términos:

"Se definirá en la ley el carácter de cosa principal que reviste el piso o departamento con relación al suelo (cosa accesorio) por la importancia que ello tiene en materia de adquisición, transferencias o de constitución de derechos reales sobre pisos o departamentos, y especialmente en materia de hipotecas de ellos".⁽²¹⁾

En las "Declaraciones" que se dieron en la comentada conferencia argentina, se aprobaron los dos principios antes transcritos como ponencias y algunos otros que aclaran el contexto jurídico de la institución. Nos permitimos reproducir en este aspecto la citada declaración, que dice:

"Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal:

9. La llamada "propiedad horizontal" es un derecho real autónomo.

10. El objeto del derecho real autónomo llamado de "propiedad horizontal", consiste en la parcela habitable unitaria del edificio construido o por construirse a la que accede la cuota indivisa sobre las partes comunes, constituyéndose así un todo indivisible, un bien inmueble "per se", el cual se halla en situación jurídica de vecindad con las demás unidades análogas del mismo edificio y está gravado proporcionalmente con las cargas de manutención.

11. El titular de ese derecho posee sobre dicho objeto:

- a) Un poder de uso, goce y disponibilidad privativo sobre la parcela;
- b) La disponibilidad privativa de la cuota;
- c) El uso y goce comunitario de las partes comunes.

El ejercicio de estos poderes se halla sujeto a las restricciones derivadas de la inseparabilidad entre parcela privativa y cuota indivisa, como también de las que emergen de la situación jurídica de vecindad.

12. La gestión de este derecho puede asumir forma asociativa o reglamentaria.

(21) Id., pág. 22.

13. Para la legislación, interpretación y aplicación de las normas concernientes a la llamada "propiedad horizontal", deben tenerse en cuenta estos principios directivos: la parcela habitable es la razón de ser edificio y del instituto jurídico mismo. El edificio está en función de la parcela y las parcelas coexisten dentro del edificio. Prevalece en caso de duda el uso, goce y disponibilidad privativos de la parcela habitable en función de la cual se goza de la cuota parte indivisa sobre los bienes comunes.

14. Pueden darse figuras que coincidiendo con el derecho antes definido en su elemento primordial (goce privativo de una parcela habitable), presenten restricciones totales o parciales al poder de disposición del titular".⁽²²⁾

Como puede verse de la declaración anterior, un elemento importantísimo resulta de ella: el hecho de que el suelo deje de ser cosa principal en este instituto jurídico y pase a ser cosa accesoría, contrariando el principio romano que antes comentábamos, "superficie solo cedit", dándosele el carácter de cosa principal a "la parcela habitable unitaria del edificio, construido o por construirse".

Cuando la propiedad horizontal aún no empezaba a definirse como instituto jurídico de perfiles propios fue asimilada a las servidumbres, como en el caso del Código francés; o al derecho de superficie como fue el criterio de los juristas germanos o al de una sociedad conforme al criterio inglés. Castán Tobeñas dice al respecto: "Tienen razón ciertamente los autores que configuran la propiedad de que se trata como una institución especial e independiente, o como una figura mixta, integrada a la vez por las cosas comunes y las cosas referidas al dominio particular de los propietarios... Las exposiciones doctrinales más recientes se inclinan a la teoría de la propiedad exclusiva sobre los diferentes pisos bajo un régimen necesario de aprovechamiento conjunto de los elementos comunes".⁽²³⁾

Hernán Racciati vertió su opinión en la siguiente forma sobre la naturaleza de la Propiedad Horizontal: "Se trata en definitiva de una figura sui generis en la cual se combinan dos formas jurídicas distintas (dominio y condominio) cuya unidad de destino las reúne en un todo indivisible, a tal punto, que resulta imposible ser

(22) Id., pág. 206.

(23) Castán. Ob. citada, págs. 332 - 334.

propietario de una porción exclusiva, sin serlo también de la parte común correspondiente. Esta naturaleza especialísima del instituto nos obliga a considerarlo como un derecho real autónomo con características propias, que lo separan y diferencian de los demás. Su estructura jurídica, que analizaremos más detenidamente a su tiempo, en el curso de la presente obra, es en síntesis la siguiente: 1) propiedad exclusiva sobre el piso o departamento y sus dependencias, pero restringida por las limitaciones que la ley establece en virtud de la situación especial de interdependencia en que se encuentran con relación al conjunto del edificio y fundada en razones de orden público y de beneficio común. 2) Copropiedad sobre las cosas de uso común de los distintos dueños o (de las cosas) indispensables para la existencia y conservación del edificio, cuya esencia jurídica no se identifica totalmente con la del condominio de tipo romanista legislado por nuestro Código Civil. 3) Indivisión forzosa sobre los bienes comunes la cual más que perpetua es indeterminada en su duración por estar subordinada a la existencia de la construcción hecha en el suelo común..."⁽²⁴⁾

Es importante transcribir la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de España del 18 de marzo de 1960, en la que se analiza la naturaleza de esta institución jurídica. Dice así:

"La propiedad de casas por pisos es una institución de carácter complejo, cuyo género es el derecho de propiedad, pero dentro de él es una especie destacada de los demás tradicionales, y es vano buscarle a toda costa semejanzas o identidades parciales para que sea subsumida y absorbida en otros tipos clásicos, ya que no es una comunidad, en cuanto existen elementos privativos de los varios propietarios ni la servidumbre sirve para explicar la situación de todas las cosas comunes, sino determinadas relaciones que se dan únicamente entre los propietarios de dos o más pisos, pero que no afectan a todos ellos como han venido a reconocer nuestra Ley reformadora del artículo 396 del Código Civil, la doctrina científica en su mayor parte y asimismo la jurisprudencia de esta Sala, que claramente ha declarado que se trata de una "forma de goce de la propiedad establecida por el uso y traída hace poco tiempo como institución jurídica singular e independiente, por lo cual aunque puedan completarse sus normas acudiendo a reglas

(24) Racciati. Ob. citada, págs. 27 - 38.

de otras instituciones, y especialmente de la comunidad, sólo será mientras no pugne con su especial naturaleza y finalidad".⁽²⁵⁾

IV. Características.

Varios son los aspectos característicos del tipo de propiedad que analizamos: hemos visto en primer término cómo el titular del derecho tiene una propiedad sobre su piso o departamento con el carácter de exclusividad y que a la vez goza, en una especie de condominio de los llamados bienes comunes, tales como el suelo, cimientos, escaleras, ascensores, incineradores de residuos, instalaciones de servicios centrales como las destinadas al servicio de agua, de refrigeración, de calefacción, etc. Algunas legislaciones enumeran este tipo de bienes comunes; la nuestra lo hace, pero expresamente dice el artículo 20 que ella "no es taxativa" por lo que es perfectamente posible ampliarla en la enumeración que conforme al artículo 7 literal e) debe hacerse en la escritura pública constitutiva.¹ Nuestra ley ha superado un problema que fue analizado por la Primera Conferencia sobre el Régimen de Propiedad Horizontal en la Argentina en el año de 1961; se criticó la enunciación hecha en la ley de bienes comunes y se pidió, por el distinguido especialista en esta materia, Dr. Hernán Racciatti su modificación con la siguiente ponencia:

"Deberá suprimirse la enumeración de bienes comunes, contenida en el artículo 2 de la ley, debiendo limitarse su texto, a semejanza del decreto ley brasileño de 25 de junio de 1928, a calificar como comunes, además del suelo en que se asienta el edificio, a todos aquellos elementos de la construcción que resultaren necesarios para su existencia y seguridad o para el uso, goce, beneficio y disfrute del consorcio; porque si bien algunos de los actualmente enumerados siempre serán comunes, existen otros que pueden serlo o no, conforme con el tipo de construcción del inmueble al cual pertenezcan".⁽²⁶⁾

Otra importante característica, que en nuestra ley está contenida en el artículo 16, es la de que el piso o departamento debe tener un acceso a la vía pública. Este puede ser directo o bien a

(25) Diccionario de Derecho Privado de Casso y Cervera. Apéndice, Edit. Labor S. A., págs. 332 - 334.

(26) Propiedad Horizontal. Primera Conferencia Nacional organizada por la Asociación de Martilleros de Rosario. Edit. Roque de Palma 1965, pág. 22.

través de un espacio o corredor destinado a ese propósito; nuestra ley señala además una importante exigencia: que "esté acondicionado para su uso y goce independiente".¹¹

Debemos indicar en este capítulo asimismo la necesidad de existencia de un Reglamento que regule las actividades de los comuneros; la de un Administrador, que tenga a su cargo la representación de la comunidad y la atención de ciertos servicios; la existencia de la Asamblea de Propietarios, que a la manera de una Asamblea de Accionistas de una Sociedad es la que mediante los acuerdos que tome regulará ciertas actividades de la comunidad. De todo ello hablaremos más adelante.

Es posible preguntarse en el punto que tratamos si la propiedad horizontal sólo se da para edificios de más de un piso o si jurídicamente es posible aplicar su régimen a los de una sola planta. Diríamos que el objetivo básico de la propiedad horizontal se cumple fundamentalmente en las edificaciones de más de un piso, ya que en las de una sola planta el régimen usual de la copropiedad puede ser suficiente; sin embargo, el derecho positivo ha sido en algunas ocasiones expreso al indicar que el régimen puede aplicarse a edificaciones de un solo piso; así por ejemplo la ley uruguaya de 25 de junio de 1946 reformada por la de 3 de enero de 1957. La legislación guatemalteca en el artículo 258 del Código Civil, la de Puerto Rico, según se explica en la edición de la Ley Hipotecaria y de la Propiedad Horizontal Sección 1291 (a).⁽²⁷⁾ Nuestra ley, como la española, como la chilena entre otras, se inclina por aplicar el régimen "cuando los diversos pisos, departamentos o locales de que conste un edificio, pertenezcan a distintos dueños" (artículo 6; el subrayado es nuestro). Esta manera de expresarse la ley parece indicar que se trata de edificios de más de un piso. ¿Quiere ello decir que sería ilegal o inadmisibles implantar el régimen de propiedad horizontal en edificio de un solo piso? Si tomamos en cuenta que una de las características en el uso de las cosas comunes que este derecho tiene es el de que sobre ellas se da a los titulares de la copropiedad facultades mayores que las que derivan de la simple copropiedad (véase lo dicho por Jerónimo González, nota 15), y que la expresa indicación que algunas legislaciones han hecho de que puede aplicarse a edificios de un solo piso podría entenderse como

(27) Publicación de "Equity INC." de Puerto Rico, 1965, pág. 657.

disposición aclaratoria para evitar las dudas al respecto, pensamos que dado el hecho de que hoy en día podría haber muy amplias edificaciones que requiriesen la conjunta atención de ciertos servicios comunes y la intervención de un administrador, aunque ellas fuesen de un solo piso, se justificaría la aplicación de la ley a este tipo de edificios; creemos que el literal c) del mencionado artículo 6 daría asidero para esa interpretación ya que él habla de "un edificio" sin indicar que tenga que ser de varios pisos.

Suelen algunas legislaciones pronunciarse sobre la exigencia de acondicionar en el edificio servicios de ascensores cuando excede de determinado número de pisos. La ley chilena por ejemplo así lo pide cuando la edificación tiene más de cuatro pisos. En el artículo sobre Comentarios al Proyecto de Ley Sobre Propiedad Horizontal⁽²⁸⁾ a que hemos hecho referencia se indicaba la conveniencia de que nuestra ley acogiera una disposición similar y obligara al establecimiento de ascensores en cuanto el edificio tuviese más de tres pisos. Pero esta iniciativa no se concretó en el texto de la ley en disposición alguna.

④ Otra de las características de esta Institución jurídica es la existencia de un Administrador, que actúa en nombre de la comunidad; la exigencia del Administrador se ha planteado en algunos casos desde que se da esta forma especial de propiedad que analizamos, cualquiera que fuese el número de comuneros; y en otros, cuando ellos exceden de cierto número; por ejemplo la ley italiana señala el número de 10; pero en nuestra legislación, con base en lo dispuesto en los artículos 9 y 45 de la ley, el nombramiento de Administrador debe hacerse en todo caso. Pensamos que una disposición como la contenida en la ley italiana, fuera quizás mejor, para no encarecer los servicios a los comuneros. Podríamos indicar también más que como característica usual, como inquietud muy importante, para que en todo caso de propiedad horizontal se de la circunstancia de que las edificaciones estén rodeadas de jardines, como lo proponía en las "Jornadas Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal"⁽²⁹⁾ el Dr. Caio Mario Da Silva Pereira, expresándose así: "... Hay otro aspecto que también es fundamental; los edificios

(28) Artículo de Rogelio Sotela publicado en el N° 4 Revista de Ciencias Jurídicas ya citado.

(29) Véase la publicación "Cuadernos" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo N° 7, 1962.

se hacen según el criterio de la empresa organizadora que adquiere el terreno y quiere sacar de ese terreno toda la ganancia posible. Son mínimas entonces las condiciones de habitabilidad. Se sacrifica así tanto el confort, como las condiciones de higiene. Se hacen edificios como cajas que a veces no tienen ni la felicidad de recibir una vez por año un rayo de sol; las leyes municipales no prevén estas malas condiciones de salubridad y de higiene; pero es necesario que lo hagan. En Brasil tenemos solamente en Brasilia esta experiencia, de la construcción de edificios que no se yuxtaponen uno al lado del otro, como cajas herméticas. El Estatuto especial de Brasilia, estableció la obligación de que los edificios estén separados por jardines".

En nuestra ley se dispuso al menos que "todos los departamentos destinados a vivienda, tengan una zona independiente, apropiada para el lavado de ropas y con luz solar directa" (art. 47 inciso d); el subrayado es nuestro).

⑤ Otra importante exigencia que suele aparecer en las leyes y que la nuestra recoge es la necesidad de que el edificio esté asegurado (art. 31 inciso b), y de que su estructura principal, paredes y separaciones entre pisos, estén construidos de materiales no inflamables (art. 47 inc. a).

Es interesante anotar en el punto que comentamos que el hecho de que alguno de los comuneros tenga un porcentaje mayor en las cosas comunes en virtud de tener su departamento o piso un mayor valor proporcional al valor total de la edificación, no le permitirá alegar un mayor derecho al disfrute de esas cosas comunes en razón del mencionado porcentaje; así lo dice claramente el artículo 21 de nuestra ley.

También ha de indicarse que entran en este capítulo los denominados "gastos comunes"; sean aquellas erogaciones que deben ser hechas con el aporte de todos los comuneros; entre ellas se suelen incluir los impuestos —cuando no se individualizan en cuenta para cada comunero—, las primas del seguro, los gastos de administración, el costo de reparaciones autorizadas, etc. Nuestra ley se refiere a ellos en el artículo 31.

⑥ Por último, y sin pretender acabar con la enumeración de las características, citamos la de que debe usarse el piso, departamento o local, conforme al destino que se le hubiere fijado en la

escritura. Este destino no puede ser cambiado sino por acuerdo unánime de la Asamblea de Propietarios. (arts. 7 inciso d), 9, 26 y 38 inciso e).

V. Derechos Sobre el Piso.

El artículo 265 del Código Civil establece que en los casos de Propiedad Horizontal, "cada propietario será dueño exclusivo de su piso y comunero de los bienes afectos al uso común". Esta expresión de la ley puede dar lugar a una idea equivocada en cuanto a las facultades de que está investido jurídicamente el propietario del piso. Dada su naturaleza, el derecho de Propiedad Horizontal no tiene la extensión de la propiedad vertical, y en cuanto a los derechos de transformación por ejemplo ha de tenerse presente, que si bien la ley autoriza al propietario para efectuar obras y reparaciones en el interior de su piso o departamento, le está prohibida toda innovación o modificación que afecte la estructura, paredes maestras u otros elementos esenciales del edificio.⁽³⁰⁾

Fue problema jurídico hace algunos años, determinar si el propietario del piso bajo tenía derechos exclusivos sobre el piso y el del último piso sobre la azotea. Jerónimo González, al estudiar el problema⁽³¹⁾ nos explica que los autores Aubry y Rau consideraron que el propietario del último piso podría agregar uno más al edificio si se justifica que la elevación no causaría ningún daño a las porciones inferiores de la casa. Para Colin y Capintant el propietario del último piso podría hacer esta nueva construcción a pesar de la sobrecarga natural de los cimientos y paredes, siempre que los gastos corriesen por su cuenta y no causase daños a los demás propietarios, interviniendo al efecto los peritos requeridos para la realización de las obras. Según este autor que comentamos, en el derecho español "parece imponerse la solución contraria, porque además de incluir la regla primera del artículo 396 al tejado entre las cosas de uso común, con lo cual ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en aquél, no confiere al dueño del último piso la propiedad del espacio o columna de aire que gravita sobre el mismo y antes favorece la decisión contraria..."⁽³²⁾

(30) Art. 27.

(31) Jerónimo González Ob. citada pág. 333.

(32) Ibidem, pág. 333 in fine.

Conforme a la ley costarricense el punto ha sido dilucidado ya que el artículo 27 señala que los propietarios del piso bajo o primero y los del superior o último, no tendrán por esa circunstancia más derechos que los restantes propietarios. Además se indica que salvo expresa disposición en contrario del Reglamento de Condominio, los propietarios de la planta baja "no podrán ocupar para sí con exclusividad" los vestíbulos, jardines, patios y similares, ni sótanos, ni hacer excavaciones; y que los del último piso, excepto la salvedad dicha, no podrán tampoco ocupar azotea o techo, ni elevar nuevos pisos, ni realizar construcciones. Y como es natural, estas prohibiciones impuestas a los propietarios del piso bajo y del último piso, con mayor razón se imponen a los demás comuneros.

Cuando se trate de reparaciones que haya que hacer en determinado piso departamento o vivienda, éstas corresponderán al propietario del mismo, y correrán por cuenta de cada uno de ellos las obras de conservación que requieran los "techos-pisos" medianeros y las paredes u otras divisiones que tengan ese carácter. A los propietarios del último piso se les impone la obligación de costear las obras de conservación de los cielos rasos de su propiedad; y a los del piso bajo, las de conservación que necesiten los suelos o pavimentos del piso.⁽³³⁾

La Conferencia Nacional sobre la Propiedad Horizontal organizada por la asociación de Martilleros de Rosario al pronunciarse sobre una ponencia del Dr. Julio C. Pereira, quien explicaba que en la práctica un patio de propiedad común que era de uso de un departamento, se consideraba común en cuanto al derecho de propiedad, pero con exclusividad en cuanto al uso para el departamento al cual servía, fue aprobada como declaración en la forma siguiente: "Que los patios y balcones, a los que sólo se tenga acceso por la unidad a la que sirven, podrán incorporarse a la propiedad exclusiva de la misma, siempre que los primeros no desempeñen funciones de solares".⁽³⁴⁾ Si en la construcción del edificio se hubiere contemplado el establecimiento de salones amplios para reuniones o conferencias, y después se deseara transformarlo en locales para la venta, no habría más remedio que proceder a la autorización de la Asamblea para ese propósito siendo necesario en ese caso la

(33) Arts. 27 y 28.

(34) Ob. citada, pág. 205.

unanimidad de votos.⁽³⁵⁾ Caso como este fue analizado por la mencionada reunión de Martilleros de Rosario y se propuso la posibilidad de transformar esos salones en galerías o en varios locales para ser vendidos individualmente sin intervención de la Asamblea; pero no fue aprobada como declaración.⁽³⁶⁾

El propietario de un piso o local, podrá enajenar su derecho, inter-vivos o mortis causa. Podrá también imponer sobre él hipotecas comunes, derechos de usufructo, servidumbres; arrendar su piso, y en general comportarse como un propietario en todo aquello que no vaya contra la comunidad; las cédulas hipotecarias, por expresa disposición de la ley, sólo pueden imponerse sobre la totalidad del inmueble, requiriéndose, desde luego el acuerdo unánime de la Asamblea de Propietarios para este propósito.⁽³⁷⁾

Cabe preguntarse si sería posible la "reunión" de dos o más pisos o locales cual si se tratara de una reunión de fincas hechas bajo el régimen de propiedad vertical. No vemos en ello inconveniente si hay acuerdo de partes y lo aprueba la Asamblea de Propietarios. En la legislación española, expresamente se contempla el caso al disponerse: "Los pisos o locales y sus anejos podrán ser objeto de división material para formar otros más reducidos e independientes y aumentados por agregación de otros colindantes del mismo edificio, disminuidos por segregación de alguna parte".⁽³⁸⁾

VI. Derechos Sobre las Partes Comunes.

Deben distinguirse las partes comunes de uso general, y las que pueden ser comunes para un limitado número de propietarios. Las primeras son aquellas como el terreno, los cimientos y paredes maestras y otras enumerados en el artículo 20 de la ley. Las segundas serían casos en que por acuerdo de propietarios se ha llegado a establecer una copropiedad entre ellos. Cuando el derecho de un propietario se enajena en alguna forma, anejo a él va el derecho que le corresponde en las cosas comunes. En la escritura constitutiva debe fijarse el porcentaje que al propietario corresponde en esas cosas comunes teniendo en cuenta el valor de su

(35) Art. 37, literal (e).

(36) Ob. citada, pág. 20.

(37) Arts. 25 y 38.

(38) Art. 8 en Diccionario de Derecho Privado de Casso y Cervera, Apéndice pág. 755.

apartamento o piso y el del resto de la edificación. Por expresa disposición de la ley estos derechos sobre las cosas comunes "no podrán enajenarse, gravarse o embargarse, ni transmitirse independientemente; son inherentes a la propiedad del respectivo departamento, piso o local y en consecuencia inseparables de dicha propiedad".⁽³⁹⁾

Si un propietario decidiera renunciar al uso y goce de las cosas comunes, no quedará por este hecho relevado de sus obligaciones en cuanto a la conservación o reconstrucción de esas cosas comunes, ni de ninguna de las obligaciones derivadas del condominio.⁽⁴⁰⁾

Nuestra ley señala con claridad que es posible imponer el régimen normal de condominio a un piso o departamento sujeto al régimen de propiedad horizontal;⁽⁴¹⁾ así también lo dispone la Ley de Puerto Rico.⁽⁴²⁾

Jerónimo González nos señala la posibilidad de establecer ciertos servicios que vendrían a ser comunes, no para todos los propietarios, sino para aquellos que exclusivamente han intervenido en la realización de la correspondiente relación jurídica; nos dice así este reputado autor: "Sin embargo, no vemos inconveniente en que sobre un piso o parte de él se constituya una servidumbre a favor de otro piso, por tratarse de gravámenes que sólo afectan a los dos, como serían ciertas conducciones de agua, gas, electricidad, humos, residuos, letrinas o retretes que se apoyasen en las paredes que no fuesen maestras y pertenecientes privamente a los dueños de las viviendas".⁽⁴³⁾

Entre las partes comunes que no pertenecen a todos los propietarios, Jerónimo González señala que copropiedades singulares el tillado del piso superior que a la vez sirve de cielo raso al inferior; la escalera principal que sirve únicamente a dos viviendas; la de servicio cuyos tramos sirven a dos, tres o más, correspondiendo a ellos el importe por las reparaciones que hubiere que hacer.⁽⁴⁴⁾

(39) Art. 22.

(40) Art. 23.

(41) Art. 25, párrafo 2.

(42) Sección 1291 (e). Ob. citada.

(43) Jerónimo González. Ob. citada, pág. 354.

(44) *Ibidem*, pág. 335.

VII. El Consorcio de Propietarios.

En el régimen de propiedad de que nos ocupamos, tiene especial significación la Asamblea o Consorcio de Propietarios, ya que ellos reunidos con las formalidades que ha de determinar el Reglamento respectivo, deciden por mayoría, salvo casos de excepción puntualizados en la ley, los asuntos que interesen, y sus acuerdos obligan al conjunto.

Esta Asamblea de propietarios funciona a la manera de una Asamblea de Socios de una compañía, en ella tienen representación todos los comuneros y sus votos, como sucede en las sociedades comerciales de capital, no son por persona o miembro del consorcio, sino por el porcentaje que el valor de su propiedad representa en el total del edificio, con la advertencia de que cuando un solo propietario represente más del 50% de ese valor, será necesario además el 33% de los votos restantes para que el acuerdo sea válido (art. 35). Ese porcentaje, por disposición del artículo 21 in fine, debe fijarse en la escritura constitutiva, con ocasión de la regulación del Reglamento de Condominio (ver también artículos 8 y 9).¹¹

El quórum para estas reuniones estará constituido por la asistencia de quienes representen no menos de $\frac{2}{3}$ del valor del edificio. Si el quórum no se reune, una segunda convocatoria exigirá únicamente el 50% y una tercera lo constituirá con cualquier número de asistentes (art. 35).

La Asamblea debe reunirse conforme a los términos del Reglamento de Condominio y Administración y por lo menos una vez al año; puede ser convocada por el Administrador o por un grupo de copropietarios que representen cuando menos un tercio del valor del edificio.

No basta el acuerdo mayoritario en los casos siguientes: para decidir sobre la renuncia al régimen de propiedad horizontal; para vender o gravar el edificio en su totalidad o enajenarlo en cualquier otra forma; para construir nuevos pisos o sótanos y hacer excavaciones; para adquirir nuevos bienes comunes, variar el destino de los existentes o en cualquier forma disponer acerca del modo y tanto en que pueden ser aprovechados, para variar cualquiera de las cláusulas de la escritura constitutiva o del Reglamento de Condominio y Administración; para tomar aquellos acuerdos

que conforme a la ley o a los términos de la escritura constitutiva o del Reglamento de Condominio, deban ser autorizados por unanimidad. En los casos indicados el acuerdo unánime es exigido por la ley (art. 38).

¿Podrá un copropietario actuar en casos de urgencia por sí mismo, sin recurrir al Administrador y sin previo acuerdo a la Asamblea de Propietarios? Este punto interesante mereció de Sánchez Román, el ilustre tratadista español, solución en sentido afirmativo; pero Jerónimo González, no menos ilustre en estas materias, disenta de esa opinión indicando que "los actos dirigidos a la conservación de una cosa son eminentemente administrativos, y como tales, se hallan sujetos a los acuerdos de la mayoría de los partícipes, y que, mientras nuestra legislación no admita, como la belga, que uno de los copropietarios pueda realizar válidamente los actos conservatorios y de administración provisional, no compete a uno de los copropietarios ni a la minoría más facultades que las derivadas del artículo 398 del Código Civil..."⁽⁴⁵⁾

Esta discusión no podría presentarse en nuestra legislación costarricense porque el artículo 44 de la ley faculta en casos de ausencia, incapacidad o omisiones del Administrador, la acción de cualquiera de los propietarios para la realización de actos imposterables de conservación y administración, dándole la facultad de repetir de los demás el pago proporcional de los gastos hechos, mediante justificación pertinente.

La nueva legislación española contiene un artículo de singular importancia: el 12, que dispone: "Los propietarios elegirán de entre ellos un presidente, que representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afectan..."⁽⁴⁶⁾ Así la legislación moderna de España concibe la comunidad de propietarios como un ente jurídico con personalidad propia y por consiguiente podrá actuar a través de su representante; y contra ella también podrá iniciarse una acción judicial en la persona de su representante, sin tener que demandar individualmente a cada uno de los copropietarios.

En la legislación argentina parece no estar bien definida la comunidad de propietarios con las características de un ente con

(45) Ibidem, pág. 341.

(46) Casso y Cervera. Ob. citada. Apéndice pág. 755.

plena personalidad jurídica, ya que en la comentada primera Conferencia sobre el Régimen de Propiedad Horizontal de junio de 1961, el distinguido tratadista Hernán Racciatti propuso esta moción "Se caracterizará legalmente el consorcio de propietarios... como sujeto de derechos, investido de una personalidad ad hoc, o más exactamente de una capacidad limitada o restringida, cuando éste actúa en función de la comunidad".⁽⁴⁷⁾

En nuestra ley, la situación no es clara. Si bien al disponer que lo acordado por la Asamblea obliga a todos los propietarios (art. 37) y al Administrador se le dan cuando menos funciones de apoderado general (art. 40) y le corresponde "la ejecución de los acuerdos de la Asamblea de Propietarios" (art. 41), da la impresión de que la comunidad de propietarios es un ente con personalidad jurídica propia, es lo cierto que al omitir la ley una expresa declaración en ese sentido, entra la duda de si a la hora de plantearse una acción judicial contra la comunidad como tal, podría entenderse ésta válidamente constituida para esos efectos o si el accionante estaría en la obligación de demandar unipersonalmente a todos y cada uno de los copropietarios.

Si se observan las disposiciones que tratan sobre el Administrador, se verá que si bien le otorgan facultades de Apoderado General, cuando menos, ciertas disposiciones parecen restringir esas facultades a la administración, cuidado y vigilancia de los bienes comunes; al cobro de cuotas para gastos comunes; al uso indebido del edificio (arts. 25, 32, 41). Y expresamente el artículo 40 señala que esas facultades de apoderado las tendrá el Administrador" con respecto al edificio y a los bienes comunes".

Pareciera que faltó en la ley una expresa designación, como sí lo hizo la española, de la personería del Administrador para asuntos extrajudiciales y judiciales, que habría eliminado toda duda al respecto. Pero creemos que dentro del espíritu de nuestra ley, por las disposiciones que hemos venido comentando, está la de configurar la comunidad de propietarios como un ente jurídico, por lo cual no sería infundado que por la vía interpretativa los tribunales le dieran esa naturaleza y se permitiera una acción contra la comunidad en la persona del administrador.

(47) Propiedad Horizontal. Primera Conferencia Nacional. Pág. 23 in fine (Ob. citada).

Nos parece que el problema apuntado podría solucionarse insertando en el Reglamento de Condominio, las atribuciones que ha de tener el administrador para representar a la comunidad de propietarios, porque no hay disposición de la ley, prohibitiva en ese sentido, —y la institución que nos ocupa participa tanto de las características de una persona jurídica, creada por ley, como por la contratación, por lo que en cuanto a su personalidad o capacidad de derecho cabe aplicar los términos del artículo 20 del Código Civil.

VIII. El Administrador.

El administrador, como ya hemos visto por los problemas analizados en el capítulo anterior, es el representante de la comunidad o consorcio de propietarios. Nuestra ley indica que el Reglamento de Condominio debe señalar sus funciones y hacer la designación del mismo para el primer período. (art. 45). Esto hace que imperativamente deba existir un administrador en el régimen de propiedad horizontal costarricense. En otras legislaciones como en la nueva de España por ejemplo, se hace imperativa la existencia del Administrador cuando excede de cuatro el número de copropietarios.^{(48) V}

Si bien la ley le señala, cuando no se ha dispuesto otra cosa, las atribuciones de un apoderado general, sería factible ampliar esas atribuciones y darle aquellas que se indiquen en la escritura constitutiva, pues al respecto no es limitativa la ley.

La escritura constitutiva debe señalar las formas de nombrar y sustituir al administrador con sus facultades y obligaciones; el período de nombramiento y causas para removerlo; así como la remuneración que habrá de corresponderle.

Facultades muy importantes le corresponden con relación al cobro de las cuotas de los copropietarios en los gastos comunes. La ley da a sus certificaciones, una vez que hayan sido refrendadas por un Contador Público Autorizado, el carácter de título ejecutivo. (art. 32). X

También le corresponde gestionar la imposición de infracciones a quienes no utilicen la propiedad conforme al destino de la misma; parturben la tranquilidad de sus moradores o compro-

(48) Casso y Cervera. Diccionario. Ob. citada. Apéndice pág. 755.

metan la solidez, seguridad, salubridad o comodidad del edificio; estas sanciones son las de multa de ₡ 50 a ₡ 500, según lo prescrito por el artículo 26 de la ley.

Las medidas que el Administrador tome en ejercicio de sus funciones serán obligatorias para todos los propietarios, a menos que la Asamblea las modifique o revoque (art. 42).

¶ Se le obliga a llevar un libro legalizado de Caja; y su personería la prueba con certificación del Registro Público de la parte conducente del reglamento interno, debidamente inscrito, en que consta su nombramiento y aceptación del cargo (art. 43)!

IX. El Reglamento.

¶ Hemos indicado que la ley exige en la escritura constitutiva la formulación de un Reglamento de Condominio y Administración (arts. 8 y 9). Esta exigencia no es universal. La legislación italiana por ejemplo, lo exige cuando el número de copropietarios exceda de diez.⁽⁴⁹⁾

La legislación uruguaya dispone optativamente sobre la elaboración del Reglamento indicando disposiciones supletorias por los que se regirá a falta de reglamento o en su silencio, las relaciones entre los propietarios de los diversos pisos.⁽⁵⁰⁾

El Reglamento, debe ser aprobado inicialmente por una mayoría de votos que represente no menos de dos tercios del valor total del edificio. Una vez vigente sólo podrá modificarse por acuerdo unánime de los propietarios. (art. 46).

¶ Entendemos esta disposición, la de aprobación del Reglamento, como un acto posterior a la constitución de la escritura. Es decir que debe haber una primera Asamblea de Propietarios en que se discuta y apruebe el Reglamento. Los posteriores adquirentes tendrán que aceptar esas cláusulas mientras no consigan una unanimidad de pareceres para modificarlo. Y mientras la Asamblea de propietarios no se realice, deberá estimarse vigente el texto como fue aprobado por el Registro Público, al inscribir la escritura co-

(49) Francesco Messineo. Derecho Civil y Comercial. Editorial Ejea. Tomo I, cita del Código italiano art. 1130.

(50) Véanse "Comentarios al Proyecto de Ley de Propiedad Horizontal de Rogelio Sotela en Ob. citada, pág. 542.

respondiente. Conviene anotar que el inciso d) del artículo 41 de la ley contiene error de publicación. Teniendo a la vista del proyecto de la ley⁽⁵¹⁾ que contiene diversa redacción aunque con la misma idea, pensamos que en dicho inciso se utilizó equivocadamente el pronombre "éste" por "éstas"; sea que el artículo se refiere al uso y limitaciones de las cosas comunes y a las condiciones en que ese uso se ejercitará."

Sobre la necesidad de una aprobación posterior del Reglamento de Condominio, la Primera Conferencia de Argentina sobre Propiedad Horizontal recogió una ponencia del Dr. Lorenzo Berdina, que reproducimos en lo pertinente por encontrar interesante para reforzar nuestro punto de vista explicado anteriormente, de que el Reglamento transcrito en la escritura, debe merecer una posterior ratificación. Dice así el citado autor: "Es frecuente que el reglamento de copropiedad y administración sea formulado por la empresa o personas que tuvieron a su cargo la promoción de la edificación o la venta del edificio. Aprovechando esa situación, en más de una oportunidad, incluyen disposiciones enderezadas exclusivamente a mantenerlos en situación de irritante desigualdad y privilegio.

Se estima debe incluirse en el artículo 9 una previsión conforme a la cual, en la primera asamblea de copropietarios posterior a la venta de las unidades y siempre que se hubieran transferido no menos del 70% de las mismas, el reglamento de copropiedad y administración será sometido a ratificación o modificación, exigiéndose en este segundo supuesto una mayoría no inferior a dos tercios de votos...".⁽⁵²⁾

Debemos agregar, que la enumeración que hace el artículo 45 de la ley sobre los puntos que debe contener el Reglamento no es exhaustiva, y sería posible insertar algunas otras disposiciones que sean congruentes con la naturaleza de la institución que se comenta. Por ejemplo las regulaciones sobre una posible instalación de ascensores, prevista en la edificación, a partir de cierto piso; la modalidad de los seguros; la forma de percepción y pago de cuotas de los gastos comunes y honorarios del Administrador, etc.

(51) Puede consultarse en el artículo relacionado en la nota anterior.

(52) Véase Propiedad Horizontal, Primera Conferencia... Ob. citada, pág. 28.

X. Protección de los Adquirentes.

Uno de los aspectos que más preocupa en el régimen de propiedad horizontal, es la protección que debe darse a los adquirentes de derechos en la construcción de edificaciones que habrán de regirse por la ley que nos ocupa, contra empresas inescrupulosas. El caso podría presentarse cuando se ofrezca vender un edificio por construir, y se recibieren aportes del público con la sola garantía de una promesa de venta por ejemplo. Debe recordarse que el artículo 8 de la ley permite acogerse al régimen de propiedad horizontal no sólo cuando un edificio esté construido, sino cuando el propietario "se proponga construir en su terreno... desde el momento en que el terreno y el edificio por construir se den en garantía de un crédito o desde que se venda o se prometa vender cualquiera de las divisiones proyectadas". En nuestro medio, por la escasa aplicación del régimen que nos ocupa y porque usualmente las empresas constructoras conocidas son todas de solvencia y seriedad suficientes, no se han presentado estos problemas. Pero según las exposiciones de los autores, ellos deben ser frecuentes porque ya se han intentado soluciones varias para impedir defraudaciones en este campo. Debiera retocarse el artículo 8 de la ley en la forma como se expresa en los comentarios al Proyecto de Ley presentados por el Lic. Rogelio Sotela⁽⁵³⁾ porque tal como está no se indica que el crédito de que se habla lo sea con el "propósito de edificar dentro del régimen de propiedad horizontal"; la ley sí recogió la otra observación tendiente a facilitar la inscripción de promesas de venta y con ello facilitar el resguardo de su derecho al futuro propietario. Este punto fue ampliamente debatido en las Jornadas Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal realizadas en Montevideo y en esa ocasión el ilustre jurista uruguayo Dr. José Sánchez Fontas q.d.D.g. expresó refiriéndose al asunto lo siguiente: "A menos que se exigiera preceptivamente que el promitente-adquirente fuese copropietario del terreno, tratándose de un edificio simplemente proyectado o en vías de construcción, por ineludibles exigencias lógicas, no puede constituirse como derecho real en la cosa. El apartamento constituye una cosa futura y por consiguiente no es susceptible de un derecho actual, sino de un simple eventual derecho de expectativa. Cuando el promitente

(53) Revista de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica N° 4, pág. 344.

adquirente es condómino del terreno, la situación es distinta, porque el edificio se incorpora a éste por accesión, pero no es el supuesto que se da normalmente en materia de construcción en propiedad horizontal. En la mayor parte de los casos, la empresa promotora o constructora es la propietaria del terreno y celebra con el interesado en adquirir el piso o apartamento un contrato que suele caratularse impropriamente por los prácticos "compraventa sobre planos" o "boletos de compraventa".⁽⁵⁴⁾ Haciéndose eco de estos problemas el Lic. Julio Caballeros Galindo en el proyecto de ley que presentara a la Asamblea Legislativa de su país extremó las medidas sugiriendo que "no se permita la transmisión o gravámenes de un piso, departamento o habitación meramente proyectado y no comenzado a construir...".⁽⁵⁵⁾

En la mencionada Primera Conferencia sobre el Régimen de Propiedad Horizontal en la Argentina, el Dr. Caupolicán J. Castilla propuso la siguiente recomendación: "N° 5 Es necesario exigir fianza o garantía suficiente a las empresas promotoras de propiedad horizontal, por el sistema de consorcios, para evitar perjuicios patrimoniales a los adquirentes de unidades a construirse que hayan efectuado aportes, en el caso de suspensión definitiva de la construcción, por falta de constitución del llamado consorcio o por quiebra o por culpa del promotor", y para justificarla expuso lo siguiente: "La experiencia de más de trece años de vigencia de la ley 13512 enseña que el nuevo régimen de propiedad que ella crea ha facilitado en algunos casos maniobras de inescrupulosos, y en otros ha posibilitado por razones de imprevisión, el perjuicio a quienes de buena fe han comprometido la compra de un departamento a construirse en propiedad horizontal.

El sistema seguido por los promotores de consorcio se encauza generalmente por las mismas vías: se anuncia la erección de un edificio en propiedad horizontal en un determinado terreno cuya compra se ha convenido en forma condicionada con el propietario del mismo: las condiciones a las que se sujetan los interesados, habitualmente consisten en aportes iniciales cuya devolución se obliga a efectuar el promotor si en determinado plazo no se ha colocado un número preestablecido de unidades.

(54) "Jornadas..." Ob. citada, pág. 36.

(55) Julio Caballero Galindo. La Propiedad Horizontal Dividida y el Registro. Edit. Universitaria de San Carlos de Guatemala. 1959, pág. 180.

Cuando existen compromisos de compra de número suficiente se firma el boleto de compraventa con el propietario del terreno y se inician los trabajos de demolición o de construcción; simultáneamente los adquirentes deben iniciar el pago de los aportes a que se obligaron, en las condiciones y plazos convenidos con el promotor.

Este es el momento en que nace el riesgo, y él puede originarse de diversas maneras: que no se coloquen las unidades restantes y el caudal de aportes no permita llevar adelante la construcción ni completar el saldo del precio del terreno; o que vendidas todas las unidades algunos compradores no puedan cumplir con sus obligaciones; o que el encarecimiento imprevisto o prematuro de materiales o mano de obra eleve los costos estimados y supere las posibilidades de los compradores que no puedan aportar en la medida necesaria para continuar la construcción; y finalmente puede ocurrir que empresarios de mala fe en poder de las recaudaciones paralicen los trabajos y burlen los derechos de los adquirentes explotando un aparente estado de insolvencia.

El problema varía según el estado de la construcción, y el motivo que lo origina. Cuando la construcción ha progresado lo suficiente para cubrir el importe de los aportes efectuados, a cuando las causas determinantes de su paralización son los aumentos de materiales, de mano de obra o de defeción en el pago de algunos compradores, los restantes tienen recursos para la defensa de sus capitales. Pero cuando la suspensión definitiva de la construcción se produce apenas en sus comienzos, o aun antes de haberse iniciado, el comprador que aportó no tiene más defensa de su patrimonio que la solvencia de la empresa promotora o el valor de lo construido. Este último generalmente no responde al monto aportado porque su total se absorbe en gran parte por la mano de obra, comisiones, honorarios, etc., a lo que debe agregarse la agravación del problema que significa el boleto de compraventa del terreno, cuya ejecución casi siempre demora bastante, pues su escrituración se posterga hasta que estén vendidas todas o casi todas las unidades.

En defensa de esos adquirentes que cumplen con sus obligaciones patrimoniales y sin desconocer que el sistema de cuentas bancarias conjuntas que utilizan muchas empresas es un medio de garantía, la ley debe arbitrar un sistema que asegure a los compradores la recuperación de las sumas ingresadas cuando se suspende

definitivamente la obra porque no se integra número de unidades vendidas necesario para llevar adelante la edificación, o cuando quiebra o desaparece el promotor.

La exigencia de un registro rubricado de boletos, de cuentas conjuntas, o de una fianza o solvencia garantizada por la disponibilidad de ciertos bienes de respaldo, y en cantidad suficiente para responder al volumen de aportes iniciales que depare la obra cuya erección se promueve, sería una medida de resguardo que con sus alcances daría adecuada protección a los compradores, que por su contrato se adhirieron a un proyecto y deben, la mayoría de los casos, confiarse en la corrección de la empresa y en la buena fortuna del plan trazado.

La ley debe evitar que queden librados a estas circunstancias, otorgándoles en sus recaudos las suficientes garantías, para que los procesos de promoción gocen de la confianza pública, sin retaceos y sin posibilidades de perjuicio".⁽⁵⁶⁾

XI. Obligaciones de los Ocupantes.

«Decía el autor A. Ventura Traveset "que no hay una sola, sino varias propiedades horizontales"⁽⁵⁷⁾ y en ello en gran parte influye la disímil característica que en cuanto a orden profesional, cultural, religioso, de nacionalidad, etc. puede presentar cada uno de los propietarios. Por este motivo la ley y el reglamento se ocupan de fijar ciertas obligaciones por parte del consorcio de propietarios, que buscan por finalidad no desnaturalizar la institución y a la vez ordenar en un mínimo aceptable las normas de convivencia de quienes han de formar parte de ese conglomerado humano que llega a constituir el régimen de propiedad horizontal. Así por ejemplo, es obligación primordial respetar el destino general del edificio y el especial de cada piso, departamento o local como se indica en el artículo 4, que de paso sea dicho, tiene una referencia indebida al 2º, cuando debe ser al 7º. El art. 26 se refiere también a lo mismo. También el permitir el uso y goce racional de las cosas comunes, sin extralimitarse en su derecho como se señala en el artículo 21, es otra obligación que debe satisfacerse. También el pago de los

(56) Propiedad Horizontal. Primera Conferencia . . . Ob. citada, pág. 2.

(57) Véase la nota 17.

gastos comunes, en la parte proporcional, a que se refiere el artículo 31 y su participación en la conservación o reconstrucción de dichos bienes comunes, que no podría eludirse con el argumento del no uso o de una renuncia voluntaria, porque así lo prescribe el artículo 23. Sobre este punto Jerónimo González nos explica la naturaleza de obligaciones "propter rem" que estas exigencias de la ley tienen, siendo por ello una renuncia total también del piso o departamento para poder exonerarse de esa obligación; dice al respecto don Jerónimo: "... La obligación a que alude este párrafo es de las llamadas "propter rem", es decir, se halla impuesta por la mera tenencia de la cosa común, o, mejor dicho, por la propiedad del piso o de la vivienda que utiliza el servicio, y, por esta razón, uno de los dueños no puede eximirse de la contribución abandonando su derecho de copropiedad sobre estas mismas cosas comunes, sino que necesita renunciar tanto a la copropiedad de los elementos, partes o servicios comunes, como a la del piso o de la vivienda que privativamente le pertenece".⁽⁵⁸⁾

3 El conducirse moralmente y evitar la perturbación de la tranquilidad de los demás propietarios es obligación muy importante. También evitar cambios en la forma externa de las fachadas o decorar las paredes, puertas o ventanas exteriores en forma o con colores distintos a los del conjunto. Estas faltas pueden ser sancionadas con multa de 50 a 500 colones a juicio de la autoridad judicial, y para pedir su acción tendrá personería tanto el Administrador del edificio como cualquiera de los propietarios. De persistirse en la actuación se podrá repetir la pena si no cesare la infracción. Y si a pesar de eso persistiere la contumacia del propietario, ¿será imposible hacer algo más? El artículo 29 establece la posibilidad de exigir judicialmente un "cese de los actos", y es claro que si dictada la resolución judicial no la cumpliere, entonces podría ser juzgado el propietario por "desobediencia a la autoridad" en cuanto al punto que tratamos, regulado por el Código Penal que aprobó la ley 4573 de 4 de mayo de 1970, según inciso 7 del artículo 395.

4 Además debe decirse que las obligaciones impuestas al propietario deberán también ser cumplidas por quien ocupe la propiedad, sea en carácter de arrendatario o de usuario. Asimismo es

(58) Jerónimo González. Ob citada, pág. 342.

conveniente anotar que aparte de las sanciones de orden penal, el transgresor estará obligado además a la indemnización de orden civil correspondiente, caso de que su actitud haya producido daños o perjuicios.

5 Debe recordarse que otra obligación de gran importancia es la de acatar lo resuelto en la Asamblea de Propietarios, que conforme al artículo 37, obliga a todos los propietarios.

6 Con relación a construcciones y reparaciones dentro de su departamento o piso ha de tenerse presente la regulación del artículo 27 de la ley, que señala impedimento para innovar o modificar lo que afecte la estructura, paredes maestras u otros elementos esenciales del edificio, y abstenerse de todo acto, aun en el interior de su propiedad, que impida o haga menos eficaz la operación de los servicios comunes e instalaciones generales.

XII. Impuestos.

4 La ley ha señalado un sistema poco propicio con relación a los impuestos que deben pagarse al fisco y a la municipalidad. Los señala como "gastos comunes", admitiendo que si fuera posible conforme a la escritura constitutiva de condominio, o a la modalidad del servicio, deberán establecer una cuenta independiente para cada propietario. Pensamos que cada uno de ellos debería tener en todo caso su cuenta de impuestos y que en manera alguna fuera un gasto común. No debe olvidarse que los impuestos territoriales y municipales configuran una hipoteca legal sobre el inmueble. Y si la totalidad de propietarios no hubiere satisfecho su parte podría presentarse el caso de un cobro judicial originado en esa deuda, pagando justos por pecadores.⁴ Esta inquietud se tuvo en la Conferencia de Martilleros de Rosario a que nos hemos referido y a ella se presentó la siguiente ponencia que lleva el número 39. "La Conferencia Nacional etc., auspicia la reforma del artículo 13 de la ley en los siguientes términos:⁴ Art. 13: Los impuestos, tasas y contribuciones de mejoras nacionales, provinciales o municipales se cobrarán a cada propietario o poseedor independientemente. A tal efecto se practicarán las valuaciones en forma individual, computándose a la vez la parte proporcional indivisa de los bienes comunes. Dichas valuaciones deberán practicarse con los mismos índices que se apliquen a las propiedades construidas antes de la

ley, sin otra diferencia que la correspondiente a la amortización por antigüedad". Luis Cansino".⁽⁵⁹⁾

XIII. Terminación del Régimen.

El régimen de propiedad horizontal tiene como característica que lo diferencia de manera notoria con la copropiedad propiamente dicha, la de que las partes no pueden pedir la división de la cosa. Unicamente en el caso de que la totalidad de propietarios en unánime acuerdo así lo dispusiera, podría finalizarse el régimen y en este caso, pensamos que el acuerdo debe sentar las bases para la terminación efectiva de la comunidad, ya que de otro modo quedaría regulada la propiedad por las disposiciones que el Código Civil contiene sobre la copropiedad común.

49 Cuando se presenta el caso de destrucción total o parcial del edificio y la mayoría de los propietarios deciden reconstruirlo, el monto del seguro se destinará a ese fin y si fuere insuficiente, dice la ley, todos los propietarios deberán contribuir en la proporción establecida en la escritura.

Los que se negaren a hacerlo crearán en favor de los otros propietarios el derecho de comprarles su propiedad a justa tasación de peritos; y caso de que los otros propietarios no tuvieran interés, los derechos de los disidentes serán rematados en subasta pública, como se dice en el artículo 49.

Cabe en este punto que analizamos la pregunta de si un solo propietario llegare a adquirir los diversos pisos de un edificio y todos sus departamentos, se estaría en presencia de una terminación del régimen a la manera en que una obligación se extingue por confusión cuando el deudor adquiere el crédito debido? En la antigua legislación española la redacción del artículo 396 del Código Civil que se refería a la hipótesis de pertenecer el edificio a "distintos propietarios", hizo a Jerónimo González pronunciarse por la afirmativa, declarando la extinción por la forma de decir de la ley y cambiarse en el principio jurídico "res sua nemini servit".⁽⁶⁰⁾ Pero hoy en día ese artículo fue reformado por la ley de 21 de julio de 1960 y en la reforma se eliminó la expresión comentada. Ahora bien, indicando el inciso a) del artículo 6 de nuestra ley que la

(59) Primera Conferencia sobre Propiedad Horizontal... Ob. citada, pág. 33.

(60) Jerónimo González. Ob. citada, pág. 344.

propiedad horizontal puede originarse" cuando los diversos pisos, departamentos o locales de que conste un edificio, pertenezcan a distintos dueños" tendríamos que concluir en que ¿de darse el caso de unidad de propietario tenga que extinguirse el régimen por confusión? Nuestra respuesta no puede ser afirmativa en todo caso, porque el origen de la comunidad pudo ser también "la construcción con el objeto de vender sus diferentes pisos", o cuando ha habido "una decisión del propietario de someterlo al régimen de la ley de propiedad horizontal", como se señala en los otros incisos del citado artículo.

XIV. Otros Aspectos de Interés.

A lo dicho conviene plantear un par de inquietudes que surgieron en la Conferencia de Martilleros de Rosario a que nos hemos venido refiriendo.

La primera de ellas se relaciona con la posibilidad de tomar medidas que garanticen, en la confección de planos relacionados con edificios regulados por la ley que se comenta, uniformidad en su confección, con iguales normas gráficas, planillas de cálculos y terminología, haciéndose obligatoria esa uniformidad.⁽⁶¹⁾ La experiencia nuestra es tan pobre en la materia que no podríamos indicar como necesaria una reforma de este tipo, pero desde que la inquietud se ha planteado ya en otras latitudes convendría tomarla en cuenta para cuando cobre incremento en nuestro medio el régimen de propiedad horizontal.

La otra propuesta comentada en esa conferencia es la que se relaciona con la aplicación de la ley a la división horizontal de los sepulcros. El proponente justificaba así su ponencia: "... Son bien conocidos los problemas que crea en las grandes ciudades la falta de espacios en sus necrópolis y sus elevados costos. Ocupan lugares reducidos y son edificios de poca altura además de su aspecto antiestético.

Creo que a esta altura de nuestra civilización podría prescindirse de esos sótanos húmedos y procurar y facilitar la construcción de edificios que aúnen con la estética, elementos de salubridad e higiene a la par que procurar la solución de un grave problema.

(61) Primera Conferencia Sobre Propiedad Horizontal. Ob. citada, pág. 37. N. 45.

Pienso que podrían muy bien guardarse los restos en edificios iluminados, de varios pisos, con ascensor, que eviten el triste espectáculo de inclinar los ataúdes para introducirlos y que posean en planta baja una capilla u oratorio para que los propietarios y sus familiares puedan recogerse en sus oraciones. Su costo sería bastante inferior al de un edificio destinado a vivienda y se ampliaría en varias veces la capacidad receptiva actual.

Los técnicos dirán la última palabra sobre el estilo y sobriedad que debe guardar pero los legisladores deben procurar los medios que posibiliten su construcción y mejore la estética actual con la existencia de avenidas y jardines. Aldo A. Barbero".⁽⁶²⁾

Pensamos que en nuestra legislación no habría impedimento legal alguno para utilizar el régimen de propiedad horizontal en los sepulcros, y es natural pensar que el Reglamento de Condominio y el Administrador tendrán en estos casos muy particulares disposiciones el primero y muy específicas actividades el segundo.

Nos ha parecido interesante exponer la propuesta transcrita para recordar la posibilidad de aplicar a las necrópolis el régimen que nos ocupa.

XVI. Declaración Sobre Propiedad Horizontal.

En el año 1962 distinguidos juristas brasileños, chilenos y uruguayos realizaron un interesante cambio de impresiones sobre el ordenamiento jurídico de la propiedad horizontal en sus respectivos países; el producto de ese interesante debate fue impreso en la publicación "Cuadernos" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, en el número siete. Consideramos conveniente reproducir el texto de dicha declaración por la importancia de los principios contenidos.

(62) *Ibidem*, pág. 39. N. 51.

DECLARACIÓN SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

Teniendo en cuenta la situación del Instituto de la Propiedad Horizontal en los distintos países de América Latina, la cual fue expuesta por los señores delegados de los países intervinientes en estas Jornadas.

Considerando que el referido Instituto posee la mayor utilidad desde el punto de vista de sus realizaciones prácticas y que es conveniente, por tanto, al interés social de las comunidades de nuestros países que se propicie su perfeccionamiento, normal desarrollo e intensificación.

Sin perjuicio de estimar que las memorias de estas Jornadas contienen numerosos elementos y antecedentes que deberán tenerse en cuenta para aportar al problema los correctivos de orden urbanístico, jurídico, social y económico que el mismo reclama.

En el deseo de contribuir a la expansión y mejoramiento de las experiencias legislativas, técnicas y económicas llevadas a cabo hasta el presente en los países latinoamericanos.

Las Delegaciones Oficiales a las Jornadas de Experiencia Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal, celebrada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, los días 8 y 9 de mayo de 1962.

Resuelven:

Aprobar las siguientes bases que reflejan tendencialmente las aspiraciones de los concurrentes a estas Jornadas.

Base Primera:

Debe procurarse que las realizaciones de propiedad horizontal contribuyan del modo más eficaz, a imponer la vigencia de los principios de higiene, comodidad, ornamentación y demás que son aconsejados por la moderna técnica urbanística. A este efecto se estima necesaria una estrecha colaboración de los diversos institutos de carácter estadual, municipal, universitario y privado, que pueden contribuir al mejoramiento de los planes de edificación de la propiedad horizontal. En este orden deberá tenderse especialmente,

a una aplicación adecuada de los principios racionales que presiden la formación de los centros poblados, y a flexibilizar los planes reguladores de las distintas ciudades a fin de que se pueda ejercer una verdadera dirección de la política edilicia a tal respecto.

Base Segunda:

Observándose en las distintas legislaciones un grave vacío en todo lo que se refiere a la reglamentación de los problemas que se originan durante el período de preparación y construcción del edificio de propiedad horizontal, es necesario colmar estos claros, estableciéndose un régimen de garantías que permita una adecuada protección de los derechos de los promitentes adquirentes y de los terceros acreedores, y a la vez, no desestime al empresario. A este efecto debe reglamentarse el contrato de compra de la futura propiedad horizontal creando la solemnidad del mismo en base a su registro, disponiéndose el establecimiento preceptivo de ciertas normas con carácter de orden público y previéndose la inclusión de cláusulas que tienden a la eficaz protección de los derechos del comprador frente al vendedor o la propiedad, y de estos últimos frente al comprador obstruccionista o moroso. Asimismo deberá configurarse claramente la naturaleza del derecho que adquiere el promitente comprador atribuyéndole por el mero hecho de serlo, una propiedad indivisa sobre el inmueble en el cual se construye el edificio, y disponerse un régimen de sanciones civiles, y eventualmente penales en vistas a prevenir los abusos que puedan originarse en actividades de promores poco escrupulosos.

Base Tercera:

No siendo aconsejable la creación de órganos directamente encaminados al establecimiento de sistemas de contralor sobre la actividad empresística de propiedad horizontal, se considera conveniente propiciar el ejercicio de una fiscalización eficaz a través de los organismos paraestadales o privados que regulen el otorgamiento de los créditos. Sin perjuicio de ello, y con carácter general, deberán establecerse exigencias adecuadas en cuanto al reglamento de copropiedad que ha de regular las relaciones de los condóminos.

Base Cuarta:

Encontrando el régimen de propiedad horizontal su finalidad más noble en el servicio de los problemas de carácter social origi-

nados en orden de la vivienda, y su más auténtica justificación en el momento actual en remediar la escasez de casa-habitación debe tenderse, en primer término, a propiciar la constitución de propiedades horizontales destinadas a encarar los problemas del mayor número de los pobladores y de aquellos en los cuales los futuros propietarios se organicen en regímenes de sociedad, de comunidad cooperativa o de grupos familiares de escasos medios económicos. Sin perjuicio de ello el Estado, deberá orientar por sí o mediante organismos especializados, la actividad empresística privada hacia la solución del problema de la vivienda popular, creando los adecuados estímulos que impulsen a la iniciativa particular a desarrollarse preferentemente en esta zona y realizándola por sí mismo en cuanto sea conveniente.

Base Quinta:

Siendo una realidad que en los sistemas económicos vigentes el mayor volumen de edificación por el régimen de la ley de propiedad horizontal, queda confiado a los esfuerzos de la iniciativa privada, el Estado debe crear los incentivos económicos para que ella se desarrolle en forma satisfactoria, orientándose a la solución de los problemas habitacionales, especialmente de aquellos de la gente de más modestos recursos, que suele ser la que mayor y más considerables dificultades encuentra en superarlos. En este orden de ideas es necesario el establecimiento de amplias, eficaces y relativamente duraderas exoneraciones impositivas que comprendan tanto los impuestos inmobiliarios y a las transacciones, y los gravámenes a la renta, en todas sus formas cuanto cualquier otro tributo que pueda dificultar la actividad de la construcción, teniendo muy en cuenta este respecto que la merma de recaudación fiscal que por tales exoneraciones pudiera originarse, será siempre compensada con creces por el incremento de los ingresos que derivará de la intensificación de la actividad de la construcción.

También es conveniente que el legislador sancione disposiciones paralelas que acrecienten el incentivo para la edificación por el régimen de propiedad horizontal, tales como las relativas a la exoneración general de las limitaciones que imponen las leyes de alquileres, y a arbitrar fórmulas de financiación que fomenten el poder adquisitivo de los compradores.

Montevideo, mayo 9 de 1962.

Jorge Periano Facio,
Presidente.

Caio Mario Da Silva Pereyra,
Delegado de la Facultad de Derecho de Belo Horizonte,
(Minas Gerais, Brasil).

Fernando Fueyo,
Delegado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de Santiago (Chile).

José Sánchez Fontans y Fernando Miranda,
Representantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de Montevideo.

Víctor H. Cairoli,
Secretario.

o O o

Posteriormente, en ese año, la delegación argentina que no había podido concurrir a las Jornadas manifestó: "La delegación argentina se adhiere en un todo a la declaración aprobada en las Jornadas de Experiencia Latinoamericanas sobre Propiedad Horizontal celebradas en Montevideo en mayo del corriente año, con la sola salvedad del empleo que en ella se da a las expresiones "condominio" y "propiedad" para designar los derechos de los titulares del derecho real en cuestión".

SITUACIONES JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS
BIBLIOTECA
PROF. EDUARDO ORTIZ
Titular D. Administrativo.
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

1.—Situaciones Objetivas y Subjetivas. Concepto y Tipos.

El derecho es un orden o conjunto de normas hipotéticas, porque regulan la conducta en la hipótesis de que el hombre se halle colocado en una determinada situación de hecho. Cuando ésta se realiza, la norma se aplica, por lo que se entiende que se atribuyen al hombre las posiciones que la ley considera debidas de su parte frente a su conducta o a la ajena. Llámense situaciones jurídicas subjetivas estas posiciones que consisten en una relación del hombre con la norma por virtud de la cual aquél resulta normativamente habilitado o imposibilitado para hacer o no hacer algo frente a los demás. La calificación de subjetivas alude al objeto de estas posiciones, que es la conducta de un sujeto determinado autorizada o prohibida por la norma.

Con ello, éstas se distinguen de las llamadas situaciones objetivas, que son la relación de un hecho con la norma cuya aplicación condiciona, por virtud de la cual aquél adquiere la naturaleza jurídica que le permite producir —una vez realizado—, las otras situaciones subjetivas que se analizan. Hay una situación jurídica objetiva, en otras palabras, siempre que un hecho realizado reúne las características que lo capacitan para producir un efecto de derecho de acuerdo con la norma.

Los dos tipos principales de situaciones jurídicas objetivas son las cualidades y los estados jurídicos; ambos integran, como quedó expresado, el hecho a que se refiere la hipótesis legal, que la doctrina latinoamericana más reciente llama el "supuesto jurídico". Esto significa que el derecho define esa hipótesis empleando calificaciones de ser que atribuye a las personas, los actos, los comportamientos o las cosas, o a las relaciones de uno con otro cualquiera de esos elementos, como si describiera la realidad en que

habrá de aplicarse, al modo de una ley natural, y no como verdadera norma que prescribe el deber ser de la conducta. Las notas que atribuye a los elementos integrantes del supuesto otorgan a éstos un modo de ser jurídico, que es el que les confiere la norma misma, y que puede llamarse la cualidad jurídica de un objeto dentro del derecho, lo que el mismo "es" según la ley, y no sólo lo que "debe ser". Estas cualidades implican también un mandato de la norma, en el sentido de que se deben tener como propias de un determinado objeto cuando el mismo se presenta de conformidad con el esquema o descripción dado por aquélla; pero dentro del derecho, la función de estas cualidades es calificar jurídicamente el ser de las cosas, su estado actual de existencia, y no indicar cómo debe ser la conducta.

Así, por ejemplo, para adquirir el derecho a la jubilación es preciso haber alcanzado la edad de 60 años dentro de un determinado régimen; el hecho de haberla alcanzado produce en el sujeto una cualidad —hombre de 60 años, jubilable—, que integra el hecho previsto por la norma para adquirir el derecho a la jubilación. O bien, la declaración de utilidad pública de una obra a realizar, (El Plan Vial) otorga a éste la cualidad de proyecto de interés público y la de "cosa expropiable" a las fincas que se reputan necesarias para su realización, cualidades indispensables para que nazca la potestad del Estado a expropiar en el caso concreto. Es posible que no sólo las cosas, los sujetos o los comportamientos, sino también los actos mismos adquieran determinadas cualidades o modos jurídicos de ser a efecto de posibilitar o impedir un efecto jurídico posterior, como ocurre cuando se habla de actos nulos, ilícitos, ineficaces, inoportunos, extemporáneos, etc. Todas estas son notas que permiten, respectivamente, la anulación posterior del acto nulo o ilícito, el perfeccionamiento mediante la aprobación o confirmación del acto ineficaz, etc.

Los estados son también cualidades y se dividen en estados y relaciones. Estas últimas no son formas de la relación jurídica, definida como el vínculo entre dos o más sujetos, mediante el cual coordinan su conducta recíproca a través de un derecho y una obligación correlativos. La relación que es situación objetiva no es, en otras palabras, la relación jurídica en el sentido usual del término, que siempre alude a la situación subjetiva de dos o más con derechos y obligaciones recíprocos. La relación que ahora ana-

lizamos es aquel estado, de hecho o creado por el derecho mismo, que forma un supuesto para el nacimiento de esas relaciones bilaterales y subjetivas y que se traduce en cualidades de dos sujetos, cada uno considerado por referencia al otro, que sirven de soporte a un conjunto ordenado de derechos y obligaciones entre ambos. Puede definirse, según ello, como el conjunto de cualidades de dos o más personas, dentro de una relación considerada como un hecho por la ley, a efecto de atribuir a cada una derechos y obligaciones recíprocos. Es el caso, por ejemplo, de la filiación o paternidad, de la jerarquía administrativa, de la relación social dentro de una entidad colectiva, del carácter de propietario frente al público en el caso de los llamados derechos reales, etc. En todas estas hipótesis hay dos o más personas ligadas por una relación que el derecho asume como un supuesto de los derechos y obligaciones existentes entre ellas: padre-hijo, socio-cosocio, jerarca-subordinado, etc. En estas relaciones hay una serie de situaciones jurídicas en que se descompone el llamado estado de socio, de jerarca, de propietario, de padre, y que, sin embargo, no se confunden con estas mismas cualidades. Estas —como se dijo—, son el supuesto y causa de dichas situaciones, pero no se identifican con ningún derecho u obligación en particular.

Así el jerarca, por serlo, puede dar órdenes, revocar actos del inferior, imponer sanciones disciplinarias, pero su calidad de tal no depende ni se identifica con ninguna de estas potestades en particular, sino que radica exclusivamente en su intrínseca superioridad administrativa, de la cual automáticamente emanan todas las otras posibilidades de acción indicadas; y lo mismo podría decirse de las potestades del padre para educar a sus hijos (formarlos, disciplinarlos, representarlos, administrar sus bienes, etc.), que nacen todas del hecho fisiológico, puro y simple, de la concepción, que otorga la calidad de progenitor e impone todos los deberes de padre. Padre no es —contra lo que se dice— el que educa sino el que concibe, aunque no eduque nada; jerarca no es el que manda y vigila, sino el que es superior en grado, aunque en los hechos sea mandado o dominado por sus inferiores. Estas cualidades de superior jerárquico y de progenitor o padre, que no depende del ejercicio del derecho que otorgan ni con éste se confunden, sino que lo preceden y causan, son un ejemplo de la llamada relación de hecho como situación objetiva.

Similar pero más restringido resulta el concepto de estado, en sentido estricto, que algunos llaman también status. Se entiende por tal la cualidad de un sujeto perteneciente a un grupo, de la que nace —para todo el que la tiene—, un conjunto igual e irrenunciable de derechos y obligaciones. Es estado, en este sentido restringido, el de ciudadano, el de hijo de familia, el de miembro de un municipio, etc. Generalmente se considera que la comunidad de pertenencia ha de ser de las llamadas necesarias, en cuanto esa pertenencia debe ser obligatoria y depender de un hecho jurídico extraño a la voluntad del calificado como miembro; así con la nacionalidad o ciudadanía, porque la pertenencia al Estado o al Colegio Electoral, respectivamente, no depende de un acto de voluntad del costarricense ni del elector, sino de haber nacido en Costa Rica (o de ser hijo de costarricense) y de haber alcanzado la edad de 18 años. Pero en todo caso, es posible comprender dentro del concepto también la cualidad de perteneciente a una entidad colectiva voluntaria y hablar de estado de socio, de estado de cooperativista, de empleado público, etc.

Es decisivo observar, desde ahora, que muchos de los llamados derechos reales, no son otra cosa que cualidades o relaciones de hecho, asumidas por el derecho como supuestos para la atribución de derechos y obligaciones. Tener un derecho de propiedad, en otras palabras, es fundamentalmente tener la calidad de propietario y, a título de tal, derecho y obligaciones varios que no se confunden con esa calidad, así como ocurre con la de jerarca o de padre de familia frente a los derechos y obligaciones a ella adscritos, según se explicó. Los derechos reales, en otras palabras, no son situaciones jurídicas subjetivas (consecuencias o efectos jurídicos) sino objetivas; y consisten casi siempre en una cualidad de un sujeto que sirve de soporte a una serie de derechos y obligaciones de diversa naturaleza y estructura, como se verá posteriormente.

En síntesis, puede afirmarse que las situaciones jurídicas objetivas son las cualidades y relaciones de hecho, o asumidas como de hecho por la norma, correspondientes a sujetos, cosas, actos o comportamientos, que representan el modo de existencia de unos y otros, dentro del derecho, a los efectos de hacer nacer a partir de los mismos las situaciones jurídicas subjetivas, también llamadas consecuencias o efectos jurídicos. Se trata, en otras palabras, de

la relación entre la ley y el supuesto o hecho jurídico, que permite a este último llegar a ser tal en derecho y producir las consecuencias o efectos jurídicos.

2.—La Relación Jurídica, el Derecho Subjetivo y la Obligación.

Una autorizada doctrina sostiene la bilateralidad como nota esencial del derecho. La bilateralidad de la norma jurídica significa que la misma regula la conducta humana mediante el empleo de dos juicios que se implican mutuamente; uno llamado atributivo, que faculta a un sujeto para hacer algo, y otro llamado prescriptivo, que simultáneamente obliga a otro a hacer algo. Lo característico de la bilateralidad está en que, como se dijo, ambas normas se implican, aunque sólo una de ellas está formulada, de modo que siempre que se atribuye expresamente un poder se impone implícitamente a otro un deber conexo, y viceversa. La regulación de una conducta sólo es jurídica, según ello, si obliga a un sujeto al mismo tiempo que faculta a otro, y lo hace coordinando la conducta de ambos, de modo que la del obligado sirve para hacer posible la del derecho habiente, o por lo menos para no hacerla imposible.

“La referencia (de la norma jurídica) a cada uno de los sujetos implica una referencia correlativa al otro, puesto que el imponer a uno un deber supone el otorgar al otro el derecho de exigir el cumplimiento; del mismo modo que el atribuir a uno un derecho implica el imponer al otro (u otros), el deber de observar la conducta exigida para la satisfacción de las facultades del pretensor”... “La fórmula completa de la regulación bilateral es la siguiente: dado el hecho jurídico, el pretensor tiene el derecho de observar cierta conducta y, correlativamente, el obligado debe asumir la que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor” (Eduardo García Maynez, *Lógica del Juicio Jurídico*, Págs. 37 y 47).

De acuerdo con esta concepción, la regulación jurídica efectiva de la conducta humana se da siempre bajo la forma de relaciones jurídicas entre sujetos, por virtud de las cuales cuando uno tiene un derecho siempre hay otro —frente a él—, que tiene un deber cuya función es hacer posible que el primero pueda obtener una “cabal satisfacción de sus pretensiones”. Un derecho sin un sujeto obligado, o un deber sin un derecho habiente, son jurídicamente inconcebibles.

“Relación Jurídica es el vínculo que la disposición atributiva (del derecho) establece entre la persona a quien se permite tal o cual conducta y el (o los) obligados a observar las que hacen posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor (dueño del derecho)” (García Maynez, *Lógica del Concepto Jurídico*, Pág. 178).

O más breve: relación jurídica es el vínculo entre dos personas, establecido por una norma jurídica, que permite a una realizar una conducta y simultáneamente prohíbe a la otra toda conducta que pueda impedir la primera.

Dentro de la relación jurídica, así definida, los sujetos guardan dos clases de posiciones respecto de su conducta propia: o les está autorizada, o les está prohibida, siempre en relación con otro sujeto. La relación jurídica se da, entonces, entre dos posiciones de los sujetos relacionados, una favorable que consiste en una autorización, y otra desfavorable, que consiste en una prohibición, ambas coordinadas para hacer posible su simultáneo cumplimiento.

“Derecho Subjetivo es la posibilidad, concedida a una persona por una norma, de hacer u omitir lícitamente algo... En el derecho subjetivo la forma consiste en la permisión de un comportamiento, y el contenido en lo que en cada caso el titular puede lícitamente hacer o no hacer”. (García Maynez, *Lógica del Concepto Jurídico*. Pág. 147).

“El deber jurídico, es la restricción de la libertad exterior de una persona, deriva de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera una acción o una omisión... El deber jurídico restringe la libertad de acción del obligado en cuanto le niega el derecho de omitir la conducta prescrita o el de ejecutar la prohibida, y sólo le concede el de hacer lo que le manda omitir o el omitir lo que le veda” (García Maynez. *Ob. cit.* Pág. 148).

Esta última definición de deber jurídico, centrada en la idea de restricción a la libertad, es criticable porque indica cuál es el efecto del deber sobre la libertad, pero no dice en qué consiste el deber (Oscar Morineau, *El Estudio del Derecho*. Pág. 159). Una definición más precisa puede darse diciendo que el deber es “la necesidad jurídica de observar una cierta conducta” y que esta necesidad significa “la eliminación de toda posibilidad de elección

respecto de esa conducta” (Sebastiano Cassarino, *Le Situazione Giuridiche*, Págs. 15 - 16), lo que lleva directamente a la idea de prohibición, como esencia positiva del deber.

Si hay un deber cuando hay la posibilidad de realizar una conducta sin ninguna alternativa, de modo que la misma es la única autorizada en el caso concreto, puede decirse que hay un deber cuando una conducta está autorizada y está simultáneamente prohibida su omisión. Hay un derecho cuando está autorizada y permitida tanto su comisión como su omisión.

La doctrina mejicana ha elaborado los conceptos de derecho de libertad y de derecho de ejercicio obligatorio para afinar más aún la distinción entre derecho y deber, y separarlos de toda figura conexas. Así, el derecho es la posibilidad fundada en la norma jurídica de realizar una conducta, pero es de ejercicio facultativo cuando va acompañado de otra posibilidad distinta, que es la de optar entre esa realización o su omisión; a esta posibilidad adicional se ha llamado derecho de libertad o derecho de opción, y se da siempre que un sujeto puede no sólo hacer sino también dejar de hacer, a su gusto. Hay un derecho de ejercicio obligatorio, en cambio, cuando la posibilidad de realizar una conducta, que es la esencia del derecho subjetivo, va acompañada de la prohibición de omitirla, en términos que el individuo está en la necesidad de realizarla. Su derecho existe porque puede hacer algo, pero va acompañado de un deber, porque no puede, le está prohibido dejar de hacerlo.

Este afinamiento ha servido para enuclear el meollo irreducible del deber. El deber no corresponde a lo que está ordenado o impuesto, sino a lo que está prohibido. La restricción de la libertad apuntada como esencia del mismo positivamente corresponde a la prohibición de hacer algo, a la imposibilidad jurídica de hacerlo. Hay una restricción de la libertad, porque hay algo que no se puede hacer, que es la omisión de una conducta autorizada.

Según este enfoque pueden darse las siguientes definiciones del derecho subjetivo y del deber:

Es derecho subjetivo la autorización (de conducta), dada por la norma jurídica, que produce en el sujeto la posibilidad de hacer u omitir lícitamente algo. Es deber la prohibición de conducta, impuesta por la norma jurídica, que produce en el sujeto la

necesidad jurídica de no hacer algo o la imposibilidad jurídica de hacerlo.

Creemos que el descubrimiento de los derechos de libertad y de los de ejercicio obligatorio permite afinar conceptos lógicos pero resulta prácticamente irrelevante. Para efectos de definir el derecho subjetivo y el deber puede fundirse aquél con la libertad y éste con el ejercicio obligatorio del derecho. Es decir, pueden bien definirse estos conceptos como sigue: derecho subjetivo es la posibilidad normativa de optar entre la realización o la omisión de una conducta; deber jurídico es la necesidad de realizar una conducta, sin alternativa jurídica alguna.

Clases y Notas del Derecho Subjetivo.

Lo más característico del derecho y de la obligación es su carácter bilateral y correlativo. Este significa que hay una coordinación entre las conductas objeto del derecho y de la obligación de la que nace un bien para el titular del derecho. Como dice la citada definición de García Maynez "el obligado debe asumir (la conducta) que hace posible el ejercicio y cabal satisfacción de las facultades del pretensor".

Las facultades, entendidas como autorizaciones de conducta, no se satisfacen ni son susceptibles de serlo; la satisfacción siempre es de un interés y el único dueño posible del mismo es el sujeto, y no la conducta autorizada. Esto no significa que la definición anterior incluya el interés como objeto del derecho o del deber, sino que lo acepta como el fin de uno y otro. El objeto es aquello a que se refiere la autorización o la prohibición de conducta, y está siempre constituido por la conducta autorizada o prohibida. Pero el fin es aquella modificación que la conducta puede introducir en la vida social y consiste siempre en la satisfacción de un interés. El motivo que lleva a la ley a conferir un derecho es la suposición de que el sujeto titular puede llegar a tener una necesidad que se satisfaga con la conducta que es objeto del mismo. La relación supuesta entre esta conducta y esa necesidad, que es el interés legal, desempeña la función de fin del derecho subjetivo, inconfundible con su objeto.

Para hacer posible esa conducta, la norma no sólo debe autorizarla sino, además, prohibir toda aquella que la haga imposible, y crear el deber correlativo.

El fundamento del deber está en el derecho subjetivo, pues el deber nace para hacer posible la conducta autorizada que satisface las necesidades humanas. El fin de la norma, de la relación jurídica y de los derechos y deberes todos, es conectar al hombre con el mundo de los intereses y los valores y permitirle la vida de relación.

Con este fin el derecho sólo puede autorizar la conducta propia del sujeto autorizado o prohibir la conducta propia del obligado. Es imposible que la autorización tenga por objeto la conducta del obligado y no la del derecho habiente. No hay ni puede haber, en otras palabras, un derecho que consista —como afirma un autor (Oscar Morineau, ob. cit. págs. 134, 138, 263, 277 y siguientes)— en autorizar en favor del dueño del derecho la conducta del obligado. Esto sólo puede querer decir, o bien que el dueño del derecho está capacitado para realizar la conducta del deudor, lo que es absurdo, o bien que puede exigir la conducta obligatoria, lo que implica que el objeto de su derecho es una conducta propia, la de exigir el cumplimiento del deber, la norma, en consecuencia, sólo puede contemplar dos tipos de situaciones en correlación: la autorización a la conducta propia, o la prohibición de la propia conducta. Todos los derechos son autorización a la conducta propia y todos los deberes son prohibiciones de la conducta propia.

Desde este punto de vista, a todo derecho hace frente un deber general de abstenerse de perturbar la conducta ajena. Este deber negativo acostumbra formularse con la vieja regla de que "nadie puede causar injustamente daño a otro", equivalente del latino "alterum non laedere", no dañarás a nadie. Ante la posibilidad genérica de desarrollar la conducta propia, sólo hay el deber genérico a cargo de todo el mundo de no impedir la conducta ajena autorizada.

Esta genérica correlación de derecho y deber puede ajustarse aún más cuando la conducta autorizada se refiere a una cosa determinada, que le está sometida. El deber genérico de no perturbar —sin transformarse—, se concreta algo más y aparece como la prohibición de perturbar a un propietario determinado en relación con una determinada cosa. Pero prueba de que este deber de abstención frente a la cosa sigue siendo el mismo que se da también frente a la actividad ajena autorizada, no referida a ningún bien

determinado, es que puede violarse no sólo atacando la integridad del bien, sino impidiendo su explotación por el propietario. La posibilidad de la conducta de éste integra el derecho de propiedad mucho más que la cosa misma que es su objeto. Ante la propiedad sólo hay un deber genérico de no dañarla, igual al consagrado por el artículo 1045 del Código Civil, cuando dice que será responsable todo aquél que cause un daño a otro por su dolo o culpa.

Finalmente, es posible que la conducta propia que es el objeto del derecho se halle determinada por el sujeto obligado ante el que se da, y no ya por una cosa a ella sometida. Son estos derechos determinados por el sujeto pasivo, los que Morineau ha definido como autorizaciones de la conducta ajena, en fórmula poco feliz. Los derechos frente a un sujeto determinado son siempre y sólo puede ser derechos a la propia conducta, exactamente como los derechos frente a un sujeto indeterminado. Pero, en el caso de aquéllos, la única característica que puede descubrirse es la de que la conducta objeto del derecho es muy peculiar, y consiste en la recepción y disfrute de una conducta ajena.

Estos derechos determinados por el sujeto pasivo del deber correspondiente, que se llaman relativos, no autorizan otra conducta propia que la puramente pasiva de exigir y recibir la conducta ajena. La facultad de exigir el cumplimiento o prestación de esta última, ha sido construida por un famoso autor (Francesco Carnelutti, Teoría del Derecho, Pág. 127) —con toda pulcritud— como la potestad de ordenar al deudor el cumplimiento de su deber, en interés de quien manda.

En el caso de los derechos relativos, hay un estrecho condicionamiento entre la conducta propia y la ajena, objeto del deber correlativo. Esa estrecha relación consiste en que la conducta propia no se puede dar ni ejercerse el derecho en forma plena, mientras no se dé la conducta ajena, objeto del deber. El cumplimiento de éste, en otras palabras, es la condición para el ejercicio del derecho relativo.

En sentido amplio, la bilateralidad del derecho cubre todas estas hipótesis, pero estrictamente concebida sólo puede referirse a los derechos relativos. Toda posibilidad de acción, cualquiera que sea, es correlativa de una prohibición que tiene por fin hacer posible la plena realización de aquélla, deber que es el genérico

“alterum non laedere” a favor de todos y a cargo de todos. El mismo se traduce sólo en una abstención y sólo influye en el ejercicio del derecho correlativo, eliminando el obstáculo que puede impedirlo, pero no poniendo una condición indispensable para hacerlo posible. Dado este carácter negativo y, sobre todo, esta total independencia entre el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber, esa genérica relación no puede reputarse seriamente una forma de bilateralidad. Cabe afirmar decididamente, al menos, que la misma puede reputarse tal únicamente dentro del campo de la filosofía del derecho, pero no dentro de una disciplina jurídica particular —como la nuestra—, porque aquí es totalmente irrelevante a efecto de iluminar en qué consiste positivamente el derecho envuelto en esa vaga y negativa forma de bilateralidad.

Dentro del derecho administrativo y para efectos prácticos, la bilateralidad jurídica debe reducirse a los casos de existencia de un derecho relativo, determinado por el sujeto pasivo del deber correspondiente.

Puede extenderse la bilateralidad jurídica, a lo sumo, a los derechos a una conducta propia, determinada por razón de la cosa a que se refiere, que sirve simultáneamente para particularizar respecto de ella la conducta general de abstención y de respeto a cargo de todos los demás.

La relación jurídica, en sentido estricto, debe considerarse existente únicamente en caso de los derechos relativos o, a lo sumo, en el de los derechos sobre una cosa determinada, por todo lo ya explicado. La correlación que se da entre el dueño de un derecho a una actividad propia, totalmente indeterminada desde el punto de vista de las cosas o de los sujetos a que se refiere, y el sujeto del deber correlativo de no impedir que esa conducta se lleve a cabo, es tan vaga e inefectiva, que no debe reputarse verdadera relación jurídica.

Las anteriores afirmaciones no contradicen el carácter jurídico del derecho subjetivo, si se considera:

a)—Que una indeterminada relación entre derecho y deber queda siempre admitida, a modo de confirmación de esa bilateralidad, siempre que se acepte que en muchas ocasiones (derechos absolutos y reales) el deber correspondiente tiene por objeto una mera abstención de impedir la conducta ajena, igual frente a todo

posible derecho y no adecuado al contenido específico de cada una de las posibilidades de acción en que este último consiste;

b)—Que, en tales casos, es posible explicar el carácter jurídico del deber, incluso si se admite que el mismo no integra una relación bilateral, y evitar su identificación con el deber moral, acudiendo a la idea de lo positivo. Se entiende por positividad el hecho de que la norma derive su validez de acto de autoridad social, o de un proceso humano de creación del derecho, regulado por otra norma. La validez de una norma jurídica y de las situaciones objetivas o subjetivas que de ella derivan, depende, según ello, de que la misma pueda referirse a otra norma anterior que regula su proceso de creación, y así indefinidamente hasta alcanzar la norma primera en el tiempo, de la cual dependen todas las demás: la Constitución (teoría kelseniana de la pirámide jurídica). Esto significa que lo distintivo del derecho como orden y como norma, y de las situaciones jurídicas, es el hecho de estar fundadas en otras normas que regulan su creación, mediante la disciplina de un proceso desarrollado por hombres cuya voluntad se estima superior a la de los otros para ese efecto; estos hombres son los gobernantes. No la bilateralidad, que eventualmente puede faltar, sino la positividad así entendida, como el carácter puramente formal y heterónimo del derecho en razón de su origen humano y del procedimiento para su creación, es lo que viene a ser nota esencial del derecho.

De conformidad con lo dicho, hemos encontrado tres tipos fundamentales de derechos, todos a la conducta propia, a saber:

a)—Los que se dan fuera de una relación jurídica, que desde ahora llamaremos facultades y que se caracterizan por una indeterminación, desde el punto de vista tanto del sujeto pasivo como del objeto a que se refieren;

b)—Los que se dan dentro de una relación jurídica y que se pueden dividir en:

b-1.—Determinados por razón de la cosa a que se refiere el derecho, y que se llaman reales;

b-2.—Determinados por razón del sujeto pasivo del correspondiente deber, que se llaman relativos o personales.

Notas comunes a todos son las siguientes:

a) Su objeto es siempre un comportamiento voluntario, que sirve directamente a un fin personal del derecho habiente. Su función es, según se dijo, proveer a las necesidades de la convivencia; y de la misma puede deducirse su carácter de mero comportamiento (no negocial), único apto para procurar esa satisfacción en forma inmediata.

b) La conducta autorizada, en razón de su carácter no negocial, es ineficaz para alterar la esfera jurídica (de intereses o de derechos) de otros sujetos, concreta y especialmente del obligado. El hombre que camina y respira, el propietario que cultiva su fundo, el acreedor que recibe el pago, no realizan un acto capaz para producir un efecto cualquiera de derecho sobre la esfera jurídica de otro sujeto.

Notas diversas fundamentales son las siguientes:

a) Los derechos reales y personales pueden ser —aunque necesariamente ello no ocurra— separados de la persona que los tiene, dado el carácter limitado y determinado de las conductas que autorizan (desde el punto de vista del objeto o del sujeto pasivo del correspondiente deber). Los derechos reales o personales pueden ser renunciables, transmisibles, prescriptibles y agotables por su ejercicio (lo cobrado no se puede volver a cobrar, la finca vendida no se puede volver a explotar ni vender).

Las facultades o derechos indeterminados a la propia conducta material vienen a ser, en cambio, una base mínima de la vida humana de relación, porque representan en realidad un solo derecho fundamental, que es el derecho a la vida y al movimiento. Su separación del titular por renuncia, transmisión, prescripción o ejercicio, significaría lógicamente la imposibilidad indeterminada y total de toda clase de acción propia, que es lo mismo que la absoluta inmovilidad. Dado su carácter fundamental o indeterminado, las facultades son irrenunciables, intransmisibles, imprescriptibles e inagotables por su ejercicio.

b) En segundo lugar, los derechos a cosa determinada o frente a sujeto pasivo determinado, están siempre definidos en cuanto a su objeto por la ley o por el negocio jurídico (acto o con-

trato) que les dio origen. Su referencia a una cosa o sujeto concretos, obliga a denominar su contenido para definir lo que se puede hacer en relación con los mismos. El principio normal en este campo parece ser el de que sólo hay derecho subjetivo (y no facultad), cuando hay un título (ley o negocio jurídico concreto) que lo confiera y lo defina.

Las facultades, en cambio, se rigen en sistemas liberales por el principio de la libertad, que afirma como permitido todo lo que no está expresamente prohibido.

Resulta importante advertir que, dado el carácter material y jurídicamente irrelevante, frente al público, de la conducta objeto de la facultad (en cuanto autoriza conducta propia no negocial) una reciente doctrina sostiene la posibilidad de aplicar igual principio de libertad aún en el campo de la actividad pública del Estado, y permitir a éste la realización de toda clase de conductas materiales, mientras no violen leyes ni derechos, por el mero hecho de no hallarse expresamente prohibidas. La única utilidad que la innovación tendría sería la de permitir que el Estado ejecute toda clase de actividades materiales, no reguladas ni prohibidas, sin ninguna conexión con actos regulados; se trataría, en otras palabras, de autorizar una actividad material autónoma del Estado. Creemos que mientras la misma no viole leyes ni derechos anteriores, tal actividad y la tesis extensiva que la justifica, parecen de toda admisión.

Contrapuesto a la facultad es el deber, el que —según lo dicho—, no corresponda a un derecho subjetivo en sentido estricto, como elemento integrante de una sola relación jurídica. De esta especial figura jurídica pasiva, llamada deber, a la que no corresponde un derecho, nos ocupamos de inmediato.

Correlativo del derecho subjetivo es la obligación, definida como el deber que se da dentro de una concreta relación jurídica, cuyo objeto es la conducta que condiciona o complementa la del titular del derecho correspondiente. La obligación es así, dentro del mundo de los deberes jurídicos, aquel que corresponde específicamente a un derecho real o personal, dentro de una relación jurídica concreta.

3.—Naturaleza de los Derechos Subjetivos Públicos.

La facultad no integra una verdadera relación jurídica con el deber. En rigor, hay una sola facultad indeterminada y un solo indeterminado deber, que corresponden respectivamente a la posibilidad jurídica de actuar y a la necesidad jurídica de no impedir la actuación ajena autorizada. Las autorizaciones o las prohibiciones que se encuentran determinadas, desde el punto de vista del objeto o del sujeto pasivo, dejan de ser facultades y deberes para convertirse en derechos y obligaciones, según la terminología ya explicada.

Es posible que la determinación del objeto —y no del sujeto pasivo— se dé cuando la autorización no se refiera a la explotación y señorío sobre una cosa. Puede darse esa determinación mediante la definición clara de la conducta autorizada o prohibida, como ocurre con las llamadas garantías individuales, que abarcan los derechos a la vida, al movimiento, a la libre expresión intelectual y religiosa, etc., y que se refieren a aspectos más o menos generales de la vida humana. La doctrina sostiene que, en esta hipótesis, hay un verdadero derecho subjetivo y no una mera facultad, en razón de estar específicamente determinada la forma de actividad que es objeto de la autorización. Cabe observar, sin embargo, que en tanto se conciben las garantías individuales como derechos absolutos, que se dan frente a todo el mundo y no únicamente frente al Estado, las mismas no son sino formas de actuación tácitamente permitida, en cuanto no están expresamente prohibidas. Si la Constitución nada dijera al respecto, el hombre tendría iguales derechos de libertad, entendidos como una autorización de la propia conducta con el contenido vario que corresponde a las garantías individuales, y la única diferencia apreciable al respecto estaría en la posibilidad legal de suprimirlas, que no existe si son constitucionales, y en la eliminación de la garantía misma, que se da frente al Estado y no frente a cualquier sujeto en general. Las garantías individuales son verdaderos derechos subjetivos, pero porque son relativos y se dan —como tales garantías—, únicamente frente al Estado, y no frente al público o los terceros en general. De dichas garantías hay una fracción, que es la autorización a la propia conducta, sin relación ninguna con el Estado, fracción que es una simple facultad; y hay otra, que es la garantía propiamente tal frente a este último, que es un derecho subjetivo y que consiste en

la posibilidad de recibir y disfrutar de la abstención del Estado frente a un cierto tipo definido de conducta propia, salvo las intervenciones autoritarias permitidas por la misma Constitución.

La naturaleza de derechos relativos, dentro de una verdadera relación jurídica con el Estado, se patentiza indudablemente en los derechos políticos y en los derechos cívicos. Son los primeros las posibilidades conferidas por la norma (constitucional en Costa Rica) para participar en el desempeño de las funciones públicas de índole política (con el significado de gestión unitaria de los fines estatales, que la doctrina atribuye al término), sea directamente, sea mediante la elección de quienes habrán de desempeñarlas. Se trata obviamente de un derecho frente al Estado y nada más frente al Estado, que sólo éste puede violar, alterando el proceso electoral o la estabilidad de los nombramientos hechos. Los derechos políticos son un típico derecho relativo, correspondiente a una obligación del Estado de respetar y, a la vez, de garantizar el proceso electoral.

Llámanse derechos cívicos los que tienen los súbditos a los servicios del Estado. Su nota principal es la de estar condicionados a la voluntad de éste, que puede suprimirlos en cualquier momento, suprimiendo el servicio mismo y su organización, y, además, el que frecuentemente nacen de un acto discrecional, llamado de admisión al goce del servicio. Una vez éste abierto al público, los jerarcas están obligados a observar la igualdad en el trabajo del usuario y a usar de la discrecionalidad en la admisión en forma igual para casos iguales. Obtenida la admisión, es indudable que nace un derecho de crédito o personal a una prestación del Estado, que se reduce, según lo antes dicho, a la posibilidad de recibir y de disfrutar la prestación del servicio.

4.—La Potestad.

Se explicó que las cualidades y las relaciones de hecho son las relaciones de conformidad entre el hecho jurídico y la norma que lo prevé. El hecho jurídico es la realización de la hipótesis o supuesto de derecho; y las cualidades y relaciones de hecho consisten en la relación de conformidad del hecho con el supuesto jurídico. Cuando el hecho realizado coincide con la hipótesis normativa, el mismo tiene la cualidad de ser (dentro del mundo del de-

recho) que la norma le atribuye para producir determinadas consecuencias jurídicas. En razón de esta función de medio para producir las consecuencias o efectos de derecho, las cualidades y relaciones de hecho se llaman situaciones objetivas o instrumentales. Objetivas porque no se refieren a la conducta de un sujeto sino a las condiciones antecedentes para que ésta pueda darse de conformidad con el derecho; e instrumentales porque sirven para un fin ulterior y no son por sí mismas modos de regulación de la conducta humana.

Frente a las situaciones objetivas o instrumentales, se hallan las facultades y los derechos, y sus correlatos, los deberes y las obligaciones, que se pueden denominar situaciones subjetivas y materiales. Subjetivas porque tienen por objeto una conducta, y materiales porque indican cómo debe ser ésta dentro de una situación o relación jurídica concretas. No sirven para hacer posible la regulación, sino que son la regulación misma, aquello que jurídicamente indica lo autorizado y lo prohibido en el caso.

Se da entre ambas situaciones, una tercera forma de regulación jurídica, que es la potestad. La potestad puede definirse como la posibilidad para realizar actos jurídicos, productores de efectos de derecho. Es una situación híbrida porque es instrumental, en cuanto es medio para el nacimiento de derechos y obligaciones; y porque es material, en cuanto es un modo de regulación que directamente autoriza como lícita la conducta humana.

Lo esencial de la potestad es su carácter indeterminado, por razón del objeto o del sujeto pasivo contrapuesto. La posibilidad de realizar actos jurídicos es una potestad cuando se da frente a una serie indeterminada de cosas, o frente a una serie indeterminada de sujetos desconocidos. Desde este punto de vista, es el equivalente a la facultad; pero a diferencia de ésta tiene por objeto una conducta jurídica, capaz de producir derechos y obligaciones. Así, es una potestad la de contratar, porque puede ejercerse sobre toda clase de bienes, salvo si están fuera del comercio, y frente a toda clase de personas, salvo si hay impedimento legal que lo prohíba específicamente en relación con algunas. No se determina en estos casos sobre qué cosa ni ante qué personas puede contratarse, sino exclusivamente cuáles personas o cosas no pueden entrar en el contrato proyectado. Y la única determinación posible de estos

elementos es la que hace el contrato mismo, en el momento en que la potestad correspondiente se ejerce. Puede afirmarse, por ello, que la potestad es la posibilidad de realizar actos jurídicos cuyo objeto y sujeto pasivo sólo son determinables en el momento mismo de esa realización.

Exactamente como la facultad es el marco esencial de la libertad humana, así la potestad es el marco de la capacidad jurídica de actuar. Puede decirse que si la facultad es el medio para el movimiento o la acción jurídicamente irrelevante, la potestad lo es para la acción jurídicamente relevante, y con efecto de creación, modificación, extinción o consolidación de derechos y obligaciones. La potestad es la autorización para realizar actos jurídicos que integra la capacidad de ejercicio, que bien podría definirse como la suma de las potestades de un individuo. Más correctamente, y supuesto que la capacidad es una situación instrumental y objetiva, cualidad de un sujeto que sirve de soporte a una serie de posibilidades o prohibiciones de acción, puede decirse que la potestad es la posibilidad de acción jurídica que nace de la capacidad de ejercicio, considerada como el hecho jurídico de cuya realización o existencia aquélla depende.

En razón de su función misma, la potestad autoriza actos jurídicos que van destinados a sujetos diversos del titular. Cuando esos efectos se producen unilateralmente y en un sujeto distinto del titular de la potestad, ésta se llama de imperio y es monopolio del Estado. Las principales potestades de imperio son las llamadas funciones públicas: de legislar, administrar y juzgar.

Los elementos de la potestad pueden estar más o menos determinados, pero es únicamente esencial que no lo estén ni el objeto posible ni el sujeto pasivo contrapuesto. Si lo están, el derecho subjetivo se sustituye a la potestad. No es potestado sino derecho, según ello, la posibilidad de testar, porque se refiere a un grupo determinado de bienes, representado por el patrimonio del testador; ni tampoco lo es la posibilidad de testar, porque se refiere a un bien único, que es precisamente su objeto infungible. Parejamente, es derecho y no potestad la del padre sobre el hijo, porque sólo puede darse en sus mutuas relaciones, así como la de la Asamblea General sobre la Junta Directiva o sobre los socios de la entidad colectiva, por igual razón. Para que haya potestad, se requiere, o bien

que el sujeto sea indeterminable, o bien que sólo pueda ser determinado al momento de ejercicio de la potestad, no antes.

Según ello, la potestad —como la facultad—, se da fuera de toda relación jurídica concreta. Frente a la potestad, como autorización de una conducta propia jurídicamente relevante, no hay un obligado, salvo “el público” en general, sometido al deber de respetar esa conducta autorizada, que se traduce en la omisión de todo acto impediendo. El titular de la potestad tiene la posibilidad de realizar actos jurídicos ante un número indeterminado de sujetos, que nada pueden hacer ni para que la ejerza ni para que no la ejerza, fundándose en la existencia misma de la potestad. Si están obligados a no impedirlo, es en virtud del apuntado deber genérico y universal de respeto (*naeminem non laedere*), que se da lo mismo frente a la potestad que frente a la facultad, al derecho subjetivo e incluso al cumplimiento de la obligación ajena. Esta compatibilidad con toda clase de situaciones subjetivas, revela que el deber genérico de abstención no está coordinado a ninguna de las mismas, y que no corresponde a ninguna relación jurídica especial con ellas.

Se ha afirmado que a la potestad hace frente la sujeción, que sería la situación subjetiva del que está obligado a soportar las consecuencias que nazcan de su ejercicio, es decir de los actos jurídicos que la misma autoriza. Tal obligación es inexistente, porque es superflua. Una vez realizado el acto jurídico, el sujeto destinatario del mismo está obligado a respetar y soportar esas consecuencias en virtud del acto mismo y no de la potestad, que es lógicamente anterior. Si el acto se realiza y la potestad no existe, se da un caso de incompetencia que priva a aquél de obligatoriedad definitiva y permite anularlo y liberarse de sus consecuencias. Pero esto sólo significa que la existencia de la potestad es un antecedente o fundamento de la validez y la obligatoriedad del acto como cualidades objetivas de éste, que son la causa verdadera e inmediata del efecto; pero no, en modo alguno, que esa causa sea la potestad y no el acto mismo. El obligado por el acto de ejercicio de la potestad no guarda situación jurídica alguna frente al titular de ésta, porque a nada está obligado frente al mismo. Si, como se admitió, le está vedado impedir dicho ejercicio (rebelarse contra la autoridad, evitar la publicación de los acuerdos oficiales, etc.) ello es en virtud de un deber general de respeto, que también existe a su cargo frente

al deudor que quiere pagar y cumplir su deuda, lo mismo que frente al acreedor que quiere disfrutar del pago hecho.

Las características de la potestad son en síntesis:

- a) Es una situación jurídica activa, que permite realizar actos jurídicos.
- b) Es una situación que autoriza la interferencia en la esfera jurídica ajena, eventualmente con efectos desfavorables para ésta.
- c) Está siempre regulada y prevista por el orden jurídico, y en el caso de las potestades en mano pública, limitada por los principios de regulación mínima, de tipicidad, de articulación, de reserva de ley, y en general, de legalidad;
- d) Es irrenunciable, intransmisible e imprescriptible, porque ello significaría disminuir la capacidad o fuente mínima y elemental de acción jurídica del sujeto titular. En los entes públicos no es susceptible de delegación ni avocación por el superior, salvo disposición de la ley que así lo permita; y cuando ello es permitido, la autoridad titular de la potestad la conserva, excepto para el negocio concreto respecto del cual la delegación o la avocación han tenido lugar. Las leyes pueden autorizar una renuncia o dispensa, en cuanto permiten al órgano no ejercer su potestad en un caso concreto, pero nunca una extinción de la potestad misma para todos los casos futuros, equivalente a una disminución de la capacidad jurídica. En virtud de las anteriores razones, la potestad tampoco es transmisible ni prescriptible.

5.—El Deber.

El deber es una necesidad jurídica de actuar, quiere decirse, la prohibición de una conducta, acción u omisión. Va siempre acompañado de la posibilidad de realizar la conducta opuesta a la prohibición, que es el objeto del así llamado derecho del obligado al cumplimiento del deber.

Este concepto genérico puede descomponerse en dos especies: el deber (a secas) y la obligación. La obligación quedó

ya definida como la prohibición que hace posible a otro —llamado acreedor—, el recibir y disfrutar de una conducta autorizada del mismo sujeto destinatario de la prohibición. O bien, como el deber que se da dentro de una concreta relación jurídica, cuyo objeto es la conducta opuesta a aquella destinada a ser recibida por otro sujeto, o a hacer posible que otro sujeto desenvuelva su propia conducta.

El deber en estricto sentido es, en cambio, la prohibición de una conducta que no se da dentro de una relación jurídica y que no está coordinada a la conducta de otro sujeto distinto del destinatario de la prohibición misma. Ya se dijo, sin embargo, que para efectos prácticos reputaremos como deber todo derecho de ejercicio obligatorio, considerando que aquél existe siempre que un sujeto está autorizado a hacer algo, fuera de toda relación jurídica concreta con otro sujeto. ¿Cómo es esto posible?

Varias hipótesis pueden darse, a saber:

1.—Ya se advirtió, en primer lugar, que el deber típico es el de respeto a la conducta ajena autorizada. Es cierto que, por virtud del mismo, hay otro sujeto que puede actuar libremente, pero la relación es tan tenue en este caso que resulta válido afirmar que dicha libertad puede ser impedida si aquel deber de respeto se incumple, pero no que sea posible por el cumplimiento de éste. La libertad de cada uno, las actividades materiales o jurídicas que desarrolla, son posibles porque el derecho las autoriza sin considerar relaciones particulares del sujeto autorizado con otros, aunque éstos puedan impedir esa posibilidad jurídica con una indebida interferencia. El deber de respeto, así entendido, es una condición negativa y por abstención de las facultades y potestades propias, nunca un correlato jurídico nacido y destinado para facilitar su ejercicio.

2.—Pero, es cierto, además, que hay deberes de varios tipos, según los intereses que tratan de realizar. Estos intereses pueden ser de un individuo o de un grupo; y, finalmente, pueden ser intereses abstractos que no corresponden a nadie en concreto, meras finalidades perseguidas por la ley más allá de cualquier fin psicológico individual. En este último caso, la ley puede imponer el deber de lograrlas, pero queda imposibilitada para crear el derecho correlativo de exigir la conducta correspondiente, porque no hay in-

dividuo alguno que pueda titular el interés que amerita o justifica el conferimiento de esa posibilidad.

Con esto no se acepta la doctrina del derecho como interés, sino que se afirma que hay intereses a los que no corresponde ningún derecho, porque está exclusivamente protegidos por un deber. Es cierto que ni uno ni otro son intereses, pero es también cierto que ambos se dan para un fin y que éste es siempre un interés de alguien. Cuando el interés es de la sociedad y no de un sujeto determinado, la protección puede consistir en la imposición de un deber de realizarlo, con prescindencia de todo derecho correlativo.

Esta segunda hipótesis puede darse, a su vez, en varios casos:

2-a.—Cuando se impone al Estado una obligación en beneficio de toda la colectividad, sin que la misma se refiera a una conducta divisible en favor de un sujeto o grupo determinado de sujetos; así, un transitorio de nuestra Constitución Política impone a la Asamblea la obligación de traspasar al Poder Judicial la totalidad de las funciones de justicia en manos de autoridades administrativas, mediante la creación de los tribunales correspondientes. Este vínculo se halla establecido en beneficio de toda la colectividad y no hay particular alguno que pueda pretender o exigir de la Asamblea la eliminación de todas las Jefaturas Políticas y la creación de las Agencias Judiciales de Policía, necesarias para juzgar las faltas que ahora son de conocimiento de aquéllas. Igualmente, cuando nuestras autoridades juran el cumplimiento de la Constitución y las leyes, no hay derecho alguno a la legalidad, contrapuesto al deber jurado, mientras la violación del mismo no acarree la de un derecho distinto del particular en contacto con el funcionario. Pero, en esta última hipótesis, lo que se haría valer sería el derecho violado por la ilegalidad cometida, no el derecho a la legalidad pública, que como tal no existe.

2-b.—Cuando el Código Penal sanciona delitos y crea el deber de no cometerlos, sin crear en nadie el derecho a exigirlos. Es cierto que el Estado puede sancionar la comisión de delitos y que, en tal sentido, hay una potestad punitiva contrapuesta a la infracción del deber referido, pero tampoco en este caso puede hablarse de un derecho del Estado a la no comisión de delitos. Es decisiva al respecto la observación de que la potestad de penar nace cuando

el deber ha sido infringido y que no puede, por ello, considerarse como un correlato del deber mismo, que es lógicamente anterior. La única explicación del fenómeno radica en concebir que el llamado derecho de penar es una potestad y no un derecho, en el sentido técnico preciso ya empleado; y que el deber de no cometer delitos no corresponde a ningún derecho contrapuesto.

2-c.—Cuando el derecho administrativo crea deberes a los que sólo se enfrentan intereses de los particulares, sin facultad alguna para exigir su cumplimiento. Es éste el aspecto más interesante del análisis del deber.

6.—El Interés Legítimo.

a) Las notas contrastantes del derecho subjetivo.

El derecho subjetivo consiste en una autorización de la conducta propia para satisfacer una necesidad vital. Lo esencial del derecho subjetivo o, al menos, lo más digno de connotarse para su definición frente al interés es esta su característica de situación jurídica activa, en virtud de la cual el sujeto es capaz, desarrollando su propia conducta (que pueda consistir en la pretensión, recibo y disfrute de la conducta ajena en el caso de los derechos relativos), de hallar un bien útil para satisfacer directamente sus necesidades. El derecho subjetivo es el medio de poner en contacto al sujeto con aquellos que pueden llamarse bienes de la vida económica o espiritual, canalizando jurídicamente su esencial libertad filosófica. Ese bien o instrumento de satisfacción puede ser también jurídico, como ocurre con los actos administrativos que representan una cierta utilidad económicamente valuable, como las certificaciones y asientos de un registro, las licencias y concesiones para el ejercicio de una actividad empresarial, las subvenciones, etc. En esta hipótesis, hay un derecho subjetivo frente a una potestad de la Administración totalmente reglada o vinculada, y una vez reunidos ciertos requisitos legales por el particular que reclama un acto favorable a él, la Administración está obligada, entonces, a dar lo pedido, autorizando la apertura del establecimiento industrial, concediendo la explotación de una mina, inscribiendo el instrumento notarial constitutivo del derecho de propiedad o de la empresa social, etc. Lo esencial en el derecho subjetivo está en que, a partir de la conducta propia, el sujeto puede lograr un bien o utilidad sustanciales, colo-

cando a los demás sujetos en la necesidad jurídica (no real ni efectiva, sino meramente normativa) de respetar esa conducta (caso de los derechos reales) o de procurarle el bien (caso de los derechos de crédito). Jurídicamente, si hay derecho subjetivo, no hay incertidumbre ni eventualidad en la satisfacción del interés, pues o bien basta la conducta propia o hay garantía de obtener la conducta ajena necesaria, garantía consistente en la necesidad legal que tiene otro sujeto (llamado deudor) de realizar dicha conducta por petición, pretensión o exigencia del derecho habiente. La potestad de obtener y disfrutar exclusivamente de un bien jurídico, sea mediante acción propia, sea mediante pretensión de la conducta ajena, es la esencia del derecho subjetivo clásico. Lo esencial es que cuando hay derecho subjetivo hay la garantía jurídica del disfrute de una utilidad sustancial en la vida de relación.

b) La estructura del interés legítimo.

Desde que el derecho subjetivo tiene por objeto una utilidad sustancial (espiritual o económicamente evaluable), el mismo puede referirse tanto a comportamientos como a actos jurídicos, a actividades técnicas (como la prestación de un servicio), como a actos administrativos o negociales iguales o similares a los antes enumerados.

Una característica reveladora del interés legítimo es que el mismo se da siempre frente a potestades y actos jurídicos, nunca frente a facultades y comportamientos materiales (intelectuales o no). La razón que lo explica atañe a la esencia del interés, pues el mismo no es otra cosa que una expectativa de obtener o conservar una utilidad sustancial de la vida a través del ejercicio legítimo de potestades que corresponden a un sujeto distinto del interesado, en nuestro caso de potestades de la Administración Pública. El ordenamiento no garantiza al interesado la conducta apta para satisfacer su interés legítimo en ningún caso, sino que hace depender esa satisfacción de los actos jurídicos de otro sujeto en ejercicio de sus potestades, lo cual conlleva la idea de que ese ejercicio es libre o, en el caso de la Administración Pública, discrecional. El interesado no puede exigir la conducta que satisfaga su interés, en cuya hipótesis tendría un verdadero derecho subjetivo, sino a lo sumo la legalidad de la conducta administrativa y, consiguientemente, la anulación de los actos ilegítimos que hacen imposible esa satisfacción,

para restablecer con la legitimidad aquella expectativa o eventualidad en que el interés consiste. Puede ocurrir, de este modo, que una vez anulado el acto ilegal se dé un nuevo acto desfavorable al interesado, en entera conformidad con la ley, justamente porque no hay ninguna necesaria correlación entre la satisfacción del interés legítimo y la conducta administrativa discrecional de ejercicio de la potestad. La legalidad puede permitir normalmente tanto el acto favorable como el desfavorable al interesado y de esa alternativa nace la expectativa o eventualidad que es sustancia del interés.

Lo dicho significa que cuando la potestad discrecional se ejerce y se dicta el acto, el interés legítimo desaparece, sea porque se satisface con los derechos subjetivos que el acto esperado produce en favor del interesado, sea porque se frustra por haberse denegado el acto o haberse dictado el mismo en favor de otro, contra el interesado.

En este último caso el único medio de revivir el interés, en cuanto eventualidad o expectativa, es anular el acto desfavorable, volviendo las cosas al estado anterior al acto anulado. De aquí que la acción de anulación para pedir la declaración de ilegalidad del acto lesivo y lograr su eliminación, sea inherente a todo interés legítimo, pues sin ella éste carecería de toda defensa.

Hay entera independencia entre el interés legítimo y dicha potestad de acción, en cuanto, según lo dicho, el interés es necesariamente anterior al acto lesivo y queda suprimido por éste, mientras que la potestad para pedir la anulación es necesariamente posterior y nace con el acto. Si la acción triunfa, logrando la anulación pedida, el interés renace.

El interés es legítimo incluso cuando fracasa la acción de anulación que intenta protegerlo y se confirma el acto lesivo, pues dada esa lógica precedencia antes apuntada, el interés se da por el mero hecho de la existencia de una potestad discrecional y de la alternativa que conlleva, no frente al acto administrativo que, al elegir, elimina esa alternativa. Pero es verdad, por otra parte, que el interés legítimo suprimido o lesionado sólo puede recobrar su existencia si es ilegal el acto contrario, sea por violación de la ley, sea por violación de los límites a la discrecionalidad administrativa. El interés lesionado sólo puede reestablecerse cuando triunfa

la demanda de anulación. La legalidad frente al acto lesivo juega como un medio de restauración del interés, no como su causa u origen.

El interés legítimo no puede definirse, entonces, como una pretensión a la legalidad de la conducta o del acto administrativos, como lo sostiene la mayoría de los autores. Esa pretensión, expresada en la acción de anulación y, eventualmente, en la anulación misma, es un medio al servicio del interés, para lograr su restauración, no es el interés mismo. El interés en la legalidad administrativa es una consecuencia de la lesión del interés legítimo y está sujeto a requisitos de existencia propios del derecho procesal e independientes del administrativo, que se examinarán casi de inmediato. Cuando no es posible ya el interés legítimo preexistente, se sustituye por el interés en la legalidad, con el fin de restaurar aquél. El interés legítimo como tal es anterior e independiente y tiene por objeto una utilidad sustancial de la vida (una cosa, un servicio, una situación económica o espiritualmente evaluable) y no la legalidad que, como tal, es incapaz para prestar esa utilidad. El objeto del interés legítimo es el mismo que el del derecho subjetivo, con la diferencia de que en éste el ordenamiento garantiza la obtención y disfrute de ese objeto, haciéndolos depender de la conducta propia del derecho habiente, en tanto que en el interés legítimo no da esa garantía, haciendo depender el logro de la utilidad sustancial del ejercicio de la potestad de la Administración, eventualmente contrario al interés.

De todo lo cual se puede concluir en que la conexión esencial entre legalidad e interés legítimo, esencial porque radica en la estructura de éste, es doble: consiste en primer término en que un ingrediente necesario de un interés legítimo es la existencia de una ley que confiera una potestad administrativa discrecional, frente a la cual el interés se dé; y, en segundo término, en que la restauración del interés legítimo sólo es posible a través de la aplicación de normas jurídicas que limitan el ejercicio de esa potestad discrecional.

Cuando el fundamento y medio de restauración del interés está en la violación del ordenamiento o en la aplicación de normas no jurídicas, como las reglas de oportunidad, que no sólo limitan sino que determinan y orientan lo discrecional, el interés, aunque

existente psicológica u objetivamente, no es jurídico ni legítimo, sino ilegítimo o de hecho.

De donde puede concluirse, con plena conciencia de la paradoja, en que si bien una parte importante del fundamento u origen del interés legítimo es la norma que confiere una potestad discrecional, al punto de que si esta fuera totalmente reglada surgiría en su lugar el derecho subjetivo, así también la restauración del mismo interés legítimo es posible únicamente por la existencia de normas que crean otros aspectos reglados de esa misma potestad, eliminando la discrecionalidad a su respecto.

El enfoque erróneo de considerar el interés legítimo como una mera pretensión formal a la legalidad administrativa ha conducido a muchos a la conclusión de que el correlato jurídico del interés legítimo es el deber de cumplir la ley que regula y limita el ejercicio de las potestades discrecionales. Se trata de un error, porque el verdadero correlato es, como se dijo, la potestad discrecional misma, dado que el objeto del interés es el bien jurídico que el ejercicio de ésta puede eventualmente conceder, no la legalidad de ese ejercicio, que por si carece de valor sustancial. La legalidad administrativa, se dijo, es garantía de restauración del interés lesionado, no causa ni objeto de su existencia.

c) La teoría del interés ocasional o reflejamente protegido. Su utilidad.

Lo dicho revela, sin embargo, la importancia capital que tiene la legalidad administrativa como instrumento al servicio de la conservación del interés legítimo. Conviene mencionar al respecto la llamada doctrina del interés ocasionalmente protegido, que extrae de ese hecho la consecuencia inadmisibles de que el interés es producto de una forma especial de relación entre la ley y sus fines.

Es principio general del derecho administrativo el que no hay potestades absolutas porque todo conferimiento de las mismas debe contener una regulación mínima de los elementos del acto que habrá de nacer de su ejercicio, normalmente sujeto, fin y contenido (y excepcional y alternativamente, respecto del contenido, el motivo). Todo acto discrecional tiene, además, límites implícitos de razonabilidad que condicionan su validez, aunque no sean escritos, y hay generalmente normas jurídicas que regulan el procedimiento

y forma del acto, es decir: la concreción de la potestad en conducta a través de un canal jurídicamente establecido. Dichas normas pueden llamarse de acción, como contrapuestas a las de relación, según terminología de un ilustre autor italiano (Enrico Guicciardi), que ha terminado por incorporarse a la jurisprudencia de su país, el que más ha afinado la noción y función del interés legítimo. Según esta doctrina (que es el resultado de una larga evolución científica originada en Oreste Rannelletti y el germen de otra no menos rica veta de doctrinas sobre la justicia administrativa) la característica fundamental de la norma de acción está en que se encamina a garantizar la realización más eficiente posible de los fines de la Administración, en tutela de los intereses públicos que esta última persigue, para lo cual impone deberes en función de esos intereses, que no corresponden a ningún individuo en particular. Dichos deberes, consecuentemente, no son exigibles por ningún sujeto en su exclusivo y personal beneficio, sino por órganos superiores o controladores de la Administración Pública. El beneficiario es la comunidad o los grupos, nunca sujetos individualizables y determinables. Ello no obstante, éstos pueden encontrarse en una situación de hecho tal, respecto del cumplimiento de esos deberes públicos, que su interés en el cumplimiento deviene distinto del que puede tener el resto de la comunidad.

El cumplimiento de esos deberes beneficia en forma particular a los sujetos en tal situación, como consecuencia de la realización de un fin público. Si bien la satisfacción del interés privado no está garantizada por la ley en estos casos, pues la misma sólo mira a la del interés público, aquél otro resulta siempre indirecta, ocasional o reflejamente protegido, como consecuencia de la protección directa y primaria brindada a éste último. El interés privado ocasional o reflejamente protegido es, entonces, un interés legítimo. Esta doctrina suele distinguir a tal efecto dos tipos de intereses, a saber:

i) El interés genérico o *uti universi*: Es el interés cuya satisfacción no es divisible frente al beneficiario o cuya satisfacción sólo es posible en relación con un grupo de gran envergadura: el interés de todos y cada uno en el mantenimiento de las calles, del alumbrado público, en la construcción de obras necesarias (como la planta física de nuestro sistema penal, de la Facultad de Derecho, etc.), en la promulgación de leyes con cierto interés social, etc.

Estos son intereses de hecho, no legítimos, y a los mismos se equipara el que tiene el ciudadano en la eficiente y buena administración pública, en la aplicación correcta de las reglas de oportunidad administrativa, etc.

ii) El interés legítimo: es el que nace de una situación o posición peculiar y personal del administrado frente a la ley que regula las potestades y procedimientos de la Administración: es el caso del participante en una licitación para la construcción de una obra; o el del propietario fronterizo a la obra en construcción o construida; o el del mismo propietario que quiere construir y necesita una licencia, etc., hipótesis todas en que de la aplicación de la ley administrativa puede nacer una situación jurídica individual del administrado, favorable o desfavorable, como repercusión de la tutela del interés público.

Para unos autores el interés así concebido es también de hecho o no legítimo, como situación subjetiva de naturaleza no sustancial (Guicciardi); para otros es el típico interés sustancial, cuya pareja procesal, el interés en demandar o recurrir, es mero reflejo del mismo.

La crítica de esta doctrina se ha hecho ya en este curso, por lo que conviene agregar simplemente que la misma resulta inútil, pues su definición del interés legítimo como el que es refleja u ocasionalmente protegido impide su distinción teórica y práctica de cualquier otro tipo de interés (incluso del que es *uti universi*), dado que el argumento puede proyectarse al infinito, afirmando que toda ley puede resultar indirectamente protectora de cualesquiera intereses, según la situación de hecho en que se encuentren las gentes frente a su aplicación: así como es posible afirmar, a la inversa, que esa misma situación de hecho, y no la naturaleza de la ley ni menos la del interés protegido en sí consideradas, puede impedir que haya interesados en la aplicación de aquella. Todo esto es posible sintetizarlo afirmando que con decir que un interés es legítimo a condición de que sea indirecta u ocasionalmente protegido por la ley, nada se dice que permita identificarlo, mientras simultáneamente no se indique en qué grado y cómo ha de darse esa indirecta protección, que de lo contrario puede predicarse de cualquier ley y de cualquier interés.

De esta doctrina nace, sin embargo, un enfoque válido del interés, en cuanto permite advertir que el mismo se da normalmente cuando se trata de dirimir un conflicto de competencia económica entre dos sujetos. En esta hipótesis el competidor es el destinatario del acto administrativo y el interesado es un tercero respecto del mismo, quien, sin embargo, guarda una posición de conflicto con los intereses del otro y por ahí un vínculo indirecto con el acto. En esta situación la existencia del derecho subjetivo en favor del interesado resulta imposible, pues la conducta de la Administración que podría servirle de objeto va dirigida a otro sujeto, de modo que el interesado nunca podría tener garantizada una utilidad sustancial como resultado del acto administrativo que pretende servir a ese otro y no a él. En esta hipótesis puede aceptarse la doctrina en examen, porque la misma contiene una indicación precisa de sus elementos que permite saber con exactitud cuándo hay y no hay interés legítimo: lo hay cuando el interesado compite con un tercer destinatario de un acto administrativo que favorece su posición en la competencia, debilitando simultáneamente la de aquel.

Lo dicho valdría incluso cuando la potestad ejercida fuera reglada y obligatorio el acto, pues aunque el interesado pudiera exigir no sólo la anulación del favor hecho al competidor sino también la emisión del acto debido que la perjudicara, ello fortalecería la posición del interesado en la competencia, pero no le garantizaría la disponibilidad de una cosa, de un servicio o de una empresa de ese competidor ni de la Administración, únicos bienes que en el caso podrían reputarse utilidades sustanciales susceptibles de formar el objeto de un derecho subjetivo.

La anterior conclusión no es incontrovertible y hay autores (Ascarelli, Asquini y Ferri) que estiman como verdadero derecho subjetivo la posibilidad de inhibir o impedir la competencia desleal, una de cuyas formas es justamente la obtención ilegal de beneficios y actos administrativos necesarios para el giro de la empresa, lo que también conlleva su lógica. Es un hecho, en efecto, que la posición del competidor es por sí una utilidad sustancial en el mundo de los negocios, mensurable a través de ganancias y pérdidas. Conservar o mejorar esa posición competitiva es un bien económicamente útil en sí considerado. Pese a ello, la doctrina tiende a reputar como meros intereses legítimos los beneficios del interesado como competidor en el mercado por la complejidad de

los factores que los determinan, irreducibles a un simple acto administrativo. Puede afirmarse que, incluso en los casos en que el ejercicio de potestades —regladas o no— haya causado daño al interesado, como repercusión del beneficio atribuido a su competidor, tal resultado proviene, en último término, del ejercicio empresarial de éste último, que es libre, y no del acto administrativo habilitante. El punto es polémico en el mejor de los casos, pues a la última observación cabría replicar que objeto de un derecho subjetivo puede ser todo acto favorable y exigible de la Administración, aún si el beneficiario no llega a ejercer los derechos que produce y con entera independencia del provecho real, y no meramente jurídico, que pueda extraer de ese acto.

Podemos resumir la doctrina de los intereses ocasionalmente protegidos concluyendo en que la opinión dominante —con cierto rezago de la jurisprudencia— rechaza como inútil e imprecisa la parte de aquella que atañe a los actos de la Administración dirigidos al interesado, mientras que, a la inversa, acepta su enfoque en relación con los actos destinados al competidor, en cuanto los mismos y sus consecuencias sólo pueden ser objeto de derecho subjetivo para éste último, no para el interesado que siempre es un mero tercero frente a dichos actos y beneficiario o perjudicado por sus resultados sólo en forma indirecta.

Se examinará de inmediato este último tipo de interés ocasionalmente protegido, así como el problema tocante a la resarcibilidad de los intereses legítimos, para retomar ahí la polémica sobre el carácter que tienen aquellos que se dan en las relaciones de competencia en el mercado.

d) Las situaciones legitimantes. La clasificación de los intereses legítimos.

La competencia económica puede ser, como se ha visto, el punto de origen y de atribución de un interés legítimo. Todo interés legítimo deriva de una situación de hecho en la que se encuentra su titular, la cual al connotar y diferenciar la posición de éste frente al acto administrativo, otorga a esa situación un carácter subjetivo. A este efecto una situación jurídica cuenta también como un hecho, en el sentido de que funciona como fuente del interés, no como objeto de éste. Así, el propietario tiene interés

legítimo en conservar su propiedad frente a la potestad expropiatoria del Estado, en razón de su carácter de titular del derecho correspondiente, el cual es el origen de su posición diferenciada frente a la Administración; ese interés es de él y no de otro porque es él —y no otro— el titular del derecho de propiedad afectado. De este modo, la naturaleza jurídica de una situación no impide sino que más bien define la titularidad y naturaleza del interés legítimo, en cuanto ayuda a precisar mejor la relevancia jurídica del antecedente de dicho interés y la función que éste tiene. Llámase situación legitimante la situación jurídica o de hecho en que ha de encontrarse un sujeto para reputarse interesado en el ejercicio de las potestades de la Administración.

Existen varios tipos de esas situaciones.

La doctrina y jurisprudencia francesas han construido categorías varias, según la naturaleza del acto administrativo frente al cual se da el interés. Esas categorías son abstractas e iguales para un cierto tipo de actos y constituyen lo que en Francia suele llamarse “los círculos de interesados”. Su definición mejor la dio el comisario de gobierno Mosset cuando dijo:

“La aceptación de un interés que justifique el recurso de anulación (de un acto) está sujeta a una doble condición. Se requiere que el acto atacado lesione material o moralmente al recurrente, que tenga consecuencias perjudiciales para él en uno o en otro plan. Pero es necesario también que dichas consecuencias toquen al interesado en cuanto dueño de una cierta calidad, en un concepto específico, en tanto aquel pertenece a una categoría definida y limitada”.

Según este concepto, es esa calidad, título o situación calificada, la que determina la pertenencia del interesado (recurrente) a un grupo definido y limitado, lo que origina el interés legítimo o, mejor dicho, la calidad de titular de un interés legítimo. Esa calidad pertenece a tal sujeto con base en una situación individual e intransferible, situación subjetiva de hecho, pero la misma no puede generar el verdadero interés mientras no sea igual a una hipótesis abstracta, propia de una categoría o clase de individuos en determinada posición frente a la Administración, según la estructura y función típicas de cada acto administrativo o de cada clase de

acto administrativo. Así, el destinatario de un acto individual siempre es dueño de un interés frente al mismo, el miembro de una colectividad afectada por un acto plural o colectivo también lo es, y, con mayor detalle, el sujeto que reúne los requisitos para hacer una petición tiene interés en el acto pedido, el miembro de una comunidad territorial limitada (como la municipal) tiene interés frente a los actos que afectan el patrimonio y el nivel impositivo de la entidad, etc.

Según la doctrina francesa el círculo de interesados queda determinado por el acto, que es anterior y no posterior a la existencia del interés. Se trata de una inversión visual que no corresponde a la lógica ni a la naturaleza de las cosas, pues es evidente que el interés —como situación substancial, en cuanto dirigida a la obtención no jurídicamente garantizada de un bien de la vida— sólo puede resultar lesionado si preexiste a la lesión, así como que el interesado después de ésta es la misma persona, con igual posición frente a la Administración, que el interesado antes de la lesión. El error de perspectiva se explica en Francia por la sede contenciosa en que ha nacido la anterior doctrina, dentro de la cual es natural que juegue papel determinante el acto impugnado, como causa inmediata del interés en impugnar. Se verá de seguido, ello no obstante, que tal interés en la impugnación es distinto y no coincidente con el interés legítimo, pues éste es anterior al juicio contencioso. La cita de Mosset apunta claramente a la distinción cuando hace ver que además del círculo de interesados, debe haber una lesión o daño, cuya posibilidad de reparación es justamente el sustento del juicio. Sirve la doctrina francesa de los círculos de interesados para resaltar, por encima de sus errores técnicos, el carácter subjetivo y al tiempo susceptible de clasificación y categorización del interés legítimo como entidad sustancial, consistente en una peculiar forma de relación o de posición del administrado frente a las potestades y a los actos administrativos, determinada por la estructura y función de estos últimos. Los intereses pueden ser clasificados, en efecto, de acuerdo con la naturaleza y clases de los diversos actos administrativos.

La doctrina italiana, afinando el enfoque francés, ha orientado su esfuerzo hacia la búsqueda de la situación lesionada como constitutiva o creativa del interés legítimo, restando acento a la importancia del acto lesivo y a su naturaleza. De este modo ha

procedido a tipificar una serie de situaciones jurídicas y de hecho que generan posiciones diferenciadas del administrativo frente a la Administración y que sirven de causa de creación y atribución del interés legítimo. Dichos tipos de situaciones determinan los diversos tipos de intereses legítimos.

- i) Los intereses ocasionalmente protegidos o del interesado tercero.

Una primera categoría a establecer es, según se explicó, la de los intereses ocasionalmente protegidos por la dirección finalista de la ley, no por la naturaleza de ésta (norma de acción o de relación), sino por el destinatario de los actos que la misma regula. Pues si bien es muy dudoso y controvertible el atribuir un fin determinado a una ley, en cuanto directamente encaminada al interés público e indirectamente al privado, es muy simple, a la inversa, el determinar quién es el destinatario de los actos administrativos que aquella regula. Si ese destinatario es el interesado puede haber derecho subjetivo y habrá que recurrir a otro criterio distintivo; pero si es un tercero frente al interesado, la situación de éste último sólo puede ser de interés legítimo, nunca de derecho subjetivo. Debe reiterarse, sin embargo, que existen doctrinas minoritarias, que con bastante lógica sostienen la existencia de un verdadero derecho subjetivo a la exclusión cuando el competidor (del interesado) sólo puede acceder ilegal y deslealmente al mercado.

La situación legitimante consiste aquí, sobre todo, en un concurso o competencia, que se extiende más allá del mundo económico y alcanza, en general, a toda posición del sujeto que lo coloque en pugna con otro por la obtención de un bien jurídico de disponibilidad limitada. Hay concurrencia, se quiere decir, cuando los medios de satisfacción no alcanzan para todos y sólo uno o algunos pueden obtenerlos, excluyendo a los demás. Es evidente que esto ocurre así ante todo en el mercado de cosas y de servicios, pero puede darse también en punto a bienes de valor meramente cultural o espiritual (como cuando se compite por un premio o título, etc.). Esta hipótesis puede ampliarse hasta admitir la existencia de un interés no sólo cuando hay una situación de concurso (económico o de otro tipo) entre dos sujetos, uno de los cuales es el interesado,

sino también cuando, en general, haya una incompatibilidad de intereses que convierta el bien de uno en el mal de otros, y viceversa. En tal situación nace un interés en que el ejercicio de las potestades públicas no produzca ese bien o ventaja al tercero, competidor destinatario del acto administrativo, el cual sería de otro modo perjudicial al interesado, en forma tal que objeto del interés es que se produzca el acto opuesto y concretamente:

- 1) Que no se le confiera al destinatario del acto un derecho, potestad o facultad.
- 2) Que se le suprima un derecho o se le deniegue su ejercicio;
- 3) Que se le imponga una obligación;
- 4) Que se mantenga una obligación o prohibición.

Si ocurre lo contrario, nace el interés en la anulación del acto lesivo y la acción correspondiente, cuyo éxito dependerá de la legalidad del acto.

- ii) Los intereses del interesado — destinatario (del acto administrativo).

Pueden dividirse en dos grupos importantes, a saber:

- i) Los intereses propiamente tales;
- ii) Los intereses — derecho subjetivos, o conexos con derechos subjetivos.

i) Para una cabal explicación del tema conviene anticipar nociones básicas en la clasificación de los actos y procedimientos administrativos, según la estructura y función que presentan, pues dicha clasificación guarda íntimo vínculo con las categorías de intereses legítimos que se examinan. Puede decirse, en efecto, que los intereses legítimos — derecho subjetivos son los que tienen relación con los actos y procedimientos administrativos de autorización y de imposición. Conviene explicar brevemente el sentido de tales afirmaciones.

El particular puede hallarse frente a la Administración en la triple posición siguiente:

- i) El particular pide un bien que normalmente es de pertenencia y goce exclusivos de la Administración, la cual no está

obligada a darlo, en forma que si lo da, amplía con ello la esfera jurídica y económica de aquél.

ii) El particular pide se le permita desarrollar una actividad que le corresponde normalmente, como parte natural de su vida jurídica y económica, pero que está supeditada en su ejercicio a la coincidencia entre el interés privado que la impulsa y el interés público que puede resultar afectado. La Administración da el permiso y hace posible el cumplimiento de esa actividad, o lo niega y el particular queda inhabilitado para ejercer un derecho propio. Puede decirse que así como en la hipótesis anterior la Administración dispone de intereses propios en beneficio de particulares, quienes en el peor de los casos dejan de ganar un derecho sin perder ninguno, en la hipótesis que ahora comentamos el particular rechazado pierde un derecho que tenía, al no poder ejercerlo.

iii) El particular se ve sujeto a imposiciones de la Administración, que limitan su esfera jurídica, sea suprimiéndole o modificándole derechos, sea imponiéndole obligaciones, conexas con esos derechos o independientes.

Conviene ilustrar con ejemplos las tres posibilidades, advirtiendo que las mismas corresponden por su orden a los procedimientos y actos de concesión, de autorización y de imposición.

Son ejemplos del primer tipo de procedimiento (concesional) las concesiones de ocupación y explotación del dominio público, las exenciones fiscales, las subvenciones, las adjudicaciones, los nombramientos públicos, el otorgamiento de la nacionalidad y de la ciudadanía, etc.

Son ejemplos del segundo tipo de procedimiento (de autorización) los permisos de policía (para portar armas, para celebrar reuniones públicas, para emprender en comercio de licores o de estupefacientes, para importar o exportar, etc.), las aprobaciones y autorizaciones en función de contralor sobre las diversas entidades públicas, el reconocimiento de la personalidad de las asociaciones, la autorización para abrir y explotar establecimientos privados de enseñanza, la admisión al disfrute de los servicios públicos, etc.

Son ejemplos del tercer tipo de procedimiento (de imposición) los de índole tributaria, las expropiaciones, las medidas de sanidad industrial que imponen obligaciones de hacer o no hacer,

de acondicionar locales en cierta forma, las ocupaciones temporales de bienes, la revocación y anulación de actos declaratorias de derechos, etc.

Puede decirse (Sandulli) que en tanto un procedimiento concesional carece de relación con derechos subjetivos preexistentes, puesto que va dirigido más bien a crearlos, los otros dos últimos procedimientos tienen con ellos tan íntima relación que bien pueden enfocarse como vicisitudes del derecho subjetivo, en sentido exactamente contrapuesto. Mientras el procedimiento y el acto de autorización supone un derecho subjetivo en espera de ejercicio efectivo, pasando de la potencia al acto (*diriti in attesa di espansione*) en virtud de la autorización, el acto de imposición supone un derecho perfecto y en ejercicio, sujeto a eventual terminación o limitación por obra de un acto administrativo (de imposición) que lo suprime o comprime (*diritti affievoliti*). De este modo, el derecho sujeto a autorización puede enfocarse como sometido a una condición suspensiva (de su ejercicio); en tanto que el derecho sujeto a imposición está sometido a una condición resolutoria, sobrevenida la cual queda suprimido o comprimido.

La doctrina italiana, que ha estudiado largamente el tema, suele englobar ambos tipos de derecho subjetivo últimamente descritos en el rubro común del llamado derecho debilitado o condicionado (*diritto affievolito*), sin hacer ulteriores distinciones, salvo inteligentes voces aisladas (Sandulli).

La importancia de la correlación anterior entre derechos subjetivos y actos y procedimientos, radica en que, según la doctrina dominante, los derechos condicionados suponen un interés legítimo como fenómeno colateral o sustitutivo. Es decir, la doctrina italiana acepta que el interés legítimo se da en la hipótesis de los derechos condicionados, sea porque acompaña a éstos, que no dejan de ser derechos subjetivos, sea porque éstos son en tal hipótesis una mera apariencia, cuya íntima realidad es la del interés legítimo.

Derecho debilitado es, entonces, el interés legítimo en la conservación o el ejercicio de un derecho subjetivo, ante las potestades públicas opuestas que pueden suprimir o comprimir el derecho subjetivo o impedir su ejercicio.

Varias teorías intentan explicar la relación entre derecho subjetivo debilitado e interés legítimo. Una teoría sostiene que el

acto administrativo opuesto degrada el derecho subjetivo y lo convierte en mero interés legítimo en la anulación de aquel, sucediéndolo en el tiempo; de este modo el interés legítimo es posterior al acto y naturalmente a la potestad pública correspondiente, y se satisface —como entidad meramente procesal— en la anulación de aquel.

Esta es la doctrina dominante.

Otros autores sostienen que desde el momento en que hay una potestad opuesta, no hay verdadero derecho subjetivo, sino única y exclusivamente interés legítimo, cuyo contenido es la conservación del derecho afectado y, secundaria y accesoriamente, la anulación del acto lesivo. Esta tesis parece desconocer la observación elemental de que no hay derechos absolutos, porque todos están expuestos a limitación o supresión en un ordenamiento moderno y de que, de ser cierta su posición, no existirían derechos subjetivos, que se verían anegados por los intereses legítimos. La más nueva doctrina sustenta la coexistencia del derecho subjetivo con el interés legítimo antes del acto, y la desaparición o limitación de aquél por obra de la fuerza ejecutoria típica de este último. Según otros, hay derecho subjetivo pleno ante los otros administrados y no frente a la Administración, armada con la potestad opuesta, lo que equivale a aceptar la tesis anterior de que la posibilidad de limitación o supresión es incompatible (ante la Administración) con la existencia del derecho subjetivo. Algunos, que parecen llevar razón, afirman la plenitud del derecho condicionado o debilitado como verdadero derecho subjetivo, dado que desde su nacimiento supone una autorización de conducta propia (o ajena) que garantiza el disfrute de un bien de la vida, mientras no lo impida jurídica y realmente el acto lesivo. El interés legítimo en este enfoque se da en relación con el ejercicio discrecional de la potestad opuesta y nace desde que se inicia el procedimiento de autorización o de imposición, de oficio o a instancia de parte, que es cuando la posibilidad de la lesión empieza a cobrar existencia real y no sólo jurídica.

No puede negarse la perplejidad que produce el variado y polémico panorama doctrinal alrededor de los derechos condicionados o debilitados. La reacción contra la existencia del derecho subjetivo como interés legítimo no ha tardado en producirse. (Cannada Bartoli, Cassarino) Para esta corriente doctrinal negativa no existen derechos debilitados o condicionados, que son ver-

daderos derechos y no intereses. Sea cual sea el vicio del acto que ilegalmente viola un derecho anterior, éste sobrevive esa ilegítima invasión y produce la potestad de repelerla mediante una acción que podrá encaminarse eventualmente no sólo a la anulación de aquel, sino, además, al resarcimiento del daño causado. El derecho sigue siendo tal y nunca se convierte en interés legítimo ni coexiste con este, por obra de un acto opuesto. En virtud del principio de libertad jurídica (consagrado en C.R. por los arts. 9 y 28 de nuestra Constitución) el individuo tiene derecho a no sufrir otras intervenciones o limitaciones administrativas que las expresamente autorizadas por ley. En consecuencia, todo acto no autorizado está prohibido y permitida la plena manifestación del derecho de libertad ilegítimamente comprimido. Esta doctrina, cierta en relación con el acto inválido, carece de base frente a la potestad contraria al derecho de libertad, en cuyo ejercicio se dicta el acto legítimo que produce la lesión.

Conforme a este panorama las situaciones legitimantes o causantes del interés legítimo en relación con actos cuyo destinatario es el interesado, son las siguientes:

i) La iniciación —de oficio e instancia de parte— del procedimiento concesional, para otorgar un derecho o liberar de una obligación al interesado, en forma discrecional.

ii) La titularidad del derecho condicionado (debilitado o potencial) unida a la iniciación del procedimiento de autorización o de imposición, de oficio o a instancia de parte, con miras a la eventual supresión o compresión discrecionales de aquel derecho.

E) Deslinde de figuras procesales afines. El interés legítimo, el interés en el fallo y el interés en la demanda — Régimen Procesal Positivo.

i) El interés sustancial.

El interés legítimo es procesalmente la situación jurídica sustancial cuya existencia es presupuesto del derecho a obtener sentencia, en el juicio de anulación de un acto. El éxito de la demanda depende de la unión de dos circunstancias, que son la titularidad del interés y la invalidez del acto impugnado, sin la cual última la sentencia tiene que ser confirmatoria y rechazada la demanda. El interés juega, en todo caso, como presupuesto de la

sentencia, en cuanto el pronunciamiento sobre la validez del acto impugnado no es posible y está más bien prohibido cuando el interés legítimo falta en el actor, por no tener ninguno o por pertenecer a otro. Ese interés debe existir, en consecuencia, al momento de entablarse el juicio (interposición de la demanda) y al momento de dictarse el fallo, sin soluciones de continuidad. Su ausencia es causa de rechazo de la demanda.

No es muy claro el régimen procesal del interés legítimo sustancial en nuestro ordenamiento. Según el art. 59. 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (Nº 3667 de 12 de marzo de 1966) el juez puede dictar sentencias de inadmisión, y según el art. 60 inciso b) ibídem, una de las causas que puede justificarlas es el hecho de que la demanda se hubiere interpuesto por persona no legitimada. La ausencia de legitimación, en consecuencia, no impide la sentencia sino que provoca un tipo especial de la misma, llamada sentencia de inadmisión, cuya característica distintiva está en resolver sobre cuestiones formales que ponen en cuestión la validez del proceso, sin entrar a decidir el fondo del asunto planteado. Se trata de decisión que con otra terminología podría calificarse como auto definitivo, en cuyo caso pone fin al juicio con carácter de cosa juzgada, sin resolver sobre el mérito. La decisión declarando rechazada la demanda por ausencia de legitimación comprende los casos en que no hay interés legítimo sustancial en el actor, pues la legitimación alude a la titularidad del mismo por éste último, según expresa declaración del art. 10. 1. a) de la ley 3667. El accionado y la Administración pueden revelar el defecto al contestar la demanda, por la vía de las defensas previas, en cuyo caso el asunto ha de resolverse también previamente a la sentencia (art. 52 de la ley 3667). Parece difícil, ello no obstante, un pronunciamiento sobre legitimación o titularidad de interés legítimo que sea anterior al fallo, por la íntima relación que hay entre el fondo del asunto y esa titularidad. Sólo podrá procederse a conocer previamente el problema de la legitimación (con base en un derecho subjetivo o interés legítimo) cuando sea muy evidente la ausencia de titularidad de uno u otro, sin que enviar el asunto a fallo pueda reputarse como infracción del art. 52, que regula las defensas previas, dado que el pronunciamiento sobre legitimación es posible también en sentencia (de inadmisión). Parece claro, sin embargo, que solo hay dos momentos procesales oportunos para pro-

nunciarse sobre la titularidad del interés legítimo, de acuerdo con nuestro régimen contencioso, a saber: la oportunidad señalada por el art. 50 y sgtes, y la señalada por el art. 60 ibídem. Fuera de tal hipótesis el pronunciamiento es imposible durante el curso del proceso, lo que puede provocar un grave despilfarro de energía procesal si la ausencia de legitimación se hace evidente en momento distinto. Se trata de una solución heredada del régimen contencioso español, cuya utilidad es dudosa en este punto. Es definitivo, en todo caso, que el pronunciamiento sobre legitimación es normalmente un presupuesto o antecedente lógico del fallo de fondo, en cuanto sólo puede juzgarse sobre la validez del acto administrativo impugnado después de haber resuelto el problema de la titularidad del interés legítimo para impugnar (legitimación del actor). Está claro que esta última es, además, presupuesto de validez del proceso, dado que un previo pronunciamiento al respecto puede ser posible, como si se tratara de cuestión formal equiparable a la competencia del juez o a la capacidad de las partes.

En muchas ocasiones suele confundirse el interés legítimo con otras dos figuras, netamente procesales, que son el interés en el fallo y el interés en el juicio. Se trata de figuras distintas aunque conexas con el interés legítimo. La diferencia fundamental radica en que éste es una situación jurídica substancial, cuyo objeto es un bien de la vida, cuya titularidad es posible fuera de todo proceso, y de la cual puede disponerse en cualquier momento, renunciando o traspasando la situación legitimante, en tanto que los otros dos intereses son estrictamente instrumentales y tienen por objeto actos procesales o el fallo final, sin valor extraprocesal alguno.

ii) El interés en el fallo. (Interés en actuar).

Llámase interés en el fallo la posibilidad de una utilidad substancial a derivar de la sentencia de fondo, no del ejercicio de la potestad administrativa. Si bien el interés en el fallo parece tener por objeto una utilidad sustancial, su verdadero contenido está dado por el fallo favorable y por los beneficios que el mismo puede producir, consistentes fundamentalmente en la anulación del acto que suprime el interés legítimo frente a la potestad administrativa. Hay interés en el fallo cuando el actor en el juicio contencioso se encuentre en situación tal, al momento del fallo, que de acogerse su demanda recibiría una ventaja o beneficio sustanciales. Es posible que exista el interés legítimo y no el interés en el fallo, en cuyo caso

la demanda debe ser desechada, pues este último es —como el primero— un presupuesto de la sentencia, en cuanto sólo puede resolverse el fondo del negocio si hay interés en el fallo por parte del actor. Se dan los siguientes ejemplos de disociación entre ambos tipos de interés: el que ha vencido en un concurso de selección de personal público puede tener interés legítimo en que se justifique mejor o, incluso, inversamente su nombramiento, pero carece de interés en el fallo, por ser vendedor y no vencido; el vencido en el mismo concurso tiene interés legítimo en ser vencedor, pero carece de interés en el fallo si al mismo tiempo o después ha resultado vencedor en otro concurso para un puesto de más alta jerarquía; el que demanda una indemnización carece de interés en el fallo si en el curso del juicio una ley se la reconoce, aunque preserve su interés legítimo en obtener lo pedido a través de un acto administrativo sustitutivo del impugnado.

La doctrina y jurisprudencia francesas distinguen a este efecto, como ya antes se dijo, entre los círculos de interesados, que originan el interés legítimo, típico y sustancial, y el daño o agravio, entendido como la lesión a ese interés sustancial cuya subsistencia es requisito de admisión de la demanda, sin el cual esta es rechazada ad portas (Auby et Drago). Desde este ángulo el interés en el fallo es condición no sólo de la sentencia (de fondo), sino también de validez del proceso, en cuanto sin el mismo éste último —y no sólo el fallo— resulta nulo. La solución en Costa Rica parece ser exactamente la opuesta, pues el interés en el fallo es, como se verá, presupuesto de la sentencia de fondo.

La doctrina y jurisprudencia francesas han establecido la existencia de cuatro categorías de casos en los que no hay interés en el fallo y en los que, en consecuencia, es inadmisibile la demanda de conformidad con la consideración de este requisito como condición de admisión y de validez del juicio:

1) Inadmisibilidad del recurso contra el acto que carece de efecto frente al recurrente: no puede atacar una alza administrativa de salarios el empresario familiar, que no paga ninguno; no puede atacar una medida de seguridad e higiene en los locales de trabajo el patrono que ya la haya cumplido; no puede atacar una disposición sobre construcciones el habitante de otro municipio, distinto del que las dictó.

2) Inadmisibilidad del recurso contra el acto favorable al recurrente: sirve el ejemplo de la adjudicación respecto del adjudicatario, del nombramiento respecto del nombrado; no es admisible la demanda contra un reglamento cuya anulación desfavorece al actor; no es admisible la demanda contra una promoción de personal cuando la misma determina otra promoción mejor para el actor, etc.

3) Inadmisibilidad del recurso contra el acto a disposición del actor: esta hipótesis se da en relación con acciones de anulación por parte de la entidad autora del acto impugnado, porque puede anularlo administrativamente, por no ser la hipótesis del contencioso de lesividad (actos declaratorios de derechos).

4) Inadmisibilidad del recurso contra actos debidos, sujetos a repetición: si los vicios del acto son puramente formales y ha de repetirse otro con igual contenido, por ser obligatorio, no hay interés en el fallo, por ser imposible obtener una utilidad sustancial por su medio.

El interés en el fallo en C.R. parece ser el requisito de fondo que exige el art. 1 del C.P.C. cuando dice:

“Para entablar una acción ante los tribunales de justicia se requiere:

- 1) Derecho real o personal que sirva de fundamento a su acción;
- 2) Capacidad para gestionar judicialmente;
- 3) Interés actual en ejercitarla”.

Son estos los llamados presupuestos de fondo en el proceso civil, cuya existencia es condición de acogimiento de la demanda, no de su admisión ni de validez del proceso.

El interés en ejercitar la acción, de que habla la citada norma, es el interés en el fallo, entendido —según se dijo— como la posibilidad de un beneficio nuevo para el actor a derivar del fallo, en el momento de dictarse éste, lo que significa que un juicio tramitado sin ese interés es válido, a condición de que el mismo se dé cuando se dicta sentencia.

Nuestra ley de lo contencioso no contiene normas específicas que rijan el interés en el fallo, por lo que parece supletoriamente

aplicable el art. 1 C.P.C., antecitado, en cuanto lo reputa como presupuesto de fondo, antecedente lógico del fallo, y no de forma, antecedente del juicio y condición de su validez. Se trata, en todo caso, de figura netamente procesal, distinta del interés legítimo (sustancial).

iii) El interés en la demanda o en el juicio.

Muchos autores niegan que, fuera de los dos anteriores tipos de interés (el legítimo y el interés en el fallo), pueda existir otro. Algunos suelen distinguir un tercer tipo llamado el interés en la demanda o interés en el juicio. Consiste en lo mismo que el interés en el fallo, pero en cuanto éste se refleja en la redacción de la demanda. Interés en la demanda es el interés en el fallo que se desprende de los términos en que el autor plantea su reclamo. Si de esos términos puede concluirse en que el actor se pretende dueño de un interés legítimo sustancial lesionado y que es posible para él derivar algún beneficio de la sentencia pedida, hay por ese solo hecho un interés en la demanda o en el juicio, que ha de apreciarse ad portas y cuya ausencia origina el rechazo de la demanda y el no trámite del proceso. La diferencia con el interés en el fallo radica en que mientras este último es una posibilidad real y efectiva de una utilidad sustancial a derivar del fallo, tal y como resulta de la prueba de autos, el interés en el juicio o en la demanda es una posibilidad teórica de este mismo beneficio, fundada en las afirmaciones del actor. Si, en consecuencia, el actor expone hechos que evidencian que el acto no lo ha perjudicado, o pide algo imposible o claramente improcedente, o algo que pertenece a otro, el juez puede rechazar la demanda afirmando que basta la lectura de ésta para tenerla por inadmisibile, en virtud de falta de interés en el fallo probada por la redacción empleada. Se trata, en realidad, de una ausencia de interés en la demanda. Es lógico que la existencia del interés en la demanda deba apreciarse al momento de admitir ésta y no después, y que su existencia condicione la validez del juicio. Su tratamiento procesal puede ser igual al del interés en el fallo en los sistemas como el francés, en que el interés en el fallo es presupuesto formal de validez del proceso.

f) Noción y caracteres.

Después de las anteriores observaciones es posible intentar una definición más precisa del interés legítimo, que abarque to-

dos sus tipos posibles. Puede decirse, entonces, que el interés legítimo es la expectativa de una utilidad sustancial, eventualmente derivable —pero no exigible— del ejercicio de las potestades de la Administración, en beneficio del destinatario de los actos de ésta o de un tercero (llamado interesado), nacida de una posición diferenciada (jurídicamente o de hecho) del administrado frente a aquella, y protegida por la posibilidad de restaurarla mediante la anulación, en la vía administrativa o jurisdiccional, de los actos administrativos ilegítimos que la frustran o hacen imposible. Se desprende claro el carácter fundamental de todo interés legítimo, que resulta necesario resaltar para comprender después la resarcibilidad del mismo, a saber: el interés legítimo es una situación subjetiva y sustancial, no meramente procesal. Quiere decirse con ello que tiene por objeto una utilidad de la vida, sin que, como se anticipó, pueda equipararse a una mera expectativa de la legalidad administrativa, cuya existencia es un medio de restauración del interés, no su contenido. El interés legítimo existe desde antes del acto lesivo y del proceso, y naturalmente es también anterior al interés en la demanda y en el fallo. Representa un haber en el patrimonio o esfera jurídica de un sujeto, que si bien indisolublemente ligada a la situación legitimante (jurídica o de hecho) que le da origen y al ejercicio de las potestades administrativas, único que puede satisfacerlo, es por sí un bien económicamente valuable y digno de consideración, por ello, como situación jurídica subjetiva, propia de un sujeto y fuente de beneficios (en este caso puramente eventuales). Es lógico, entonces, que su lesión acarree o debe acarrear una responsabilidad conducente a su plena reparación, hoy negada por la mayoría de los tribunales pero progresivamente afirmada y aceptada por la doctrina.

En ésta se suele afirmar que el interés legítimo debe reunir, además, determinadas características para poder reputarse verdaderamente tal, características que, por otra parte, son las mismas que deben presentar los otros dos tipos de interés antes examinados, el interés en el fallo y el interés en la demanda o en el juicio. Dichas características son:

i) El interés debe ser personal e individual.

Se quiere decir, con lo de individual, que debe ser un interés *uti singuli*, de satisfacción fácilmente localizable en el interesado y

divisible a su favor, no un interés *uti universi*, en el que participen todos los miembros de una colectividad por igual. Este requisito alude en realidad a la exigencia genérica de que el interés sea subjetivo o propio de un sujeto en situación diferenciada, no de todos los miembros de la comunidad. Se dieron ya algunos ejemplos de lo que no se considera interés legítimo desde este punto de vista. Muchos de ellos, sin embargo, presentan graves dudas, pues hay situaciones en que es posible el beneficio de todos o de la mayoría social y, a la vez, la posición diferenciada de unos pocos; no hay duda de que sólo estos son dueños de un interés, pero debe admitirse que por lo menos éstos lo son. Así, hay intereses legítimos —contra lo que sostiene la doctrina dominante— frente a leyes o reglamentos que exijan una legislación favorable para la comunidad y específicamente para algunos sujetos que serían necesaria o muy probablemente sus beneficiarios, pese a la inevitable indeterminación y vaguedad actuales de los sujetos interesados. Todo aquel que pueda considerarse con seguridad como beneficiario futuro de la nueva regulación, debe tener interés legítimo en que se dicte, con medios procesales para lograrlo.

Se agrega que el interés debe ser personal, con lo que se dice que no puede ser de otra persona, lo que es evidente. El problema se presenta cuando hay una interrelación intensa entre intereses, cada uno de los cuales sufre indirectamente la lesión o el beneficio que se da en relación con el otro. Es el caso de las sociedades o personas colectivas con un interés funcional respecto de los intereses de sus miembros, y a la inversa. En la mayoría de los países se niega que un socio o afiliado pueda ejercer acciones por lesión de intereses del sindicato o sociedad a que pertenece, así como la posibilidad de que estos últimos puedan ejercer acciones fundadas en la presunta lesión del interés de sus miembros (Argentina, España, Italia, etc.). En Francia, sin embargo, la jurisprudencia y doctrinas son mucho más amplias y progresistas y permiten que tal tipo de intereses ajenos, pero indirecta y parcialmente personales, puedan ser considerados como verdaderos intereses para todo efecto, en ciertas condiciones de hecho que evidencian la inter-relación. La evolución probable y recomendable en este extremo es la que tiende hacia la eliminación del requisito de personalidad, reduciéndolo más bien a un requisito de relevancia personal, aunque indirecta, del acto frente al interesado. Hoy por hoy el requisito es exigible.

ii) El interés debe ser actual.

Se intenta decir con ello, en primer término, que debe existir en todo momento del juicio para su restauración; pero, en segundo término y también en relación con dicho juicio, que la lesión reclamada debe ser presente y no futura. Debe tenerse en cuenta para este efecto que la lesión de un interés sólo es posible cuando se da un acto definitivo ya eficaz y completo en todas sus fases, incluso en la integrativa (de su efecto), aunque no es necesario que haya sido ya efectuado. Sólo cuando se ha completado el procedimiento administrativo tendiente a la producción definitiva del efecto —aunque sólo sea en primera instancia— la lesión puede producirse y considerarse actual y no futura. En consecuencia, la actualidad no se da cuando se trata de actos no definitivos (preparatorios), o de actos pendientes (ausencia de elementos de perfección, necesarios para la formación o constitución del acto), o de actos ineficaces.

iii) El interés debe ser directo.

Se entiende con ello que debe ser directa la lesión del interés o, mejor todavía, que el único interés verdadero es el que deriva de una situación legítimamente propia del interesado, no de una ajena, en relación con la cual se haya producido un acto lesivo.

De este modo no es directa la lesión cuando deriva de la lesión de otro interés, por ejemplo: la lesión por la no promoción derivada de la no promoción de un tercero; la lesión del comerciante dueño de un restaurante por la cancelación de la concesión ferroviaria de la que dependía el derecho y la rentabilidad de esa explotación comercial, etc. Casos como estos permiten la coadyuvancia o intervención adhesiva de tercero (de dudosa existencia en C.R.), pero no la demanda de anulación. Este requisito se expresaría mejor y con más utilidad si se dijera que la lesión sólo es directa cuando es autónoma y dependiente exclusivamente de un acto, no cuando depende, a su vez, de otros actos dictados en relación con otros sujetos distintos del interesado.

iv) El interés debe ser legítimo, con lo que se dice que debe ser tutelado, o, al menos, no prohibido por el ordenamiento.

Las características apuntadas no son tanto, como se ve, del interés legítimo, cuando del interés en el fallo y apuntan todas hacia

la aptitud de éste último para justificar una sentencia favorable a la pretensión del actor en la vía contenciosa. Es útil aclarar que todas las notas anteriores califican un interés legítimo ya existente y que, en consecuencia, son aspectos de lo que el mismo debe ser para considerarse legítimo, no medios de identificación ni elementos de su existencia. Quiere decirse que el interés existe aún sin esas notas, aunque no puede reputarse como jurídicamente relevante o apto para derivar de él la legitimación sustancial y procesal normalmente conectada a su existencia. El interés sin esas notas sigue siendo tal, pero en forma discrepante de su esquema legal y el juicio basado en él sería ilegítimo y anulable. La única de todas las anteriores que puede reputarse esencial para la existencia e identificación del interés legítimo, en cuanto sin la misma éste no sería tal, es la de ser sustancial y autónomo, anterior al acto lesivo y al proceso. Esta nota es más bien un reflejo de la existencia del interés legítimo, a la cual va necesariamente unido, y sin la cual dejaría de ser lo que es para convertirse en uno de los otros dos tipos comentados. Para justificar un proceso, sin embargo, el interés debe no sólo existir sino aparecer como el ordenamiento lo exige y reunir todas las notas antes examinadas.

g) Signos distintivos.

Se han propuesto varios criterios de identificación práctica del interés legítimo a saber:

i) Normas de acción y de relación.

Se explicó ya esta doctrina, cuya crítica fundamental puede resumirse en dos objeciones:

1) Toda norma de relación es de acción, en cuanto limita la conducta administrativa, vinculándola al respeto de los derechos ajenos y prohibiéndole lesionarlos ilegítimamente;

2) Toda norma de acción que regula una potestad externa, cuyo efecto recae en el administrado, es una norma de relación, si el ejercicio de la potestad es enteramente reglado, pues ello crea un derecho subjetivo de aquél a dicho ejercicio, salvo si el acto va destinado a un tercero en conflicto, en cuyo caso puede haber un verdadero interés legítimo. La conexión necesaria entre este último y la norma de acción queda reducida —hecha la anterior salvedad— a los casos en que no hay discrecionalidad, con lo que el criterio pierde autonomía y utilidad como tal.

ii) Potestad discrecional y reglada.

Es indudable que no hay derecho subjetivo al ejercicio de una potestad discrecional, frente a la cual sólo es posible el interés legítimo. Se ha mantenido que, pese a ello, no es verdadera la hipótesis inversa, pues es posible la existencia de un interés legítimo —y no de un derecho subjetivo— en relación con potestades enteramente regladas. Aparte de que los casos de regulación total son excepcionales, pareciera que la objeción queda confinada al campo de los intereses ocasionalmente protegidos, aquellos que se presentan fundamentalmente en situaciones de competencia económica, en los cuales es posible al interesado exigir el ejercicio de la potestad reglada contra y frente al competidor, sin tener por ello un derecho subjetivo. Se explicó ya que la tesis opuesta, que sostiene la existencia del derecho subjetivo en hipótesis de este tipo, cuenta con fuertes razones y autorizados defensores a su favor. Pero aun suponiendo que en el caso haya sólo interés legítimo, el criterio en discusión sería útil y acertado, pues permitiría formular una regla clara y sencilla. Hay interés frente a la potestad discrecional siempre y en todo caso, mientras que lo hay frente a la reglada únicamente cuando su ejercicio va destinado a un tercero.

Debe insistirse en que el concepto del interés legítimo como correlato del deber subjetivo de observar la ley, deriva del erróneo supuesto de que el interés es una entidad formal e instrumental, cuyo objeto es la legalidad de la conducta administrativa, y no sustancial y autónoma, orientada hacia los bienes económicos y espirituales de la vida. En el primer enfoque es clara la conexión con el proceso contencioso y con la legalidad administrativa, mientras en el segundo es evidente la conexión con la potestad discrecional (parcialmente reglada, como es lo normal) de cuyo ejercicio puede nacer la obtención del bien buscado y la satisfacción del interés. Conviene reiterar, por ello, la aserción de que la legalidad es medio de garantía y de restauración, no objeto ni causa del interés legítimo.

iii) Carencia de potestad y ejercicio ilegítimo de una potestad existente.

La doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia del Consejo de Estado en Italia han ideado un criterio aparentemente claro y objetivo para detectar el interés legítimo. A partir de la clasificación de las normas en reglas de acción y de relación, posteriormente

sometida a amplia crítica, se ha llegado a determinar el punto básico de verdad que radica en la distinción, que es la necesidad de una norma que regule y atribuya una potestad pública (al órgano agente) para la existencia del interés legítimo. La norma atributiva es expresión, en realidad, de una regla superior, que es el principio de legalidad administrativa, según el cual el conferimiento de una potestad requiere la regulación mínima del sujeto, del fin y (normalmente) del contenido (excepcionalmente sólo del motivo) del acto autorizado. Esa atribución, al crear la potestad, degrada automáticamente cualquier derecho subjetivo al rango de un interés legítimo, pues si hay competencia para dictar un acto de contenido incompatible con el derecho subjetivo opuesto, es evidente que —aunque tal potestad se ejerza ilegalmente y con violación de la ley en otros aspectos, que pueden ser meramente formales— el administrado carecerá de derecho subjetivo a que el acto perjudicial no sea dictado. Corregidos los defectos formales o de otro tipo que padezca el acto —y que pueden efectivamente originar su anulación en vía contenciosa— éste podría repetirse con igual resultado, lo que revelaría que el particular sólo tiene un interés en conservar u obtener un beneficio, no un derecho subjetivo, dado que no puede evitar el acto desfavorable. Esta doctrina se ha combinado con la que se refiere a la autoridad ejecutoria del acto administrativo, según la cual todo aquél nacido de una potestad administrativa, incluso si es ilegal, extingue cualquier derecho subjetivo opuesto mientras mantenga su ejecutoriedad típica (que se mantiene mientras no sea anulado). En consecuencia, frente a un acto dictado en uso de una potestad administrativa, aunque sea ilegal y anulable, hay sólo intereses legítimos, nunca derechos subjetivos, puesto que éstos desaparecieron con tal acto, de haber preexistido.

El derecho subjetivo se da únicamente cuando hay carencia total de potestad, la que bien se explica por las razones anteriores aplicadas a contrario sensu.

La doctrina expuesta puede ser empleada con éxito relativo en la identificación del interés legítimo frente al derecho subjetivo. Debe decirse, en primer término, que es útil únicamente para distinguir y localizar el interés legítimo del tipo llamado “derecho condicionado” (debilitado o potencial), pues la problemática que esta doctrina toma en cuenta hace referencia exclusivamente a la

supervivencia del derecho subjetivo como tal y sin menoscabos ni degradaciones, frente a las potestades opuestas que intentan suprimirlo, comprimirlo o inhibirlo, sin relación con las hipótesis en que se trata de obtener un bien (procedimiento concesional) o en que se intenta mantener o mejorar la posición competitiva frente a terceros (intereses ocasionalmente protegidos). En segundo término, es doctrina aceptable sólo a condición de que se haga claro el distinguo entre derecho subjetivo y ausencia de potestad pública opuesta, que no son equivalentes, dado que aquel se da cuando hay una expresa autorización de conducta, salvo si se trata del derecho genérico de libertad, correlato de una abstención general, derecho que es de principio. En virtud de ello, el único derecho subjetivo coexistente con la ausencia de una potestad pública negativa es el de libertad y al mismo tendría que restringirse el alcance del enfoque en comentario, con exclusión de todos los demás creados y regulados por el ordenamiento, que existen por sí con entera independencia causal respecto de las potestades públicas. En tercer lugar, y sobre todo, se trata de una doctrina confusa y de incierta aplicación en la mayoría de los casos, pues es muy difícil discernir la ausencia de potestad del ilegítimo ejercicio de una potestad existente, si no se parte de un concepto tajante y sencillo de distinción. Es evidente que, siguiendo un punto claro de vista, la distinción correría pareja con la que podría hacerse entre la incompetencia y los otros vicios del acto administrativo: si hay incompetencia, no hay potestad y el derecho condicionado se mantiene como derecho subjetivo pleno; y, a la inversa, hay potestad e interés legítimo si el acto está viciado por violación de ley o exceso de poder (con el alcance que oportunamente se explicará). Pero éste no ha sido el criterio aplicado por la jurisprudencia italiana, fuente de la doctrina en comentario. La incompetencia relativa no impide la existencia de la potestad para este efecto, y así la jurisprudencia y la doctrina han introducido una serie de criterios de difuso perfil práctico.

Un reconocido autor (Giannini) ha puesto los tres ejemplos siguientes para ilustrar la incertidumbre del criterio sustentado:

1) La ley exige que antes de una expropiación se dictamine sobre la utilidad del fin y la necesidad del bien, sin los cuales dictámenes aquella se lleva a cabo;

2) La autoridad de contralor (como nuestra Contraloría Gral. de la República) ejerce su función sobre un tipo de acto que

no entra en la lista taxativa y limitativa de los actos sujetos a ella (por ejemplo: sobre el nombramiento o remoción de un empleado público);

3) Expropia autoridad distinta de aquella que tiene el monopolio de las expropiaciones en un ordenamiento (por ejemplo: el Ministro de Relaciones Exteriores).

La jurisprudencia, según el autor, reputa los dos primeros casos como ejercicio ilegítimo de una potestad y el tercero como ausencia o carencia total de potestad, no obstante la certeza de que también el segundo envuelve un problema grave de competencia. El mismo autor concluye en que el criterio exacto es, no la atribución de una potestad o su ausencia, sino la atribución de función o fin típico, al que se ordene por razón de la materia la competencia del agente. De este modo, hay atribución aunque haya incompetencia si actúa un jefe político en lugar de un Gobernador o éste en lugar del Ministro de Gobernación; pero hay carencia de potestad —y no mera incompetencia— si actúa un órgano en lugar de otro de Ministerio diverso, o, incluso, de otro del mismo Ministerio con fines totalmente distintos, como ocurriría si el Ministro de Gobernación declarara caduco un contrato industrial, o si el Jefe del Registro de Prenda ordenara denegar una inscripción en el Registro de Sociedades Mercantiles. El criterio claro parece ser imposible, según ello, pues cabría plantear interrogantes de muy dudosa respuesta si se entrara a discutir la relación o correlación entre los fines públicos que califican cada competencia, normalmente imbricados en forma muy estrecha (cuando menos en la hipótesis de órganos de un mismo Ministerio). Es posible concluir, sin embargo, en que el criterio podrá aplicarse automáticamente siempre que se dé una incompetencia relativa o una absoluta (por razón del territorio, de la materia o de las personas administrativas), a reserva de examinar cada caso cuando se dé una incompetencia relativa o una absoluta por razones diversas (por ejemplo: por el tiempo límite para actuar). Si hay incompetencia absoluta por las razones dichas habrá ausencia de potestad y derecho subjetivo contrapuesto; si hay otro vicio, o incompetencia absoluta por razones diversas, habrá normalmente ejercicio ilegítimo de la potestad e intereses legítimos afectados, sin excluir hipótesis excepcionales en que podrá darse el derecho subjetivo.

Consideramos elemental la ampliación de la doctrina en examen a las hipótesis de falta de motivo, como equiparable a la falta total de competencia o carencia absoluta de poder. En efecto: si el motivo es el antecedente objetivo —jurídico o de hecho— que hace posible o necesario el ejercicio de la competencia para el caso concreto, es evidente que su total inexistencia implica una imposibilidad del acto dentro de la circunstancia, equivalente a una falta del poder para realizarlo. Así, el caso de una autoridad incompetente para expropiar parece asimilable al de la autoridad competente que actúa sin que medie ni declaración ni comprobación de la utilidad del fin y de la necesidad del bien, condiciones sin las cuales la potestad legal existente en abstracto no puede ni debe ejercerse en concreto. Esta asimilación entre carencia de potestad y carencia de motivo no es aceptada por la doctrina ni la jurisprudencia italianas, con desconocimiento de una lógica elemental y tutelar del administrado y de la legalidad administrativa.

iv) Exclusividad (o concurrencia) del interés y carácter reglado (o discrecional) del acto.

Un distinguido autor argentino (Agustín Gordillo) ha propuesto un criterio práctico y operante de identificación del derecho subjetivo por contraste con el interés legítimo, centrado en dos fenómenos complementarios, a saber:

1) El carácter reglado o discrecional de la potestad en ejercicio;

2) El carácter individual o concurrente del interés a satisfacer con dicho ejercicio.

El derecho subjetivo se da cuando una regla precisa impone a la Administración una conducta en favor de un sujeto considerado como individuo, aunque contenga pareja imposición en favor de otros, integrantes o no de un grupo común. Así, hay derecho subjetivo no sólo cuando la Administración tiene que dar una subvención por monto determinado en favor de una empresa industrial que es monopolio, sino también cuando tiene que darla por igual a todas y cada una de las empresas del ramo, aunque no haya monopolio. Lo importante y decisivo para que haya individualidad y derecho subjetivo es que cada empresa pueda exigir y obtener, con entera independencia de la suerte que corran las otras, la totalidad de la

subvención prevista para todos y cada uno por la ley. Para que haya derecho subjetivo es necesario que se den ambas circunstancias, obligatoriedad e individualidad de la conducta administrativa, pues cada una es necesaria pero no suficiente al efecto: si la conducta debida es también discrecional, o si es debida sólo a unos y no a todos los integrantes del grupo que aspira a ella, hay un interés legítimo y no un derecho subjetivo frente a la Administración. Es posible, en efecto, que una conducta sea obligatoria pero discrecional su contenido, o a la inversa, y en ambos casos es también posible que sólo haya una conducta disponible para uno entre muchos, lo que ocurre con claridad en las licitaciones y demás concursos administrativos organizados, pero, en general, siempre que la demanda de los administrados supere a la oferta de bienes de la Administración. Pareciera que ambas hipótesis, la de discrecionalidad y la de insuficiencia de bienes disponibles, son reducibles a la primera, pues la última opera normalmente a través de una discrecionalidad en la elección del beneficiario, con exclusión del resto. En la doctrina en examen las dos hipótesis aparecen como distintas y complementarias, de modo que el derecho subjetivo nace por el concurso de la obligatoriedad con la individualidad de la prestación, y el interés legítimo por ausencia de una cualquiera de las dos situaciones, sea porque ésta es discrecional (aunque sólo parcialmente), sea porque sólo es una para muchos. Este criterio puede reducirse, en realidad y como se anticipó, al de la discrecionalidad administrativa como fuente del interés y al de la total vinculación reglamentaria de la potestad frente al particular, como fuente del derecho subjetivo. Se trata, como quiera, de un planteo claro y sencillo, que puede ser de fácil manejo y de gran utilidad para los tribunales.

h) Ejercicio y disposición del interés legítimo. Renuncia, transacción y transmisión.

El interés legítimo es, en todas sus formas, una situación jurídica normalmente inactiva que no autoriza la conducta del interesado sino en forma muy limitada. Su manifestación dinámica más sobresaliente es la potestad de acción procesal (de anulación) del acto administrativo opuesto, que lleva implícita. No es esa, sin embargo, su única expresión activa. En cuanto situación jurídica sustancial, el interés legítimo puede ser objeto de disposición por parte de su titular, en forma igual a como lo es el derecho subjetivo.

El interés legítimo depende, para efectos de su disposición, de la situación legitimante que lo produce. En consecuencia, se dispone o transmite el interés legítimo conjuntamente con esta última, sin lo cual resulta imposible para la mayor parte de la doctrina. En los intereses —derechos subjetivos la transmisión se opera con la de estos derechos; en los intereses ocasionalmente protegidos o en los procedimientos concesionales, con la sustitución jurídica del interesado por un tercero, que sobrevenga en el procedimiento en su lugar o asuma su posición competitiva frente a otros en el mercado. Lo anterior está admitido en nuestro ordenamiento por el art. 13.1 de la Ley Reg. Jur. Contencioso administrativo, que dice:

Art. 13.1: Cuando la legitimación de las partes derivase de alguna relación jurídica transmisible, el causahabiente podrá suceder, en cualquier estado del proceso, a la persona que inicialmente hubiese actuado como parte”.

La muerte produce la extinción de los intereses unidos a una situación legitimante de carácter personalísimo, pero no cuando esta última es transmisible, en cuyo caso la sucesión se opera normalmente.

La forma más común de disposición del interés legítimo es la renuncia, tácita o expresa, fundamentalmente bajo la forma de la transacción. En cuanto los intereses envuelven problemas de legalidad administrativa y la contraparte es siempre la Administración, la transacción sobre aquellos resulta pasible de objeciones iguales a las que se hacen normalmente a la transacción administrativa, que es una y la misma cosa. De este modo, parece aceptable únicamente cuando está expresamente autorizada por ley, en la medida de la autorización.

La renuncia unilateral, en cambio, es posible sin límites (fuera de disposiciones cogentes en contrario que la hagan nula), mediante documento que manifiesta la voluntad del titular de soportar, sin accionar contra determinada acción administrativa; o tácitamente, mediante el consentimiento del acto desfavorable, que, una vez consentido, resulta inimpugnable a la luz del art. 21 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, que veda la acción respecto de los “actos consentidos expresa-

mente o por no haber sido recurridos en tiempo y forma". Una forma de los actos consentidos son los actos confirmatorios y reproductores (cuyo concepto será oportunamente explicado alrededor de la clasificación de los actos administrativos).

Para que la renuncia del interés en estos casos sea válida, es necesario que se dé sin reservas, aunque éstas, a su vez, pueden tenerse por inoperantes si la voluntad de renuncia es clara e inequívoca y aparece evidente el error cometido con la reserva y como contraria a la verdadera voluntad del declarante, según se desprende de la lectura total del documento.

La renuncia, además de clara e inequívoca, debe ser espontánea y no impuesta por la necesidad. Se discute si tal necesidad, excluyente de la renuncia, puede ser real, además de jurídica. Se entiende por ésta última aquella en que se encuentra, por ejemplo: el sujeto a la ejecución forzada de un acto administrativo, en virtud de la ejecutoriedad del mismo, con el fin de evitar penas o consecuencias perjudiciales de mayor envergadura. La ejecución del acto sin protesta ni reserva previa o simultánea es índice concluyente de la renuncia, salvo prueba sustancial en contrario. Diversamente ocurre con la necesidad económica, que surge cuando el acto consentido o a consentir dispone la concesión de derechos vitales de índole personal, como pensiones alimenticias, jubilaciones, indemnizaciones por lesiones, etc. En tales casos la mejor doctrina encuentra posible recibir el derecho aun sin reserva ni protesta, para asegurar su urgente percepción, y salvar después el interés en la legalidad del acto mediante la posterior presentación de una reserva o protesta, que debe ser previa en el caso de derechos de distinto linaje, según se apuntó.

De este modo la regla general a sentar es que la renuncia se opera siempre que haya aceptación tácita o ejecución del acto sin reserva ni protesta previa ni simultánea, salvo casos de urgencia, por ser vital para el administrado la percepción del derecho nacido del acto, en cuya hipótesis la reserva o protesta puede ser posterior.

i) Régimen doctrinal y positivo del interés legítimo.

El interés legítimo ha sido siempre considerado como interés en el fallo o interés en el juicio, que es su faz puramente procesal. Desde este punto de vista se han extraído varias consecuencias le-

gales, todas fundadas erróneamente en su naturaleza no sustancial, que al regirlo limitan e incluso suprimen su verdadera función tutelar del administrado.

Las funciones comúnmente atribuidas al interés legítimo son fundamentalmente dos:

i) Es instrumento de legitimación para entablar las acciones contenciosas llamadas de anulación, que son las que van dirigidas única y exclusivamente a suprimir el acto administrativo ilegal, sin garantizar beneficio ulterior alguno al demandante; tales son las acciones a que se refiere el art. 10.1 de la Ley Reg. de la Jur. Contencioso-Administrativo, y que se contraponen a las previstas por el art. 10.3 *ibidem*, en cuanto éstas van encaminadas, además, al "reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, con o sin reparación patrimonial", lo que alude a la obtención de actos debidos y/o de una congrua indemnización por los daños causados con base en el anulado, lo cual es posible únicamente en favor de quien tiene un derecho subjetivo de base. La anterior distinción corresponde a la añeja clasificación francesa entre la jurisdicción objetiva de anulación y la jurisdicción subjetiva de plena jurisdicción, distinción que se hace allí sobre la base del interés o del derecho subjetivo, respectivamente, como causa petendi, y de la pretensión pura de anulación o de pleno restablecimiento de un derecho violado, respectivamente, como petitum del juicio.

La reducción del interés a causa legitimante del actor en un juicio objetivo de mera anulación, sin posibilidad de obtener ni actos debidos ni indemnizaciones por su omisión, es la consecuencia más grave del enfoque puramente procesalista de dicho interés.

ii) Es instrumento de distingo entre jurisdicciones contra la Administración. En Italia hay dos jurisdicciones para ese efecto: la ordinaria, que es la misma que toca a los ciudadanos, tutelar de los derechos subjetivos de éstos contra la Administración y equivalente a la francesa de plena jurisdicción por los poderes del juez, que aquí puede condenar a la Administración al pago de indemnizaciones; y la (jurisdicción) propiamente administrativa, que conoce únicamente de la legalidad de los actos administrativos en relación con los intereses legítimos del ciudadano, equivalente a la jurisdicción francesa de anulación en cuanto a los poderes del juez,

que aquí sólo puede anular el acto ilegítimo, sin condenatoria alguna contra la Administración, ni aún siquiera con signo meramente resarcitorio. La jurisdicción ordinaria está administrada en Italia por jueces del Poder Judicial y la administrativa por jueces de la Administración (Poder Ejecutivo o Gobierno). Esta función es desconocida en nuestro medio, donde hay una única jurisdicción y un solo procedimiento para todo litigio contra la Administración, sea cual sea su clase (público o privado), su causa petendi (derecho subjetivo o interés legítimo) o su petitum (anulación o restablecimiento de una situación jurídica individual). (Ver al efecto arts. 1 a 5 de la Ley Reg. Jur. Contencioso-administrativo).

Importa detenerse, en consecuencia, en la consideración del interés legítimo como causa de responsabilidades de la Administración, por lesión ilegítima del mismo, sobre todo con vista del art. 49 de nuestra Constitución, que dice:

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

Será suficiente protección de un interés legítimo la anulación del acto lesivo, sin la imposición del acto sustitutivo que lo satisfaga y sin la reparación de los daños y perjuicios causados por la lesión?

El tema es amplio y espinoso y conviene tratarlo con algún detenimiento.

j) De la resarcibilidad del interés legítimo.

La doctrina y la jurisprudencia del derecho comparado son casi unánimes en afirmar como principio general que el interés legítimo no es resarcible ni puede dar pie para responsabilidades de la Administración, como tampoco a las consecuentes acciones subjetivas, dirigidas a obtener indemnización por el agravio que se le cause. La doctrina sienta acto seguido una serie de salvedades, dentro de las que hay la posibilidad opuesta, de lograr reparación y restablecimiento. La fundamentación de tal postura doctrinal, de enorme trascendencia para la defensa o la indefensión del ciudadano frente a la Administración ha sido ardua y polémica, pero de muy pobre resultado.

Se reconoce, en primer término, que los intereses —derechos subjetivos (condicionados), pueden dar lugar a la acción subjetiva de plena jurisdicción, al menos en cuanto a la reparación plena de los daños y perjuicios causados medio tempore al derecho subjetivo, que sufrió una ilegítima supresión o compresión, con consecuencias materiales irreversibles, mientras no se anuló el acto administrativo causante. Desde el momento en que éste es anulado, el derecho subjetivo condicionado deja de serlo y recobra toda su plenitud, con lo que cualquier menoscabo sufrido antes de esa anulación y después, como repercusión imborrable del acto, adquiere retroactivamente un carácter ilegítimo y la Administración se hace responsable por su total reparación. Esto puede predicarse no sólo de los derechos debilitados que se ven suprimidos o limitados (por una expropiación, una orden de policía, etc.) sino también de los derechos potenciales, (que Sandulli llama "in attesa di espansione"), que se ven inhibidos en su ejercicio por la denegación de un permiso o autorización que, en su lugar, debió concederse cuando fue pedido. La administración, en buena ley, está obligada, entonces, no sólo a reparar las consecuencias del acto ilegal (expropiación, orden o denegación ilegítimas), sino a dictar el acto legal con eficacia retroactiva desde que debió darse ("ora per allora", como dice la doctrina italiana), pero esta segunda consecuencia es bastante más polémica y discutida. Es claro y cierto que, en todo caso, la mayoría de la doctrina reconoce la necesidad jurídica de indemnizar la lesión de los derechos condicionados por la Administración, una vez anulado el acto ilegítimo que los agravió, aunque los mismos se reputen intereses legítimos y no verdaderos derechos subjetivos.

Fuera de este campo, todo es polémica y sutileza legal contra el administrado. La misma doctrina que reconoce la anterior conclusión favorable a los intereses de este último, introduce ya una reserva en el caso de los "derechos potenciales" ("in attesa di espansione"), consistente en decir que la indemnización sólo cabe cuando la Administración, anulado el acto ilegítimo que deniega e impide su ejercicio, concede la autorización o permiso, porque ello prueba irrefutablemente que pudo y debió hacerlo desde un principio. La reserva o salvedad deja la indemnización del caso al arbitrio de la Administración, si ésta conserva una potestad discrecional para dar o rehusar el permiso, después de la anulación de la denegatoria anterior, y restringe la procedencia de aquella a la hipótesis

de que el acto administrativo sea enteramente debido o vinculado, en cuyo caso es objeto de un verdadero derecho subjetivo y no de un interés legítimo.

Todo lo anterior ha movido a un sagaz publicista (Miele) a sostener que cuando se dice que los intereses legítimos son indemnizables en la hipótesis de anulación de los actos que lesionan "derechos condicionados", no se sostiene en realidad esa posibilidad sino que se confirma la vieja tesis de que sólo los derechos subjetivos pueden dar lugar a una reparación patrimonial, porque la misma se concede en la medida en que el interés ha dejado de serlo para convertirse en derecho, es decir: en la medida en que cesa el derecho condicionado para convertirse en pleno, por la anulación del acto opuesto que lo comprime o amenaza.

La confirmación de esa aguda observación la da la misma doctrina —aparentemente amplia y generosa con los intereses legítimos—, al sostener y explicar la conclusión negativa a su reparación patrimonial cuando se trata de los intereses típicamente tales, los que se dan en procedimientos concesionales o los ocasionalmente protegidos, ninguno de los cuales parece guardar relación inmediata con derechos subjetivos preexistentes. Aquí la indemnización se niega sin otra razón que la suministrada por la aparente inexistencia de un derecho subjetivo lesionado en conexión con el agravio inferido al interés legítimo, apariencia que —como veremos— es engañosa.

La doctrina negativa consiste en explicar que sólo el derecho subjetivo garantiza la titularidad y, con ello, el disfrute y disposición de un bien sustancial de la vida, único que puede ser objeto de agravio. Para enmarcar su planteo dentro del esquema clásico de la responsabilidad civil se dice que la lesión de un interés legítimo, en cuanto no garantiza el acceso a esa utilidad de la vida, no puede constituir lo que en teoría de la responsabilidad civil suele llamarse "el daño", o "lesión antijurídica". Sólo el derecho subjetivo puede ser pasible de lesión, daño o agravio, en el sentido en que tales términos se entienden en la dogmática de la responsabilidad estatal.

Consideramos fundado el dogma y su conclusión frente a los intereses relativos a potestades concesionales de la Administración, que al ser discrecionales no garantizan el acceso al bien esperado.

Ello no obstante, es evidente para cualquier jurista que se mantenga en contacto con la vida, que ya ese principio, teóricamente aceptado, envuelve grandes injusticias en su aplicación, para evitar las cuales debería dictarse una norma escrita que supla las deficiencias valorativas del principio y que imponga la indemnización o una compensación adecuada cuando el interesado logre la anulación del acto ilegítimo que frustró su interés, después de cuantiosa inversión de esfuerzo en la vía administrativa y/o jurisdiccional, ante la pasividad de todos los demás cointerésados (en la misma licitación o en el mismo concurso). Su posición después de tales esfuerzos no es igual que la de éstos y el único medio de consagrar esa desigualdad es garantizándole una congrua indemnización, improcedente en favor de los otros. El razonamiento es extensible a las anulaciones de concesiones otorgadas fuera de concurso, pues el fundamento de la indemnización estaría —según se explicó— en el esfuerzo invertido, no en su valor comparativo.

El razonamiento no es de justicia sino de estricta dogmática jurídica cuando nos enfrentamos al caso de los intereses ocasionalmente protegidos, los que se dan en los conflictos (económicos o de cualquier otra índole) entre el interesado y otro tercero, destinatario de un acto administrativo favorable a él. En estos casos la función misma del interés demuestra la necesidad de su reparación pecuniaria, caso de lesión. Es falso, en primer lugar, que tales potestades dirigidas a un tercero en conflicto con el interesado sean siempre discrecionales, por el hecho elemental de que aquí, como en toda la administración, las potestades suelen ser siempre mixtas, parte regladas, parte discrecionales. Pero es falso, sobre todo, que haya una total separación entre este tipo de intereses ocasionalmente protegidos y los derechos subjetivos del interesado.

Esta tajante separación, que se niega en relación con los derechos condicionados, se sostiene briosamente y sin razón alguna frente a los intereses ocasionalmente protegidos. Se trata de un error. Hay una íntima conexión entre los intereses reflejos u ocasionales y los derechos subjetivos del interesado, radicada no en la estructura de aquellos, sino en su función.

Se ha dicho que el interés ocasional o reflejo es un medio para conservar o mejorar la posición competitiva o de parte en un conflicto de cualquier índole, normalmente económica. En tal situa-

ción de hecho el interés equivale a una expectativa en un debilitamiento de la contraparte o, al menos, en un no fortalecimiento de ella. Cuando el interesado pretende que no se fortalezca a la contraparte, instando no se le concedan nuevos derechos ni se le libere de viejas obligaciones, el acto opuesto equivale a un debilitamiento de aquel, porque altera la situación preexistente en favor del adversario. La situación es diversa cuando el interesado intenta lograr un debilitamiento de la contraparte, pidiendo se le cancelen derechos o se le impongan nuevas obligaciones, porque el acto opuesto mantiene la situación anterior y no altera la posición defensiva ni agresiva del interesado. Cuando, a la inversa, la debilita, es evidente el daño que con ello se causa ya no sólo al interés en mantener o conservar la posición propia sino al derecho subjetivo que con el interés se protege, normalmente de contenido económico. Así, la concesión ilegal de una ventaja (como una subvención o exención) al competidor puede desequilibrar la capacidad competitiva del interesado al extremo de producir su ruina, lo mismo que el ingreso ilegal de un competidor en un mercado saturado, como cuando se autoriza un aumento del servicio de autobuses en una línea que no lo requiere, o la apertura de una "bomba de gasolina" a distancia menor de la legalmente exigible, con drástica concurrencia frente a una clientela insuficiente, etc. En todas estas hipótesis se altera la situación preexistente con violación de la ley, creando o estimulando una competencia desleal en virtud de acto administrativo, con grave lesión y ruina eventual para la empresa del interesado. Es un hecho perfectamente comprobable por números la disminución de ingresos, paralela a la de clientela, que en tal hipótesis se produce, con la contracción económica de la empresa perjudicada y el correlativo beneficio de la ilegalmente protegida en su competencia desleal. Se trata de daño igualmente evaluable e individualizado, en cuanto a causa y medida, que el inferido a un derecho subjetivo en los casos comunes de responsabilidad.

En síntesis: procede la indemnización de los intereses ocasionales o reflejos cuando su lesión repercute en la empresa o en la posición competitiva del interesado en forma individual y evaluable, creando o propiciando una situación de competencia o, en general, de conflicto desleal entre aquel y el destinatario del acto administrativo, que ilegalmente le concede derechos o lo exime de obligaciones.



EL DERECHO EN LA
"FENOMENOLOGÍA DEL ESPÍRITU"

DE G. W. F. HEGEL

Seminario Doctoral "Hegel"

impartido por el

Dr. Roberto Murillo.

INDICE

Dedicatoria	111
I.— INTRODUCCION	111
a) El derecho en la cultura.....	115
b) El derecho en la Ilustración	116
c) El derecho dentro de la concepción moral del mundo	117
II.— LAS FIGURAS FENOMENOLOGICAS QUE PRECEDEN AL DERECHO	121
1.—Conciencia	121
2.—Autoconciencia	126
3.—Razón	131
4.—El Espíritu	140
a) La eticidad (Ley humana y ley divina)	142
III.— EL ESTADO DE DERECHO	146
a) La validez de la persona	147
b) La contingencia de la persona	148
c) La persona abstracta, el señor del mundo	150
IV.— CONCLUSION	152
BIBLIOGRAFIA BASICA	155
BIBLIOGRAFIA ADICIONAL CONSULTADA	155

EL DERECHO EN LA “FENOMENOLOGÍA DEL ESPÍRITU” DE G. W. F. HEGEL

Con agradecimiento a F. R.
Jorge Enrique Guier.

I.—INTRODUCCION

“Nunca llegamos tan lejos como cuando
ya no sabemos hacia dónde vamos”.

Goethe. Máximas 901.

Podría muy bien sostenerse que la idea fundamental de la “Fenomenología del Espíritu”(*) es que un filósofo no debería recluirse únicamente en las opiniones que han sido maduradas antes que él y comentarlas, estando de acuerdo o rebatiéndolas, sino penetrar dentro de esas particulares visiones para adentrarse en la realidad humana que reflejan ellas.

Al profundizar en el mundo de la Fenomenología se recibe de manera indudable un impacto: es un mundo que gira sobre sí mismo, una continuidad que se vuelve siempre sobre sí misma y que nunca alcanza el final de la perfección absoluta, pero aspirando siempre a ella. Cada figura —incluido el derecho dentro de ellas—, es un momento llamado “a desaparecer del movimiento que se repliega sobre sí mismo” (Fen. p. 153), de tal modo, ese movimiento circular de las figuras, al contemplarlas en su despliegue, produce vértigo, porque la conciencia se ve sumida dentro de una gigantesca tromba circulante, que se amplía y recoge por y sobre sí misma en el vacío, en un movimiento constante de ascensión en espiral, en

(*) Cuando en este estudio se cite la Fenomenología se refiere a la siguiente edición: Hegel, Jorge Guillermo Federico. “Fenomenología del Espíritu”. Traducción de Wenceslao Roces con la colaboración de Ricardo Guerra. Fondo de Cultura Económica, 1ª Edición en español. México, 1966.

el cual, todo lo que es deja de ser y sigue siendo cada vez, aunque idéntico dentro del sí de la otra figura, pero superado, y que conserva dentro de sí mismo lo anterior, ya trasmutado. Cada figura, entonces, cuando se perfila y se completa, no soporta su tensión interna y se despliega en la subsiguiente, no se encuentra nunca, pues, salvo en la perfección del saber absoluto, “una quieta igualdad consigo mismo” (Fen. p. 314), pero la conciencia, quieta y contemplante, “se enfrenta a este torbellino que se disuelve en sí mismo para volver a engendrarse” (Fen. p. 317). Porque la vida, como un río, es indiferente a cuál “sea la naturaleza de los molinos que mueven sus aguas” (Fen. p. 172), y solamente en el todo, o en la totalidad, es que se encuentra el equilibrio quieto de todas las partes (Fen. p. 271). Es más, cuando el hombre se dispone a obrar, siente que se encuentra inmerso en un círculo en “que todo momento presupone ya el otro, sin poder encontrar, de este modo, un comienzo, ya que sólo aprende a conocer su esencia originaria, que debe ser su fin por el obrar, pero para obrar necesita tener ante sí, **previamente, el fin**” (Fen. p. 235), porque el verdadero ser del hombre es el obrar, que lo convierte en una individualidad real y supera lo supuesto. Esto nos lleva a concluir que “el individuo sólo puede tener la conciencia de la pura traducción de sí mismo de la noche de la posibilidad al día de la presencia, del en sí **abstracto** a la significación del ser **real** y tener la certeza de que lo que ante él aparece ahora a la luz del día no es otra cosa que lo que antes dormitaba en aquella noche” (Fen. p. 237). Todo, pues, se mueve y se desgarrar en un obrar negativo que es la furia del desaparecer de cada figura en un movimiento aturdidor. Tal movimiento hace que todos los momentos se inviertan el uno en el otro, siendo cada uno lo contrario de sí mismo, de donde vienen en continuo desgarramiento. “Todo es sí mismo, considerado formalmente, al exterior, lo inverso de lo que es para sí; y, a su vez, lo que es para sí, no lo es en verdad, sino algo distinto de lo que quiere ser, el ser para sí es más bien la pérdida de sí mismo y el extrañamiento de sí más bien la autoconciencia” (Fen. p. 307).

La memoria, sin embargo, conserva como en una autobiografía toda la historia de sus momentos, y de los modos muertos de las anteriores figuras del espíritu, “y la nueva serpiente de la sabiduría elevada a la adoración, sólo se ha despojado así, de un modo indoloro, de una piel ya ajada” (Fen. p. 321). El espíritu,

pues, se revuelve sobre sí mismo, evoluciona y se re-evoluciona, se desconoce y conoce, piensa sobre sí en su interioridad y se desplaza y objetiva fuera de sí, mudo, pero hablándose en monosílabos. Es al mismo tiempo “el eco de toda esta confusión, que todavía se escucha” (Fen. p. 310), pero “este silencioso y continuado tejer del espíritu en el interior simple de su sustancia, que se oculta a sí mismo un obrar” (Fen. p. 321), pero que es, al mismo tiempo, el apoyarse de un sonido, que se ha escuchado a sí mismo de un modo inmediato y del que solamente retorna a él el eco. Y “precisamente esto, el ser reconocido, convierte el acto en realidad” (Fen. p. 373).

Tal realidad, en efecto, nunca puede ser absoluta en la completitud de una figura, sino que ya dentro de sí misma lleva su propia negación. Se ve claramente, que el principio de identidad —hasta el momento de Hegel base de la filosofía— deja de ser, pues las cosas pueden ser lo que son además de ser su contrario, y que cuando una figura llega a su esplendor, lleva dentro de sí la imagen creada de su muerte, de su contrario. Tal realidad, lo mismo que los hombres, pasan por alto el sacudimiento completo de todas las trabas, “este puro desgarramiento en el que, habiendo devenido plenamente desigual la igualdad consigo mismo del ser para sí, todo lo igual, todo lo subsistente, es desgarrado y que, por consiguiente, desgarrar sobre todo la suposición y el punto de vista del benefactor” (Fen. p. 306). La conciencia llega a saber la esencia y así adquiere la inmediata certeza de sí misma, y dentro de ella, entonces, poseyendo tal certeza en forma inmediata, no hay margen alguno para el pensamiento del engaño, salvo en las conciencias viles. Y de aquí se entra al reino del espíritu, donde es el ser **para sí que es para sí**, la propia existencia de ese espíritu. Y así, lo que queda fuera del espíritu, es la materia como una abstracción pura, o sea el oscuro tejer y moverse en sí mismo, de donde también, enfrentado con el espíritu “el ser es tanto como la nada” (Fen. p. 330). Aquí también lo “que no es racional no tiene **verdad** alguna, o lo que no es concebido no es; por tanto, la razón, cuando habla de un **otro** de lo que ella es sólo habla, de hecho, de sí misma; al hacerlo, no sale de sí misma” (Fen. p. 322).

En el principio era la conciencia, sola y vacía, en el vacío, sin verse a sí misma, pero convencida en sí de su propia existencia. En el cansado y largo trajinar de las figuras, deslumbrándose, pereciendo y renaciendo en el Espíritu, encuentran ellas la palabra de

su reconciliación en ese Espíritu que es allí “y que intuye el puro saber de sí mismo como esencia **universal** en su contrario, en el puro saber de sí como singularidad que es absolutamente en sí misma —un reconocimiento mutuo que es el espíritu **absoluto**” (Fen. p. 391). Cada figura, en sus subsecuentes desgarramientos, llega finalmente a reconocerse en sí misma y de modo total en el Espíritu, sin heridas, porque las heridas en el Espíritu sanan sin dejar cicatriz.

Pero todo esto se logra mediante el obrar. “El obrar presenta, por tanto, el aspecto del movimiento de un círculo que por sí mismo se mueve libremente en el vacío, que tan pronto se amplía como se estrecha, sin verse entorpecido por nada y que, perfectamente satisfecho, juega solamente en sí mismo y consigo mismo” (Fen. p. 232).

Pero, en las figuras, el problema se da cuando se confunden. De allí que, por ejemplo, no debe confundirse derecho y moral, o ley y derecho. La esencia de las cosas es lo que vale en sí mismo, y así, entonces en lo **recto** y el **obrar**, se encuentra la validez del todo en la segmentación de lo particular. De tal modo, la esencia de una figura radicaría, o se encontraría, en el querer de sí mismo cierto de sí, en este saber de que el sí mismo es la esencia de tal figura, “si pues, quien diga que actúa así por buena conciencia dice la verdad, pues su buena conciencia es el sí mismo que sabe y que quiere” (Fen. p. 381).

Esta situación se desprende de la circunstancia de que para Hegel solamente lo absoluto es verdadero, o bien, que solamente lo verdadero es absoluto. Esto, en otras palabras, es la consagración más clara de la libertad suprema de la íntima convicción.

Llegados a este punto, en que el saber es absoluto, debido a que lo verdadero se transforma en absoluto, este puro saberse a sí mismo lo mismo lo es del otro, y así, en este desdoblamiento, la absolutez discreta de la singularidad y ambas juntas son en la soledad el puro saberse. “Por medio de esta enajenación, este saber desdoblado en su ser allí retorna a la unidad del **sí mismo**; es el **yo real**, el universal saberse a sí mismo en su **absoluto contrario**, en el saber que es **dentro de sí**, el yo real que en virtud de la pureza de su ser dentro de sí separado es él mismo perfecto universal” (Fen.

p. 392). En otras palabras, “es el Dios que se manifiesta en medio de ellos, que se saben como el puro saber” (Fen. p. 392).

—oOo—

Debido a la estructura interna de este estudio debe rastrearse el derecho desde sus primeras manifestaciones de la conciencia, para lograr la culminación en el “Estado de Derecho”, que se encuentra ya ubicado dentro del Espíritu. Pero, como las figuras del derecho no se detienen allí —lo cual iría contra el espíritu mismo de la filosofía hegeliana—, sino que proceden en su devenir, antes de tal examen, haremos una somera relación de lo que acontece al derecho luego de haberse plasmado en el dicho “Estado de Derecho”. Para eso veremos los siguientes puntos: a) el derecho en la cultura; b) el derecho en la Ilustración; y c) el derecho dentro de la concepción moral del mundo; todo, por supuesto, en forma muy somera, casi esquemática.

a) El derecho en la cultura

Quando el derecho se enfoca desde el ámbito del espíritu extrañado de sí mismo, o sea la cultura, este derecho se percibe como obra de la autoconciencia, pero dentro del cual la autoconciencia no se reconoce; el derecho, en este momento, tiene una esencia exterior y es de contenido libre. El hombre libre que se ha impuesto sobre los demás que han perdido su libertad —el señor del mundo según Hegel— abarca en sí mismo esta realidad exterior, la cual no es solamente una esencia elemental presente en un determinado momento, sino que es aprehendida de un modo contingente y en el sí mismo, pero no únicamente así, sino que además se conoce el derecho como un trabajo propio, pero el cual no es positivo, sino todo lo contrario: es una labor negativa. “Dicha realidad exterior adquiere su ser allí mediante la **propia** enajenación y renuncia a la esencia de la autoconciencia, renuncia que parece imponerla la fuerza exterior de los elementos desencadenados, en la devastación que viera en el mundo del derecho” (Fen. p. 287).

Este extrañamiento en la devastación es la personalidad misma, donde vale de un modo **inmediato**, pues su esencia negativa es su reconocimiento afirmante como personalidad, y es sujeto, su obrar y su devenir.

En el mundo extrañado de sí, en el reino de la realidad cultural, la autoconciencia se hace a la apreciación del Estado, y lo encuentra como una transferencia hacia ella, pues recobra para sí el extremo de la universalidad del pensamiento, que antes había enajenado en la persona individual vacía, creada en el Estado de Derecho. “Considerado en sí, el poder del Estado reflejado en sí o el hecho de haber devenido espíritu no significa sino que ha devenido momento de la autoconciencia, es decir, que sólo es como superado” (Fen. p. 303).

La autoconciencia, en esta figura próxima a superarse, retiene siempre como esencia que es para sí, su ser reconocido y su valer en sí. En el estado de derecho se manifestó de manera clara lo que se encontraba bajo el poder de la esencia objetiva como “un contenido contingente” (Fen. p. 304), del cual se ha hecho una abstracción, y ese poder del derecho no afectó su modo al sí mismo considerado como tal, sino que este sí mismo se ha reconocido. Este sí mismo reconocido no se considera como tal ser inessential, sino que en la absoluta impersonalidad reconoce la personalidad pura.

“Por tanto, si es cierto que esta conciencia recaba de la riqueza la objetividad del ser para sí y lo supera, sin embargo esa conciencia, en cuanto a su concepto, no sólo no se consume como veíamos en la reflexión anterior, sino que queda para ella misma insatisfecha; la reflexión en lo que el sí mismo se recibe como algo objetivo es la contradicción inmediata puesta en el puro yo mismo” (Fen. p. 305).

b) El derecho de la Ilustración

En el punto de la Ilustración, se asiste al choque entre el derecho humano y el derecho divino, a través de la fe, la cual ha sido tergiversada por esa Ilustración. La fe es poseedora del derecho divino, o sea, el derecho de la absoluta igualdad consigo misma, en otras palabras, del pensamiento puro. La Ilustración tergiversa este asunto en muchas formas, y lo llega a convertir en algo diferente de lo que en la fe es.

La Ilustración, por su parte, como su propio opositor frente a la fe, sólo es dueña y usa como su verdad al derecho humano —aquel producido en la etapa precedente del Estado de Derecho

y conservado pero trasmutado en el reino de la cultura por medio del espíritu—; la injusticia obvia en el campo jurídico creado en la Ilustración es el derecho a la desigualdad, el cual ha invertido y cambiado un derecho que es de la naturaleza de la autoconciencia por una oposición a la esencia simple, que en otras palabras es el pensamiento.

En tal situación, pues, en tanto que ese derecho es el de la autoconciencia, la Ilustración sostendrá y justificará su propio derecho, de tal modo que en ese enfrentamiento se toparán entre sí dos derechos, que son iguales en el espíritu, sin que ni uno ni otro puedan darse satisfacción entre sí, sino que la Ilustración “afirmará el derecho absoluto, porque la autoconciencia es la negatividad del concepto, que no solamente es para sí, sino que, además, invade el terreno de su contrario; y la fe misma, por ser conciencia, no podrá negarle su derecho” (Fen. p. 332).

Sin embargo, en la Ilustración el espíritu adquiere la libertad absoluta, en la cual la conciencia singular “es consciente de sí, no menos inmediatamente, como conciencia universal; ella es consciente de que su objeto es ley dada por ella y obra llevada a cabo por ella; pasando a la actividad y creando objetividad, no hace, por tanto, nada singular, sino solamente leyes y acciones de Estado” (Fen. p. 395).

La libertad absoluta, contrapuesta al temor, da a la conciencia la dimensión del despertar de la subjetividad libre, y como el reino del mundo real “pasa al reino de la fe y de la intelección, así también la libertad absoluta pasa de la realidad que se destruye a sí misma a otra región del espíritu autoconsciente, en la que vale en esta irrealidad como lo verdadero, en el pensamiento del cual se reconforta el espíritu, en tanto que es y permanece pensamiento y sabe como la esencia perfecta y completa este ser encerrado en la autoconciencia. Ha nacido la nueva figura del espíritu moral” (Fen. p. 350).

c) El derecho dentro de la concepción moral del mundo

“El mundo ético mostraba como su destino y su verdad el espíritu en él solamente fenecido, el sí mismo singular. Pero esta persona del derecho tiene su sustancia y su cumplimiento fuera de

ella" (Fen. p. 357). Tal situación se plasma porque el saber mismo se constituye en dueño o soberano sobre la oposición de la conciencia. Y entonces la conciencia se sabe y se conoce como perfectamente libre porque sabe de su propia libertad, y precisamente este saber de su propia libertad es su propia e íntima sustancia y su propio e íntimo fin y su propio e íntimo contenido.

"El primer postulado era la armonía de la moralidad y de la naturaleza objetiva, el fin último del mundo; el otro la armonía de la moralidad y de la voluntad sensible, el fin último de la autoconciencia inmortal; el primero, por tanto, la armonía en la forma del en sí, el otro en la forma del ser para sí" (Fen. p. 355).

La conciencia moral al completarse como el simple saber y querer del puro deber, se refiere a sí misma en la acción al objeto que se le contrapone a su propia simplicidad, con la "realidad del caso múltiple y tiene así un múltiple comportamiento" (Fen. p. 356). En razón de éste múltiple comportamiento y únicamente con arreglo al contenido del mismo, es que brotan la multiplicidad de las leyes, creando así los muchos deberes, y como para esa conciencia moral sólo vale el deber como puro, tales múltiples obligaciones son para ella nada respetados.

La conciencia, de este momento en adelante, se convierte en señor y dominador del mundo, y hace brotar la dicha y la moralidad en armonía, y así santifica a los deberes como muchos. "El deber en general cae, pues, fuera de ella, en otra esencia, que es conciencia y el sagrado legislador del puro deber. Para el que actúa, precisamente porque actúa, vale de un modo inmediato lo otro del puro saber; éste es, por tanto, contenido de otra conciencia y sólo de un modo mediato, a saber, en ésta, es sagrado para aquélla". (Fen. pág. 357).

Como todo debe tener su oposición, la moralidad se disuelve en sus contrarios y así el "deber no es lo universal contrapuesto a sí mismo, sino que sabe que no tiene validez alguna en esta reparación; es ahora la ley en virtud del sí mismo, y no el sí mismo en virtud de la ley. La ley y el deber no tienen por ello exclusivamente la significación del ser para sí, sino también la del ser en sí; pues este saber es precisamente el ser en sí por su igualdad consigo mismo" (Fen. p. 372).

Al examinar este punto se llega a la conclusión de que el deber puro es simplemente indiferente hacia todo contenido y tolera todos sus contenidos. "De este modo, lo que otros llaman violencia o injusticia cumple el deber de afirmar su independencia frente a los demás; lo que aquéllos llaman cobardía es el deber de conservar la vida y la posibilidad de ser útil al semejante; y, por el contrario, lo que llaman valentía atenta contra estos deberes... lo abstracto a lo que da el nombre de deber es capaz de este contenido lo mismo que de aquél — sabe, pues, lo que hace como deber, y al saberlo, y al consistir la conformidad con el deber en la convicción del deber mismo, es reconocido por los otros; la acción es válida, por tanto, y tiene existencia real" (Fen. p. 376). Este examen podría continuarse con otras figuras propias del derecho, pero la extensión del estudio no da para más amplitud. Puede que en otra ocasión se intente este particular objetivo.

El deber universal, entonces, es en general lo que se da como sustancia que es en y para sí concebida como derecho y como ley, y lo que vale en forma independiente del propio saber y de la convicción lo mismo que del interés por lo singular, es, pues, de manera precisa, aquella situación en contra de cuya forma va dirigida en general la moralidad. Todo se sopesa, entonces, en la concepción de que la ley o el derecho de la conciencia es un derecho de la conciencia buena "que se sabe sencillamente libre y se confiere absoluta facultad de hacer con ella lo que quiera, de poner, quitar o cambiar" (Fen. p. 377).

El alma bella se reconcilia con lo que la había precedido, y entre las conciencias en este estadio, no se llevan, ni la una ni los otros, ninguna ventaja, sino que más bien se legitiman entre sí. "Este celo hace más bien lo contrario de lo que cree hacer; es decir, muestra lo que llama verdadero deber y que debe ser universalmente reconocido como algo no reconocido, con lo que confiere, por tanto, a lo otro el derecho igual del ser para sí" (Fen. p. 386).

En este estadio ya el derecho no está desgarrado dentro de sí mismo ni desgarrado ni invierte sino que es parte del espíritu que ha retornado a sí, que está cierto de sí mismo y en el sí mismo de su propia verdad, o sea, de reconocer y ser reconocido como este propio e íntimo saber. Entonces el lenguaje del espíritu ético ha llegado a su plenitud y es la ley y la simple orden y la queja "que

es más bien una lágrima derramada sobre la necesidad" (Fen. p. 380).

Es más, en la religión, "el derecho de lo ético de que la realidad no es en sí nada en oposición a la ley absoluta experimentada que su saber es unilateral, que su ley es solamente la ley de su carácter, que ha captado solamente una de las potencias de la sustancia. La acción misma es esta inmersión de lo sabido en su contrario, el ser, es el trueque del derecho del carácter y del saber en el derecho de lo contrapuesto, con el que aquél se halla enlazado en la esencia de la sustancia" (Fen. p. 428). Hegel usa el símil de las Erinias, como vengadores, del otro poder y del otro carácter que se incitan a la violencia y a la destrucción, pero, el derecho humano, el de **abajo**, como indica Hegel en contraposición al divino, o de arriba, llega a sentarse con la divinidad en su trono y goza, finalmente así, de la misma consideración que recibe el Dios revelado y que sabe.

—oOo—

Antes de entrar propiamente en el tema de nuestro estudio, bien podría decirse que en Hegel se logra una identidad del derecho, ya que éste consiste en la pluralidad de los derechos históricos, positivos, siempre en perpetuo devenir, y así, la diversidad promiscua e infinita de las normas positivas, constituyen la identidad de ese derecho, según la concepción hegeliana. La realidad del derecho, su Idea, es siempre la misma y siempre diversa, se encuentra presente siempre como sustancia-sujeto de todas las normas positivas, en todos y cada uno de los sistemas positivos históricos.

Así como el sentido del Logos, de la Naturaleza y el Espíritu no puede captarse ni concebirse ni pensarse, y menos comprenderse y cumplirse fuera de la historia universal —en esa historia que es la experiencia y la conciencia de la persona individual— que es experiencia de sociedades que van desde la tribu hasta la historia universal, tampoco fuera de su historia universal puede captarse ni concebirse ni pensarse y tampoco ni comprenderse ni cumplirse el Derecho. Pero en tal situación, aunque el Derecho llegara a su plenitud total en el Espíritu, me atrevería a decir, tal vez no muy ortodoxamente hegeliano, que nunca podrá alcanzarse

una absoluta identidad con la perfección, ya que lo acabado, lo perfecto, es la muerte y la vida, que es historia, no puede morir.

—oOo—

"Hay una suerte de ebriedad metafórica en ese flotar sobre un instante que no reposa en nada, excepto en sí mismo, sin más asidero que otro cuerpo igualmente desprendido de su nombre y de sus amarras".

Octavio Paz. "Cuadrivio", p. 103.

II.—LAS FIGURAS FENOMENOLOGICAS QUE PRECEDEN AL DERECHO

I.—Conciencia

El saber, por definición hegeliana, se dirige a lo inmediato y es sobre lo que es. Ante él debe mantenerse una actitud receptiva o inmediata. De tal modo, que la certeza sensible se convierte para el espectador, o para quien sabe, en un modo inmediato, como la figura del conocimiento más rico, e incluso, de un conocimiento que posee una "riqueza infinita", si se la localiza más allá en el tiempo y en el espacio en los cuales se despliega, tanto como si tomásemos de ella sólo un ángulo en medio de la segmentación de esa certeza sensible.

Pero al mismo tiempo, tal certeza que es infinitamente rica, es extremadamente pobre, ya que sólo nos muestra lo que es ante sí misma como realidad abstracta y pobre. Enuncia únicamente lo que sabe, y lo que sabe es lo que es, de donde tal contenido de la certeza sensible sólo nos enseña el ser de la cosa. El papel que juega la conciencia en este asunto, entonces, es una certeza como puro yo, y cada yo es en ella como un puro éste, y, el objeto, como un puro esto. Ahora bien, el éste, no está nunca seguro del esto, porque tal cosa, no hace que se esté seguro de ella misma, porque no se encuentra en ella misma, atendiéndose a muchas cualidades y plenitud de riquezas, y lo que únicamente logra es el desarrollo aquí como conciencia. Nada de todo esto interesa a la unidad de la certeza sensible, ya que no tiene en su relación el sentido de una mediación múltiple, y en que el yo no es un representarse o un pensar ni la cosa sino que como esto, tiene significado

de múltiples cualidades, porque la cosa es porque es, en resumidas cuentas y dicho más enfáticamente: ella es. Este puro ser o esta mediatez simple que se establece, es lo esencial para el saber sensible ya que toda esta mediatez es lo que constituye la verdad de la cosa.

La certeza establecida, pues, transformada en evidente relación entre el esto y el este, es relación inmediata, porque la conciencia es un puro yo y como un singular sabe únicamente un puro esto o sea también lo singular. Esta relación singular establecida crea una diferencia que se establece entre el esto y el este, o sea, entre la cosa y el yo, ya que crea una relación por medio de la cual se arriba a la idea o reflexión de que en la certeza no son algo inmediato sino, y al mismo tiempo algo **mediato**, porque esta certeza viene siempre por medio de otro, o sea ese otro la cosa, y esa cosa es certeza también por medio del otro que es el yo.

Estas diferencias establecidas anteriormente no las establece el yo, sino que las encuentra en la interioridad misma de la certeza sensible. En tal certeza sensible algo se encuentra puesto en ella como lo que es de un modo simple e inmediato, como esencia que es un objeto, en cambio, lo otro que se encuentra en esta relación está puesto allí como lo que no es ni esencial ni mediado, es decir, no es **en sí**, sino que es por-medio-de-lo otro, o sea el yo, un saber sobre algo que es saber porque él es, y que puede ser o no ser. Viendo la situación del lado del objeto, tal y como se establece en esta actual relación, al objeto, como indiferencia misma, poco le importa ser sabido o no, y sigue siendo aunque no sea sabido, aunque sí volvemos a la anterior posición, para el saber es esencial y necesario que el objeto esté, porque si no está, el saber sobre el objeto que no es, tampoco el saber es.

Pero la relación no concluye donde el objeto que es tiene dentro de sí lo determinante de la certeza sensible, y dentro de esta certeza sensible, le es indiferente ser éste o aquello: se llama un **universal**, de donde lo verdadero de esa certeza sensible indicada, es el universal, comprendido también como el ser en general.

Cuando en la certeza sensible se muestra lo universal como lo verdadero de un propio objeto, el ser puro se destaca también como su pura esencia, pero esta pura esencia no como algo inmediato, sino como su determinado como abstracción o lo universal puro, y

este supuesto para lo que lo verdadero de aquella certeza sensible no es lo universal, es lo que queda frente al vacío indiferente.

Todo está en este momento invertido, y fundamentalmente la relación inicial entre objeto y saber. El objeto pasa a ser lo no esencial de la relación certeza sensible y saber, en el cual se hace presente el objeto. Entonces la verdad reside en el objeto en tanto cuanto que es mi objeto, en otros términos, porque yo sé del objeto, de donde la certeza sensible que antes se encontraba únicamente en el objeto se ha desplazado en el yo, aunque en su replegarse en el yo no ha sido superada.

La certeza sensible en su mediatez es en totalidad y así se mantiene en aquella forma, con lo cual excluye de sí misma cualquier sentido de contraposición. La verdad de tal mediatez se mantiene por la relación que es igual a sí misma que no hace diferencia alguna con respecto a lo que es esencial o inesencial, y así, por tanto, no hay peligro de deslizamiento de diferencia alguna. De tal modo, la dialéctica que se plasma en conjunto con la certeza sensible no es otra cosa, como aquí se ha indicado muy someramente, que la simplicidad de su movimiento o de su propia historia, de donde, también, esa certeza sensible no es otra cosa que la propia historia de sí misma.

Si todo se encuentra en movimiento, el objeto o la cosa, conforme a su esencia, es lo mismo que el movimiento, pues éste es el puro despliegue y la diferencia que se va manifestando en sus estudios, y el objeto la reunión momentánea de ellos. El objeto para la conciencia se muestra como cosa que contiene en sí múltiples cualidades, y se percibe además como negación de sí mismo. De tal modo, que si consideramos el objeto como verdadero, y llegamos a la conclusión de que lo universal es lo que es igual a sí mismo, lo mismo si admitimos la idea que la conciencia es lo variable e inesencial, a la conciencia muy bien puede ocurrirle que aprehenda el objeto de una manera inexacta, y se haga a sí misma una ilusión, ilusión que en este caso particular —como la mayoría de las ilusiones— cuando se nota y se confronta, es falsa.

La contemplación de la cosa ha servido para el siguiente proceso: ha sucedido a la conciencia, que al pasar por tal experiencia, de que el resultado y el percibir son su propia disolución o la reflexión que se presenta dentro de sí misma, al partir de la contem-

plación de lo verdadero. Cuando la conciencia vuelve a sí misma ha hecho otra cosa de lo verdadero, lo cual la conciencia lo conoce y así se mantiene el verdadero objeto. Pero al mismo tiempo, la conciencia puede superar este estadio, y distinguir con cierta facilidad su aprehensión de lo verdadero de lo percibido, y si logra hacer tal distinción, entonces cae en la verdad, dándose cuenta de que su propia verdad es únicamente una verdad de la percepción.

De este momento de la conciencia brotará lo universal incondicionado, entendido este concepto como lo **no objetivo** o el **interior** de las cosas. Tal forma de aprehender el concepto está íntimamente atada a la facultad de comprender, y esta comprensión en este estadio es obra de la conciencia, a la cual le compete comprender y no sólo sentir.

En el estadio de la conciencia, el derecho, o mejor dicho ahora la ley, se presenta como ley determinada, enfrentada a otras leyes determinadas y también yéndose más allá de la ley. El concepto de ley, entonces, se vuelve contra la ley misma. La ley presenta la imagen constante de los fenómenos que son inestables.

La ley para la conciencia se torna en indiferente, porque viene a comprender únicamente el fenómeno fuera del entendimiento, y se establece una diferencia clara entre el entendimiento y el fenómeno, y al mismo tiempo la ley que permanece estable e indiferente frente al entendimiento y objeto.

Siendo la ley indiferente, en el mundo invertido se transforma en la ley de la diferencia pura, y así da objeto a tres situaciones fundamentales: a) cosas homónimas se repelen de sí mismas; b) convertirse lo igual en desigual y el convertirse lo desigual en igual; c) según la ley de este mundo invertido, lo homónimo del primero es, por tanto lo desigual de sí mismo, y lo desigual de dicho mundo es asimismo desigual a sí mismo, o deviene igual así, o sea, que en esta situación, invertida, siguiendo los ejemplos que da el mismo Hegel (Fen. p. 98), el vengarse del enemigo sería la más alta satisfacción de la individualidad atropellada, porque si niega el otro la situación de tratarme como esencia independiente, y hay que suprimir a quien pretende suprimirme, pero en el mundo invertido se puede honrar lo que en el mundo no invertido se desprecia y viceversa, con lo cual la pena que en uno infama en el otro sería perdón que mantiene a salvo su esencia y lo honra.

En el mundo invertido también se da el caso de que un acto que como fenómeno delictuoso en su interior debería ser bueno, o sea, el acto o resultado malo que ha sido animado por una buena intención, y la pena para tal situación debería ser un castigo que presentaría únicamente como manifestación, pero en su propio en sí o mundo formaría un indudable beneficio para el delincuente.

“Y el delito real tiene en su **inversión** y **su en sí**, como posibilidad, en la intención como tal, pero no es una buena intención, pues la verdad de la intención es sólo el hecho mismo. Y, según su contenido, el delito tiene su reflexión en sí mismo o su inversión en la **pena real**; esta es la reconciliación de la ley con la realidad que se le opone en el delito. Por último, la pena real tiene su realidad **invertida** en ella misma, que es una realización de la ley, de tal modo que la que tiene ésta como pena se **supera a sí misma**, se convierte de nuevo de ley activa en ley **quieta** y vigente, cancelándose el movimiento de la individualidad en contra de la ley y el de ella en contra de la individualidad” (Fen. ps. 99-100).

Como se ve en la conciencia los términos desdoblados son en y **para sí mismos**, y así cada uno de ellos es un contrario de otro, de donde el otro recibe su enunciado ya al mismo tiempo que el otro. En otras palabras, cada uno de los términos o conceptos no es propiamente el contrario de un otro, sino en cambio, el contrario puro, o sea, por tanto, es en él mismo lo contrario de sí. Lo que en esta circunstancia debiera “ser **lo igual a sí mismo**, se ha convertido ya en uno de los términos del desdoblamiento, en lugar de ser esencia absoluta” (Fen. p. 101).

“Al convertirse en su objeto de la infinitud, ella es, por tanto, conciencia de la diferencia, como diferencia también inmediata superada; la conciencia para sí misma, es la indiferenciación de lo indistinto o auto-conciencia. Yo me distingo de mí mismo, y en ello es inmediatamente para mí el que este distinto no es distinto” (Fen. p. 103).

Cuando la conciencia obra de tal forma, y entra en el campo de su propia reflexión, o sea, que piensa sobre sí misma, pasa a la figura de la autoconciencia y así “tiene ahora, como autoconciencia, un doble objeto: uno, el objeto inmediato de la certeza sensible y de la percepción, pero que se halla señalado para ella con el carácter

de lo negativo, y el segundo, precisamente ella misma, que es la verdadera esencia y que de momento sólo está presente en la contraposición del primero" (Fen. p. 108). En este paso se encuentra, ya como reflexión, diversas posibilidades para lo jurídico, como se verá enseguida.

2.—Autoconciencia.

Con la autoconciencia, como afirma Hegel, se entra ya de lleno en el reino propio de la verdad. El movimiento que se presenta es que el saber del otro se transforma en el saber de sí mismo, y aquél desaparece, pero sus momentos se conservan. La autoconciencia, pues, es la reflexión, que desde el ser del otro, retorna a sí misma. La conciencia, en este momento adquiere ahora un doble objeto: el primero, el objeto inmediato de la certeza sensible y de la percepción, pero que se encuentra para la conciencia bajo el aspecto negativo y, segundo, ella misma, como verdadera esencia que se contrapone a lo primero, o sea, que la autoconciencia es movimiento que en la contraposición se supera y que llega a ser igual consigo misma. Tal cosa, pues, es la transformación de la conciencia, para nosotros o en sí, en vida.

De tal modo, pues, "la autoconciencia es en y para sí en cuanto que y por que es en sí y para sí para otra autoconciencia; es decir, sólo es en cuanto se la reconoce" (Fen. p. 113). De tal modo, que para reconocer esta autoconciencia se necesita de otra, y esta otra se presenta fuera de sí. Con este movimiento de negación y superación se encuentran claramente dos circunstancias, por la negación se pierde la autoconciencia ya que se ve como otra, y por la superación se encuentra en el desdoblamiento como a sí misma en lo otro.

Con la aparición de lo otro, pues, cada autoconciencia se ve como el hacer de la una, pero este hacer de la una tiene el significado de su propio hacer y el del hacer de la otra, pues la otra tiene la misma independencia, preclusa dentro de sí misma y sin encontrar dentro de ella nada que no sea por ella misma. De tal modo, cada autoconciencia se refleja en la otra, y ve hacer lo que ella hace, y este hacer doble reflejado, es lo que puede conseguirse con el movimiento de ambas. En resumen, lo que acontece en esta figura es la aparición de un individuo frente a otro individuo.

Cuando el individuo se presenta aparece como un ser independiente, en otras palabras, "conciencias que aún no han realizado la una para la otra el movimiento de la abstracción absoluta consistente en aniquilar todo ser inmediato para ser solamente el ser puramente negativo de la conciencia igual a sí misma" (Fen. p. 115). Para reconocerse como individuos, se hace necesario que uno de ellos realice la pura abstracción del ser para sí, como él para el otro, cada uno en sí mismo y por separado, del hacer de uno al hacer del otro.

Para lograr esta situación debe entablarse una lucha, para lograr que quien todos los días lucha por su vida es el único que merece vivirla, como quien lucha por el derecho es el único que puede disfrutarlo. "Solamente arriesgando la vida se mantiene la libertad, se prueba que la esencia de la autoconciencia no es el ser, no es el modo inmediato como la conciencia de sí surge, ni es su hundirse en la expansión de la vida, sino que en ella no se da nada que no sea para ella su momento que tiende a desaparecer, que la autoconciencia sólo es puro ser para sí. El individuo que no ha arriesgado la vida puede sin duda ser reconocido como persona, pero no ha alcanzado la verdad de este reconocimiento como autoconciencia independiente" (Fen. p. 46).

De la cita anterior se desprenden para el ámbito de lo jurídico situaciones muy importantes. Vemos que debe aparecer una relación entre dos individuos, pero sobre una relación entablada a través de una lucha, pues de esa combatividad es que surge la afirmación de las autoconciencias, una reflejada en la otra, una como afirmación en positividad y otra como resultado de la afirmación de la otra, pero en sentido de negatividad, de tal modo, una llega a ser una para sí basada en la coseidad de la otra. De tales contraposiciones aparecen dos figuras necesarias, apunto "necesarias" en estricto sentido hegeliano, como figuras determinantes en un proceso y del cual no pueden eliminarse, pues si así fuera el proceso no se daría y que eventualmente van a ser superadas, o sea, la del señor y del siervo.

"El señor es la conciencia que es para sí, pero ya no simplemente el concepto de ella, sino una conciencia que es para sí, que es mediación consigo a través de otra conciencia, a saber: una conciencia a cuya esencia pertenece el estar sintetizada con el ser inde-

pendiente a la **coesidad** en general” (Fen. p. 117). La relación que el señor mantiene con el siervo se basa en un modo mediato, a través del ser independiente, pues a esta situación es a la que se halla encadenado aquel siervo.

Pero antes de entrar al análisis más cabal de la relación señor y siervo, convendría aclarar ciertos puntos en tal relación. El yo es lo que Hegel en un estadio de la figura llama lo simple universal, configurándose en él las diferencias en cuanto a esencia negativa de los momentos independientes que lo han configurado, de donde la autoconciencia alcanza certeza de sí misma únicamente mediante la superación del otro, que ella misma encuentra frente a sí como una autoconciencia, también libre: es la **apetencia**. Debe entonces deshacerse lo otro o el otro, para tomar la modificación del otro como propia verdad suya, y al aniquilarse y destruirse al otro como independiente, se logra una verdadera certeza al haber llegado a ella de modo objetivo.

De tal modo, la autoconciencia no logra superar al objeto, sino que lo reproduce como reproduce la apetencia, pero si logra con la otra autoconciencia superarla como una satisfacción, ya que tal autoconciencia, tomada para la otra como objeto, cumple en aquélla otra el papel de negación. Tal objeto transformado en imagen de otra autoconciencia en negación, determina otra figura independiente frente a sí pero negada, y de esta negación como negativa absoluta.

Tal misma situación se presenta, pues, en la relación de las autoconciencias, una positiva y otra negativa, del señor y el siervo. La conciencia independiente del señor reconoce su verdad en la conciencia servil, porque ésta aparece primero como **fuera de sí**, y no como la verdad intrínseca de la otra conciencia. En ambas conciencias se presentará, sin embargo, el mismo juego característico del mundo invertido, pues cada una de ellas revela en su esencia lo contrario de lo que quiere ser y así también la servidumbre, al realizarse plenamente en su contrario, retornará a sí misma como autoconciencia que ha sido repelida por la otra, y así llegará, por medio de un proceso de negación, a encontrar su verdadera independencia. De tal modo, la autoconciencia, en su movimiento de afirmación-negación, dándose cuenta de la absoluta negatividad como un ser **puro para sí**, que es así en la propia conciencia,

deviene en considerarse una esencia simple. Tal forma de acuerdo sobre sí misma hace comprender a la autoconciencia que es su objeto.

La conciencia como objeto elimina su total supeditación por medio del trabajo, y por medio de su labor llega a intuir que hay un ser independiente del sí mismo. Pero esta libertad cuando se encuentra en la conciencia servil, pertenece todavía a un **en sí**, sin ser determinado, y por tal motivo, en tal conciencia, adquiere el concepto de franca obstinación.

La autoconciencia, tanto en la figura del señor como en la del siervo, puede ser consciente de sí misma por medio del pensamiento y, en ambas, se da el caso de que adquieren libertad por tal pensamiento, ya que ambos, al pensar, no se comportan como un yo abstracto, sino que además del significado del ser en sí que cada una posee, por la objetivación del pensamiento, vienen a tener el significado del **ser para sí**. En el pensamiento la conciencia adquiere libertad porque no hace referencia a ningún otro.

Sostiene Hegel que esta figura de la conciencia, al surgir plasmada en el proceso histórico, recibió el nombre de estoicismo, y el principio del estoicismo “es que la conciencia es esencia pensante y de que algo sólo tiene para ella esencialidad o sólo es para ella verdadero y bueno cuando la conciencia se comporta en ella como esencia pensante” (Fen. p. 122), o sea, que la libertad propia que se da dentro del estoicismo es perfectamente individual y **en sí**, o sea, con palabras muy sugestivas de Hegel, “consiste en ser libre tanto sobre el trono como bajo las cadenas” (Fen. p. 123). La libertad estoica, por tanto, era una libertad como abstracción, en la cual el concepto se encontraba separado de las cosas sin un contenido dado, de allí que no se podía dar respuesta nada más que refiriendo los problemas al pensamiento **sin contenido**, o sea, en otras palabras, refiriendo todo a lo racional.

La realización de todo lo que en el estoicismo era solamente un concepto y la consecuencia de la libertad del pensamiento, devienen en el escepticismo, como figura de la “negatividad real” (Fen. p. 125). Esta conciencia escéptica deviene en “desatino inconsciente que consiste en pasar a cada paso de un extremo a otro, del extremo de la autoconciencia igual a sí misma al de la conciencia fortuita, confusa y engendradora de confusión, y viceversa” (Fen. p. 127).

La situación determinante del escepticismo en cuanto a la libertad, es que ésta supera el estadio estoico de la autoconciencia como simple libertad de sí misma, y la libertad se realiza, destruyendo un lado del determinado ser allí, el cual se amplía y se convierte en doble. De tal doblez de la autoconciencia resulta la **conciencia desdichada** producida por el escepticismo.

La conciencia desdichada, figura cambiada de la relación amo-siervo, es contemplación de una conciencia en la otra, pero sin dejar esa misma conciencia de ser ambas, ambas son para ella la esencia pero para sí no es la esencia misma, pues todavía no es unidad. Para sí es cambiante y lo inmutable ajeno, pero esa conciencia como simple es también inmutable.

De aquí resulta un movimiento triple en el cual un primer momento lleva a lo inmutable como opuesto a lo singular, luego lo inmutable, transformado en singular, se opone al resto de lo singular y, finalmente, en que todo lo inmutable se confunde y une con lo singular.

El derecho pertenece de manera inequívoca al reino del Espíritu. El punto de partida del derecho es la voluntad que se considera libre a sí misma, en contraposición a otra a la cual le ha negado tal libertad y de esa negación obtiene la figura de su libertad propia. La libertad de esa voluntad es libre mientras se conserva la determinación determinada por sí misma, o en otras palabras, es el propio yo que se coloca en sí mismo un límite, y dentro de esa limitación, se da también a sí mismo un propio contenido, pero ese contenido es una identidad consigo mismo dentro del ámbito de la generalidad. Cuando la voluntad o la conciencia sólo obedece a sus deseos o inclinaciones el único dominio de esta esfera sin límites, es lo arbitrario, la libertad de esta conciencia es únicamente en sí. Llega a un libre **para sí** cuando lo contenido no es expresamente lo particular, sino lo general, cuando es **pensamiento**. Vemos que en este estadio la autoconciencia no llega a plenitud de la razón y del pensamiento, porque su existencia mediata no se encuentra dibujada dentro del derecho, sino como parte de lo inestable de una relación ambigua entre **singularidad e inmutabilidad**. Para la constitución de persona, como individuo que tiene y ejerce derechos y cumple obligaciones, se necesita como prerequisite el paso de la autoconciencia a la razón.

La autoconciencia permanece en su acción que es una acción miserable, y al tener la autoconciencia ser y acción como un singular para ella, y en sí, llega a la representación de la razón, o sea, una certeza en su conciencia de ser. Transformada así en razón, se pone en paz con el mundo y con su realidad y los soporta, porque ha adquirido la sabiduría de que toda esa realidad —incluida ella misma—, no es otra cosa que ella misma, y lo mismo que su propio pensamiento forma parte de esa realidad.

“La razón es la certeza de ser toda **realidad**. Pero este en sí o esta **realidad** es algo completamente universal, la pura **abstracción** de la realidad” (Fen. p. 145). En este estadio, “en cuanto que la **diferencia** comienza en el yo puro, en el entendimiento puro mismo, ello lleva implícito el que aquí se abandonan la **inmediatez**, el **asegurar** y el **encontrar**, y comienza el concebir” (Fen. p. 146).

Y es con la razón, como la realización de la autoconciencia en forma racional y por sí misma, y al mismo tiempo como individualidad que es para sí real en y para sí misma, que se inicia el derecho, porque, como se pregunta Hegel refiriéndolo a otro problema “¿dónde podría el entendimiento poner de manifiesto una necesidad, si no pudiera hacerlo en él mismo que es la necesidad pura?” (Fen. p. 146).

3.—Razón

“La razón es la certeza de ser toda **realidad**” (Fen. p. 145), pero esta realidad que es en sí es universal, o sea, en otros términos, una pura **abstracción** de la realidad. Tal abstracción de la razón al paso de su propio concepto, como certeza y verdad, a la realidad **externa**, concebida como un puro esquema de conciencia, llega a ser singularidad y uno excluyente, ya que se hace referencia a un otro. Esta diferencia crea las categorías de esencialidad pura y diferencia pura. La conciencia, entonces, adquiere del ser una significación de lo suyo, entra en la suposición y la percepción, pero no en la seguridad de que es en otro, sino con la confianza de que ese otro es ser este otro mismo.

Como tal conciencia de sí mismo, el ser con una razón que desea saber la verdad, y como razón que adquiere la certeza de tener realidad, busca el otro, con lo que logra la certeza de conocerse a sí mismo en ese otro. Tal conciencia observante, como la

llama Hegel, descubre la verdad como ley en la experiencia, de tal modo que el ser sensible es para ella, y no es en y para sí mismo. Por lo cual debe la conciencia acercarse a las cosas, porque no sabe la razón que su verdad está dentro de sí misma, sino que hace despliegue por el mundo circundante, y al percibir observadoramente lo circundante, envuelve dentro de sí misma el concepto de sus relaciones con tal exterioridad, y comprende que sus relaciones con la exterioridad se mueven dentro del credo de las leyes. La verdad de la razón observante, o sea esencialmente su realidad, se forma por su elevación al concepto de finalidad, que es el concepto consciente de ella misma, pero que se encuentra dentro de ella como un algo real, sin que en esto se encuentre una relación externa sino una propia realidad como su esencia. De tal modo que el fin, —o finalidad—, se convierte en un supuesto al hablar de lo interno y el de realidad al referirse a lo externo, con lo cual en su oposición en forma de proceso y ambigüedad, se engendra la ley de lo que “lo externo es la expresión de lo interno” (Fen. p. 161). La ley entonces debe tener una connotación de universalidad de donde entra en diferencia de relación con lo que debe expresar, y así sus momentos son como **universales** de la conciencia, de donde viene a proclamarse que lo **externo** en la realidad no es otra cosa que la expresión de lo interno y así todas las partes de la exterioridad, cuando se objetivan por medio de esa razón observante, dejan más bien de ser, pues dejan también de ser procesos, en otras palabras, cuando lo que debe ser dinámico se estatiza, entonces en su paralización rehuye de sí el proceso y deja su existencia.

De tal modo que el derecho, para la razón observante, lo que aprehende como realidad exterior, y que capta como una ley fija y permanente en sí, únicamente puede ser nada más que uno de los momentos de una unidad en el proceso total, reflejado en sí mismo en parte de ese proceso, no puede ser otra cosa que una magnitud condenada irremisiblemente a desaparecer en medio de aquel proceso que arrebatara el movimiento del Espíritu.

El derecho, como formando un continente de la ley —en el sentido de encontrarla dentro de él—, para la razón observante, de un lado es como garantía de la individualidad misma y de otro, como parte de la naturaleza inorgánica del mundo —ya que es producto objetivado del Espíritu en desdoblamiento— donde incluye como determinantes de la realidad, las circunstancias, la situación,

hábitos, religión, etc., y al partir de la exterioridad de tales elementos, construye, como creación exterior de la ley, la individualidad que se determina por confrontación con el otro. Si mediara en la creación jurídica de la razón tales circunstancias, junto con el modo propio de pensar, o sea, ese estado general del mundo, el individuo no se hubiera conformado como es.

La autoconciencia racional debe realizarse por sí misma. El mismo fenómeno que se notó cuando la razón observadora repetía su movimiento íntegro de la conciencia, igual camino recorrerá la autoconciencia pasando de la dependencia a la libertad. Cuando la autoconciencia reconocida en sí misma tiene su propia certeza por el propio reconocimiento de sí misma en la otra autoconciencia libre, y adquiere entonces precisamente en tal reconocimiento su verdad, se abre en este momento el reino de la ética. La sustancia ética se da en la abstracción de la universalidad como ley pensada, siendo en tal caso autoconciencia real y por tanto hábito ético.

Tal fenómeno no puede darse, como muchos de los anteriores apuntados, en la soledad de una conciencia en sí, sino que se necesita el concurso de un pueblo, donde de hecho se encuentra la realidad que hace consciente de sí a la autoconciencia, y esta realidad consiste, precisamente, en el concepto de la intuición de independencia con el otro. Si el obrar de cada individuo no es puramente un singular y tales funciones no se reducen a una nada, entonces la labor de obrar y ufanarse de sí mismo encuentra su eco en el poder de todo el pueblo. Es necesario, sin embargo, para la realización de la autoconciencia, desenvolverse en un pueblo libre, donde luego tiene como resultado el proceso de la razón, y donde el consejo más sabio atinente a esta cuestión es que la “sabiduría y la virtud consisten en vivir de acuerdo con las costumbres de su pueblo” (Fen. p. 211).

“La razón tiene necesariamente que salir fuera de esta dicha; pues sólo en sí o de un modo inmediato es la vida de un pueblo libre la eticidad real (real), o es una eticidad que es, con lo cual este espíritu universal es también él mismo un espíritu singular y la totalidad de las costumbres y las leyes una sustancia ética determinada, que sólo en el momento superior, a saber, en la conciencia de su esencia, se despoja de la limitación, y sólo en este reconocimiento, pero no inmediatamente en su ser, tiene su verdad absoluta; en

este ser es, en parte, una sustancia limitada, y, en parte, la limitación absoluta consistente precisamente en que el espíritu es en la forma del ser" (Fen. p. 211).

En la eticidad real que se da en un pueblo es que cada conciencia singular adquiere la confianza firme de sí misma, y no se ha resuelto todavía en los momentos abstractos del espíritu, y tal conciencia no se sabe para sí misma como singularidad, y cuando piensa sobre sí misma, llega a la consecuencia de ser no ya el espíritu universal, sino que se considera, esencia para sí misma. Tal situación de singularidad ya está en el espíritu universal mismo, pero como una magnitud que llegará a desaparecer, pero que mientras tanto actúa en la conciencia en sí como confianza. Cuando el individuo adquiere tal posición en su conciencia se enfrenta a las leyes y así condiciona a éstas como una realidad frente a sí mismo, que han adecuado a su conciencia para que adquiriera su propia verdad como enfrentación al otro y también como moviéndose dentro de un marco previamente delimitado. Tal observación de la conciencia la hace dichosa, pero al regreso de la reflexión se percata de que no es aún la sustancia ética, o sea, el espíritu de un pueblo.

Al intuirse como un sí mismo en el otro, la experiencia de la autoconciencia la eleva a un plano más alto, convirtiéndose desde este ahora en un fin de sí misma, o un final de ella misma, porque al mismo tiempo es universal y tiene la ley de modo inmediato dentro de ella misma, dándose cuenta de su singularidad proyectada en lo universal. Si la autoconciencia comprende en tal momento que su esencia singular no puede seguir abasteciéndose de la ley en su interioridad, y sacrifica tal posición, entonces esa autoconciencia deviene en virtud. "Las sombras de la ciencia, las leyes y los principios, que son lo único que se interpone entre ella y su propia realidad desaparecen como una niebla carente de vida, que no puede asumirla con la certeza de su realidad (Realität); la autoconciencia toma la vida como se cosecha un fruto maduro, que se ofrece a la mano del mismo modo que ésta lo toma" (Fen. p. 214).

La independencia de la autoconciencia, ya sea como conciencia natural o educada en o para un sistema de leyes, mantiene a sus propios individuos dentro de un marco que hace resaltar a estos individuos dentro de la noción de cada uno para los otros, además, de que convierte a cada uno para sí, en sí esta operación

convierte a la autoconciencia en reflexión sobre su propia mismidad. La autoconciencia, pues, de un modo inmediato adquiere en la ley como un fin a realizarse, y que ella misma tiende en su realización, aunque el movimiento que sigue es cuando esta autoconciencia descubre que en la ley general no se encuentra su propia esencia.

Pero pronto aparece la contradicción, cuando la autoconciencia se da cuenta que la realidad de la ley es lo opuesto a su modo de realizarse, porque descubre una contradicción de la ley y la singularidad. De un lado está la ley que oprime a la individualidad singular, y del otro la humanidad que sufre bajo un orden legal que oprime, que no se manifiesta en la ley del corazón, y que tal humanidad se somete a tal sistema debido a una necesidad extraña. La ley separada del corazón de la autoconciencia es una ley libre para sí, y la humanidad a la cual somete no vive de acuerdo con su corazón, sino en un estado de sufrimiento y escisión, y se priva del goce de sí misma por el cumplimiento de la ley y la falta de conciencia cuando la transgrede. Cuando tal ley se realiza deja de ser para sí la ley del corazón, y deviene en un orden legal frente al corazón de la autoconciencia, pues en su realización ha perdido su original realidad. Se convierte en potencia universal para la cual el individuo es indiferente, y el mismo individuo al haber creado su propio orden fuera de sí, ha creado un orden que se convierte en contra suya. De donde, al realizarse la ley, el individuo no ha hecho surgir una propia ley, sino que, en tanto que la realización en sí es su propia ley, es una realización extraña a sí mismo, "lo que hace es enredarse en el orden real, en un orden que es para él, además, una potencia superior no sólo extraña, sino incluso hostil" (Fen. p. 219).

Los actos ejecutados por la autoconciencia dentro del orden preestablecido por ella misma y objetivado en la ley, le pertenecen como realidad a lo universal que es ella misma, pero el contenido propio o en sí de tal ordenamiento es la propia individualidad, que pretende mantenerse como un singular contrapuesto a lo universal. Esto trae como consecuencia que los hombres no encuentren en la ley, en este estadio, su propia ley, sino la ley del otro, y así, precisamente de acuerdo con esta ley, se vuelven contra la realidad del otro individuo, al no encontrarse plasmado en la ley, sino reflejado en la forma en sí del otro, y así cada individuo vuelca su resentimiento como se volvían contra la suya propia. "Y así como,

primeramente, el individuo abominaba solamente de la ley rígida, ahora encuentra contrarios a sus excelentes intenciones los corazones mismos de los hombres, y abomina de ellos" (Fen. p. 220).

La ley del corazón del hombre, en este momento, sería lo verdadero, aunque algo meramente un supuesto, y que al enfrentarse al orden vigente fuera de tal ley, en lugar de mantenerse, se derrumba. Tal ley del corazón debía tener su propia realidad, como un orden vigente, pero, enfrentado a la realidad, tal orden vigente, en lugar de ser tal, precisamente es lo contrario, la nulidad de sí mismo. De tal modo, las leyes subsistentes en un orden vigente, son defendidas en contra de la ley particular de un solo individuo, porque no son carente de conciencia, como algo muerto, sino que son una sustancia universal y espiritual, dentro de la cual viven los individuos y cada uno de ellos tiene plena conciencia de la realidad de tales leyes; de tal modo, que si los hombres se quejan de tal orden, por mantenerse en contra de las suposiciones del corazón de sí mismos, lo tienen de hecho como a su esencia, y lo pierden todo cuando el orden vigente se les arrebatara o cuando por sí mismos se colocan frente a él. "Y, siendo precisamente en esto en lo que consisten la realidad y el poder del orden público, éste se manifiesta, por tanto, como la esencia igual a sí misma y universalmente animada, y la individualidad como la forma de él. Pero este orden es, de otra parte, lo invertido" (Fen. p. 223).

Un momento de este curso del mundo, como se ha visto, es la delimitación de la individualidad del individuo, que tiene como pretensión lograr ser una ley para sí y en sí, y que llevado de esta pretensión ha trastornado el orden establecido; es cierto que la ley se mantiene en contra de esta infatuación individual, y no surge el sistema de leyes como algo vacío y contrapuesto a la conciencia, no como necedad e imposición muerta, sino como estadio y requisito previo a la necesidad de la conciencia misma. "Para la conciencia de la virtud esencial es la ley y la individualidad lo que hay que superar, tanto, por consiguiente, en su conciencia misma como en el curso del mundo. En aquella conciencia, la propia individualidad debe disciplinarse bajo lo universal, bajo lo que es en sí lo verdadero y el bien; pero permanece así todavía conciencia personal; la verdadera disciplina sólo es el sacrificio de la personalidad total, como garantía de que la conciencia no permanece todavía vinculada a singularidades" (Fen. p. 224).

Los últimos momentos que adopta la razón, en su forma de autoconciencia reflexiva, son como razón legisladora y como razón que examina leyes, antes de pasar al estadio del Espíritu. Examinemos ambos en su devenir.

La esencia espiritual es pura conciencia, y ésta a su vez es autoconciencia. La naturaleza del individuo antes determinada pierde su significado de ser en sí elemento y fin de su actividad. Es solamente momento superado, y el individuo un sí mismo, pero como un sí mismo universal. Visto el problema desde el lado inverso, la cosa meramente formal tiene su cumplimiento en la individualidad activa que obra y en tal obra se diferencia de sí misma, ya que las diferencias de esta cosa formal forman todo el contenido de aquel individuo en sí mismo universal. La categoría es en sí, como un universal de la **pura conciencia**; y es también **para sí**, pues cuando la conciencia deviene como un sí mismo es también su propio momento. "La categoría es ser absoluto, pues aquella universalidad es la simple **igualdad consigo mismo del ser**" (Fen. p. 246).

Lo que es el objeto para la conciencia tiene significación de ser lo verdadero; lo verdadero vale en y para sí mismo, como la cosa absoluta que no padece ninguna fluctuación entre lo universal y lo individual, lo cierto y su verdad y entre el fin y su realidad, sino que su propio y constitutivo ser allí es la realidad y el obrar de la autoconciencia; todo esto, de otra manera dicho, la sustancia ética, y la propia conciencia de ella, la conciencia ética. Tal objeto tiene para la conciencia valor de verdadero, pues hace una unidad de la autoconciencia y el ser, es absoluto porque la autoconciencia no puede ir más allá de él, ya que está cerca de sí misma y, además, no puede y no quiere, porque es el sí mismo de la voluntad de ese sí mismo. Tal objeto se divide en masas o grupos que son las leyes determinadas de la esencia absoluta.

Tales masas de leyes éticas son reconocidas de modo inmediato, porque aunque no hay necesidad de preguntar por su origen ni justificación ni indagar sobre cualquier punto que ellas determinen, son una esencia que es en sí y para sí confundibles con la autoconciencia misma; pero esto no es otra cosa que su esencia misma, que es cabalmente su propia verdad, porque es su pura conciencia.

Debido a que la autoconciencia sabe que es un estadio o momento del ser para sí de esta sustancia ética, expresa en ella

misma el ser para sí de la ley ética —o máxima ética—, de tal modo que la razón sabe inmediatamente lo que es justo y bueno, sustancia o conceptos fundamentales a la noción ética en este momento del desenvolvimiento del espíritu. Tales leyes éticas son determinadas y cumplidas en el mismo momento de su inmediatez, porque valen para la autoconciencia de manera efectiva como un ser para sí de esa misma autoconciencia.

La inmediatez de tales normas éticas repercuten también de modo inmediato en su aprehensión por la autoconciencia, pues tal inmediatez es constitutiva de las razones éticas como de la autoconciencia, lo que constituye la aceptación de una certeza ética inmediata que repulsa con la misma instantaneidad una norma no ética.

Habría que dividir en este estadio dos cuestiones, cuando la norma ética es una ley y cuando aquélla es un precepto. Cuando se obra bien de un modo inteligente y esencial, se obra de acuerdo con el Estado, porque el Estado es la figura más rica y más importante de la acción inteligente universal, y con la cual si se compara el individuo, su obrar “como individuo es, en general, algo tan insignificante, que apenas si vale la pena hablar de ello” (Fen. p. 249).

Ahora bien, la acción del Estado es tan poderosa, que si se compara con ella el obrar individual y éste se convirtiera en delictuoso o un obrar por amor defraudando la esencia del Estado, este individuo sería inmediatamente destruido. Si las normas o masas éticas carecen de sentido universal o de contenido universal, y no expresan sino algo que sea en y para sí, pero sin situación fundamental de ley ética absoluta, tal norma se mantendría en el terreno del deber ser, pero careciendo de realidad y no sería una ley sino simplemente un precepto; pues, para Hegel, la ley debe contener un concepto de realidad y al mismo tiempo para sí un reflejo hacia los otros, sin necesidad de aceptación expresa en el obrar del individuo, porque el Estado tiene como esencia el cumplimiento de tal imposición.

“El precepto, en su absoluteidad simple, enuncia por sí mismo un ser ético inmediato; la diferencia que en él se manifiesta es una determinabilidad, y por tanto un contenido, que se halla bajo la universalidad absoluta de este ser simple. Y, teniendo, según esto, que renunciar a un contenido absoluto, sólo puede asignarse al precepto una universalidad formal, o sea el que no se contradiga, pues la universalidad carente de contenido es la universalidad formal,

y un contenido absoluto significa él mismo tanto, a su vez, como una diferencia que no es tal o como la carencia de contenido” (Fen. p. 249).

“Lo que resta, por tanto, para la razón legisladora es la pura forma de la universalidad, o, de hecho, la tautología de la conciencia, tautología que se contrapone al contenido y que es un saber, no del contenido que es o del contenido propiamente dicho, sino de la esencia o de la igualdad de ese contenido consigo mismo” (Fen. p. 249).

De tal modo que podríamos sostener que la esencia ética no es en sí misma un contenido, sino solamente un contenido para examinar si otro contenido puede ser o no una ley, en cuanto no se contradiga en sí mismo fundamentalmente. Tal razón legisladora descendiendo, pues, al plano de una razón que simplemente examina leyes.

La razón de este estadio ya no promulga leyes, sino que solamente las examina. Las leyes ya están promulgadas para la conciencia, ésta acepta el contenido de las mismas sin considerar lo fortuito o accidental de tales normas, sino que toma el precepto en sí y se comporta ante él simplemente, como lo que es simplemente una pauta. “Si se pregunta si debe ser una ley en y para sí el que exista propiedad; en y para sí, no por razones de utilidad para otros fines; la esencialidad ética consiste precisamente en que la ley sea solamente igual a sí misma y, por medio de esta igualdad consigo misma, se halle fundada, por tanto, en su propia esencia, y no sea algo condicionado. La propiedad en y para sí no se contradice; es una determinabilidad aislada o una determinabilidad que se pone solo como igual a sí misma” (Fen. p. 251).

“La ley tiene, como ley determinada, un contenido fortuito —lo que significa aquí, que es ley de una conciencia singular con un contenido arbitrario. Ese inmediato legislar es, por tanto, la temeridad tiránica que convierte la arbitrariedad en ley y la eticidad en una obediencia a ésta— a leyes que son solamente leyes, pero, que no son, a la vez, preceptos. Del mismo modo que el segundo momento, en tanto que aislado, el examen de las leyes significa el movimiento de lo inmóvil y la temeridad del saber que se libera de las leyes absolutas por medio del raciocinio y las considera como una arbitrariedad extraña a él” (Fen. p. 253).

“La esencia espiritual es, según esto, en primer lugar, para la autoconciencia como ley que es en sí: la universalidad del examen, que era universalidad formal que no era en sí, se ha superado... Pero, por cuanto que esta ley que es vale sin más, la obediencia de la autoconciencia no es el servicio a un señor cuyas órdenes sean una arbitrariedad y en que la autoconciencia no se reconozca. Antes bien, las leyes son pensamiento de su propia conciencia absoluta, pensamiento que ella misma tiene de un modo inmediato” (Fen. ps. 253 - 54).

Cuando la razón se eleva a la certeza de ser toda realidad, y lleva a este concepto el grado de una verdad, y al mismo tiempo es consciente de sí misma como de su propio mundo y del mundo como sí misma, es espíritu. La figura se logró debido a que el objeto de la conciencia se elevó a razón. La razón observadora, que creaba una unidad entre el ser y el yo, determinó que la conciencia de la razón se encontrara. El encontrarse como cosa determinó que el yo se supiera o conociera en su esencia objetiva como el sí mismo. Esto constituye una verdad universal para la conciencia como una esencia espiritual, pero tal saber sobre sí misma es nada más que un saber formal de ella, el cual se queda en un contenido, —por eso la ética en este estadio tiene una categoría vacía y formal—. Esta conciencia, en este momento, se diferencia de la sustancia como algo singular y, o promulga leyes arbitrarias o bien cree que tiene en su saber las leyes tal y como son en y para sí, y se mantiene como una potencia enjuiciadora.

Como sustancia se encuentra en la esencia espiritual pero todavía no es conciencia de sí misma. “Pero la esencia que es en y para sí y que, al mismo tiempo, es ella real como conciencia y se representa a sí misma, es el espíritu” (Fen. p. 259). Aquí se entra, entonces, en el reino del Espíritu.

4.—El Espíritu

La esencia espiritual es sustancia ética pero el espíritu es la realidad ética. En otras palabras, el espíritu es sustancia y esencia universal, igual a sí mismo y con permanencia propia, que es el fundamento y el punto de partida del obrar de todos, y al mismo tiempo, su propio fin y su meta última, como el último y primero en sí pensado de la autoconciencia. Esta sustancia es la obra universal, que se crea como el obrar de todo y de cada uno en par-

ticular, pues es el sí mismo. Es inmutable el espíritu si se considera como la justa igualdad consigo mismo, pero al mismo tiempo, si se contempla del lado del ser para sí, es sustancia que se ha disuelto y al mismo tiempo se sacrifica, por el ahora de cada uno y del cual cada uno toma del Espíritu su propia parte. La disolución y singularización de la esencia es cabalmente el momento del obrar.

“El espíritu es, así, la esencia real absoluta que se sostiene a sí misma. Todas las figuras de la conciencia son abstracciones de este espíritu, son el analizarse del espíritu, el diferenciar sus encuentros y el desmoronarse en momentos singulares” (Fen. p. 260). El espíritu, pues, ha tenido como sus momentos o sus manifestaciones, llamados todos a desaparecer, la conciencia, la autoconciencia y la razón. De tal modo, el espíritu es conciencia en general, que contiene dentro de sí misma la certeza sensible, la percepción y el entendimiento, pero en tanto que espíritu, cuando se analiza él mismo, va reteniendo los momentos en los cuales ha sido realidad objetiva, pero hace abstracción de que esa realidad es su propio ser para sí. Si retiene en sí el otro momento del análisis entonces es únicamente autoconciencia.

“Pero, como conciencia inmediata del ser en sí y para sí, como unidad de conciencia y de la autoconciencia, el espíritu es la conciencia que **tiene razón**, conciencia que, como el **tener** lo indica, tiene el objeto como racionalmente determinado en sí o como determinado por el valor de la categoría, pero de tal modo que el objeto no tiene todavía para la conciencia del mismo valor de la categoría” (Fen. p. 260). La razón es intuita por el espíritu como la razón que está incluida en él mismo y que es su propio mundo, y así el espíritu es en su verdad y siendo en su verdad es la esencia ética real.

“El espíritu es la **vida ética** de un **pueblo** en tanto que es la verdad **inmediata**; el individuo que es su mundo. El espíritu tiene que progresar hasta la conciencia de lo que es de un modo inmediato, tiene que superar la bella vida ética y alcanzar, a través de una serie de figuras, el saber de sí mismo. El mundo **ético** viviente es el espíritu en su **verdad**; tan pronto como el espíritu llega al saber abstracto de su esencia, la eticidad desciende a la universalidad formal del derecho” (Fen. p. 261).

De este momento en adelante el espíritu se desdobra e inscribe dentro de sí mismo, en su elemento objetivo, como en dura

realidad uno de sus propios mundos, el reino de la cultura, y frente a él, en la parte o elemento del pensamiento, el mundo de la fe, el reino de la esencia.

“El mundo ético, el mundo desgarrado en el más acá y el más allá, y la visión moral del mundo son, por tanto, los espíritus cuyo movimiento y cuyo retorno al simple sí mismo que es para sí del espíritu, veremos desarrollarse y como meta y resultado de los cuales emerge la autoconciencia real del espíritu absoluto” (Fen. p. 261).

a) La eticidad (Ley humana y ley divina)

En su verdad más simple, el espíritu es conciencia que se desdobra en sus momentos propios. La sustancia de lo ético o el espíritu en este estadio, se divide en una sustancia ética diferenciada muy precisamente en dos momentos concomitantes: en una ley humana y una ley divina. De esta escisión de la ética, ésta abarca múltiples relaciones, sobre todo en una ley de la singularidad y una ley de la universalidad, pero cada una de tales divisiones sigue siendo el espíritu total, y expresan tales subdivisiones la superficial posición entre ambos lados.

La ley humana, una de las partes en que se ha escindido la conciencia del espíritu, tiene como significado propio la singularidad, y esta singularidad tiene, “en la esencia que aquí consideramos, la significación de la autoconciencia general, y no la de una conciencia fortuita singular” (Fen. p. 263).

La sustancia ética, de tal modo, en esta determinación, es el espíritu absoluto realizado, pero en la multiplicidad de la conciencia existente. Esta multiplicidad de la conciencia existente, es la comunidad, o pueblo, que también es la sustancia real, por cuanto es el espíritu para sí, en cuanto se encuentra reflejada es el reflejo de los individuos, y estos individuos se mantienen en sí en cuanto tal sustancia los amalgama a ellos. Los individuos que juntos componen tal sustancia real, o pueblo o comunidad, son ciudadanos y como tales conciencias reales cada uno en sí. Tal espíritu que garantiza las relaciones apuntadas, en cuanto tienen existencia y son válidas, “puede llamarse la ley humana, porque es esencialmente en la forma de la realidad consciente de sí misma” (Fen. p. 263).

En tal forma de universalidad el espíritu puede conocerse bajo el aspecto de una realidad consciente de sí misma y en tal forma como la ley conocida o la costumbre presente.

A la ley humana, como potencia ética, se le contrapone otra forma de potencia, que es la ley divina. La potencia ética del Estado, tiene, como un movimiento del ahora que es consciente de sí mismo, su oposición en la simple e inmediata esencia de la eticidad. En este momento, cuando se expresa la eticidad en la inmediatez o en el ser, o cuando también manifiesta una conciencia inmediata de sí como esencia, o en este sí mismo en el otro, se forma una comunidad ética natural, aparece la familia, la cual está bajo el rubro de la ley divina.

La familia, como el fin positivo que aúna en su interioridad, adquiere en este momento del conocimiento del espíritu, ese fin como conocimiento de lo singular como tal. El individuo que compone una familia, por ser real y sustancial, en tanto que ciudadano y tomado en su aspecto singular, perteneciendo también a la familia, es solamente “la sombra irreal que se borra” (Fen. p. 265).

Ahora bien, el gobierno, como regidor de la familia, es el mismo espíritu, pero real y reflejado en sí, o sea, el simple sí mismo de la sustancia ética total, y el gobierno, al regir el conglomerado de familias, se forma en la comunidad. Ahora bien, la esencia negativa de la eticidad, “se muestra como la potencia propiamente dicha de la comunidad y como la fuerza de su autoconservación; por tanto, la comunidad tiene la verdad y el reforzamiento de su potencia en la esencia de la ley divina y en el reino subterráneo” (Fen. p. 268).

Sin embargo, ni la ley humana ni la ley divina, ninguna “de las dos es por sí sola y para sí; la ley humana parte en su movimiento vivo de la ley divina, la ley vigente sobre la tierra de la ley subterránea, lo consciente de lo inconsciente, la mediación de la inmediatez, y retorna a sí mismo al lugar de donde partió. La potencia subterránea, por el contrario, tiene su realidad sobre la tierra; deviene por medio de la conciencia ser allí y actividad” (Fen. p. 270).

Si las dos clases de leyes producen entre sí una división, en el reino ético, en su propio subsistir, como mundo sin mancha que es, no se presenta ninguna de esas escisiones. Y es más, su propio

devenir, pues la eticidad también la sufre, en su propio movimiento es quieto, de una potencia a la otra, y así, “de tal manera, que cada una de ellas mantiene y produce por sí misma la otra” (Fen. p. 272). La conciencia ética, pues, es una tendencia pura hacia la esencia de la ética, o sea el **deber**. “No hay nada en ella arbitrario, tampoco ninguna lucha, ninguna indecisión, ya que se ha abandonado el estatuir y al examinarlos, sino que la esencialidad ética es para ella lo inmediato, o inquebrantable, lo exento de contradicción” (Fen. p. 273).

La eticidad consiste, en última instancia, en una decisión consciente inmediata, considerando su propio actuar como esencial. O sea, que lo ético, como esencia y potencia absolutas en un mismo tiempo, no pueden permitir que se efectúe una inversión de su contenido. En otras palabras, el derecho absoluto, “de la conciencia ética, consiste, por tanto, en que la **acción, la figura**, de su **realidad** no sea sino aquello que esa conciencia sabe” (Fen. p. 275).

Ambas potencias, el derecho humano y el derecho divino, cuando se someten por igual, cumplen el cometido de la instauración del derecho absoluto, y entonces surge la sustancia ética, y así la sustancia ética es una potencia negativa que deshace en su absorción ambos lados opuestos, cumpliendo la misión del destino omnipotente y justo.

Lo ético, entonces, cumple la función del **en sí** universal, pues la eticidad es el espíritu en su verdad inmediata. De ahí que el derecho humano tenga como su contenido y su potencia en sí a la potencia ética. El contenido de la acción ética, en todo caso, tiene que ser sustancia, total y universal y sólo puede, en sus relaciones, establecer convivio con lo singular **total** o con lo singular cuando se tiene como universal.

La conciencia ética solamente aprecia el derecho en uno de sus lados y, por consiguiente, ve el entuerto en el otro, y de los dos conciencias contrastantes la que pertenece al ámbito de la ley divina ve un acto de fuerza humano y deleznable, y al contrario, el aspecto perteneciente al lado humano ve en su opuesto “tozudez y la desobediencia del ser para sí interior” (Fen. p. 274). Indica Hegel que las órdenes del gobierno, en este caso, son el sentido expreso de lo público universal manifestado a la luz del día, mientras que la fuerza actuante de la otra ley es un sentido subterráneo,

que permanece guardado en la interioridad, que recibe su manifestación como la voluntad sensible o “percatable” de lo singular y, que cuando se contradice, produce el delito. Otro caso distinto es lo que sucede con la culpa.

Cuando la autoconciencia obra —porque pone contra ella su inmediatez simple y así inicia su desdoblamiento— abandona en su acción la determinabilidad de lo ético —como certeza simple de la determinabilidad inmediata— y coloca dentro de sí misma lo activo que la hace separarse, y en tal realidad, una realidad negativa. Cuando la conciencia obra es culpa, pues la culpa es su mismo obrar y esta culpa adquiere también, por tal circunstancia, la característica del delito, “pues como conciencia ética simple se ha vuelto hacia una ley y renunciado a la otra, infringiendo ésta con sus actos” (Fen. p. 276).

“Pero por el contenido, la **acción** ética lleva en ella el momento del delito... sino que, más bien, como orientación **no desdoblada** hacia la ley, permanece dentro de la **inmediatez natural**, y, como deber, convierte en culpa esta unilateralidad de captar solamente uno de los lados de la esencia, comportándose negativamente ante el otro, es decir, infringiéndolo” (Fen. p. 276).

Puede ocurrir, sin embargo, que para la conciencia actuante el derecho no se manifiesta a plena luz del sol, sino que únicamente en cuanto en sí, en la culpabilidad interior de lo que se ha decidido y de lo que se ha hecho. La conciencia ética es como figura mucho más completa que el derecho, y su culpa será más pura —o más amplia y segura— si conoce con anterioridad la ley y a la potencia contra la cual se enfrenta “como una contingencia ética y comete el delito a sabiendas, como Antígona” (Fen. p. 277). De tal modo, cuando el hecho se lleva a ejecución —o se consuma— invierte el punto de vista de la conciencia y, en tal consumación, apunta con claridad que lo ético debe antes que todo ser real, pues la finalidad de la propia realidad es el fin de actuar u obrar. Tal obrar expresa en unidad la unidad que se establece entre la realidad y la sustancia, y manifiesta que no es para la esencia lo contingente, sino que, junto a ella, no se deja conducir por ninguna norma de derecho que no sea verdadera.

Estas situaciones o figuras del derecho humano, en algunos casos límites, pueden soslayarse por la justicia del derecho humano.

En tales casos se reduce a lo universal el ser para sí ha perdido su equilibrio, como independencia de clases e individuos o sea el gobierno del pueblo. Tal gobierno del pueblo es individualidad presente ante sí de la esencia universal y de la propia voluntad y autoconciencia de todos los individuos. Tal justicia convierte y recrea otra vez el balance de lo universal cuando actúa con extrema fuerza sobre lo singular, y como también es espíritu simple de lo que ha sido maculado, no cambiado en lo que sufre y en una esencia del más allá, entonces la justicia adquiere la faceta de la venganza que persigue y así esa sustancia adquiere realidad duradera.

La sustancia ética en este momento inicia su declinación y su tránsito a otra figura, al encontrarse determinada por la conducción que hace la conciencia ética a la orientación hacia la ley de una manera esencialmente **inmediata**; en la inmediatez de esta determinación va como una sobrecarga implícita de la naturaleza, la cual como una totalidad entra en la acción determinante de la eticidad.

Pero tal punto, en la sustancia de estas figuras surge la eticidad como una universalidad formal, la cual no es intrínseca a ellos como espíritu vivo, sino que la fortaleza de las individualidades se pierde en una serie de puntos desperdigados. "La figura ética del espíritu ha desaparecido, y pasa otra a ocupar su lugar." (Fen. p. 282).

III.— EL ESTADO DE DERECHO

En esta figura del largo sendero del Espíritu sobre el devenir, se extraña aquél de sí mismo, se hace cultura y produce como consecuencia primera el Estado de Derecho, el cual a su vez se identifica por tres básicas circunstancias, la validez de la persona, la contingencia de la misma persona y la persona abstracta, señor del mundo. Estas tres subdivisiones no son en realidad partes del Estado de Derecho, sino efectivos puntos de vista sobre el mismo en cuanto a sus propios e internos componentes. De esta situación se desprenden las demás figuras del derecho, como someramente se verán en las conclusiones de este estudio, ya que propiamente no forman parte de la Fenomenología. Examinemos, pues, los tres componentes indicados.

a) La validez de la persona.

La unidad viva de la individualidad y de la sustancia retorna a una unidad universal pero carente de espíritu, porque ella misma ha cesado de ser la sustancia inconsciente de los individuos en la que los individuos valen ahora, únicamente en virtud de su ser para sí singular, en la posición o caso de esencias autónomas y sustancias.

Lo universal se deshace en átomos en la multiplicidad de los individuos y este "espíritu muerto", "es una igualdad en la que todos valen como **cada uno, como personas**" (Fen. p. 283). Lo que en la eticidad se llamaba **ley divina** se manifiesta de lo interno a lo real: el individuo sólo valía como parte de la familia. Cuando era singular, el individuo era espíritu que había concluido y ahora sabe de su irrealidad.

"El individuo singular retorna a la **certeza** de sí mismo; es que es aquella sustancia como lo universal, **positivo**, pero su realidad es ser un sí mismo universal negativo" (Fen. p. 283). Con tales circunstancias, las figuras éticas se han hundido "en la necesidad simple del **destino vacío**" (Fen. p. 283). Esta necesidad del destino vacío no es otra cosa que el yo de la autoconciencia.

El **yo**, juzgado ahora como persona, vale como la esencia que es en y para sí: este ser que se le reconoce al yo, o sea una universalidad abstracta, en y para sí, es su sustancialidad, pero al mismo tiempo es universalidad abstracta, "porque su contenido es este sí mismo **rígido**, y no el disuelto en la sustancia" (Fen. p. 283). De tal modo, la personalidad sale de la vida de la sustancia ética, y es la "independencia **realmente valedera** de la conciencia" (Fen. p. 283).

Se nota que la autoconciencia estoica había sido igual al pensamiento irreal que llega mediante la renuncia a la realidad. Esta situación proviene, de manera indudable, del señorío y la servidumbre, juzgado, y apreciado en tal momento, como ser allí inmediato de la autoconciencia, sin embargo, en esta figura actual, la personalidad nace "del espíritu inmediato que es la voluntad universal dominante de todos y asimismo su obediencia servidora" (Fen. p. 283).

En el estoicismo toda esta situación fenomenológica era únicamente el en sí juzgado en la abstracción, y, ahora, se ha transformado en el mundo real. El estoicismo ha actuado como predecesor de esta figura del Espíritu en el Estado de Derecho, actuando a la inversa y habiendo reducido lo que ahora es concreto a una abstracción, o sea abstracto lo que en concreto es ahora la independencia que no tiene espíritu. Como el estoicismo huía de la realidad con la ayuda del pensamiento, lo que lograba era nada más que el pensamiento de la libertad; tal posición estoica es de manera absoluta un **para sí**, por la circunstancia de que no servía su esencia formativa y constituyente a un ser allí cualquiera y determinado, sino que pretendía superar todo esto que del ser se encontraba allí por la colocación de la unidad del puro pensamiento.

En tal circunstancia, la validez y el derecho de la persona no se unen ni estrechan a un ser allí o rico o poderoso de un individuo juzgado como tal, “ni tampoco a un espíritu vivo universal, sino más bien al puro uno en su realidad abstracta o a este uno como autoconciencia general” (Fen. p. 289).

b) La contingencia de la persona

La independencia, pero en abstracto, del estoicismo, representaba una realización, ahora esta realización vuelve a repetir el mismo movimiento pero en otro plano de la independencia abstracta. Tomando lo negativo por verdadero, invirtiendo de tal modo el orden de las circunstancias, la independencia abstracta del estoicismo pasa a una confusión de su propia conciencia —“en un desvarío de lo negativo” (Fen. p. 284) que transcurre de un lugar a otro, sin determinación fija, sin ninguna figura propia de contenido, de una contingencia a otra del ser y del pensamiento, deshaciéndolos, en verdad, en una absoluta independencia, pero al mismo tiempo que se destruyen, se vuelven a crear y así, lo que se palpa en tales contradicciones, no es otra cosa que la contradicción esencial entre la dependencia y la independencia de la conciencia.

La independencia que preconiza el derecho no es otra cosa que esta confusión universal y este encadenamiento en la disolución, ya que lo que tiene valor como esencia absoluta es la autoconciencia como el puro uno vacío de la persona, lo que la convierte en personalidad jurídica libre. Al frente de esta universalidad vacía, la sustancia

adquiere la forma de la plenitud y del contenido, y así este contenido se encuentra en plena libertad y no sometido a ningún orden, porque el espíritu que lo mantenía en su posición y lo hacía coherente consigo mismo, formando una unidad, ya no se encuentra presente. “Por tanto, este uno vacío de la persona es, en su **realidad**, un ser allí contingente y un moverse y obrar sin esencia, que no alcanza consistencia alguna” (Fen. p. 284).

Debemos recordar en este instante, que el escepticismo era formalista en las figuras precedentes examinadas atrás, y del mismo modo que lo que sucedía con tal formalismo del escepticismo, le sucede al formalismo del derecho, el cual carece, debido también a su propio e íntimo concepto, de un contenido que pudiera llamarse propio, porque descubre ante sí mismo un subsistir pleno de variaciones, como es la **posesión**, y le da a esta posesión el mismo carácter de universalidad abstracta y la denomina **propiedad**.

Tal realidad, cuando la encuentra el escepticismo, tiene para éste un valor netamente aparential general y cargado de negatividad, mientras que en el derecho tiene un indudable valor positivo.

El valor negativo del escepticismo “consiste en que lo real tiene la significación del sí mismo como pensamiento, como lo universal en sí” (Fen. p. 284), mientras en cambio, en el derecho, como negatividad que se ha convertido en positividad, ese valor se trasmuta “en que lo real es lo **mío** en el sentido de la categoría, como una validez **reconocida** y **real**” (Fen. p. 285).

Si meditamos sobre ambas situaciones, se nota que ambas son el mismo **universal abstracto** —una negativa y otra positiva, la una como pensamiento y la otra como realidad—, de donde el propio contenido real de las situaciones o la propia determinabilidad de lo que es **mío**, no tienen contenido en la forma que es vacía ni tiene que ver nada con ella, aunque “ya se trate de una posesión exterior o de una riqueza interior o de la pobreza del espíritu y el carácter” (Fen. p. 285).

Veamos qué otras situaciones son de la incumbencia, por tanto, de un **poder propio**, que no es otra cosa que un universal formal y que en tal forma es simplemente el acaso y lo arbitrario. De tal modo, la conciencia del derecho en sí misma considerada, no es otra cosa en su propia e íntima validez real de sí misma, que

la pérdida de esa realidad y su más completa inesencialidad, "y llamar a un individuo una persona es la expresión del desprecio" (Fen. p. 285).

c) La persona abstracta, el señor del mundo

La dispersión de los átomos del espíritu como universalidad abstracta y luego en la realidad de sí mismos, pero considerados como potencias libres en el contenido, se determinan de tal modo en esa libertad que no pueden permanecer dispersos, y en virtud de esa determinabilidad, se concentran en un mismo tiempo. Tal movimiento centrípeta de concentración se encuentra colocado en un punto que no guarda identidad con esos átomos dispersos; por otra parte, es igual que ellos en cuanto a la carencia de espíritu, y es, también, una realidad puramente singular, pero que en oposición con su propia singularidad vacía, tiene en su preciso momento, para los átomos dispersos, la significación plena de todo ese contenido, y es, en consecuencia, de la misma esencia real. Es considerado de otro modo, o juzgado desde otro punto de vista de su figura, o sea diferente a la realidad que contienen todos esos átomos puros como supuestamente absoluto, pero que en sí es también sin esencia, como la figura de una potencia universal y la realidad absoluta.

Tal punto extraño a la absoluta pluralidad de los átomos personales es el señor del mundo, quien es, ante sí, de esta manera, la persona absoluta, que comprende dentro de sí mismo, en un mismo tiempo, toda forma y figura de existencia, y que para su propia conciencia no hay espíritu superior fuera de sí mismo.

Tal señor del mundo es también persona, como se ha definido antes, pero solitaria y enfrentada a todos; "estos todos constituyen la válida universalidad de la persona, pues el singular como tal sólo es verdadero como pluralidad universal de la singularidad; separado de ésta, el sí mismo solitario es, de hecho, el sí mismo irreal carente de fuerza" (Fen. p. 285). Al mismo tiempo, y a pesar de lo definido antes, el señor del mundo es la propia conciencia del contenido como enfrentado de una manera decisiva a la personalidad universal.

Cuando este contenido se libera de todas sus potencias negativas, entra en la etapa del caos de las potencias espirituales, que, "desencadenadas como esencias elementales, en salvaje orgía, se lan-

zan unas contra otras con loca furia destructora; su autoconciencia sin fuerza es el precario valladar y el terreno de su tumulto" (Fen. p. 285).

Cuando el señor del mundo se sabe a sí mismo como suma y compendio de todas las potencias reales, o como totalidad real y falta de contenido, se convierte en la autoconciencia desenfadada, sabiéndose como el Dios real; "pero, por cuanto que sólo es el sí mismo formal que no acierta a domeñar aquellas potencias, su movimiento y su goce de sí son también el desmedido frenesí" (Fen. p. 285).

Este señor del mundo tiene efectiva conciencia real de lo que es en su propio sí mismo, como una potencia universal de su propia realidad, en una violencia destructora que ejerce contra el sí mismo de todos sus súbditos que aparecen enfrentados a él. La potencia del señor del mundo no es unidad del espíritu en la cual todas las personas reconozcan su propia autoconciencia como reflejo sobre él, sino que más bien son personas para sí, que han eliminado de la rigidez absoluta de su puntualidad, la sucesión de continuidad con los otros. De tal forma, la relación que se establece es puramente negativa, tanto entre sí mismos como con relación a aquel señor del mundo que es propiamente su relación o su continuidad.

Esta continuidad es la esencia del señor del mundo, lo mismo que el contenido de su propio formalismo, pero como contenido que es extraño a ellos y a esa esencia hostil, viene a superar precisamente lo que para ellos vale como una esencia, o sea, el ser para sí vacío de contenido; y también, de la continuidad de esa personalidad, viene a destruir cabalmente a esta personalidad. De acuerdo con estas ideas, la personalidad jurídica, al tener como valor en sí misma el contenido que es extraño a ella, que de todos modos se hace valer en todas ellas porque es su realidad propia, viene a experimentar más bien su propia carencia de sustancia. "Por el contrario, el socavamiento destructor de este terreno carente de esencia se da la conciencia de su omnipotencia, pero este sí mismo es simple devastación y, por consiguiente, sólo fuera de sí y más bien el desechar su autoconciencia" (Fen. p. 286).

Esta es la forma en que se constituye el lado en que es real la autoconciencia como una esencia absoluta. La conciencia, como

repelida sobre sí misma, desde esta realidad en que se encuentra, piensa esta su no esencialidad. Más arriba se habló de la independencia que da el estoicismo al puro pensamiento, cuando pasa luego en la siguiente figura del escepticismo y llega así a encontrar su verdad en la conciencia desventurada, o sea, una verdad que consiste en su ser en y para sí.

Este saber en tales figuras se manifestaba únicamente como unilateral en el modo en que la conciencia se miraba como en sí misma, pero aquí pasa a ocupar un segundo lugar o plano como verdad real. "La cual consiste en que esta **validez universal** de la autoconciencia es la realidad para ella extraña. Esta validez es la realidad universal de sí mismo, pero es también, de un modo inmediato, la inversión; es la pérdida de su esencia. La realidad del sí mismo no presente en el mundo ético se ha logrado mediante su retorno a la **persona**: lo que en aquel mundo era uno se presenta ahora desarrollado, pero extrañado de sí" (Fen. p. 286).

IV.— CONCLUSION

El derecho en la "Fenomenología del Espíritu", como manifestación de ese espíritu concluye aquí. La eticidad se ha presentado como un extrañamiento de ese espíritu, que en su objetivación y realidad pierde su conciencia y se transforma en una universalidad abstracta. El espíritu, entonces, en su devenir debe recobrase más adelante, y lo consigue en la forma de la moralidad, como espíritu cierto de sí mismo, y ya pronto para llegar al saber absoluto. Tal es el esquema presente en la Fenomenología, que no hay que olvidar que es una propedéutica o prolegómenos de un futuro sistema filosófico.

En la "Filosofía del Derecho" encontramos otra forma, que no es contradictoria sino simplemente aclaratoria de este proceso. El derecho toma la figura del "Derecho abstracto", o sea, el estado de derecho de la fenomenología, donde se configura la persona jurídica, y se descompone en tres figuras: la **propiedad**, que se inicia con la toma de posesión y concluye en la venta de la cosa, de donde se inicia el tránsito al **contrato**; éste culmina en lo **injusto** que nos presenta dentro de sí también tres figuras: lo injusto sin malicia, el fraude, la violencia y el delito. Configurado así en tres bases el derecho abstracto pasa el tránsito a la "Moralidad".

Esta figura del derecho, o ya su superior a aquél, pero conteniéndolo dentro de sí superado, se presenta también en tres tránsitos fundamentales: 1^a) el propósito y la culpa; 2^a) la intención y el bienestar, y 3^a) el bien y la conciencia. Cumplidos tales estadios, pero no eliminados los precedentes, la moralidad transita a la "Ética".

La "Eticidad" como realización del Espíritu, nos muestra tres figuras, a su vez divididas cada una dialécticamente en tres momentos. Primera, la familia, que se inicia con el matrimonio, se consolida con la adquisición de la riqueza en esa familia, y culmina para su disolución en la educación de los hijos, lo que abre el tránsito a la figura inmediata, o sea "La Sociedad Civil".

Esta figura, intermedia entre la familia y el Estado, se descompone en tres momentos, también subdivididos en tres partes cada uno: 1^a) El sistema de las necesidades, que envuelve por término general al trabajo; (a) la especie de la necesidad y de la satisfacción, (b) la forma del trabajo, y (c) la riqueza y las clases; 2^a) la administración de la Justicia, que contiene dentro de sí al derecho cuando se concibe como ley, la existencia de la ley y, finalmente, al magistrado. Como tercer punto de esta figura intermedia están los tres momentos necesarios de su configuración: la policía y la cooperación, y uno y otro juzgados como individualmente y como oponentes, y de aquí se da el salto a la forma más perfecta de la eticidad, o sea, "El Estado".

Tal figura última se divide en los siguientes momentos: A. - Derecho Político interno, donde culmina en la forma perfecta, o sea la constitución política interna por sí: ésta, por supuesto, se encuentra formada por tres momentos, que aquí se denominan ya poderes: el del soberano, el gubernativo y el legislativo. Como segundo paso configura al Estado ya definido en sí, el cual necesita de lo exterior que sería el para sí, o sea, B. - la soberanía exterior, y esto en último momento se consigue en el C. - derecho político exterior.

El espíritu todavía continúa en su desarrollo, por eso la filosofía del derecho culmina en la filosofía de la historia, donde se representa la última fase del Espíritu Objetivo, antes del desarrollo del Espíritu Absoluto.

Hemos visto a lo largo de este estudio que el espíritu objetivo se ha desenvuelto en tres grados necesarios. Como primero, con todas las circunstancias que se han visto con cierto detalle, aparece el Derecho, luego se producen dos más que saldrían del ámbito de estas meditaciones hegelianas: la moralidad subjetiva y, finalmente, la moralidad objetiva. Se ha notado, que el objeto del estudio fue por tanto "el silogismo que tiene como extremos el interior de las cosas y el entendimiento y como término medio el fenómeno; pero el movimiento de este silogismo suministra a la ulterior determinación de lo que el entendimiento contempla en el interior a través de aquél término medio y la experiencia que hace acerca de éste comportarse de lo enlazado por el razonamiento" (Fen. p. 90). De aquí vemos, que en verdad, lo que podía juzgarse como suprasensible, según Hegel es el fenómeno mismo que se estudia.

Dentro de la filosofía hegeliana, y en especial dentro de la Fenomenología, se nota que sólo lo espiritual es lo real y esto es la esencia o el ser en sí, lo que al mismo tiempo se mantiene y es lo determinado. Esto determinado es el ser otro y el ser para sí, lo que se mantiene y permanece en sí mismo, pero al mismo tiempo en esta misma determinabilidad en su ser fuera de sí o es en y para sí. La sustancia espiritual es para nosotros o en sí, es este ser en y para sí mismo. "Y tiene que ser esto también para sí mismo, tiene que ser el saber de lo espiritual y el saber de sí mismo como espíritu, es decir, tiene que ser como objeto y tiene que serlo, a sí mismo, de modo inmediato, en cuanto objeto superado, reflejado en sí" (Fen. p. 19).

El contenido espiritual se engendra por sí mismo, y en cuanto es para sí es autoengendrado, de este autoengendro es que es concepto puro y es el elemento objetivo en el que tiene su existencia, y así, como ha sucedido con el derecho, en su propia e íntima existencia, es para sí mismo un objeto reflejado en sí, pero con existencia objetiva, parte de la objetivación que el Espíritu ha conseguido en el tránsito infinito, pero finito, por el que se ve a sí mismo en la cultura.

Todo ha sido, para terminar, nada más que momentos llamados a desaparecer del movimiento que se ha replegado a sí mismo, en un devenir que no deviene, que por eso es recurrente siempre. Es todo lo que ha acontecido al Espíritu, cuando produce el Derecho, en su devenir que permanece inmutable y quieto, quieto en su mo-

vimiento circular y eterno, eterno pero siempre íntimamente histórico, siendo una eternidad vinculada a las profundidades del tiempo. En un tiempo que no nace ni perece, como decía Hegel, que está quieto, y sin embargo, todas sus figuras —incluso el derecho— surgen únicamente de ese su propio movimiento, donde la mudanza también es inmutable.

Todo esto es necesario para llegar al final, como fase que no se puede eliminar, necesaria, para conseguir la meta: el saber absoluto o espíritu que se sabe a sí mismo, es el camino que tiene el recuerdo de los espíritus como son ellos mismos, y como llevan a cabo la organización del reino.

BIBLIOGRAFIA BASICA

Hegel, Jorge Guillermo Federico. "*Fenomenología del Espíritu*". Traducción de Wenceslao Roces con la colaboración de Ricardo Guerra. Fondo de Cultura Económica. Primera edición en español. México, 1966.

"*Filosofía del Derecho*". Traducción de Angélica Mendoza de Montero. Quinta edición. Editorial Claridad, S.A. Argentina, 1968.

"*Texts and Commentary. Hegel's Preface to his System in a New Translation with Commentary on Facing Pages, and 'Who Thinks Abstractly?'*". Translated and edited by Walter Kaufmann. Anchor Books. Doubleday and Company, Inc. New York, 1966.

BIBLIOGRAFIA ADICIONAL CONSULTADA

Kaufmann, Walter. "*Hegel, a reinterpretation*". Anchor Books. Doubleday. New York, 1966.

Löwit, Karl. "*De Hegel a Nietzsche. La quiebra revolucionaria del pensamiento en el siglo XIX. Marx y Kierkegaard*". Traducción de Emilio Estiú. Editorial Sudamericana. Buenos Aires, 1968.

Raurich, Héctor. "*Notas para la actualidad de Hegel y Marx*". Editorial Marymar. Argentina, 1968.

Serreau, René. "*Hegel y el Hegelianismo*". Editorial Universitaria de Buenos Aires. Argentina, 1962.

Weil, Eric. "*Hegel et L'Etat. Cinq Conférences*". Librairie Philosophique J. Vrin. París, 1966.

EL ENCUBRIMIENTO

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

SUMARIO

CAPITULO I—Generalidades	Nº 1 a 9
A) Historia del delito en nuestra legislación	Nº 1 a 6
B) Bien Jurídico Protegido	Nº 7 a 8
C) Sujeto Activo	Nº 9
CAPITULO II—Conceptos comunes a todas las formas de encubrimiento	Nº 11 a 46
Sección I—La existencia de un hecho delictuoso previo y su conocimiento	Nº 13 a 35
Sección II—No participación en el delito	Nº 36 a 42
1—Ausencia de causalidad ideal	Nº 38 a 39
2—No existencia de la causalidad material	Nº 40 a 42
Sección III—Carácter subsidiario de los actos realizados	Nº 43 a 44
Sección IV—Necesidad de actos positivos	Nº 45 a 46
CAPITULO III—Las diferentes formas de encubrimiento	Nº 49 a 113
Sección I—El favorecimiento personal	Nº 48 a 74
1—El elemento material del favorecimiento personal	Nº 49 a 55
1.1) La conducta en su modalidad activa	Nº 50 a 58
1.2) La conducta en su modalidad omisiva	Nº 59 a 64
2—Elemento subjetivo del favorecimiento personal	Nº 65 a 71
2.1) El elemento subjetivo de la conducta activa	Nº 66 a 69
2.2) El elemento subjetivo de la conducta omisiva	Nº 70 a 71
3—La participación criminal en el favorecimiento personal	Nº 72 a 74
Sección II—La receptación	Nº 75 a 99
1—El elemento material de la receptación	Nº 79 a 96
2—El elemento subjetivo de la receptación	Nº 97 a 99
Sección III—El favorecimiento real	Nº 100 a 113
1—El procurar o ayudar a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas, o instrumentos del delito	Nº 102 a 107
1.1) Elemento material	Nº 103 a 106
1.2) Elemento subjetivo	Nº 107
2—El ayudar a alguien a asegurar el producto o el provecho del delito	Nº 108 a 113
2.1) El elemento material de la ayuda a asegurar el producto o provecho del delito	Nº 109 a 112
2.2) El elemento subjetivo de la ayuda a asegurar el producto o provecho del delito	Nº 113
CONCLUSION	Nº 114 a 115

Oponiendo el encubridor al ladrón, decía Montesquieu: "Todo es pasivo en el uno; hay acción en el otro".⁽¹⁾ Tal diferencia traduce cierta realidad psicológica.

(1) Montesquieu, "El Espíritu de las Leyes", Libro XXIX, Capítulo XII.

Y en esta realidad psicológica puede encontrarse la razón por la cual ha habido de parte del legislador, tradicionalmente, una punición menor para el encubridor que la aplicada al autor principal, al coautor y al cómplice.

Nuestro derecho no escapó a esas ideas de considerar al encubridor como un participante de la infracción y como merecedor de una pena menor. Las mismas provienen del derecho romano, y llegan a nosotros a través de las Siete Partidas; ordenamiento, como bien se sabe, "savant" y romanizante.

CAPITULO I — GENERALIDADES

A—Historia del delito en nuestra legislación

1) En efecto, el Código de 1841, Código de Carrillo, castigó al encubridor como un participante en el hecho principal en sus artículos 8, 11 y 12.

Así establece el artículo 8:

"Son delinquentes o culpables, sujetos a la responsabilidad que les impone la ley, no solamente los autores del delito o de la culpa, sino, también, los cómplices, los auxiliares o fautores y los receptadores o encubridores".

El artículo 11 del citado Código opera una confusión entre los cómplices —que los llama "fautores o auxiliares"— y el encubridor. En su inciso 2º este artículo declara como auxiliar o fautores a:

"... los que sin noticia ni concierto previo acerca de la culpa o delito, y sin ayudar ni cooperar para su ejecución, acompañan en ella voluntariamente y a sabiendas al que lo comete y lo ayudan después de cometido para ocultarse, o para encubrir el delito, o se aprovechan de sus consecuencias con el reo principal".

El artículo 12 del mismo Código establece:

"Son delinquentes como encubridores o receptadores: 1º los que den asilo, presten casa o protejan de cualquier modo a uno o más delinquentes, sabiendo que han cometido o pretenden cometer un delito; 2º los que reciben, ocultan, venden o compran a sabiendas los ins-

trumentos que sirven para cometer el delito, o las cosas obtenidas por medios criminosos".

El Código de Carrillo establece una excusa legal absoluta cuando el delincuente encubierto es pariente cercano, descendiente, ascendiente, pupilo, cónyuge, etc. Y cuando el mismo ha intervenido, no en calidad de encubridor, sino en calidad de auxiliar o fautor, según el artículo 40 será castigado como encubridor.

2) El Código de 1880, fecundo en muchos aspectos, continúa considerando como participante al encubridor

Su artículo 14 establece:

"Son responsables criminalmente de los delitos: 1º Los autores. 2º Los cómplices. 3º Los encubridores".

Y el artículo 17 establece lo que se entiende por encubridor:

"Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1º Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delinquentes los medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

2º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

3º Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que ocurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera — La de intervenir abuso de funciones públicas de parte del encubridor.

Segunda — La de ser el delincuente reo de traición, parricidio u homicidio cometido con algunas de las circunstancias agravantes que expresan los números 1º y 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 9º y 11º del artículo 12, si estuvieren en noticia del encubridor, o cuando el delincuente fuere reconocido como reo habitual de otros crímenes o simples delitos.

4º Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aún sin conocimiento de los crímenes o

simples delitos determinados que hayan cometido; facilitándoles los medios para reunirse u ocultar sus armas o efectos o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precaven o salven”.

El artículo 17 también eximía de penas a ciertas personas, parientes cercanos, por consaguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive. La misma eximente se daba a favor “... de los padres o de los hijos ilegítimos notoriamente conocidos”.

Dicha exención de pena no se otorga cuando el acto de encubrimiento había sido motivado por el lucro.

Al establecer las penas, también el Código de 1880 utilizaba una escala de gravedad descendente, partiendo del autor.

El Código de 1880 sistematiza, tomándolo del derecho chileno, el problema de los encubridores. En aquel entonces no se veía contradicción lógica en el hecho de que un mismo individuo pudiera ser participante en un delito que ya había sido consumado.

El comentador y creador del Código, don Rafael Orozco, dice lo anterior expresamente:

“La división que hace la ley en autores, cómplices y encubridores, corresponde perfectamente a la diferente participación que se puede tomar en la participación de un delito”.⁽²⁾ El mismo autor agrega: “Como se ve, hay un deslinde muy notable entre el encubridor y los cómplices y autores; aquél delinque por hechos posteriores a la consumación del delito y estos últimos por hechos anteriores o simultáneos”.⁽³⁾

El Código de 1880 solamente castiga el encubrimiento en crímenes y simples delitos. Las faltas (contravenciones), quedan por fuera, porque “siempre que la ley hable de delito, comprende el crimen, el simple delito y la falta; y cuando, como en el caso concreto, alude a crímenes y simples delitos, es porque excluye a los encubridores de las faltas”.⁽⁴⁾

(2) Rafael Orozco, “Elementos de Derecho Penal de Costa Rica”, pág. 49, Nº 115. Imprenta Nacional, San José, 1882.

(3) *Ibidem*, Loc. Cit. pág. 51.

(4) *Ibidem*, Loc. Cit., pág. 52.

La evolución de las ideas en materia penal, separa al encubridor de la participación criminal. Son varias las razones para esta separación.

Desde un punto de vista lógico, es imposible considerar participante de una infracción, al individuo que actúa una vez que la infracción ha terminado. De ahí, pues, que diga Carrara: “... nadie puede considerarse como responsable de un delito, sino ha sido causa de él, de alguna u otra manera; y como es repugnante que un hecho completamente posterior sea causa de otro anterior, la responsabilidad que quería imputárseles a los llamados cómplices *posterius*, está fundada en una exageración, o, más bien, en un imposible jurídico”.⁽⁵⁾

En virtud de esta razón lógica hemos de concluir, que si la participación criminal está fundamentada en la teoría de la causalidad, no es posible que quepa en ella el encubridor, que interviene una vez que la infracción fue consumada; es decir, cuando es imposible aportar con la conducta una causa del resultado.

Pero además de esta razón lógica, hay poderosas razones prácticas que aconsejan la separación del encubridor de la participación criminal. El encubrimiento complicitad asegura la impunidad del encubridor desde el momento en que la infracción principal prescribe. Ello es consecuencia inmediata de la teoría de la responsabilidad de préstamo.⁽⁶⁾

3) Es la imposibilidad jurídica de un participante posterior a la comisión del hecho delictuoso, lo que impulsa a Astúa Aguilar, a transformar el delito de encubrimiento en un delito distinto.

Astúa Aguilar critica la clasificación de los participantes que hace el Código de 1880. Y dice: “El encubrimiento, por ser un fenómeno adventicio, posterior al delito, del que está separado subjetiva y objetivamente, no es otra cosa que una manera específica de delinquir contra el régimen de autoridad y de justicia; el encubridor no comparte la acción punible, en ninguno de sus momentos, no es nunca figura de su retablo, pues si para sustentar lo contrario se invoca el caso particular de promesa de encubrir dada

(5) Francisco Carrara, “Programa de Derecho Criminal”, Tomo V, pág. 406. Editorial Temis, Bogotá, 1961.

(6) Emile Garçon, Code Penal Annoté, Tomo III, pág. 562, Nº 3. Librairie Sirey, Paris, 1956.

de antemano, la respuesta es obvia; eso se calificaría de coparticipación, en una de las dos primeras formas registradas en el artículo".⁽⁷⁾

Y en efecto, en el Proyecto de Código Penal, Astúa transforma el encubrimiento en un delito independiente de la participación criminal.

El artículo 446 del Proyecto Astúa dispone:

"Será reprimido con prisión en su grado 1º el que sin promesa anterior al delito, pero con conocimiento de haberse perpetrado, cometiere alguno de los hechos siguientes:

1º Ocultar al delincuente o facilitar su fuga para sustraerlo a la acción de la justicia.

2º Procurar la desaparición de los rastros o pruebas del delito.

3º Guardar, esconder, comprar, vender o recibir en prenda o en cambio, los efectos sustraídos.

4º Negar a la autoridad, sin motivo suficiente, permiso para penetrar en el domicilio, para tomar la persona del delincuente que se hallare en él.

5º Dejar de comunicar a la autoridad las noticias que se tuvieren de la comisión de algún delito, cuando haya obligación de hacerlo, por profesión u oficio.

6º Incurrirá en la misma pena el que guardare u ocultare un delincuente, o armas o efectos suyos, aunque no tenga conocimiento del delito, si habitualmente guarda delincuentes o sus armas o sus efectos, o de otro modo los encubre".

Los artículos 447 y 448 del proyecto regulan la exención de pena de los próximos parientes, la cual existe solamente cuando "... el encubrimiento no se haya hecho por precio, ni participando de los efectos del delito, ni con abuso de funciones de autoridad."

El Código de 1924, inspirado en las ideas de Astúa, contiene, en síntesis la misma regulación del encubrimiento que el Proyecto de 1910. Solamente hay dos pequeñas variantes de importancia:

(7) José Astúa Aguilar, "Proyecto de Código Penal"; Introducción, XLVII. Imprenta Nacional. San José, 1910.

a) El artículo 476 aumenta la lista de las personas que se benefician de la exención de pena. La misma se concede "... a los que perpetraren tales hechos en favor de un bienhechor o amigo íntimo suyos".

b) El artículo 478 castiga al padre, madre, tutor y guardador, que receipten cosas provenientes de un robo o un hurto-perpetrado por el menor, como coautores, cuando se comprueben ciertas circunstancias. También se castiga como coautor al comerciante que receipte ciertas cosas (Art. 479) y se le aumenta la pena al traficante (Art. 480).

5) Con el Código de 1924, el encubrimiento adquiere la característica que tiene en los de 1941 y 1970. O sea, es un delito independiente de la participación criminal y el bien jurídico que ataca es la administración de justicia.

Por lo demás, el Código de 1941 contiene prácticamente el mismo articulado que contiene el de 1924.

6) El Código de 1970 regula el encubrimiento en sus artículos 320, 321, 322 y 323. Dicho Código aporta significativos cambios con relación al del 41. En éste, el artículo 401 reunía, bajo una misma pena, y con un criterio un tanto casuístico, hechos de naturaleza distinta, que habían sido separados en figuras independientes desde hacía mucho tiempo en el derecho comparado.⁽⁸⁾

El Código del 70 las separa y les asigna a cada una de ellas una pena. Este cambio es beneficioso. Pero hay, además, otros problemas, en especial de redacción, que plantea el nuevo Código. Dichos defectos le quitan toda efectividad a la reforma, al punto de que tarde o temprano, será necesario que el legislador intervenga para corregirlos.

B—El Bien Jurídico Protegido

7) Los artículos que castigan el encubrimiento en el Código de 1970 están colocados en el título XIV, que trata de los delitos "Contra la Administración de Justicia".

Esta fue también la concepción que siguieron los Códigos de 1924 y de 1941.

(8) Fontán Ballestra—Millán, "Las Reformas del Código Penal". Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 403.

De acuerdo con el legislador del 70, en consecuencia, el interés jurídicamente protegido por los artículos que castigan el encubrimiento es el concerniente al normal funcionamiento de la actividad judicial en la lucha contra la delincuencia. Y esta lucha se vería entorpecida por la solidaridad activa entre los delincuentes. Con varios autores podemos decir que lo que se castiga en el encubrimiento es el poner obstáculos al ejercicio o actuación de la justicia en lo penal, a la ejecución de las sentencias, o a la efectividad de los juicios penales.⁽⁹⁾

No quiere decir lo anterior que el delito de encubrimiento requiere para su plena configuración la lesión efectiva y directa del bien jurídico protegido. Basta la amenaza de la lesión; basta la lesión potencial.

Desde el punto de vista anterior, el encubrimiento puede ser considerado como un delito formal, en tanto que la definición de los diferentes tipos que lo integran no prevé, entre sus elementos constitutivos, la causación de un resultado.⁽¹⁰⁾

Pero siendo necesario para la existencia del encubrimiento, al menos, la lesión potencial del bien jurídico protegido, ésta excluye el delito en aquellas conductas intrascendentes y no idóneas, para lesionar, potencialmente, el bien jurídico protegido.

8) La concepción seguida en el Código de 1970 y que consiste en considerar al encubrimiento como un conjunto de delitos (receptación, favorecimiento real y personal), unidos todos por el vínculo de tiempo —puesto que todos se dan con posterioridad al delito encubierto— y por la identidad del bien jurídico protegido (Administración de Justicia), ha entrado en crisis tanto en la doctrina como en el derecho positivo.

En especial, se dice, que no todos los hechos previstos como encubrimiento responden a una idéntica finalidad del delincuente, ni lesionan, en realidad, el mismo bien jurídico: unos se dirigen

(9) Manzini, "Tratado de Derecho Penal", Tomo V, pág. 289, Ediar Soc. Anon. Editores, 1957; José Rafael Mondoza, "Curso de Derecho Penal Venezolano", Compendio de Parte Especial, El Cojo, S. A., Caracas, 1961, pág. 194.

(10) Mendoza, Op. Cit., pág. 197; Carrara, Op. Cit., Vol. V, N° 2833; Oderigo, "Código Penal Anotado", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1964, pág. 398.

a favorecer al delincuente; otros buscan la perfección económica del delito cometido; otros buscan un logro económico.⁽¹¹⁾

Algunas legislaciones (por ejemplo, el Código italiano, Código suizo, Código brasileño) clasifican los casos de favorecimiento entre los delitos contra la Administración de Justicia, mientras que colocan la receptación entre los delitos contra el patrimonio. Tal diversificación de bienes jurídicos atacados, parece ser más acorde con la realidad.

C—El Sujeto Activo

9) El principio general es que sujeto activo del encubrimiento puede ser cualquiera, cuando las acciones desplegadas para encubrir sean idóneas.⁽¹²⁾

Este principio general presenta varias excepciones. Cuando se trate de favorecimiento personal, por omisión de denuncia, solamente puede ser sujeto activo del encubrimiento, el "obligado" jurídicamente a denunciar. El particular no está obligado a denunciar. Este punto fue resuelto por la jurisprudencia desde hace mucho tiempo. Así dice una sentencia de 10:00 hs. del 12 de julio de 1955 de la Sala Primera Penal:

"... en cuanto al aspecto de atribuir el señor Juez el delito de encubrimiento a C. por el hecho de haber llamado a las autoridades lo que sabía, es procedente decir que la denuncia no es obligatoria en Costa Rica sino para ciertos funcionarios públicos y para los casos previstos en el artículo 147 del Código de Procedimientos Penales, por lo que, callándose un hecho a sus amigos, no ha podido cometer ese delito...".

En vista de las disposiciones sobre omisión de denuncia (favorecimiento personal), la anterior jurisprudencia quedará vigente con el nuevo Código.

No puede ser sujeto activo del delito de encubrimiento el participante en el delito anterior, porque el autoencubrimiento no es punible. Según Soler, incluso, los actos de encubrimiento rea-

(11) Cándido Conde—Pumpido Ferreiro, "Encubrimiento y Receptación", Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1955, pág. 12.

(12) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 285.

lizados a favor de otro participe son absorbidos por la anterior participación, y como encubrimiento quedan impunes.⁽¹³⁾

Nada se opone a que el sujeto pasivo del anterior delito pueda ser, a su vez, sujeto activo del delito de encubrimiento. Si la víctima de lesiones declara que las mismas se deben a una tentativa de suicidio, puede ser responsable de encubrimiento.

Para algunos autores no constituye encubrimiento los actos de receptación por parte del propietario del bien, víctima de un delito contra la propiedad, porque el propietario que recupera pacíficamente lo suyo, obra conforme a derecho.⁽¹⁴⁾

Cuando el delito es de los llamados de acción privada; o cuando el consentimiento de la víctima de la infracción impide el nacimiento del delito, los actos de encubrimiento pueden ser la confirmación de un consentimiento tácito que impidió el nacimiento del delito.

En ciertos delitos contra la honestidad, cuando es posible el matrimonio entre la víctima y el victimario, si el matrimonio se produce, al extinguirse la acción penal, al no poderse establecer el delito quedará automáticamente extinguida la responsabilidad por encubrimiento. Resolver lo contrario llevaría a la paradoja de que el marido no tendría responsabilidad por el delito cometido; pero la esposa debería ir a la cárcel por encubrimiento de su victimario.

Es posible que la autoridad pública pueda cometer el delito de encubrimiento. Tal es caso del policía que, sabiendo dónde se esconde el reo, lo previene, para que huya, que hará un registro en dicha casa.⁽¹⁵⁾

El abogado defensor también puede ser sujeto activo del delito de encubrimiento, porque el derecho de defensa no autoriza para cometer delitos. Desde luego, es necesario que él mismo realice actos positivos y concretos, que dolosamente tiendan a sustraer

(13) Sebastián Soler, "Derecho Penal Argentino", Tomo V, pág. 277. Tipográfica Editora Argentina, 1951.

(14) Fontán Ballestra— Millán, Op. Cit., pág. 407.

(15) Cas. 3 p.m. de 30 de junio de 1903. El policía no es condenado porque este hecho —que es delictuoso— no pudo establecerse.

al delincuente de la acción de la justicia, o a borrar los rastros del delito. Tal es el caso de un abogado que paga a un infeliz para que se presente al lugar en que el delincuente —su defendido— debe cumplir la condena, en vez de éste, mientras arregla su salida del país.

No existe encubrimiento de parte del defensor que ayuda a su cliente, delincuente, mediante argumentos y tácticas profesionales, ni cuando presenta, por ejemplo, una imagen favorable de su defendido, a sabiendas de que es culpable.⁽¹⁶⁾ Pero sí es culpable de encubrimiento el abogado que, conociendo la comisión del delito de parte de su defendido, presenta testigos falsos, en conocimiento de esta circunstancia, salvo que el hecho constituya soborno o proposición de testigos falsos.

No puede ser encubrimiento el deber de callar que tiene el abogado en virtud del secreto profesional.

CAPITULO II — CONCEPTOS COMUNES A TODAS LAS FORMAS DE ENCUBRIMIENTO

11) La sección III del Título XIV del Código Penal de 1970, titulada "Encubrimiento", ampara una serie de hechos cuya naturaleza, configuración y esencia son distintas.⁽¹⁷⁾ Dicha sección castiga el favorecimiento personal (artículo 320), la receptación (artículos 321 y 322) y el favorecimiento real (artículo 323).

Hay un conjunto de conceptos y requisitos comunes a todos los tipos anteriores: suponen la comisión de un delito anterior, los mismos se dan fuera del concurso de personas precedentes en el delito anterior, es común el momento central de la conducta, que tiene que estar dirigida a ayudar a alguno, cuando menos sospechoso de haber cometido un delito, o aprovecharse económicamente del delito, etc..⁽¹⁸⁾

Estas características comunes permiten hablar, como lo hace una parte de la doctrina, de autonomía funcional del encubrimiento,

(16) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 287.

(17) Cándido Conde — Pumpido Ferreiro, Op. Cit., pág. 81.

(18) Antonio Pagliaro, "Favoreggiamento" en Enciclopedia del Diritto, Tomo XVII, pág. 37, Giuffrè, Editore, 1967.

y autoriza al legislador a clasificar esos hechos dentro de un título denominado "delitos contra la Administración de Justicia".⁽¹⁹⁾

Consideramos que los requisitos más generales y propios a cada una de las formas de encubrimiento son: 1º la existencia de un delito previo y su conocimiento; 2º La no participación en el delito previo; 3º La necesidad de actos positivos, y 4º El carácter subsidiario del encubrimiento.

Sección I — La existencia de un hecho delictuoso previo y su conocimiento.

13) De los artículos 320, 321, 322 y 323 se deduce que, para que los mismos sean aplicables, es necesario que se haya cometido —por otro— previamente un delito.

La doctrina está de acuerdo en que el antecedente necesario del encubrimiento debe ser un delito. Ello excluye que se pueda ser encubridor de una contravención.⁽²⁰⁾ Tal parece ser la concepción seguida en el nuevo Código Penal, en el cual los artículos 320, 321, 322 y 323 hablan de "delito".

Sin embargo, el artículo 320, al castigar la omisión de denuncia habla de omitir "...denunciar el hecho estando obligado a hacerlo". Y el hecho delictuoso puede ser tanto un delito como una contravención.

Quizás esta mayor extensión, en el caso de la omisión de denuncia, de lo que debe entenderse por hecho previo, se justifique por la existencia del deber jurídico de denunciar.⁽²¹⁾

Por tanto, mientras no exista el deber jurídico de denunciar, puede procurarse la fuga del autor de una contravención, borrar las huellas de la contravención, para evitar que se descubra, recibir por

(19) Carlos Borinsky, "El delito de encubrimiento de contrabando, la condena de ejecución condicional y la jurisprudencia de la Cámara en lo Penal Económico" en Revista de Derecho Penal y Criminología N° 1, enero-marzo, 1969, págs. 88 s. Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina.

(20) En tal sentido, Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 293; Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 272; Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 566 N° 38; Louis Lambert, "Traité de Droit Pénal Spécial", Editions Police-Revue, Paris, 1968, pág. 511-512; Fontán Ballestra-Millán, Op. Cit., pág. 405; Eduardo Novoa Monreal, "Curso de Derecho Penal Chileno", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966, tomo II, pág. 220.

(21) Conde-Pumpido Ferreira, Op. Cit., pág. 203.

cualquier título las cosas pezcadas o cazadas en una heredad cerrada, en campo vedado, o en un terreno baldío sin permiso de la autoridad. Tales hechos son contravenciones (artículo 383 Inc. 5º). No hay entonces encubrimiento.

La jurisprudencia ha manifestado expresamente varias veces esta condición. La más clara de estas sentencias es la de Casación de 16:15 hs. de 19 de julio de 1967. En ella se lee:

"Por otra parte, si como quedó expuesto no hubo tal delito de estafa, en los hechos atribuidos a C. y B., mal podría responsabilizarse el encubrimiento de los mismos al procesado S. R."

14) El delito de encubrimiento encuentra, de esta manera, su soporte en un hecho preexistente, cuya existencia legal debe establecer el juez.⁽²²⁾

Esta relación entre el acto de encubrimiento y el delito previo no puede ser calificada de accesoriedad en sentido propio, porque el encubrimiento no tiene una inmediata relación con la actividad, con la objetividad jurídica, ni con el fin del delito previo. Más propiamente esta relación consiste en una conexión objetiva,⁽²³⁾ que es absolutamente necesaria para la existencia del encubrimiento, porque los actos constitutivos de éste son en sí mismos lícitos — compraventa, depósito, dar albergue, etc. Sólo se convierten en ilícitos al considerarlos relacionados con otro delito, que es el encubierto.

15) La conexión objetiva de que hablamos es una situación bastante similar a la de la participación criminal. Y aunque hoy día el delito de encubrimiento es independiente, del hecho principal, puede estudiarse su conexión objetiva con un delito anterior utilizando la construcción doctrinal de la accesoriedad en la participación criminal.

Mayer distinguió cuatro grados diferentes de accesoriedad, los que, mutatis mutandis, pueden ser aplicados al encubrimiento, delito-distinto:

(22) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 566, N° 33.

(23) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 290.

a) La participación mínimamente accesoria, en la que basta, para la punición del participante, que el autor haya realizado el tipo legal.

b) La **limitadamente** accesoria, en cuanto la realización del tipo legal, deber ser, además, antijurídica.

c) La **extremadamente** accesoria: además de ser típico el hecho y antijurídico, debe ser culpable.

d) La participación hiperaccesoria, que da cuando las causas personales de exclusión de la pena, e incluso las circunstancias agravantes y atenuantes, influyen en la responsabilidad del partícipe.

Hay **conexidad** objetiva con un delito anterior cuando existe la llamada por Mayer **accesoriedad limitadamente accesoria**, que es la misma que requiere la participación criminal: basta que el hecho anterior sea típico y antijurídico, para que pueda afirmarse la existencia de la conexidad objetiva. La diferencia con la accesoriedad de la participación criminal está en que en ésta se determina "in abstracto" la responsabilidad y la pena que sanciona al participante, mientras que en el encubrimiento, por ser independiente, tiene responsabilidad y pena propias. Además, el participante ataca el mismo bien jurídico que el autor principal, mientras que el encubridor ataca el bien jurídico llamado "Administración de Justicia".

De ahí, pues, que la accesoriedad opere en el encubrimiento solamente en dos aspectos: como presupuesto necesario y objetivo del encubrimiento, de tal modo que no existirá delito de encubrimiento cuando el agente crea favorecer a un delincuente, cuando en realidad el favorecido no era perseguido por la justicia, cuando borre pretendidas huellas de un delito, que no existió, o cuando crea receptar cosas provenientes de un delito, cuando su procedencia es lícita. Esta conducta sería un delito putativo, que no es punible.⁽²⁴⁾

Y a la inversa, habrá delito cuando el agente, conociendo la existencia del delito por el cual se perseguía a su favorecido, lo encubre por creerlo inocente.

La otra función que cumple la conexidad objetiva es que el conocimiento del delito anterior integra el dolo, como lo veremos.

(24) Manzini, *Ibidem*, pág. 295.

16) El hecho anterior debe ser, por lo menos, típico y antijurídico.

Cuando el hecho previo es atípico, porque no está previsto en la legislación, o porque nunca fue cometido, no habrá encubrimiento. Esto es cierto aunque la exclusión del delito se haga por consideraciones diferentes de la antijuricidad, e incluso de la tipicidad. Por ejemplo, no podrá haber encubrimiento, en el caso de recibir, por cualquier título, objetos cuyo libre tráfico está legalmente prohibido en el país, aunque dichos objetos provengan de la acción antisocial de aquél que se los entregó. No podría haber receptación de lotería panameña, aunque quien le haya entregado dicha lotería las haya obtenido en virtud de maniobras fraudulentas, que indujeron a un tercero a la entrega. No hay receptación, porque, a priori, según nuestra jurisprudencia, no puede haber estafa cuando el objeto entregado —como la lotería panameña— no puede legalmente circular en el país. Ello en aplicación, que hace la jurisprudencia, de la regla civilista "nemo auditor propriam turpitudinem".⁽²⁵⁾

17) Cuando al tiempo de los hechos de encubrimiento la pena o la acción penal ha desaparecido en virtud de una prescripción, los mismos no serán punibles. No hay encubrimiento porque, en tratándose de la prescripción de la acción penal, la misma afecta objetivamente la existencia del delito.⁽²⁶⁾ Es necesario, desde luego, que al tiempo de los hechos de encubrimiento la prescripción de la acción penal haya sido adquirida por el autor principal de la infracción. Puede establecerse lo mismo cuando la acción penal, en el momento de los actos de ayuda y encubrimiento se encontraban extinguidos por el matrimonio de la víctima y del victimario cuando, en ciertos delitos sexuales, el matrimonio es posible.

Lo mismo hay que decir en aquellos casos en que el perdón del ofendido puede hacer que desaparezca el delito principal. Si al tiempo del encubrimiento no se había extinguido el delito principal en virtud del perdón del ofendido, este hecho presenta los caracteres necesarios para que pueda servir de presupuesto al delito de encu-

(25) Entre otras, Cas. 31 de enero de 1931; 16 de octubre de 1931, referentes a la estafa.

(26) Mm. Merle et Vitu, "Traité de Droit Criminel", Editions Cuyas, Paris, 1967, pág. 677 N° 699. En sentido contrario, Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 275.

brimiento, y respecto al mismo puede establecerse la conexidad objetiva de que hablábamos.

Cuando por prescripción desaparece la acción penal o la pena, o por el matrimonio en ciertos delitos sexuales, o por el perdón del ofendido, pero dicha desaparición opera después del momento en que fueron realizados los actos de encubrimiento, no desaparece el delito. Al tiempo de los actos de encubrimiento el hecho principal era típico y antijurídico.

Es posible, entonces, que el encubridor sea punible, aunque el autor principal del delito no lo sea. Es posible que el delito principal haya sido extinguido por la prescripción, y que el delito de encubrimiento siga siendo punible, lo cual deriva del carácter independiente y, en ciertos casos continuo, que tiene el encubrimiento.⁽²⁷⁾

18) La amnistía, cuando es concedida a título real —no personalmente— hace desaparecer el carácter típico del delito. Hace desaparecer el elemento legal de la infracción. Cuando la misma afecta al hecho principal, afectará consecuentemente el delito conexo de encubrimiento.⁽²⁸⁾

19) Cuando el hecho anterior está justificado, por una causa de justificación, no constituye delito. Las causas de justificación destruyen la antijuricidad de la conducta; destruyen el elemento legal de la infracción.

Efectivamente, las causas de justificación aparecen como un concepto límite en el sentido de que tienen por objeto excluir el elemento antijurídico del delito. La antijuricidad y las causas de justificación constituyen conceptos que se relacionan recíprocamente en una relación de negación, porque se definen por su recíproca exclusión. Al mismo tiempo, la relación entre tipicidad y la causa de justificación, se concibe como una relación de regla excepción. El he-

(27) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 568 N° 48.

(28) Mm. Badie et Koops, note a arrêt de Cour Besançon 21 janvier 1948, J.C.P.—1949—II—4857; Pagliaro, Op. Cit., pág. 40; Garçon, Op. Cit., Loc. cit.; Fontán Ballestra — Millán, Op. Cit., pág. 406; Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 275. Este último autor hace extensiva la situación al indulto: "Las causas extintivas de la pena dotadas de carácter plenamente objetivo (la prescripción no lo es del todo), como la amnistía y el indulto, quitan toda posibilidad de encubrimiento, porque el delito dejó de existir como delito y la pena de ser pena".

cho tipificado es la regla; la causa de justificación es la excepción.⁽²⁹⁾ Siguiendo el mismo orden de ideas, podemos concluir que la tipicidad no constituye el presupuesto de la antijuricidad, sino que estaría condicionada a su vez por la afirmación de la antijuricidad. O sea, la falta de causas de justificación funciona como presupuesto para determinar la tipicidad de la conducta. Pero desde el momento en que en virtud de la relación "regla-excepción" la causa de justificación (excepción), solamente pueden concebirse cuando subsista la tipicidad del comportamiento (regla), caemos en el siguiente círculo vicioso: la tipicidad solamente puede ser afirmada bajo la determinación de la antijuricidad; la antijuricidad solamente puede ser afirmada bajo la determinación de la tipicidad.⁽³⁰⁾

Faltando tipicidad del comportamiento cuando no hay antijuricidad (causa de justificación), no es posible que un hecho justificado por una causa de justificación pueda ser delito previo para la conexión objetiva que requieren los actos de encubrimiento. Si el hecho previo está justificado por el cumplimiento de la ley (Art. 25), por el consentimiento del derecho habiente (Art. 26),⁽³¹⁾ por el estado de necesidad (Art. 27), por la legítima defensa (Art. 29), por el ejercicio legítimo de un derecho (Art. 25), no habrá encubrimiento.

20) Lo anterior es cierto aún para el favorecimiento personal (Art. 320). Aparentemente se comete favorecimiento personal cuando se ayuda a alguien a eludir "... las investigaciones de la autoridad ...", o a sustraerse a la acción de ésta. Podría concluirse que basta para la comisión del delito de encubrimiento que el individuo favorecido sea objeto de las investigaciones de la autoridad o de la acción de ésta. Ello no es así. El artículo 320 establece también que tales actuaciones son encubrimiento cuando son realizadas "... sin promesa anterior al delito". Y no hay delito cuando el comportamiento es totalmente atípico, cuando el hecho perseguido no se ha cometido ni cuando está amparado por una causa de justificación.⁽³²⁾

(29) Luis Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", tomo III, pág. 1064. Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1963.

(30) Pasquale Miele, "Cause de Giustificazione" en Enciclopedia del Diritto, tomo X.

(31) En nuestro "Derecho Penal", Parte General, tomo II, pág. 42, consideramos que el consentimiento del derecho-habiente no es una causa de justificación, en sentido propio.

(32) En este sentido, José Rafael Mendoza, Op. Cit., pág. 196. Este autor piensa que "En el mismo caso estaría comprendido el que proteja a quien resulte inimputable por enajenación

21) El delito previo, siendo delito, puede ser uno doloso, culposo o preterintencional; un delito consumado o un delito tentado.⁽³³⁾

Si es necesario tener presente que cuando el delito previo sea una tentativa, deben cumplirse los requisitos fijados por el Código para la existencia de ésta. Debe haberse iniciado el *iter criminis* por actos de ejecución, por actos directamente encaminados a la consumación del delito, y ésta no se produce por causas independientes de la voluntad del agente (Art. 24). No habrá encubrimiento si hay desistimiento voluntario.⁽³⁴⁾ Debe tratarse de una tentativa concluida.⁽³⁵⁾

Por otro lado, no todas las figuras de encubrimiento admiten como delito previo una tentativa. La receptación (Art. 321 y 322) solamente es posible cuando el delito previo fue consumado.

22) La conexidad objetiva que debe existir entre el delito previo y los actos de encubrimiento, plantea delicados problemas cuando el delito previo se sitúa fuera del territorio nacional, y los actos de encubrimiento en nuestro territorio.

En muchas legislaciones el problema se ha solucionado habilitando expresamente a la ley nacional para conocer del delito de encubrimiento, a condición de que el hecho principal se encuentre previsto en la legislación nacional, y de que haya en el extranjero al menos comprobación de la existencia del delito previo.

Algunos autores afirman que no es necesario, para castigar los actos de encubrimiento cometidos en el territorio nacional de un

mental o minoridad u otra causa de inimputabilidad". Nosotros creemos que el anterior concepto es equivocado.

Alfredo Etcheberry ("Derecho Penal, Tomo II, pág. 101, Carlos E. Gibbs A., Editor, Santiago de Chile, 1965) piensa que el encubrimiento requiere la llamada accesoria máxima: "... el hecho encubierto debe ser punible... lo que no ocurre si el autor es inimputable o inculpable". Chile sigue el sistema de considerar al encubrimiento como participación criminal.

(33) Fontán Ballesterá — "Derecho Penal", pág. 770; Novoa Montreal, Op. Cit., tomo II, pág. 221.

(34) Como hace notar Angelos Tsarpalas ("Le moment et la durée des infractions pénales" Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1967, pág. 36), el desistimiento sólo puede darse cuando la infracción puede ser dividida en el tiempo, o en el caso de que, estando todos los elementos de la infracción completos, la misma solamente se consuma cuando haya la realización de un resultado.

(35) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 273.

delito situado en el extranjero, una disposición de ese tipo, porque no es posible afirmar que tales actos de encubrimiento sean lícitos —no delictuosos— a los ojos de la legislación nacional.⁽³⁶⁾

Nosotros creemos que en ausencia de una disposición concreta de nuestro derecho, y dada la situación de que de acuerdo con los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, y 20 del nuevo Código Penal, no es posible tener por situado el delito previo en nuestro territorio en tales condiciones. Por consiguiente, no podrá hablarse de delito previo. Y sin éste no hay encubrimiento.

23) No existirá encubrimiento cuando el hecho anterior es de aquellos que los italianos llaman "cuasi-reatos", que son conducta relevantes únicamente como presupuestos de aplicación de una medida de seguridad, pero nunca como presupuestos de aplicación de una pena.⁽³⁷⁾ Los cuasi-reatos son relativamente pocos en nuestro derecho penal; a saber, la tentativa de suicidio (Art. 114) y el delito imposible (Art. 24).

Los cuasi-reatos no son ofensivos al interés jurídico tutelado, como sí lo son los delitos.⁽³⁸⁾ De ahí que no sean ilícitos penales, por lo que no son delitos previos en el sentido que se requiere para que opere la conexión objetiva con los actos de encubrimiento.

24) Las causas de exculpación destruyen el dolo o la culpa, pero dejan subsistente el delito: el hecho sigue siendo típico y anti-jurídico.⁽³⁹⁾ Cuando el sobreseimiento o la absolución se fundamentan en la ausencia de dolo, culpa o preterintención (Art. 30), del autor principal del hecho previo, puede hablarse de preexistencia del delito, y, en consecuencia, la conexidad objetiva con los actos de encubrimiento existente. Tal es el caso de que la sentencia absolutoria se fundamente en la existencia de un caso fortuito (Art. 33), de un error de tipo o de prohibición (Art. 34 y 35), en la obe-

(36) Donnedieu de Vabres "Les Principes Modernes du Droit Pénal International", Librairie du Recueil Sirey, 1928, Paris, págs. 47 y 375.

(37) Marco Boscarelli "Compendio di Diritto Penale" Parte Generale, Giuffrè Editore, Milano, 1968, págs. 299 ss. Empleamos la expresión cuasi-reatos ("quasi-reati") porque el equivalente en nuestro derecho a la traducción italiana (cuasi-delitos), se entiende y se ha entendido siempre como delito culposo.

(38) Marco Boscarelli, Op. Cit., pág. 301.

(39) Fontán Balestra — Millán, Op. Cit., pág. 406; Garçon, Op. Cit. tomo III, Nº 53; Soler, Op. Cit., tomo V, págs. 275 - 276, entre otros.

diencia jerárquica (Art. 36) o en coacción o amenaza (Art. 38). La misma solución hay que dar cuando existe sobreseimiento en virtud de muerte del autor del delito previo.

La conexidad objetiva del encubrimiento no requiere lo que Mayer llamó lo extremadamente accesorio; es decir, no es necesario que el delito previo sea típico, antijurídico y culpable.

25) Cuando el autor de delito previo es un inimputable, queda el delito subsistente y sirve para establecer la conexidad objetiva requerida para la existencia del encubrimiento. La imputabilidad, concepto diferente de la culpabilidad, es el presupuesto de ésta. Y aunque el hecho realizado por un no imputable no es culpable, es típico y antijurídico.⁽⁴⁰⁾

26) Cuando lo que se elimina es la pena, pero el delito previo queda subsistente como típico, antijurídico y culpable, desde luego, los actos de encubrimiento quedan subsistentes. Tal ocurre cuando la pena se suprime en virtud del **perdón judicial** (Art. 81), en virtud de la prescripción de la pena (Art. 84), por el indulto (Art. 90), el **perdón judicial** (Art. 93). Lo mismo puede decirse cuando el matrimonio entre la víctima y su victimario, en ciertos delitos contra la honestidad, ya ejercida la acción penal, suprime la pena (Art. 92).

27) Un problema diferente se presenta cuando, reuniendo el delito previo todos los requisitos, falte únicamente una **condición de procedibilidad**.

Tal es el caso de no ejercicio de la acción en delitos de acción privada. A primera vista puede decirse que el encubrimiento es configurable, porque la ausencia de una condición de procedibilidad no hace venir a menos el hecho presupuesto.⁽⁴¹⁾ Nosotros pensamos que mientras no haya querrela en los delitos que necesitan instancia de parte, el comportamiento favorecedor, no es constitutivo de encubrimiento, porque el mismo no lesiona el bien jurídico protegido, que es la administración de justicia.

Cuando la condición de procedibilidad que falta es una autorización de un organismo político, como son los casos en que la

(40) Mendoza piensa lo contrario. Op. Cit., págs. 196 - 197.

(41) Pagliaro, Op. Cit., pág. 39.

acción no puede ser ejercida, por causa de la existencia de inmunidades (Arts. 101, 110, 151, de la Constitución Política), la doctrina considera que la negativa de la Asamblea Legislativa a levantar la inmunidad, configura una causa de suspensión de la prescripción de la acción penal.

Este obstáculo de derecho, que impide llevar adelante el juicio penal, suspende, como ciertos obstáculos en derecho civil, el curso de la prescripción.⁽⁴²⁾

¿Cuál será la situación de quien realiza actos de encubrimiento de un delito cometido en tales condiciones? ¿Podrá beneficiar durante todos esos años de impunidad y, eventualmente, de la prescripción? ¿Podrá el encubridor ser perseguido y condenado cuando el juez compruebe someramente la tipicidad del hecho realizado por el "inmune"?

Nos parece que habrá que aguardar a que el delincuente inmune no lo sea o a que la Asamblea levante la "inmunidad", para poder perseguir al encubridor. La situación no es tan grave porque el delito de encubrimiento se presenta, muy a menudo, como un delito continuo, que se renueva con todos sus elementos a cada instante.

28) El Código del 70, en su artículo 16 Inc. 1º, establece la imposibilidad de juzgar a los Jefes de Estado Extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los agentes diplomáticos de otros Estados, y a otras personas que gocen de inmunidad penal, según las convenciones internacionales aceptadas por Costa Rica.

Si hay un encubridor nacional de un individuo que va ha ser juzgado en el extranjero, aquél no beneficiará de impunidad. La prohibición de juzgar al autor del hecho previo se establece por razones ligadas a su condición personal de diplomático. De ahí que nada impida, mientras no haya juicio en contra del "inmune", establecer la tipicidad y la antijuricidad del hecho principal, y con base en tal constatación, proceder contra el encubridor.

29) Para la existencia del delito de encubrimiento, además del hecho previo, se requiere el conocimiento del mismo.

(42) En tal sentido Mm. Merle et Vitu, Op. Cit., pág. 676 Nº 697. Tal debe ser la interpretación de nuestros textos.

El encubrimiento es un delito cuyo elemento subjetivo requiere del dolo para integrarse; la exigencia del conocimiento del hecho previo deriva de los principios generales de la culpabilidad. El dolo en el delito de encubrimiento está constituido por el conocimiento del delito previo y por la voluntariedad de la acción de encubrimiento.⁽⁴³⁾

El conocimiento del delito anterior es esencial en el encubrimiento: los actos que se realizan son en sí mismos lícitos (comproventa, dar albergue, depósito, dar alimento, etc.). Sólo se convierten en delictuosos por esta unión que el encubridor establece mentalmente entre su acto, y el delito previamente realizado con el cual indirectamente se asocia.

30) El conocimiento del hecho principal puede presentar, sin embargo, una gama de posibilidades: a) Puede ocurrir que el individuo tenga el conocimiento pleno de la realización del hecho delictivo y de las circunstancias que lo rodearon. b) puede ocurrir que el individuo tenga la certeza subjetiva de que se ha cometido un delito, pero que ignore las circunstancias que lo rodearon. c) puede ocurrir que el agente tenga simples sospechas de que se ha cometido un delito, sin que conozca y menos tenga certeza de que en realidad se cometió.

La mayoría de la doctrina está de acuerdo en que el conocimiento que se requiere es el de un estado de certeza, actual y positivo, que no puede ser equiparado a un deber saber, ni a las sospechas.⁽⁴⁴⁾

31) El Código de 1941 en varias de sus disposiciones violaba este principio. Era necesario distinguir, en lo que se refiere a la receptación, la determinación del hecho previo en tres condiciones:

a) La receptación simple, que era la del artículo 401 Inc. 3. El conocimiento del hecho principal podía establecerse, en virtud

(43) Jean Laruier, "Recel de Malfaiteurs" Nº 14 y Nº 16 en Encyclopédie Dalloz; Conde Pumpido Ferreiro, Op. Cit., pág. 268.

(44) Soler, Op. Cit., Tomo V, pág. 281; Quintano Ripollés, "Curso de Derecho Penal", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, tomo II, pág. 283; Carrara, Op. Cit. Vol. V, pág. 418; Novoa Monreal, Op. Cit., tomo II, pág. 221; Laruier, Op. Cit. Nº 14; Laruier, "Recel", Loc. Cit., Nº 46; Conde Pumpido Ferreiro, pág. 283, entre otros. Contra, Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 313; "La duda equivale a conocimiento no a ignorancia excusable".

de la libertad de la prueba en materia penal, y en virtud de la libre apreciación de la prueba, por cualquier medio, incluyendo, desde luego, la prueba indiciaria.

La jurisprudencia se estableció en el sentido de que el conocimiento del hecho principal podía establecerse por cualquier medio, lo que parece enteramente lógico, en virtud de la libertad de la prueba en materia penal. Al respecto una sentencia sobre encubrimiento de la Corte de Casación establece que "Es notorio que el fallo impugnado se basa en presunciones o indicios apreciados por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica y, en consecuencia, esta Sala no puede suplantar el criterio expuesto por reunir aquellos requisitos necesarios para formar la convicción judicial".⁽⁴⁵⁾ La fijación del conocimiento previo, en el caso de la receptación simple, debe hacerse, según la jurisprudencia, de manera expresada por un auto de la Sala Segunda Penal de 10:05 de 17 de abril de 1971. Dicha resolución es una síntesis de toda la jurisprudencia anterior. Según la Sala Segunda:

"De suerte que como para que se configure el encubrimiento no debe haber promesa anterior, el conocimiento que se exige debe ser posterior a la perpetración del delito encubierto. De ello se deduce que el conocimiento no se refiere a que el agente debe estar enterado, de la existencia específica de un delito determinado, sino que basta para su configuración que él conozca que los objetos o cosas que recibe tienen procedencia ilícita. El conocimiento lo adquiere él de las diversas circunstancias que median en el hecho: clandestinidad de la transmisión, precio exiguo, advertencia del transmitente, antecedentes y posibilidad de que éste sea dueño de los bienes, etc. De ahí que la prueba indiciaria sea admisible para comprobarlo, y que en ella tenga un valor especial que el receptor oculte el nombre de la persona que le entregó las cosas mal habidas, porque el solo hecho de haber sido encontradas en su poder engendra la sospecha de que participó en la comisión del delito, y, en todo caso, hace presumir que él sabe que la persona que se los dio los obtuvo ilícitamente".

(45) Cas. 15:50 hs. de 18 de setiembre de 1959; en igual sentido, Cas. 2 p.m. de 1º de setiembre de 1917; Cas. 9:15 a.m. de 30 de octubre de 1923. También en el mismo sentido, Res. Sala Segunda Penal 15:55 hs. de 4 de junio de 1971; Res. Sala Primera Penal 16:15 hs. de 19 de octubre de 1956; Res. 15 hs. de 22 de mayo de 1959 de la Sala Primera Penal; Res. Sala Primera Penal de 15:25 hs. de 25 de junio de 1958.

b) La receptación de comerciante.

El conocimiento del delito anterior se presume, en el caso del comerciante, de acuerdo con el artículo 405 del Código Penal 1941, cuando adquiera cosas, y se pruebe una sola de las siguientes circunstancias:

- 1) Notoria mala conducta del vendedor o transmitente, como vago, vicioso, o habituado a la comisión de infracciones contra la propiedad.
- 2) Ser menor de quince años.
- 3) Por el modo clandestino de la transmisión.
- 4) Por la exigüidad del precio.

El artículo 405, precitado, contiene en realidad, una presunción de conocimiento. Basta probar la calidad de comerciante del agente, la posesión y una de las circunstancias enumeradas, para que pueda tenerse como conocedor del delito **previo cometido contra la propiedad**. Tal es la jurisprudencia establecida.⁽⁴⁶⁾

c) El artículo 404 del Código de 1941, en su inciso 2º contiene también otra presunción de conocimiento, y en consecuencia, de responsabilidad.

32) La diferencia entre la receptación simple (Art. 401 Inc. 3º) y la agravada para el comerciante (Art. 405) es de detalle. En el artículo 405, probada una circunstancia de las enumeradas, automáticamente el juez debía condenar; en el artículo 401 Inc. 3º, el juez guardaba la libertad de condenar o absolver, aunque se probara una de las circunstancias enumeradas por el artículo 405.

33) El Código de 1970 no establece reglas particulares en lo que se refiere a la determinación del conocimiento del delito previo en los artículos 320, 321 y 323. La existencia de este conocimiento en el agente deberá hacerse, en consecuencia, de acuerdo con las reglas generales de prueba que el código procesal establezca. Entre estas reglas de prueba hay dos esenciales: la libertad de prueba y la libre apreciación de la misma. Por tanto, es posible,

(46) Cas. 15:50 hs. de 18 de setiembre de 1959. Considera que no es posible admitir la versión del acusado de que adquirió la grabadora ignorando en absoluto de qué se trataba, "... pues esa operación revistió caracteres de clandestinidad desde que se efectuó fuera de lo normal de las relaciones comerciales"; Cas. 19 de diciembre de 1951; Res. Sala Segunda Penal de 9:50 hs. de 24 de mayo de 1969; entre otras.

como decía la resolución de 17 de abril de 1971 de la Sala Segunda Penal, que en el encubrimiento, "... la prueba indiciaria sea admisible para comprobarlo ...".

De ahí que nosotros creamos que una comparación acertada entre el artículo 321, según el cual: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con diez a treinta días multa, el que adquiere, recibiere y ocultare dinero, cosas o bienes provenientes de un delito en que no participó, o que interviniere en su adquisición, receptación u ocultación; y el artículo 322 que establece que: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que, con el fin de lucro, adquiriere o recibiere cosas o bienes que de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un delito", revela, de inmediato, que no hay diferencia entre ambos artículos en lo que se refiere al problema del conocimiento del delito anterior, al origen ilícito de la cosa, y, particularmente, a la prueba de ese conocimiento.

De acuerdo con el artículo 322 se castiga el adquirir, con fin de lucro, lo que, aunque no enunciado es común al artículo 321— o el recibir cosas o bienes que, "... de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un delito".

Esta determinación de las circunstancias que hacen que pueda establecerse la existencia del conocimiento del delito anterior, la realiza el juez. Las mismas pueden consistir en lo exiguo del precio, en la minoridad del vendedor o transmitente, etc. Las mismas serán apreciadas como indicios, sujetos a la sana crítica.

Ahora bien, el juez deberá hacer lo mismo a la hora de determinar la existencia del conocimiento en los casos contemplados en los artículos 320, 321, 323.

Si el razonamiento anterior es correcto hemos de concluir que existe un craso error en el Código de 1970: se establecen dos artículos (321 y 322), que en lo esencial dicen lo mismo. Es consecuencia, desde ahora, y sin perjuicio de profundizar más en el problema, hemos de sacar varias conclusiones:

- 1) Que es necesario refundir ambos artículos (321 y 322) en uno solo, puesto que en lo esencial son coincidentes.
- 2) Que en lo que se refiere a diferencias accesorias es menester mantener la dicotomía de artículos, para efectos de aplicar

aquella pena que sea menor. En este caso, el error del legislador no puede interpretarse en contra del reo.

3) Que el problema solamente se resolverá con la intervención nuevamente del legislador.

34) Podemos afirmar como conclusión que es necesario el conocimiento del hecho previo. Que no basta la simple sospecha. Es necesario el conocimiento, al menos, del origen ilícito de la cosa, sin que, en el caso de la receptación, importe que el agente conozca en detalle todos los incidentes de la comisión del delito. La prueba de este conocimiento en el Código de 1970 podrá hacerse por cualquier medio, inclusive por los **indicios**, que deberán ser apreciados de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De ahí que la totalidad de la jurisprudencia nacida al calor del artículo 401 de 1941, quede subsistente bajo el Código de 1970.

De toda forma, aún bajo el Código de 1970, quedará vigente la regla derivada de los principios de culpabilidad y particularmente el "in dubio pro reo", regla bien expresada en la resolución de 16:20 hs. de 10 de marzo de 1967 de la Sala Primera Penal:

"Cabiendo ambas posibilidades, la de buena y la de mala fe, debe resolverse el punto con el beneficio de la duda...", para el reo.

35) Relacionado con el conocimiento del hecho previo se presenta el problema de saber en qué momento debe darse el conocimiento del hecho previo.

Es un principio general de la culpabilidad que el elemento subjetivo del delito debe coincidir, en el tiempo, con el momento de iniciación de la conducta encubridora.

El encubrimiento no es una excepción a este principio. De ahí que podamos afirmar con Soler,⁽⁴⁷⁾ que el conocimiento debe darse en el momento de prestar el auxilio.

Pero es necesario recalcar que en el encubrimiento la conducta dolosa no coincide, en todos los casos, con el momento de iniciación de la conducta encubridora. Esto ocurre cuando el encubrimiento se presenta como un delito continuo, porque entonces el

(47) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 281.

mismo se renueva con todos sus elementos a cada instante. El conocimiento del origen ilícito del objeto que se guarda, de la calidad de perseguido de la justicia de quien se ayuda, adquirido con posterioridad a la iniciación de la conducta, es eficaz, si el encubrimiento es delito continuo, para constituir el elemento subjetivo del encubrimiento, si el delito no ha terminado,⁽⁴⁸⁾ si la conducta encubridora no ha concluido.⁽⁴⁸⁾ Y ello no viola el principio de que la conducta delictuosa y su elemento subjetivo deben coincidir en el tiempo, porque los actos anteriores al conocimiento no serán delictuosos, pero sí los posteriores.

Respecto a ese problema ni la Jurisprudencia de Casación ni la de las Salas ha decidido, según nuestro entender, nada concreto. Cuando se ha presentado el problema, los Tribunales lo escamotean. Así leemos en una resolución de las 10:45 hs. de 27 de marzo de 1968 de la Sala Segunda Penal:

"En el expediente no está bien definida la conducta de A. J.; en la declaración indagatoria expresa que el señor N. C. dejó guardado en su negocio el proyector de cine dentro de un saco; pero que él ignoraba lo que contenía éste, hasta que fue decomisado por los detectives. Como los oficiales de investigación que intervinieron en el caso, afirman que el saco daba la apariencia de que había sido abierto, queda la duda de si A. actuó de manera distinta a la por él indicada, y de ahí que no pueda ponérsele término a este asunto en forma definitiva, por lo que debe confirmarse el sobreimiento apelado, pero con el carácter de provisional".

Sección II — No Participación en el delito

36) Un requisito general, exigido por todas las figuras del encubrimiento, es la no participación en el delito previo, en concepto de alguna de las categorías de participantes establecidas en el Código del 70. Tales son las de autor y coautor (Art. 45), las de cómplice (e instigador) (Art. 46 y 47). Es necesario recordar que de acuerdo con el Código del 70 se puede ser autor no solamente por acción u omisión, sino también por comisión por omisión (Art. 18). El artículo 18 consagra un tipo abierto, en tanto que lo que se toma en cuenta es la posición de "garante" —estrecha relación

(48) Conde Pumpido Ferreiro, Op. Cit., pág. 277.

del individuo con el bien jurídico protegido— que ostente el agente.⁽⁴⁹⁾

Esta característica del encubrimiento revela su carácter subsidiario. La noción de encubrimiento depende, en parte, de la noción de participante que el derecho positivo adopte. Ello porque, como afirma Mezger, la causalidad es "... el punto de arranque científico de la teoría jurídico penal de la participación ...". La causalidad en la participación criminal tiene una doble función. La negativa, porque excluye del ámbito de la participación criminal toda conducta que no ha sido causal en la producción del resultado. Y la positiva, en cuanto que la causalidad es la base para determinar el concepto de participante.⁽⁵⁰⁾

37) El legislador utiliza en los artículos relativos al encubrimiento, diferentes expresiones para indicar la necesidad de que el encubridor no haya participado en el delito previo. Tales expresiones son "... después de la ejecución del delito ..." (Art. 320); "... provenientes de un delito en que no participó ..." (Art. 321); "... sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de éste ..." y "Esta disposición no se aplica al que de alguna manera haya participado en el delito ..." (Art. 323).

Tales expresiones no son equivalentes. Una cosa es la promesa anterior a la ejecución del hecho previo, de un acto de ayuda que se da con posterioridad y otra haber participado materialmente en el delito, que en los textos citados se expresa de manera negativa; es decir, como el intervenir después de la ejecución del delito.

Ambos conceptos son especies de un mismo género que es la participación en el delito. De ahí que el requisito de no participación en el delito, esencial en el encubrimiento, signifique que la acción encubridora debe darse sin promesa anterior al delito y con posterioridad a su ejecución.

(49) Enrique Bacigalupo "Delitos Impropios de Omisión". Ediciones Pannedille, Buenos Aires 1970, pág. 100. La transformación que produce en nuestro derecho el artículo 18 del nuevo Código Penal es radical: las normas de los delitos de omisión constituirán sólo preceptos destinados a completar los delitos de comisión por omisión.

(50) Este concepto es parcialmente cierto. La causalidad es esencial para aquellos delitos que necesitan para configurarse un resultado externo. En los delitos de mera actividad, la relación de la causalidad es enteramente ajena. (Novoa Monreal, Op. Cit., tomo II, pág. 169). Sin embargo, es por aplicación de la teoría de la causalidad que la doctrina excluyó al encubrimiento de la teoría de la participación criminal.

La formulación imperfecta que hacen los artículos relativos al encubrimiento, no afecta en nada a este concepto. Podía incluso no haberse dicho nada en el encubrimiento sobre la participación en el delito. Las disposiciones relativas a participación criminal de la Parte General del Código siempre se aplicarían. Estas disposiciones de la parte general completan en el Código del 70 los artículos mal formulados del encubrimiento en lo referente a la participación en el delito, como requisito del encubrimiento.

La promesa anterior al delito previo, de una ayuda que se prestará con posterioridad a la ejecución de éste, entraba en el Código del 41 en el concepto de complicidad (Art. 44). Era la típica complicidad "sub-sequens". En el Código del 70 la promesa anterior entra en el concepto de la instigación, en tanto que prometer ayuda que se prestará con posterioridad a la ejecución del delito es contribuir al resultado con una causa ideal.⁽⁵¹⁾

La no participación material en el delito quiere decir que solamente se es encubridor si no se ha contribuido materialmente a la producción del resultado en que consiste el delito.

El requisito de no participación en el delito debe establecerse recurriendo al concepto de participación criminal establecido en la parte general del Código.

1—Ausencia de causalidad ideal

38) Los actos de ayuda prestados al delincuente posteriormente a la ejecución del delito, pero prometidos con anterioridad, caen en el nuevo Código Penal en el artículo 46 que castiga a los instigadores — los que determinaren a otros a cometer el delito. En tal caso el aporte del agente es esencialmente ideal, pues tiende a determinar a otro a ejecutar el delito. Hay, como decía Carrara, concurso de voluntad sin concurso de acción.⁽⁵²⁾

(51) En este sentido, Fontán Balestra, "Derecho Penal", pág. 770; Novoa Monreal, Op. Cit., pág. 189, tomo II; Conde Pumpido Ferreiro, Op. Cit., pág. 125; Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 276, entre otros.

(52) Según Mendoza (Op. Cit., Parte Especial, pág. 193) el legislador venezolano distingue dos formas de encubrimiento: "... el uno que se incluye dentro de las leyes de la participación criminal, cuando existe acuerdo previo entre los autores y los cómplices y encubridores, y el otro que forma un delito contra la Administración de Justicia, cuando no existe ese concierto anterior al delito ...".

La promesa anterior de ayuda posterior a la realización del hecho previo puede analizarse también dentro de la categoría de la complicidad. Ello lo hacía el Código anterior en el artículo 44 Inc. 2º, aunque el único caso en que se planteó el problema, dicha promesa anterior fue considerada como coautoría por la aplicación que hace la jurisprudencia de la teoría del acuerdo previo.⁽⁵³⁾

El Código del 70 suprime la categoría del Cómplice subsecuens. Sin embargo, la ayuda posterior prometida previamente a la realización del delito, puede entrar en el concepto de complicidad del artículo 47 (son cómplices: "... los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible..."). Así pensaba Carrara.⁽⁵⁴⁾

39) El conocimiento de la existencia de un delito en ejecución —conocimiento adquirido antes de que el delito acabe de ejecutarse— no convierte al agente en participante. Por tanto, si en tales condiciones presta ayuda después de la ejecución del delito será encubridor, porque para que sea participante se requiere —por lo menos— la manifestación hecha de dar ayuda posterior a la ejecución del delito en cualquiera de sus formas. Tampoco es promesa previa al delito el simple consentimiento anterior. Será encubridor, y no participante el individuo que, teniendo conocimiento de que se va a realizar un delito, quiere ayudar —y está decidido a hacerlo— al delincuente, después de realizado el hecho, si efectivamente lo hace, pero no lo manifiesta.⁽⁵⁵⁾

(53) En tal sentido, véase resolución de la Sala Primera Penal de 16:20 hs. de 14 de junio de 1968: "Estima la Sala que la participación del indiciado L. S. F. lo es como coautor del delito y no como encubridor, pues para que exista el encubrimiento es indispensable que no haya promesa anterior al delito, y aquí la hubo (artículo 401 del Código Penal). De conformidad con el artículo 43 del Código citado, serán sancionados como coautores del hecho punible los que lo realizaren por sí mismos; los que tomaren parte en la ejecución y los que determinaren a otro de modo bastante a cometerlo. El reo S. fue el que propuso al mandador del beneficio la sustracción de café, a efecto de que se lo vendiera a precio bajo, y además tomó parte en la ejecución presentándose con un camión con el objeto de transportar lo que pretendía sustraer".

(54) "En el caso de acuerdo previo, el fautor no se hace cómplice del delito por lo que haga posteriormente, sino por lo que prometió antes; y ésto es tan cierto que si, después de haber prometido, falta a su palabra y la niega por temor o por haber cambiado de idea, siempre seguirá siendo cómplice, ni más ni menos que si hubiera cumplido la oferta" (Carrara, Op. Cit. Vol. V, pág. 415).

(55) Fontán Balestra — Millán, Op. Cit., pág. 404; Pagliaro, Op. Cit., pág. 37.

2—No existencia de la causalidad material

40) Toda vez que el agente ha puesto una condición para el resultado —porque ha dado actos de ayuda o de cooperación— o ha participado en la consumación de la infracción, o bien ha consumado la infracción, no podrá haber encubrimiento.⁽⁵⁶⁾

41) La existencia del encubrimiento depende de la posibilidad jurídica de que existan actos de participación criminal. Lo que la ley toma en cuenta, para excluir el encubrimiento, es la existencia jurídica de la participación criminal.

De ahí que quien participa materialmente en una infracción que no admite la participación criminal, porque el delito solamente puede ser cometido por el sujeto activo que tiene determinadas características o bien porque la ley establece sólo un modo particular de participación criminal (por ejemplo, en el falso testimonio),⁽⁵⁷⁾ estos actos materiales, jurídicamente irrelevantes para constituir la participación criminal, no impiden el nacimiento del encubrimiento.

42) Admitiendo la figura participación criminal en cualquiera de sus formas, para que se presente el encubrimiento es necesario, que la ayuda al delincuente se dé después de la consumación del delito, o después de haber cesado el estado de permanencia delictuosa, o después de la cesación de la tentativa.

Quien ayuda en la etapa de actos preparatorios, sin que preste su concurso en una etapa superior del delito, no por ello es cómplice o autor del mismo. Si hay actos posteriores a la consumación del delito o de la cesación de los actos de ejecución, a pesar de esta ayuda en los actos preparatorios —y mientras no haya promesa—, hay encubrimiento.

Si el delito no ha sido consumado, no habrá encubrimiento sino participación. Por ello, es cómplice y no encubridor el que compra a otro títulos al portador cuya venta constituya un abuso

(56) Ninguna sentencia de Casación se refiere al problema. En una resol. de 15:05 hs. de 17 de octubre de 1967 de la Sala Primera Penal se lee: "... viene a ser una misma cosa el contrabando que se le atribuye por ausencia de marbetes que justifican el pago y el uso de marbetes falsificados. La Sala elimina el cargo de encubrimiento que se supone se le indilga por usar marbetes falsos, a sabiendas, pero como ya se dijo, esto es lo mismo que el contrabando por ausencia de marbetes legítimos...".

(57) Véase nuestro trabajo "El Falso Testimonio", pág. 182 ss., en Revista de Ciencias Jurídicas, Nº 17, Universidad de Costa Rica, junio 1971.

de confianza (Art. 223). En tal caso la adquisición no es posterior a la apropiación; ella tiene lugar en el momento mismo en que el delito es cometido.⁽⁵⁸⁾

Cuando hay actos de cooperación o ayuda en cualquier estado de una infracción continua, mientras ella no haya terminado es participación y no encubrimiento. Las infracciones continuas son aquellas cuyo elemento material (acción u omisión) es susceptible de prolongarse en el tiempo. Para saber si una infracción es instantánea o continua es necesario estudiar la definición legal que de la misma da el legislador.⁽⁵⁹⁾

Sin embargo, no todas las infracciones continuas admiten participación criminal. No la admiten las omisiones continuas (por ejemplo, la omisión de denuncia, Art. 320), porque la colaboración solamente es posible donde se desarrolla un nexo causal y porque tampoco podrá hablarse de una intención de omisión, lo que dificulta la existencia de una resolución común, esencial en la participación criminal. Por ello, cuando dos personas, estando obligadas jurídicamente a actuar, omiten a un mismo tiempo, sólo hay autoría individual de cada una de ellas.⁽⁶⁰⁾ De modo que si hay responsabilidad en tales casos, será por encubrimiento.

Sección III—Carácter subsidiario de los actos realizados

3) Una característica común a todas las formas de encubrimiento es su carácter subsidiario. El encubrimiento solamente existe cuando el hecho que lo constituye no está expresamente previsto por una norma penal diversa.⁽⁶¹⁾ Desde luego que el encubrimiento puede concurrir con otros delitos en concurso ideal.

(58) Logoz, Paul, "Commentaire du Code Pénal Suisse", Partie Spéciale, Delechaux et Niestlé, S. A., Neuchâtel, Suisse, 1955, tomo I, pág. 137.

(59) Tsarpalas, Op. Cit., pág. 234. En el Código de 1970 pueden clasificarse como continuos los siguientes delitos: raptó (art. 163, 164 y 165), la sustracción de un menor (Art. 184); la explotación de incapaces (Art. 237), el ejercicio ilegal de la medicina (Art. 269), la asociación ilícita (art. 272), el secuestro extorsivo (Art. 215), el plagio (secuestro) (Art. 189), la privación de libertad (Arts. 190 y 191) de manera ilegítima; la conspiración para traición (Arts. 279 y 189), la portación ilegal de distintivos (Art. 392, Inc. 9), la mendicidad (Art. 396), la portación de armas prohibidas (Art. 398) y la mayoría de los delitos que forman el encubrimiento.

(60) Bacigalupo, Op. Cit. pág. 130.

(61) Manzini, Op. Cit., pág. 291, Vol. V; Conde Pumpido — Ferreiro, Op. Cit., pág. 264.

Refiriéndose a esta característica del encubrimiento dice Carrara: "Para completar la noción de favorecimiento debe advertirse que es muy fácil que se mezclen lesiones a otros derechos. Si de los derechos ofendidos como medio para la ayuda nace un delito social, casi siempre desaparece el título de favorecimiento, absorbido en el título de falso testimonio, o de resistencia, o de corrupción, o de fractura de cárcel o de violencia pública, o de falsedad por supresión de documentos, según que el culpable se haya servido de uno de estos medios desesperados para suprimir el proceso o las pruebas del delito o para salvar a su autor".⁽⁶²⁾

44) En efecto, ciertas ayudas posteriores las prevé el Código penal como delitos diferentes del encubrimiento. Así sucede con algunos casos de quiebra e insolvencia (Art. 235), de introducción y puesta en circulación de moneda falsa, y de ciertos valores equiparados a la moneda (Art. 365 y 364), con la introducción al país, expendio y uso de sellos oficiales, papel sellado, estampillas, etc., después de haber sido utilizados o usados (Art. 369). La misma situación ocurre cuando alguien, aprovechándose de la falsificación o de la adulteración de un documento falso, hace uso de él (Art. 363) y cuando la conducta favorecedora es constitutiva de evasión (Art. 325).

De acuerdo con el criterio de especialidad, es la existencia de este delito expresamente previsto lo que hay que analizar primero; y en defecto de su existencia habrá que buscar la tipificación del encubrimiento.

Sección IV — Necesidad de actos positivos

45) Del texto de los artículos que castigan el encubrimiento, podemos deducir que para la existencia del delito se requieren actos positivos y directos.⁽⁶³⁾

El artículo 320 habla de "ayudar a alguien"; el 321 habla de "adquirir, recibir y ocultar" o de "intervenir" en la adquisición, receptación u ocultación; el 322 de "recibir"; y el 323 de "procurar", "ayudar" o de "asegurar".

(62) Carrara, Op. Cit., Vol. V, pág. 413.

(63) Mendoza, Op. Cit., pág. 197; Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 303; Lambert, Op. Cit., pág. 504.

Todos los verbos anteriores expresan acciones positivas en las que la omisión no cabe.

46) Excepción a esta característica la constituye la omisión de denuncia, establecida en artículo 320.

CAPITULO III — LAS DIFERENTES FORMAS DEL ENCUBRIMIENTO

47) Tres son las formas de encubrimiento que prevé nuestra ley: el favorecimiento personal (Art. 320), la receptación (artículos 321 y 322) y el favorecimiento real (artículo 323).

Es necesario analizar cada una de estas formas en particular y determinar cuáles son sus elementos constitutivos. A esta tarea está consagrado este capítulo.

Sección I — El favorecimiento personal

48) El artículo 320 establece: "Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que, sin promesa anterior al delito, ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a substraerse a la acción de ésta u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo".

Del texto legal podemos deducir los elementos estructurales del favorecimiento personal. Los mismos son: a) Un delito previo (o una contravención en el caso de omisión de denuncia), que se sabe que se ha cometido. b) La no participación del favorecedor en el delito previo en cualquiera de las categorías de la participación criminal. c) un comportamiento activo o comisivo del delincuente. d) la intención delictuosa.

El concepto de delito previo y de no participación en el delito ya fue estudiado en anteriores páginas. De ahí que el desarrollo posterior esté consagrado a estudiar el elemento material del delito (acción u omisión) y el elemento subjetivo del mismo.

1) El Elemento material del favorecimiento personal

49) El elemento material está constituido por una conducta activa o por una conducta omisiva.

1.1. La conducta en su modalidad activa

50) La conducta activa está constituida por "ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad" y por "ayudar a alguien a substraerse a la acción de la Autoridad". (Art. 320).

Son muchos los ejemplos que pueden darse de estas formas de encubrimiento: dar un vestido o un disfraz, un tiquete de avión, de tren o de barco; prestar el automóvil para la huida del delincuente; dar dinero; poner a los malhechores en contacto con un tercero capaz de encubrirlos; advertir a los delincuentes de las persecuciones que existen contra ellos; dar falsas pistas a la policía para evitar el arresto de los delincuentes, etc.

51) De acuerdo con el artículo 320, pareciera que aunque no es necesario que la materialidad del hecho previo —que debe existir no esté establecida, si se requiere, al menos, que el agente sea buscado por la Autoridad. Por consiguiente, si es un particular el que trata de aprehender al delincuente (por ejemplo, en flagrancia, Art. 314 Cód. Proc. Pen.), no cometerá delito quien ayuda u oculta al delincuente.

Hay duda en la doctrina en determinar si comete favorecimiento real quien oculta al delincuente que, habiendo rendido su declaración indagatoria, es dejado en libertad por el juez. La discusión se establece porque, en tal caso, el agente no es buscado por la autoridad. Pero de acuerdo con nuestro derecho si comete favorecimiento quien, por ejemplo, facilitara la salida del país a un individuo en tales condiciones, porque lo está sustrayendo a la acción de la autoridad.

52) Quien da falsas informaciones testificales, ante autoridad competente para perseguir o para instruir, pero no para recibir deposiciones de testigos, no comete ciertamente el delito de falso testimonio, pero sí puede cometer el de encubrimiento, si tales declaraciones son dadas con el fin específico de favorecer al delincuente.⁽⁶⁴⁾

53) Para la existencia de esta forma de favorecimiento es necesario que se haya cometido un delito. No incurre en favorecimiento personal quien da albergue o ayuda a personas que se proponen cometerlo.⁽⁶⁵⁾

(64) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 306.

(65) Logoz, Op. Cit., tomo II, pág. 717.

Cuando el delito objetivamente no existe (porque no fue cometido, porque al tiempo en que se prestó la ayuda ya estaba prescrita la acción penal, o porque el hecho está amparado por una causa de justificación, o por la amnistía, etc.) en tal caso no se comete favorecimiento personal, que requiere la existencia de un delito previo (Art. 320" ... sin promesa anterior al delito...). Y en tales casos no hay delito previo.

Pero cuando el autor del delito principal no es condenado por razones personales (causas de exculpación, existencia de una excusa absolutoria, muerte del delincuente antes de sentencia, etc.), los actos de encubrimiento son punibles.

54) Tal distinción opera objetivamente, independientemente de la psicología del favorecedor. Existirá encubrimiento aunque el agente crea que su favorecido es inocente, si en definitiva resulta culpable o si siendo absuelto, lo es por consideraciones personales (no culpabilidad, etc.).⁽⁶⁶⁾ A la inversa, no existirá el delito de favorecimiento personal cuando el favorecedor ayuda a un individuo que creía culpable, pero que llega a ser absuelto por no haber participado en el hecho, porque el hecho no había sido cometido, porque hubo una ley de amnistía, porque estaba amparado por una causa de justificación, etc.

55) La acción encubridora debe ser idónea para eludir las investigaciones de la autoridad o para frustrar la acción de la justicia. No siendo idónea, no hay lesión al bien jurídico protegido.

Las consideraciones anteriores nos llevarían a la conclusión de que no puede favorecerse a un individuo definitivamente condenado, posición sostenida por Manzini.⁽⁶⁷⁾ Para Sebastián Soler, al contrario, puede favorecerse "... tanto al sujeto condenado, al cual se oculta para que eluda la pena total o parcialmente (incluido, pues, al fugado de la cárcel), como al sujeto sometido efectivamente a proceso, como al prófugo desconocido para la autoridad".⁽⁶⁸⁾

(66) Pero debe admitirse con Carrara en tal caso que "... nadie podrá negar cuanto disminuye la culpa del fautor cuando llega a saberse la fuga de una víctima de injustas sospechas o destruyó huellas e indicios que habrían llevado a la justicia a castigar a un inocente" (Op. Cit., Vol. V, pág. 415, N° 2831).

(67) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 306.

(68) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 284.

56) El delito de favorecimiento personal, en su modalidad activa, exige desde luego acción. De modo que si el comportamiento por el cual se ayuda a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta es una omisión, no existirá delito.

Tal es el caso del funcionario que estando obligado a aprehender al delincuente, no asegure la persona del aprehendido, o deje sin llave el recinto en que lo encierra. Este comportamiento será impune, a menos que tenga dicho funcionario la obligación de denunciar y que haya omitido la denuncia, (omisión de denuncia) o de que estando obligado a aprehender al delincuente se configure un delito de comisión por omisión (Art. 18 Cód. Pen.).⁽⁶⁹⁾

57) El favorecimiento personal, en su modalidad activa puede ser considerado como un delito continuo, que se consuma cuando se presta la ayuda para que el delincuente eluda las investigaciones de la autoridad o para que se sustraiga a la acción de la justicia, pero que puede seguir consumándose mientras se siga prestando tal ayuda al delincuente. Es decir, el elemento material del favorecimiento personal, en su modalidad activa, admite la posibilidad de su prolongación en el tiempo. Sólo finaliza este delito cuando el agente deja de prestar dicha ayuda, cuando hechos extraños a la voluntad del agente impiden la continuación de la ayuda (muerte del favorecido, descubrimiento de éste por la policía, etc.); cuando se rompe la continuidad de la voluntad de ayudar (por ejemplo, el agente es obligado a dar ocultamiento al delincuente buscado por éste o por un tercero); o cuando jurídicamente la ayuda dada ya no importa delito (por la prescripción de la acción penal o de la pena. En tal caso, el favorecido deja de ser delincuente buscado, o cuando hay un indulto).

58) El carácter continuo del delito lleva a consecuencias paradójicas, que se refieren básicamente al principio "non bis in idem", expresión penal de la cosa juzgada y a la prescripción de la acción penal.

a) Si se condena a un individuo como favorecedor, por haber favorecido a un delincuente, dicha condenatoria tiene autoridad de cosa juzgada que impide una nueva persecución por el mismo hecho o conjunto de hechos anteriores a la sentencia. Pero

(69) Novoa Monreal, Op. Cit., tomo II, pág. 224.

si se descubre que el delincuente, después de la sentencia, continuó, por ejemplo, ocultando al delincuente, nada impide que haya otro juicio para la represión de los hechos posteriores a la sentencia, sea que en ésta el encubridor haya resultado absuelto, sea que haya resultado condenado. La sentencia quiebra la unidad de la infracción continua, y los hechos posteriores constituyen una nueva infracción, totalmente diferente de aquella perseguida.⁽⁷⁰⁾

b) En tratándose de la prescripción de la acción penal ocurren igualmente consecuencias paradójicas. Puede ocurrir que el delito previo prescriba, pero que el delito de encubrimiento sea perseguible. Por ejemplo, quien oculta a un delincuente mientras prescribe la acción penal o la pena, solamente podrá beneficiar de la prescripción a partir del momento en que prescriba la pena o la acción penal del delito previo. Es solamente a partir de este momento en que comienza a correr la prescripción.

Sólo a partir de ese momento puede decirse que el encubrimiento no debe eludir la acción ni la investigación de la autoridad.

1.2. La conducta en su modalidad omisiva

59) El artículo 320 castiga, a título de favorecimiento personal, al que "...omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo".

60) La omisión de denuncia requiere las condiciones generales del encubrimiento: no participación en el hecho principal (que aquí puede ser, dijimos, un delito o una contravención), que el delito o la contravención de que se trate haya finalizado. Además, su elemento material está representado por una omisión.

El delito de omisión de denuncia es típico delito de omisión, que se configura en el momento en que teniendo el obligado conocimiento de la comisión de un delito que esté obligado jurídicamente a denunciar, se abstiene de hacer la denuncia de manera voluntaria.

La omisión de denuncia requiere entonces, además de la calidad de jurídicamente obligado a denunciar, una abstención voluntaria. La calidad de jurídicamente obligado a denunciar debe

existir en el momento en que el agente adquiere el conocimiento y en el momento en que debe hacer la denuncia. Estos momentos generalmente coinciden.

61) Las personas que están jurídicamente obligados a denunciar son determinadas por el artículo 147 del Cód. de Procedimientos Penales vigente. El particular no tiene obligación de denunciar.

62) La omisión de denuncia es un delito continuo, que se renueva en el tiempo con todos sus elementos, mientras el agente conserve la calidad que lo obliga a denunciar, y mientras haya obligación de hacer esta denuncia. La pérdida de la calidad, el descubrimiento del delito no denunciado y la correspondiente puesta en movimiento de la acción penal, la prescripción de la acción penal o de la pena, son posibles puntos de partida de la prescripción de la acción penal del obligado a denunciar.

63) La omisión de denuncia se consuma en el momento en que el obligado tiene conocimiento del delito y se abstiene de denunciarlo. Cuando hay un plazo dentro del cual debe denunciarse el hecho, el delito de omisión de denuncia solamente se consuma a la expiración de ese plazo. No es posible, sin embargo, la tentativa en este caso (ni en ninguno otro de los de omisión de denuncia), porque la tentativa implica un comienzo de ejecución, y no es posible hablar de un comienzo de ejecución de una omisión.⁽⁷¹⁾

64) Tanto la conducta activa como la omisiva en el favorecimiento personal, previsto en el Art. 320 ("ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a substraerse de la acción de ésta u omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo") están previstas de manera alternativa. Las tres hipótesis son modalidades de una misma violación jurídica; por ello son penalmente equivalentes.

Y habrá un solo delito si un mismo individuo, en una misma unidad de tiempo o de espacio, realiza las tres acciones.⁽⁷²⁾ Pero lo contrario también es cierto: habrá delito con sólo que sea realizada una de las acciones previstas como alternativa.

(71) Bacigalupo, Op. Cit., pág. 153.

(72) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 305.

(70) Tsarpalas, Op. Cit., pág. 158; R. Garraud "Traité de Procédure Pénale", tomo IV, N° 2273 pág. 226; L. Huguency, Note S-1955-I-33.

2 El Elemento Subjetivo del Favorecimiento Personal

65) El elemento subjetivo del favorecimiento personal presenta diferentes aspectos según que se trate de la conducta en su modalidad activa o en su modalidad pasiva.

2.1 El elemento subjetivo de la conducta activa

66) La acción de ayudar a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a substraerse a la acción de ésta, debe ser realizada intencionalmente. La figura solamente admite la forma dolosa, con exclusión de la culposa.

El elemento subjetivo consiste en el conocimiento del hecho previo, ya analizado, en la voluntariedad de la acción de ayudar a alguien, que se sabe que ha cometido delito o que es buscada por la justicia o por la autoridad, a eludir las investigaciones o substraerse a la acción de la Autoridad.

En otras palabras, la ley castiga la acción realizada con conocimiento de causa en un doble sentido: ella incrimina el hecho de ayudar a alguien a eludir las investigaciones o a substraerse a la acción de ésta, de manera consciente. Este alguien debe ser una persona de quien se conozca su situación penal.⁽⁷³⁾

Por ello podemos concluir con Pagliario,⁽⁷⁴⁾ que el favorecimiento personal es uno de los ejemplos más característicos que demuestran que la conformidad de una conducta a un tipo supone no solamente una cierta configuración exterior de la conducta, sino también un contenido significativo del querer, que corresponde al significado descrito en el tipo.

Y aunque en el favorecimiento personal (modalidad activa) no se requiera para la configuración del elemento subjetivo, un dolo específico en sentido técnico, es decir, como acción ilícita requerida por la ley de modo autónomo, no cometerá el delito quien da víveres, alimento, hospedaje a un delincuente, salvo que opere con el fin específico de substraerlo a la acción de la justicia.

Tal idea está subyacente en la resolución de Sala Primera Penal de 15:10 hs. de 13 de mayo de 1969. Ella declara:

(73) Larguier, Op. Cit. N° 46.

(74) Pagliario, Op. Cit., pág. 41.

"No hay duda —y lo admite la propia indiciada— que el reo prófugo R. A. S. C. fue capturado en casa de ella. Así lo establece con acierto el Juez a quo. Pero al imputarle a dicha indiciada el delito del artículo 401, inciso 1° del Código Penal... tal resolución da por sentado que se han demostrado los diversos aspectos que comprende, para su debida tipificación, el citado artículo, en el inciso que ya se señaló. El delito se configura cuando se "oculta al delincuente... para sustraerlo a la justicia" y no hay, en autos, prueba fehaciente de que la indiciada, M. E. Z. V., supiera que Sandí era un delincuente, y de que ella, deliberadamente, lo ocultara para sustraerlo a la justicia. La indiciada niega el haber conocido la situación en que, como prófugo, se hallaba Sandí y el simple hecho de que este haya sido encontrado en su casa no envuelve, necesariamente, la intención particular y concreta, por parte de M. E., de ocultarlo deliberadamente".

67) Hay que tener presente, sin embargo, la advertencia del maestro Carrara: "... el fautor obra con el fin inmediato de ayudarlo al reo; pero como sabe que esa ayuda no puede prestarse sin perjuicio de la justicia, y como el sólo fin de ayudar no sería delictuoso sin el otro objeto, el fin criminoso del acto se compenetra con el fin inmediato del agente...".⁽⁷⁵⁾

68) En nuestro derecho (Cód. del 70) no se requiere que el favorecimiento personal se haga altruistamente. Habrá favorecimiento personal, si se dan las condiciones del artículo 320, aunque dicho favorecimiento se haga con ánimo de lucro. Como dice Soler, para otras leyes, que hacen una clara diferencia entre favorecimiento y receptación, el criterio separativo se encuentra en que el encubridor común actúa en interés ajeno, mientras que el receptor actúa por propio interés.⁽⁷⁶⁾

Bien que el artículo referente a la receptación exige que ésta se haga con el fin de lucro, lo cierto es que la misma está limitada a la receptación adquisición de cosas o bienes, y la intervención en la receptación, adquisición u ocultación de cosas o bienes. El artículo 320, que no excluye las conductas que se realicen con ánimo de lucro, se refiere a hipótesis de hecho diferentes. Es el ayudar a alguien a

(75) Carrara, Op. Cit., vol. V., pág. 408.

(76) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 287.

eludir las investigaciones o a substraerse a la acción de la Autoridad, u omitir denunciar el hecho estando obligado a hacerlo.

69) Para que exista el favorecimiento personal es necesario que el agente haya actuado voluntariamente. De modo que si oculta o ayuda a un delincuente en virtud de coacción o amenaza "... de un mal actual y grave, sea o no provocado por la acción de un tercero, cuando razonablemente no pueda exigírsele una conducta diversa" (Art. 38), el agente no será culpable.

2.2 El Elemento Subjetivo de la conducta omisiva

70) En los delitos de omisión, en general, existe un dolo más grave que en los delitos culposos. Sin embargo, no es posible aplicar a los delitos de omisión, el concepto de dolo de los delitos de comisión, en tanto que lo que existe en los primeros es la voluntad de no realización, mientras que en los de comisión existe la voluntad de realización. Lo anterior no quiere decir que no pueda llamarse "dolosa" a la omisión consciente.⁽⁷⁷⁾

71) Lo que ocurre es que en la omisión de denuncia lo que el legislador dicta es una obligación de hacer, y castiga la abstención voluntaria. De modo que la coacción o la amenaza ejercida sobre el agente, de un mal grave e inminente que haga que no pueda exigírsele otra conducta que la abstención de denunciar, destruye el dolo. También lo destruye, la fuerza mayor (Art. 33).

Lo mismo puede decirse de las otras causales de exculpación: destruyen el dolo en la omisión de denuncia.

El error sobre la ilicitud de los hechos previos, que no son considerados delito o contravención por el agente, afecta la adquisición del conocimiento del delito previo, debe ser tratado como un error de tipo (Art. 34).

El error relativo a la obligación de denunciar, que sufra el agente, debe ser tratado como un error de prohibición, puesto que la calidad requerida y la obligación correlativa de denunciar no son circunstancias relativas al hecho —referentes a la acción—, sino que se relaciona con el deber del sujeto (Art. 35). Cuando el error de prohibición es invencible, elimina el dolo; cuando el error de prohibición es vencible puede atenuar la pena (Art. 35 a contrario).

(77) Bacigalupo, Op. Cit., pág. 82.

3 La participación criminal en el delito de favorecimiento personal

72) La conducta castigada por el favorecimiento personal en su modalidad activa consiste en **ayudar** a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o **en ayudar** a alguien a substraerse a la acción de la Autoridad. Por tanto, consiste en una ayuda, en una participación erigida en delito independiente. Ello se explica fácilmente porque, salvo el caso de evasión (Art. 324), eludir la acción o las investigaciones de la autoridad, cuando es el mismo delincuente quien lo realiza, no es delito. Sin la incriminación particular de la ayuda en la forma que establece el artículo 320, la conducta de cooperación con el delincuente, no sería castigada por aplicación de las reglas generales de la participación criminal. Faltaría un hecho principal punible del cual pudiera el participante secundario tomar su responsabilidad (sistema de responsabilidad de préstamo).

73) Podría pensarse, sin embargo, que es posible ser participante en el delito de favorecimiento personal. En efecto, es posible que varios ayuden al delincuente a eludir las investigaciones o la acción de la autoridad. En tal caso se configura la coautoría (Art. 45). En tal concepto entrarían los que ayudaren al reo a escapar, pero no entraría el reo. En efecto, considerar a este como participante sería castigar el autoencubrimiento. Sería contradictorio castigarlo como coautor de un hecho, cuyo fundamento está en una acción (eludir la acción o la investigación de la justicia), que si la realiza solo no es delito. Es posible determinar a otro intencionalmente, para que ayude a alguno a eludir las investigaciones o la acción de la autoridad, lo que constituiría instigación (Art. 46). Pero nos parece que no es posible que pueda haber complicidad tal y como la define el artículo 47 ("... los que presten al autor o autores, cualquier auxilio o cooperación para la realización del hecho punible..."), porque dicho auxilio o cooperación sería una ayuda al delincuente para eludir las investigaciones o substraerse a la acción de la autoridad, que es precisamente lo que como autoría castiga el artículo 320.

En conclusión puede afirmarse que es posible la autoría, la coautoría, la instigación en el favorecimiento personal en su modalidad activa. No es posible la complicidad porque esta consiste en ayudar al autor, o en cooperar con él a la realización del hecho principal. Esta ayuda o cooperación, sería una ayuda al delincuente

para eludir la investigación o substraerse a la acción de la autoridad.

74) No es posible la participación criminal en la omisión de denuncia. En efecto, solamente el obligado jurídicamente puede omitir denunciar: es un delito de propia mano. De modo que si son varios los obligados cada uno de ellos cometerá un delito independiente. No hay unidad de la infracción, a pesar de la pluralidad de los obligados a denunciar. Además, la participación criminal requiere que pueda darse un aporte, que pueda contribuirse a la realización de un resultado. Ahora bien, en la omisión de denuncia no se castiga un resultado, sino la no realización voluntaria de una obligación de hacer determinada por la ley. El carácter omisivo del delito contradice el carácter causal que tiene la participación criminal.

Sección II — La Receptación

75) La receptación está prevista en dos artículos del Código del 70: El artículo 321 establece:

"Será reprimido con prisión de seis meses a tres años y con diez a treinta días multa, el que adquiriere, recibiere y ocultare dinero, cosas o bienes provenientes de un delito en que no participó, o interviniere en su adquisición, receptación u ocultación".

"Se aplicará la respectiva medida de seguridad cuando el autor hiciere de la receptación una práctica que implique profesionalidad".

A su vez el artículo 322 establece:

"Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que, con el fin de lucro, adquiriere o recibiere cosas o bienes que de acuerdo con las circunstancias debía presumir provenientes de un delito".

"Si el autor hiciere de ello un tráfico habitual se le impondrá la respectiva medida de seguridad".

76) En páginas anteriores hemos demostrado cómo estos artículos no se diferencian en lo que se refiere al elemento subjetivo del delito, y al modo de probar el mismo. No puede considerarse el artículo 322 como una forma agravada de receptación (infra, N° 33 y 34). De modo que se trata de una superposición de artículos.

Será necesario, sin embargo, dejar subsistentes algunos aspectos de estos artículos, porque hay acciones en uno que no las contempla el otro; porque en aquellas acciones que son contempladas por ambos la pena de uno y otro artículo difiere.

Lo anterior resalta de una comparación cuidadosa de ambos artículos:

a) El artículo 321 habla del que "adquiriere, recibiere y ocultare"; o del que "interviniere en su adquisición, receptación u ocultación". El artículo 322 habla únicamente de "adquirir" o "recibir". De modo que en los verbos en que coinciden ambos artículos, es decir, "adquirir" o "recibir", será necesario aplicar el artículo 322, que comporta una pena menor (seis meses a dos años), que la que comporta el artículo 321 (seis meses a tres años y diez a treinta días multa). Lo anterior es aplicación de la regla más favorable al reo.

En lo que hace a la expresión "ocultare", que dice el artículo 321, deberá regirse por lo dispuesto en el artículo 321, que es el único que la prevé. Lo mismo hay que establecer en lo que se trata de la intervención en la adquisición, receptación u ocultación: el único artículo que lo prevé es el 321; luego, la pena que castiga dicha acción, es la prevista en el artículo 321.

b) El artículo 322 requiere que la acción se haga con "fin de lucro". Este fin de lucro no es exigido en el artículo 321, pero como dicho fin es elemento esencial de la receptación, y lo que la diferencia del favorecimiento real, y como la exigencia de esa finalidad particular es más favorable al reo, es un elemento que debe mantenerse.

c) El artículo 321 habla de "... dinero, cosas o bienes ..." provenientes de un delito; el artículo 322 habla únicamente de "cosas o bienes", provenientes de un delito. La expresión dinero puede considerarse incluida en los conceptos de "cosas" o "bienes", de modo que su ausencia en el artículo 322 no cambia el cuadro de identidad entre ambos artículos. Esta interpretación es más lógica que la más literal de castigar la receptación de cosas y bienes, o la intervención en esa receptación con la pena del artículo 322 (por ser más favorable que la del artículo 321), y la receptación de dinero, o la intervención en dicha receptación con la pena del artículo 321.

d) El artículo 321 emplea la expresión "... de un delito en que no participó...", la cual no se encuentra en el artículo 322. Aparte de ser un presupuesto más favorable al reo, dijimos que el no castigo de quien participó en el hecho principal como encubridor, deriva más que de la enunciación concreta que haga el legislador sobre el encubrimiento, de las características propias de la participación criminal.

77) En conclusión, es necesario fusionar ambos artículos en una definición. De ello resulta que receptación es:

a) Adquirir, recibir u ocultar, con conocimiento del delito anterior y con ánimo de lucro, sin promesa anterior al delito ni participación material en el mismo, cosas o bienes provenientes de un delito.

b) En particular en la adquisición, receptación u ocultación de cosas o bienes provenientes de un delito, sin promesa anterior al mismo, y sin haber participado en él. También es necesario que se conozca la comisión del delito anterior.

El error legislativo de castigar en dos artículos diferentes, hechos que son en lo esencial idénticos, lleva a la paradoja, de que hechos en el fondo parecidos, tengan pena diferente. Así:

a) La pena que castiga la adquisición y la recepción es de seis meses a dos años (Art. 322). Por interpretación favorable al reo es necesario excluir la pena mayor prevista por el artículo 321, que también contempla los mismos hechos.

b) La pena que castiga la ocultación de cosas o bienes, o la participación en la adquisición, receptación u ocultación, es de seis meses a tres años y de diez a treinta días multa (Art. 321).

78) Con estas indicaciones previas, es necesario entrar a estudiar la receptación en sus elementos constitutivos. Para nosotros los elementos constitutivos del delito previsto en los artículos 321 y 322 son los siguientes:

1º Es necesaria una acción consistente en adquirir, recibir u ocultar cosas o bienes provenientes de un delito o en participar en su adquisición, receptación u ocultación.

2º Es necesario el elemento intencional o subjetivo, o sea, el conocimiento del origen ilícito de la cosa y la circunstancia de

que la adquisición, receptación u ocultación, o la participación en las mismas sean voluntarias y con ánimo de lucro.

3º Es necesario no haber participado en el delito previo.

4º Es necesario el delito previo.

5º Es necesario que el acto en que consiste no se encuentre previsto por otro artículo, con excepción del que prevé el favorecimiento real.

Estas tres últimas condiciones ya fueron analizadas, por lo que remitimos al primer capítulo.

1 Elemento material de la receptación

79) Materialmente el encubrimiento consiste en recibir, adquirir y ocultar bienes o cosas de proveniencia ilícita.

La recepción, la adquisición y la ocultación, son expresiones verbales de un fenómeno jurídico más profundo: la necesidad de una detención material del objeto (cosa o bien) proveniente de un delito.⁽⁷⁸⁾

La recepción, adquisición, u ocultación indican que es necesario que el agente haya tomado posesión sobre el bien o cosa proveniente del delito. De ahí que la receptación se asemeje a algunos delitos contra la propiedad (tales el hurto y robo, donde hay la toma de la posesión 'invito domino'; la estafa, en la que hay la entrega de la cosa en virtud de maniobras fraudulentas del agente; la apropiación indebida, o abuso de confianza, donde lo que se presenta es la desviación del título en virtud del cual se había recibido la cosa, título que requería obligación de entregar o devolver), en los que también se requiere estar en posesión de la cosa.

80) Esta necesidad de detención material del objeto o cosa proveniente del delito plantea delicados problemas. La misma existe no solamente cuando el delincuente es personalmente poseedor de los objetos, sino también cuando los mismos son puestos a su disposición, de tal modo que pueda decirse que se encuentran bajo su poder jurídico.

(78) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 563.

De ahí que para constituir el encubrimiento se requiera, si no una detención activa, al menos personal.⁽⁷⁹⁾

81) Esta necesidad de detención al menos personal explica la tendencia de la jurisprudencia a no condenar como encubridora a la mujer o a la concubina del ladrón, cuando éste lleva los objetos hurtados, robados, etc. a la casa que habitan juntos, a pesar de que la mujer o la concubina adquieran conocimiento del origen ilícito de la cosa o del bien. En efecto, la detención de la concubina o de la mujer no es personal; su posesión es equívoca.⁽⁸⁰⁾ La jurisprudencia no condena, incluso, en circunstancias en las que se prueba que la concubina se aprovechó de los efectos del delito. Así, en la Res. de 16:25 hrs. de 10 de marzo de 1964 de la Sala Segunda Penal SE SOBRESSEE provisionalmente a favor de la concubina que "... 'peló' las gallinas con el objeto de cocerlas y consumirlas...". Y en la resolución de 10:05 de 7 de abril de 1971 de la Sala Segunda leemos:

"En efecto, los objetos fueron llevados a la casa de Luisa por su concubino J. F. S. acompañado de otro reo. Esto no significa que ella guardara los objetos robados sino que bien puede ser que el concubino en su carácter de tal, los llevara a la casa donde ellos vivían para guardarlos él, y no su concubina".

82) En principio no hay impunidad de la esposa por los actos de encubrimiento realizados de objetos hurtados, robados, etc., por su marido, si hay detención material o personal no equívoca, o bien por los actos de encubrimiento realizados conjuntamente con él. No es posible, en tal caso, que ella pueda alegar subordinación debida a su marido. Primero, porque no existe en nuestro derecho civil ni en la Constitución tal subordinación y porque, aun existiendo la misma, no se convierte la mujer en incapaz de tener una voluntad propia y de concurrir por sí misma a una voluntad criminal.⁽⁸¹⁾ Los artículos del Código Civil que podrían citarse en apoyo de la subordinación de la mujer a su marido, reglamentan las relaciones civiles entre los esposos y no se refieren a las responsabilidades penales en que ellos podrían incurrir como individuos.

(79) Lambert, Op. Cit., pág. 504.

(80) Garçon, Op. Cit., tomo II, pág. 563, N° 12.

(81) Lambert, Op. Cit., pág. 506.

Esta idea parece subyacente en la sentencia de Cas. de 9:15 a.m. del 30 de octubre de 1923 (Col. Sent. Cas. II Sem., pág. 378). En ellas se rechaza el recurso de dos encubridores, marido y mujer, que habían comprado los efectos robados, conociendo su origen furtivo. Los objetos fueron comprados por el marido y vendidos por la esposa a un tercero de buena fe. El recurso alega contra la condenatoria de la mujer que ésta "... no ha hecho más que cumplir con el mandato que le diera su marido para ir a San Antonio de Belén a vender los objetos relacionados, lo que hizo sin malicia alguna que evidencie su culpabilidad, desde que vendió públicamente". La respuesta a tal argumento por la Corte, es categórica: "Que el artículo 479 del Código Penal establece que se castigará como encubridor del robo o del hurto de una cosa al que la compre o la reciba por cualquier título, sabiendo su origen o no pudiendo menos que suponerlo y ese precisamente es el caso de los procesados Araya y Arroyo..." "... de modo que no puede abrigarse duda razonable acerca de que ambos procesados participaron en el hecho en los términos que expresa el citado artículo...".

83) Requiriéndose un acto de detentación material de la cosa, o al menos personal, para que exista el encubrimiento, no lo habrá cuando una persona saque indirectamente provecho de un delito cometido por un tercero, aunque tenga conocimiento dicha persona de la comisión del delito. Tal es el caso de recibir ventajas patrimoniales genéricas, como alimentos o bebidas del ladrón, compradas con el producto del delito, salir de parranda con el ladrón, quien paga, etc.⁽⁸²⁾

84) No se requiere ningún acto de detentación ni material ni personal, sin embargo, para castigar al participante. El artículo 321 castiga, como conducta penalmente equivalente y alternativa al que "... interviniera en su adquisición, receptación u ocultación" de cosas u bienes provenientes de un delito). De modo que el participante (coautor o cómplice, poco importa) es punible de la misma pena que el encubridor, aunque no haya detentado los objetos. Tal disposición es una derogatoria particular de las reglas de la participación criminal de la parte general para el encubrimiento. De ahí que no se apliquen, y que en el caso en estudio no sea posible condenar a nadie por instigador del encubrimiento: este tipo de par-

(82) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 287; Garçon, Op. Cit., tomo II, pág. 563, N° 14.

ticipante está excluido de la enunciación del artículo 321 porque no interviene en la recepción, adquisición u ocultación de los objetos, bienes o cosas.

85) El legislador utiliza la expresión "bienes o cosas" para designar los objetos susceptibles de receptación. La expresión es lo suficientemente amplia para englobar todas aquellas cosas que pueden ser objeto de una apropiación legalmente punible: dinero, cartas, televisores, documentos, etc.

Hay quienes entienden que la propiedad en materia penal es un vínculo connotador de un complejo de relaciones jurídicas, aun despojadas de valor económico, entre un sujeto titular de derecho y un objeto material o inmaterial (derecho), que tiene como consecuencia la posibilidad de disponer de éste.⁽⁸³⁾ Para estos autores, son ubicables dentro de la protección penal de propiedad, aquellos bienes despojados de un valor económico, pero que tienen un valor efectivo o emocional (por ejemplo, el hurto de un rizo de un ser querido).

Aceptando un concepto tan amplio de propiedad en materia penal —que para nosotros debe coincidir con la propiedad del derecho civil—, aún así no es posible el encubrimiento, en su modalidad de receptación, porque ésta requiere el fin de lucro.

86) Las cosas o bienes ocultados, adquiridos o recibidos, deben ser "**provenientes de un delito**". Estos son 1º —La res furtiva— la cosa o cosas directamente adquiridas por medio del delito. 2º Las cosas obtenidas mediante un especificación posterior (fusión de los objetos de oro sustraídos; las partes del objeto sustraído) 3º Lo que se obtiene de la enajenación de la cosa (dinero obtenido de la venta, cosa permutada por el objeto obtenido con la ayuda del delito, etc.). 4º Las cosas o bienes creados por el delito (por ejemplo, los documentos falsificados). 5º Los bienes económicamente valorables que se hayan dado al culpable para que cometa el delito.

No se requiere, entonces, que la cosa o bien que se recepte —que es necesario poseer, detenerla— sea la misma que se obtuvo con el producto del delito, aunque generalmente lo sea.

(83) Fernando Bayardo Bengoa "Concepto de Propiedad Penal" en la Revista de Derecho Penal y Criminología" N° 1, 1970, pág. 5. Editorial La Ley, Buenos Aires.

Es posible ser receptor del dinero producto de la venta del objeto sustraído. La jurisprudencia ha resuelto que hay encubrimiento cuando alguien recibe, no el licor sustraído, sino el dinero producto de la venta de dicho licor. En tal sentido Casación acoge lo siguiente, dicho por la Sala: "Que el señor Murillo A. tenía conocimiento de los movimientos delictuosos de López, y en algunas ocasiones recibió de éste sumas de dinero, producto de la venta del licor que sustraía de las bodegas del ofendido"; por tanto, es culpable de encubrimiento. (Cas. 10:10 hs. de 30 de noviembre de 1954).

También existe encubrimiento cuando se transforma la cosa, se la especifica, o se la separa en partes, si el receptor conoce la proveniencia ilícita del objeto que adquiere. Una parte de la doctrina, sin embargo, se opone a tal tesis.⁽⁸⁴⁾ Para Larguier⁽⁸⁵⁾ cumplida la condición de la detención personal, no es necesario que el agente se haya encontrado detentador material de la cosa; puede haber encubrimiento cuando la cosa no se tiene todavía en las manos; tal es el caso del agente que acepta realizar sobre la cosa o el bien un acto jurídico, por ejemplo, transmitirla a otra persona.

87) No establece la ley limitación en lo que se refiere al delito anterior del cual provenga el objeto receptado. Generalmente, pero no de un modo necesario, provendrá de un delito contra la propiedad. Es posible el encubrimiento del objeto proveniente de un robo, un hurto, que es el caso más corriente en la jurisprudencia; puede provenir también de un delito de contrabando (Sala Primera Penal, Res. 15:15 hs. de 16 de noviembre de 1966); de un delito complejo de falsificación de marbetes y contrabando (Sala Primera Penal Res. 15.30 hs. de 1º de junio de 1967; Sala Primera Penal, Res. 15:05 hs. de 17 de octubre de 1967; Sala Primera Penal, Res. 15:25 hs. de 26 de enero de 1967); del delito de peculado (Sala Primera Penal 15:55 hs. de 8 de abril de 1969); del delito de abigeato (Sala Primera Penal, Res. 10:05 hs. de 3 de noviembre de 1961); del delito de merodeo (Sala Primera Penal 15:10 hs. de 23 de enero de 1959).

(84) En tal sentido, Logoz, Op. Cit., tomo I, pág. 136; Fontán Balestra, Derecho Penal, Op. Cit., pág. 772; Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 288; Etcheberry, Op. Cit., tomo II, pág. 103; Marie-José Littmann, "Le Recel Pénal", note sous crim. 9 juill. 1970, Recueil Dalloz-Sirey, 1971, 13 janvier 1971-J. pág. 4.

(85) Larguier, Recel, Op. Cit., N° 9.

Desde luego, es posible la receptación de la cosa proveniente de una estafa. Sólo que en este caso la prueba del conocimiento del delito anterior por el encubridor se dificulta: en la estafa hay entrega voluntaria —con consentimiento viciado por error— de parte de la víctima de la estafa, y lo que separa en tales casos el dolo penal del civil es la posibilidad de que las maniobras fraudulentas empleadas por el estafador engañen a un hombre medio. Tal es la doctrina jurisprudencial. Por ello, el acusado de encubrimiento podrá decir que fue persuadido de la legítima proveniencia del objeto de parte del estafador.

88) Es principio cierto que puede haber varios encubridores de un mismo objeto. Tal es el caso de los individuos que adquieren sucesivamente un objeto producto de un delito, concretamente un hurto, con conocimiento de su carácter delictuoso. En tal sentido establece la Res. de 15:15 hs. de 24 de setiembre de 1965 de la Sala Segunda Penal:

“V. H. confesó haber adquirido la motocicleta a sabiendas de que era hurtada y así la vendió a su vez... B. S. R. adquirió la motocicleta por un precio sumamente bajo, lo que por sí solo debió hacerlo suponer que se trataba de un objeto de ilícita procedencia; por otra parte, el procesado V. H. expresa que al vendérsela le advirtió que era robada”.

Siendo el delito de encubrimiento un delito continuo, se deduce que en este caso no habrá tantos delitos de encubrimiento como poseedores de la cosa haya, sino que habrá un solo delito con diversidad de participantes. La adquisición, receptación u ocultación crea un estado antijurídico, castigado por la ley, que sólo finaliza con la destrucción del objeto, con la entrega del mismo al propietario o a la autoridad, con el abandono del objeto o su pérdida, o con la adquisición del mismo por un tercero de buena fe.

89) Pero la Sala Segunda Penal en su Res. de 15:30 hs. de 8 de mayo de 1964, ha resuelto que se cometen varios delitos de encubrimiento cuando con conocimiento de la ilícita procedencia y de los delitos cometidos, se compran varios objetos provenientes de diferentes delitos. Porque, dice la Sala, si la receptación “...constituye primordialmente una figura autónoma en perjuicio de la Administración de justicia, también lo es de carácter patrimonial en daño de las personas a quienes se le sustrajeron los objetos”.

Tal resolución es jurídicamente errada, en nuestro criterio. Olvida que siendo el encubrimiento un delito independiente, lo que importa es que haya una sola adquisición que se sitúe en un mismo punto en el espacio y en el tiempo. No importa, entonces, que los objetos que se adquieren al mismo tiempo provengan de un hurto y un robo, por ejemplo. Establecer lo contrario, conduce a considerar al delito de encubrimiento como dependiente del delito previo. La conclusión de la Sala deriva de una mala interpretación de Soler, como puede verse en la misma resolución: “Y advierte —Soler— que ‘no se multiplican los actos de encubrimiento por el hecho de que se efectúen varias operaciones de ocultación o compra de diferentes objetos **provenientes de un mismo delito**’, de donde resulta que si se trata de objetos producto de diferentes infracciones se cometen diferentes delitos de encubrimiento”.

En tal caso, Soler se refiere en el párrafo tomado por la Sala al caso excepcional del delito continuado, donde más que los actos de toma de posesión, importa la unidad de voluntad criminal del agente encubridor. De ahí que lógicamente esté errada la conclusión de la Sala, porque no puede sacarse de una excepción, una conclusión general referente al mismo asunto.

90) Bajo el Código de 1941 la jurisprudencia, especialmente de las Salas, había resuelto que no importaba el título en virtud del cual el encubridor entrara en posesión del bien o cosa de procedencia ilícita. En tal sentido dice la Sala Segunda en su resolución de 22 de diciembre de 1961:

“...la Sala llega a conclusiones jurídicas distintas de las del señor juez, pues si bien es cierto que el reo y apelante único O. J. es persona de mala conducta anterior, esa sola circunstancia no es suficiente para dictar en su contra auto de prisión y enjuiciamiento por el delito de encubrimiento pues tal figura delictiva se perfecciona cuando una persona comete cualquiera de los hechos enumerados en el artículo 401 del Código Penal, entre ellos recibir por cualquier título, objetos producto del delito...”.

La jurisprudencia había aceptado que dicho título podía ser: a) la donación de una cantidad de dinero dada para comprar el silencio del encubridor por el ladrón, si ese dinero era parte del sustraído (Res. Sala Segunda de 15:20 hs. de 21 de julio de 1967). b) La compraventa, que es el título más común de entrar en posesión

de los objetos (Res. Sala Segunda de 10:30 hs. de 21 de noviembre de 1961, entre otras). c) La permuta (Res. 16:05 hs. de 22 de enero de 1965 de la Sala Segunda, entre otras). d) La entrada en posesión como comisionario (Res. Sala Segunda de 16:10 hs. de 23 de setiembre de 1966; Res. 15:15 hs. de 26 de junio de 1970 de la Sala Segunda, entre otras). e) También fueron considerados receptadores aquellos que reciben, conociendo su origen un objeto en pago de una deuda o como garantía de una deuda (Res. 16:05 hs. de Sala Segunda Penal de 22 de enero de 1965). f) Es receptor, por último, el taxista que, con conocimiento de la comisión del delito, transporta en su vehículo al ladrón con los objetos robados (contrato de transporte) (Res. de Sala Segunda Penal de 15:18 hs. de 18 de abril de 1969).

Esta jurisprudencia que considera receptor al que entra por cualquier título en posesión del objeto que sabe proveniente de un delito, está de acuerdo con el texto de la ley, que no determina un título particular de adquisición o recepción, para ser encubridor. Con texto casi idéntico en su legislación, algunos autores argentinos consideraron que la donación no podía servir de título para configurar el encubrimiento.⁽⁸⁶⁾

91) El Código de 1970 emplea las expresiones "adquirir", "recibir" y "ocultar".

No fija el título por el cual, para ser legalmente encubridor, haya que recibir o adquirir la cosa o el bien proveniente de un delito. De ahí que pueda ser por cualquier título, a condición de que dicho título de adquisición o recepción sea compatible con el ánimo de lucro que los artículos 321 y 322 exigen. En ausencia de este ánimo de lucro, pero en presencia de una adquisición o recepción de una cosa o bien, la conducta no es tipificable como receptación, porque aún el participante en los actos de adquisición, receptación u ocultación debe actuar con ánimo de lucro. Dicha conducta será punible de conformidad con el artículo 323, pero a título de favorecimiento real.

92) Cuando el acto por el cual el agente entra en posesión de la cosa o bien que sabe proveniente de un delito, es a la vez otro delito, por ejemplo un hurto, ello no hace desaparecer el en-

(86) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 288.

cubrimiento. Hurtándole al que a su vez había hurtado, y conociendo que la cosa hurtada a su vez había sido hurtada por su poseedor, se convierte quien tal hiciera en autor principal de un delito de hurto, y en receptor de la cosa así hurtada, que será cosa proveniente de un primer delito. Habría un concurso ideal de infracciones.⁽⁸⁷⁾

93) Definiendo la receptación como la entrada y el mantenimiento en la posesión de un objeto que se sabe de procedencia ilícita, por medio de su adquisición o recepción o como la ocultación del objeto, la misma es un delito continuo, que se consuma mientras dura la posesión. Ello parece exacto, puesto que la jurisprudencia con textos semejantes a los del Código del 70, ha considerado que existe receptación de parte de aquél que adquiere o recibe una cosa o un bien, que sabe que a su vez fue adquirido o recibido ilícitamente por un tercero, a su vez encubridor. La adquisición o la recepción u ocultación del objeto crea una posesión ilícita y mientras la misma dure, dura el delito. La prescripción de la acción penal solamente empieza a correr a partir del momento en que cese la posesión, sea cual sea el motivo por el que cesa.⁽⁸⁸⁾

Varias consecuencias derivan de la consideración del encubrimiento como delito continuo (receptación): a) El encubrimiento de cosas (receptación) puede ser perseguido en todos los lugares en que el objeto receptado ha sido poseído, desde el comienzo de la posesión ilícita, hasta que ésta termine. b) después de un sobreseimiento o una absolutoria, es posible instaurar una acción penal, y una condenatoria, si las mismas se refieren a hechos de detención posteriores del mismo objeto, a aquellos que fueron juzgados. En tal caso, ello no roza con la prohibición del artículo 530 del Código de Procedimientos Penales de 1910 (ni con su correspondiente; el artículo 1º del Proyecto de Código Procesal Penal en etapa de elaboración).

94) La definición de la receptación como delito continuo presenta dificultades cuando la cosa encubierta (receptada) es una cosa consumible, o simplemente fungible. Tales cosas no son siempre susceptibles de una posesión continua. En tal caso, la carga de la prueba referente a probar la continuidad de la posesión co-

(87) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 564, Nº 21.

(88) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 565, Nº 24.

responde al acusador, y conforme al Proyecto de Código de Procedimientos Penales, al Ministerio Público.

95) La participación en los actos de adquisición, receptación (u ocultación) establecida por el artículo 321 como penalmente equivalente a la receptación en sentido estricto, es un delito instantáneo. Lo que se castiga con ella es la **intervención**, y no la toma de posesión del objeto que se sabe de procedencia ilícita, ni el mantenerse en posesión del mismo.

96) Los artículos 321 y 322 del Código Penal castigan no solamente el adquirir y el recibir, sino también el ocultar; es decir, no solamente la entrada en posesión de un objeto de ilícita procedencia, cuando se conoce esta circunstancia, sino el mantenerse en posesión de él. Por consiguiente, es un delito continuo, que se renueva con todos sus elementos a cada instante.

De ahí que no sea necesario que coincida el conocimiento del origen delictuoso con el momento de la entrada de posesión: será receptador quien habiendo adquirido el objeto de buena fe, adquiere posteriormente la certeza de que proviene de un delito y se lo deja.⁽⁸⁹⁾ En materia penal, el "dolus superveniens nocet".⁽⁹⁰⁾

(89) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 314; Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 565, N° 30 s.; L. Hugueney, Gaz. Pal. 1936-2-493.

(90) En otras legislaciones se presenta un choque entre la legislación civil y la penal, porque la primera considera que la buena fe se aprecia en el momento de toma de posesión, y se mantiene durante el curso de ésta, aunque luego el adquirente dure, e incluso adquiera la certeza de que su posesión es de mala fe. Ello porque, en materia de muebles la posesión vale por título, y sí, al momento de la adquisición de la posesión, el adquirente adquiere bien, adquiere la propiedad. Este es el punto de vista de la legislación francesa. (Véase, en tal sentido Gilles Goubeaux, note a Cas. crim. 30 octobre 1969-J.C.P.-II-16333; Jacques Léauté, "Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en Droit Pénal Spécial", en Etudes Juridiques offertes a León Julliot de la Moradiere, págs. 246, 247, Paris, Dalloz, 1964). Pero el Código Penal castiga el recibir, adquirir u ocultar, una cosa que se sabe proveniente de un delito. Desde el momento en que el agente toma conciencia de la procedencia ilícita de la cosa, cometerá el delito de encubrimiento, delito continuo, aunque para el derecho civil continúe siendo poseedor de buena fe.

En nuestro derecho no se presenta la contradicción apuntada, creemos nosotros. El Código Penal castiga no solamente el dolo inicial en el encubrimiento, sino el dolo subsiguiente, a condición de que la figura de que se trate sea un delito continuo. Cuando se adquiere una cosa de buena fe, y luego se llega a la certeza de que es proveniente de un delito, y se la guarda, se la oculta, se está cometiendo el delito de encubrimiento. Pero, a su vez y en el mismo sentido, establece el artículo 285 del Código Civil: "Cesa de ser de buena fe la posesión en el momento de adquirir la certidumbre de que se posee indebidamente...".

Si hay contradicción entre el artículo 393, Inc. 3 del Código Penal de 1970 y el artículo 285 del Código Civil. El primero establece: "Será castigado con un mes a treinta días multa: a)" El que habiendo adquirido de buena fe, dinero u otras cosas sobre las que posteriormente sospeche que provienen de delitos, omitiere dar aviso a la Autoridad". El artículo 285 del Código Civil dice: "... si la posesión fuere de buena fe en su principio.

2 Elemento Subjetivo de la Receptación

97) La receptación requiere, como parte integrante del elemento subjetivo, el conocimiento del hecho principal del cual proviene la cosa o bien que se adquiere.

Ya nos referimos a algunas de las características de este elemento del delito. En particular, es necesario determinar que el encubridor conocía la existencia del delito previo del cual provienen los objetos adquiridos, recibidos o ocultados (véase N° 31, 32, 33, 34 y 35).

A lo dicho sólo nos resta agregar que el conocimiento del hecho previo debe ser probado por el acusador (aquí, por el acusador particular, por la Procuraduría, o por el juez instructor). De acuerdo con el principio de libertad de la prueba puede ser cualquiera de los legales, el medio utilizado.

Consultando las resoluciones judiciales, se llega a la conclusión de que se tiene por probado el conocimiento del hecho previo, cuando se establecen circunstancias que le quitan a la negociación realizada, o al acto realizado, **toda su normalidad**. Cuando las condiciones de la transacción realizada son anormales, de ahí se deduce que se conocía el delito previo. Condiciones anormales son la exigüidad del precio, la clandestinidad de la operación, la minoridad del vendedor o transmitente, los antecedentes conocidos por el adquirente del transmitente, la violación de los usos y costumbres mercantiles del lugar en que se hace la transacción, etc.

Tal nos parece ser la idea que está atrás de las siguientes resoluciones:

Res. Sala Segunda Penal de 17:10 hs. de 13 de setiembre de 1963:

"Ellos, como comerciantes, compraron bien a personas que, motivos suficientes tenían para pensar que estaba autorizada a vender, habiéndose celebrado las compras que ellos hicieron por un precio que no puede considerarse exiguo".

no pierde ese carácter por el solo hecho de que el poseedor dude posteriormente de la legitimidad de su derecho".

Cuando el poseedor de buena fe inicial duda o sospecha de que la cosa proviene de un delito, sin adquirir, desde luego, la certeza, será castigado por el artículo 393, Inc. 3; pero seguirá siendo poseedor de buena fe para el derecho civil!! Hay, por consiguiente, una total antinomia.

Res. 16:30 hs. de 12 de julio de 1963; de la Sala Segunda Penal:

"No se ve en absoluto el dolo, pues las compras fueron hechas con toda normalidad, empleando usos y costumbres comerciales".

Res. 16:55 hs. de 19 de noviembre de 1965 de la Sala Segunda Penal:

"M. V. adquirió los objetos mencionados, de que se dedicaba al comercio (sic.), cliente de su negocio, quien como de buenos antecedentes de conducta. La compra se hizo por un valor justo, superior al que se dio a los mismos en este proceso. En esas condiciones resulta evidente que no incurrió en delito".

98) También se castiga como receptador al participante (o participantes) en la adquisición, receptación u ocultación de los objetos provenientes del delito. El que "...interviniere...", solamente es receptador si conoce la existencia del hecho principal.

99) El conocimiento del origen fraudulento de los objetos receptados no basta. Es necesario, además, que el agente haya adquirido consciente y voluntariamente la cosa, que consciente y voluntariamente la haya recibido u ocultado, o que voluntaria y conscientemente haya participado (intervenido) en la adquisición, receptación u ocultación.⁽⁹¹⁾ Se requiere, además, la intención culpable, que en el caso concreto está integrada por el asociarse de cierta manera a la infracción principal y previa realizada —aunque el encubrimiento sea un delito independiente— y por sacar provecho de la infracción realizada.⁽⁹²⁾ Falta esta intención en el agente que, teniendo conocimiento del origen ilícito de la cosa, por negligencia tardara en dar parte a la policía o en operar la correspondiente restitución.

Tal es el sentido en que debe ser interpretada la exigencia por los artículos 321 y 322 del "fin de lucro". Por este hemos de entender, entonces, la particular finalidad de la voluntad del receptor —llamada en la teoría de la tipicidad elemento subjetivo del injusto— tendiente a aprovecharse personalmente, económicamente o no— de la cosa recibida, adquirida u ocultada, o respecto

(91) Logoz, Op. Cit., tomo I, pág. 137.

(92) Garçon, Op. Cit., tomo III, pág. 569.

de la cual intervino en su receptación, ocultación o adquisición. Será receptador el que adquiera, por ejemplo, la cosa, por un precio superior al que en realidad tiene. Con la satisfacción personal derivada de la cosa se lucra.

El fin de lucro es más difícil que exista en el que interviene en la recepción, adquisición u ocultación de la cosa. De ahí que la conducta del participante tenga que ser tratada como favorecimiento real, por lo general.

El fin de lucro es esencial en la receptación: es lo que diferencia a ésta del favorecimiento real.

Sección III — El Favorecimiento Real

100) El artículo 323 dispone que: "Será reprimido con prisión de tres meses a dos años el que, sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de éste, procure o ayudare a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito o a asegurar el producto o el provecho del mismo.

Esta disposición no se aplica al que de alguna manera haya participado en el delito o al que incurriere en el hecho de evasión culposa".

El último párrafo del artículo sale sobrando. Es evidente que esa disposición no se aplica al que haya participado en el delito, por la accesoriedad del encubrimiento respecto de la participación criminal. Además, el mismo artículo 323 enuncia el mismo concepto en el párrafo primero, al decir: "...el que, sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de éste...". No se entiende, por otro lado porque el último párrafo del artículo 323 diga que: "Esta disposición no se aplica... al que incurriere en el hecho de evasión culposa...". Siendo la evasión culposa, es incompatible con la índole dolosa del delito de encubrimiento. Hicimos notar, además, que el encubrimiento es una figura subsidiaria (Infra, N° 43 y 44), porque el encubrimiento solamente existe cuando los hechos que lo constituyen no están previstos por una norma legal diversa.

101) El artículo 323 castiga dos tipos de acciones que tienen unidad propia, cada uno de ellos: a) Castiga al que "...procurare

o ayudare a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito". b) Castiga también al que "... ayudare a alguien... a asegurar el producto o el provecho del mismo".

La primer serie de hechos se asemeja a lo que algunas legislaciones (por ejemplo, el Código Italiano, Art. 374) denominan "Fraude Procesal". La segunda es lo que se conoce propiamente con el nombre de favorecimiento real.

1 El procurar o ayudar a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

102) Esta disposición trata de proteger, en el fondo, la prueba indiciaria, la constatación directa (inspección judicial) y la prueba de peritos, en el proceso penal, mediante la conservación del estado de las cosas, objetos, lugares, etc., que eventualmente podrían ser apreciados por el juez penal o por peritos. Es, pues, el establecimiento de un mínimo de honestidad y moralidad en la actitud de las partes.

Los elementos del delito son: 1) Existencia de un hecho principal. 2) La no participación (ni subjetiva ni objetivamente) 3) El conocimiento del hecho principal. 4) La conducta activa. 5) El elemento subjetivo.

Las tres primeras condiciones ya fueron analizadas en el capítulo I. Nos toca, pues, referirnos al elemento material y al elemento subjetivo del delito.

1.1. Elemento material

103) El hecho constitutivo de delito definido por el artículo 323 como el hecho de procurar o ayudar a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

Es necesario que dicha conducta no esté prevista expresamente por otro artículo, porque como en todos los casos de encubrimiento, dicha norma excluiría la aplicación de las relativas al encubrimiento.

104) Por rastros del delito se entiende todas aquellas señales físicas que dejan los delitos que el Código de Proc. Pen. de 1910 denomina de "hecho permanente" (Art. 182), y que pueden ser descritos y apreciados por el juez o por peritos, cuando su constatación requiera conocimientos especiales o aparatos especiales.

Los mismos pueden encontrarse en las cosas, en los lugares o en las personas relacionadas con el delito.

Por pruebas del delito debe entenderse aquella cosa que puede ser destruida, alterada u ocultada y que directamente lo prueba. Tal es el caso de los documentos públicos o auténticos que comprueben directamente el hecho delictuoso, y que según el artículo 508 del Cód. de Proc. Pen. de 1910, hacen plena prueba en los negocios criminales en cuanto a la existencia del mismo. Faltando la condición de que la cosa pruebe directamente el delito, debe ser apreciado discrecionalmente por el juez.

Por instrumento del delito se entiende aquel medio material con que el mismo se cometió (el revólver con que se disparó a la víctima, etc.).

Estos instrumentos del delito, son considerados en el artículo 323 como posibles elementos de prueba y no en su valor económico.⁽⁹³⁾ Pero como los instrumentos del delito no son bienes o cosas provenientes del delito en el sentido en que utiliza la expresión el artículo 321 y 322, que castiga la receptación, de ahí se deduce que no se puede ser receptor, aunque se adquieran con ánimo de lucro, de dichos instrumentos. Cuando se adquiere con ánimo de lucro y con conocimiento de la realización del hecho los instrumentos del delito se cometa el delito de favorecimiento real en la modalidad que estudiamos. El ánimo de lucro no es incompatible con la finalidad de entorpecer la acción de la justicia.

105) El artículo 323 castiga dos acciones, en realidad: a) procurar la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito. b) ayudar a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

(93) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 285.

En otras palabras, castiga el procurar la desaparición, ocultación o alteración de los rastros o instrumentos o pruebas del delito, y el haber participado en la desaparición, ocultación o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito. Por ello, podemos afirmar que este artículo contiene una derogatoria de las reglas de la participación criminal. La razón para castigar la participación, en calidad de cómplice —ayuda o cooperación—, con independencia de lo dispuesto por la parte general del Código, se encuentra en que el autoencubrimiento no es punible. Por consiguiente, cuando el que realizaba la desaparición de los rastros, pruebas o instrumentos del delito era el que había participado en la infracción, el participante no podría ser castigado, si se aplicara la parte general del Código, porque faltaría un hecho principal del que él pudiera tomar su responsabilidad, (sistema de responsabilidad de préstamo). No es, por tanto, punible la instigación cuando se trate de ayudar a otro.

106) El artículo 323 castiga el “procurar la desaparición, ocultación o alteración de los rastros o instrumentos o pruebas de un delito”. Se deduce, entonces, que no es necesario que se haya logrado efectivamente la destrucción, desaparición u ocultación. El delito se consuma en el momento en que se procura realizar las acciones indicadas. No es posible la tentativa. Por otro lado, es un delito instantáneo.

Cuando se trate del que ayudare a alguien a lograr la desaparición, ocultación o alteración de los rastros o instrumentos del delito, tampoco es punible la tentativa. El hecho solamente es delito cuando alguien “logró” la desaparición, alteración u ocultación, total o parcial, de las cosas mencionadas. Por tanto, solamente se castiga la ayuda dada, la ayuda ya realizada, que efectivamente contribuyó a la destrucción, ocultación o alteración.

1.2. El elemento subjetivo

107) El elemento subjetivo del delito de destrucción, alteración u ocultación de pruebas, instrumentos o rastros del delito, consiste en el dolo. La acción o acciones realizadas deben serlo dolosamente. La forma culposa está excluida. Quien culposamente borrara las huellas digitales dejadas por el asesino, destruyera el documento falsificado con el que se cometió la estafa, o tirara al

río el revólver del homicida, no cometería el delito. Este dolo está integrado por el conocimiento del hecho principal realizado, y por la intención delictuosa, consistente en procurar la destrucción, alteración u ocultación de las pruebas, instrumentos o rastros del delito, con el conocimiento y la dirección intencional de entorpecer la acción de la justicia.⁽⁹⁴⁾

La ayuda o la procuración de la alteración, destrucción o ocultación debe ser libre y voluntaria, de modo que la coacción o amenaza, le quitan su carácter delictuoso.

2—El ayudar a alguien a asegurar el producto o provecho del delito

108) El artículo 323 castiga al que ayudare a alguien a asegurar el producto o el provecho del delito. Este hecho es lo que se denomina en otras legislaciones favorecimiento real. Este delito requiere, como todos los encubrimientos, que se den lo que hemos definido como condiciones generales: hecho previo, su conocimiento, no participación en este delito previo, necesidad de actos positivos, la no contemplación del hecho por una regla diferente de las que castigan el encubrimiento (carácter subsidiario), que ya fueron estudiados. Pero además requiere, que los hechos por él castigados no estén contemplados por otra de las formas de encubrimiento. Es un delito totalmente subsidiario. Además, requiere un elemento material y un elemento subjetivo, que pasamos a estudiar.

2.1. El elemento material de la ayuda a asegurar el producto o provecho del delito

109) El elemento material de la figura consiste, según el artículo 323 en “...ayudar a alguien a asegurar el producto o el provecho del mismo” (del delito).

El mayor problema que presenta tal definición es distinguir ese elemento material de aquel de la receptación (Arts. 321 y 323).

110) El elemento material de la receptación consiste en adquirir, recibir, u ocultar cosas o bienes provenientes de un delito en que no se participó, o en intervenir en su adquisición, recepción u ocultación.

(94) Soler, Op. Cit., tomo V, pág. 285.

Como es posible que se reciban, adquieran u oculten cosas o bienes provenientes de un delito en que no se participó —que son producto o provecho del delito, también— o que se intervenga en su adquisición, recepción u ocultación, no por el deseo de tenerlas, sino para ayudar a otro a asegurar el producto o provecho del delito, muchos autores dicen que no hay diferencia objetiva entre el favorecimiento real que estudiamos y la receptación. La diferencia, según ellos, es puramente subjetiva: en la receptación el acto debe haber sido realizado con el fin de lucro, y no en el favorecimiento real. El acto es realizado altruistamente o en beneficio de un tercero. Comentando disposiciones parecidas a las nuestras, tal es la posición de Manzini.⁽⁹⁵⁾

111) Nosotros creemos que el elemento material de ambos delitos coinciden, efectivamente, cuando el producto o provecho del delito es una cosa o bien susceptible de ser poseída. Es necesario, por tanto, que este producto o provecho del delito tenga un “**corpus**”, que pueda tenerse como un determinado “**animus**”. En tal caso producto o provecho del delito es equivalente a cosa o bien proveniente de un delito. Y cuando la cosa es adquirida, recibida u ocultada, o cuando se interviene en su adquisición, recepción u ocultación— el único elemento diferenciador entre la receptación y el encubrimiento real sea el fin de lucro en la primera. Los términos “recepción”, “adquisición”, “ocultación” requieren que la cosa o bien sea susceptible de ser poseída. La intervención en estas operaciones indica que otro “adquirió”, “recibió” u “ocultó” la cosa o el bien.

Pero el artículo 323 habla de “provecho” del delito. Y puede haber provechos que sean puramente satisfacciones personales, o provechos que no son cosas en el sentido del artículo 321 y 322 (receptación) o provechos que sean cosas que no puedan ser poseídas, requisito exigido por la receptación. Por ejemplo, el provecho consistente en un ascenso en la jerarquía administrativa, otorgada al delincuente autor del hecho previo, como premio o precio a su delito, puede ser asegurada por un tercero, pero no puede ser adquirida, recibida u ocultada, ni puede intervenir en su adquisición, recepción u ocultación.

(95) Manzini, Op. Cit., Vol. V, pág. 309.

De ahí que nosotros creamos que tales casos, en los que el provecho no es una cosa o un bien en el sentido del artículo 321 y 322, aunque el que ayude a asegurarlo actúe con ánimo de lucro, cometerá, no el delito de receptación —pues no es cosa ni bien— sino el delito de favorecimiento real, en el sentido que lo estudiamos. La ausencia de ánimo de lucro no es una característica esencial del favorecimiento real. Cuando los mismos hechos materiales están previstos por la receptación, y hay ánimo de lucro lo que opera es subsidiaridad. Es decir, la exclusión del favorecimiento real, no porque los hechos realizados con ánimo de lucro sean incompatibles con él, sino porque otra figura los prevé.

112) De ahí que nuestra ley caiga en una contradicción: cuando el beneficiado con el provecho que no es cosa o bien en el sentido requerido para la receptación es un tercero, no cometerá delito (tampoco lo cometerá el autor del hecho principal, por haber participado en el delito), aunque actúe con ánimo de lucro. El artículo 323 castiga el **ayudar a asegurar el provecho del delito únicamente**; la receptación (Arts. 321 y 322) exige que haya un bien o una cosa, que sean susceptibles de recibirse, adquirirse u ocultarse. Pero el que ayuda a asegurar el provecho (que no es cosa o bien posible) es castigado por el artículo 323.

2.2. El elemento subjetivo de la ayuda a asegurar el producto o provecho del delito.

113) El elemento subjetivo del delito estudiado está constituido por el conocimiento del delito previo y por la voluntariedad de la acción de ayudar al aseguramiento del producto o del provecho del delito.

La ausencia del ánimo de lucro no es esencial, como lo demostramos, para configurar el elemento subjetivo. Cuando los actos materiales coinciden con los definidos por el legislador como receptación, la presencia del ánimo de lucro hace que el hecho sea absorbido por la receptación y que opere el criterio de subsidiaridad. Cuando esta coincidencia no se da, y el hecho realizado con ánimo de lucro es acomodable en el artículo 323, la presencia del ánimo de lucro no destruye la existencia del delito. Más bien puede agravar la pena.

CONCLUSION

114) El estudio del tratamiento del encubrimiento en los Códigos anteriores al del 70, da un balance favorable a favor de éste, que tiene grandes aciertos:

1—El criterio casuístico de los códigos anteriores se abandona. En el Código del 70 hay una sistematización del conjunto de delitos que forman el encubrimiento.

2—Desaparece —quizás por casualidad y como consecuencia de un error de redacción— el sistema de presunciones que tenía nuestro derecho en la receptación de comerciante. Las mismas contradecían los postulados de la culpabilidad.

3—Distinguiendo entre favorecimiento real y receptación, el Código del 70 abre la posibilidad de tener en cuenta realidades psicológicas (por ejemplo, el fin de lucro), lo que no era posible en los códigos anteriores.

115) Pero estos aciertos del nuevo Código no deben hacernos olvidar sus defectos, algunos de los cuales solamente podrán ser corregidos mediante la intervención del legislador. Entre estos errores podemos citar:

1—El nuevo Código crea una antinomia, entre el derecho penal y el derecho civil. En efecto, el artículo 392, Inc. 3, castiga el hecho de no autodenunciarse a la autoridad cuando se sospeche o dude de la legítima procedencia de cosas o bienes, adquiridas con buena fe inicial. Pero el artículo 285 del Código Civil establece que, siendo de buena fe la posesión en su inicio, no pierde ese carácter por el solo hecho de que el poseedor dude posteriormente de la legitimidad de su derecho.

2—Los artículos 321 y 322 del nuevo Código Penal, referentes a la receptación, castigan como diferentes los mismos hechos. Como no son totalmente coincidentes dichos artículos y difieren en puntos secundarios, llegamos a la conclusión de que habrá actuaciones semejantes, regidas por penas diferentes (ver N° 77).

3—El nuevo Código penal abunda en repeticiones, en frases innecesarias, etc., en especial en los artículos que castigan el encubrimiento. He aquí algunos ejemplos: el artículo 323 establece: “Esta disposición no se aplica al que de alguna manera haya participado en el delito o al que incurriere en el hecho de evasión

culposa”. Tal frase es innecesaria, porque en el párrafo primero del mismo artículo se dice “... el que sin promesa anterior al delito, pero después de la ejecución de éste...”. Más innecesaria todavía es la frase en lo que dispone sobre la evasión: no es compatible la índole dolosa del favorecimiento real con la evasión culposa. Además, una de las características del encubrimiento es su carácter subsidiario.

Del mismo modo disponen los artículos 321 y 322 respectivamente: “Se aplicará la respectiva medida de seguridad cuando el autor hiciere de la receptación una práctica que implique profesionalidad”; “Si el autor hiciere de ello un tráfico habitual se le impondrá la respectiva medida de seguridad”.

En otras palabras, cuando el agente se encuentre en las condiciones jurídicas para una declaratoria de profesionalidad o habitualidad, se hará la respectiva declaración. Decir esto es innecesario, porque ya está dicho por los artículos 40 y 41 del mismo Código Penal.

Pero tal error, tal repetición, trae una consecuencia: de acuerdo con las disposiciones sobre profesionalidad de la parte general del Código (Art. 41), el juez tenía la facultad de agravar la pena o de aplicar la respectiva medida de seguridad en los casos de profesionalidad. Tal facultad la pierde en tratándose de la receptación. El artículo 321 dispone que se aplicará “... la respectiva medida de seguridad...” cuando el autor hiciere de la receptación una práctica que implique profesionalidad.

4—Desaparece con el nuevo Código lo que había sido tradicionalmente una excusa absolutoria en nuestro derecho, concedida a favor del encubridor cuando encubría a un delincuente que se encontraba ligado con él por lazos de matrimonio, determinado parentesco o amistad íntima. El fundamento de dicha excusa, según don Rafael Orozco, era el respeto que el legislador debía a “los sagrados vínculos de familia”.

Dichos lazos de parentesco o de amistad íntima podrán ser tomados en cuenta por el juez a la hora de conceder el perdón judicial (Art. 93, Inc. 3).

Será la práctica la que determine cuál sistema es mejor: si el de la excusa absolutoria de los códigos anteriores, respaldado por una tradición secular, o el nuevo criterio del perdón judicial.

MUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE INFORTUNIOS LABORALES Y COMENTARIOS RELATIVOS AL POSIBLE TRASPASO DE LA GESTIÓN DE LOS RIESGOS PROFESIONALES A LA CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL

Lic. GASTÓN GUARDIA URIBE
(1959)

INDICE

- I.—Proemio
- II.—Proceso Evolutivo de la Responsabilidad Empresarial
 - 1) Legislación hasta el año 1902.
 - 2) Reforma al artículo 1048 del Código Civil y sus proyecciones: presunción de culpa, reversión de prueba, distinción entre caso fortuito y fuerza mayor.
 - 3) Ley sobre reparación por accidentes de trabajo de 1925.
 - 4) Código de Trabajo de 1943.
- III.—Teorías Relativas a la Responsabilidad Empresarial.
 - 1) Culpa Extracontractual.
 - 2) Culpa Contractual.
 - 3) Riesgo Profesional
 - 4) Riesgo Generalizado
 - 5) De la Seguridad Social
- IV.—Posibles medidas adoptables en lo que dice a como ampliar la protección en materia de riesgos profesionales.
 - 1) Protección en materia de indemnizaciones aún en el evento de que el accidente o enfermedad no sucedan con ocasión o como consecuencia del trabajo, o en caso de que se deban a fuerza mayor extraña y sin relación con el trabajo.

- 2) Posibilidad de convertir en vitalicias las rentas por incapacidad, sea ésta parcial, permanente o absoluta permanente.

V.—Plan General de reformas a efecto de introducir las innovaciones sugeridas y de regular el traspaso de la gestión de los Riesgos Profesionales.

- 1) Punto de partida que debe inspirar el contenido de la reforma: el interés de la clase trabajadora.
- 2) Ventajas que para los trabajadores y para la economía nacional supone el traspaso.
- 3) Sistemática.

I.—Proemio

Previamente deseo aclarar y dejar bien sentado que el presente opúsculo es de tesis doctrinaria y que refleja únicamente el punto de vista personal de su autor en lo relativo al tema elegido: la necesidad de proteger a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares contra los infortunios producidos por accidentes o enfermedades ocurridos en función del trabajo, pero independizando la razón de la protección de la causa jurídica que da origen a la indemnización. Lo mismo nos da, a presencia de la finalidad que se persigue, que la enfermedad, la muerte o la lesión del trabajador puedan haberse originado en una presunta negligencia del patrono, o que se haya producido, pese a las precauciones tomadas, debido a la acción de una fuerza mayor extraña al trabajo, cualquiera que sea su procedencia. Lo importante es protegerlo, sin paramientos en discriminaciones técnico-jurídicas más o menos controvertibles que han servido de soporte al derecho de protección por razones de orden fundamentalmente histórico. En su época, y de ahí la causa del plantamiento jurídico, fue necesario resquebrajar la filosofía individualista que negaba todo derecho al trabajador, echando mano de la teoría de la culpa extracontractual de la contractual y de la del riesgo profesional después, para arribar, hoy en día, a la del riesgo colectivo o social; la que con ligeros matices diferenciales acerca de su verdadero fundamento, bien puede ofrecernos una más justa solución del problema.

He de advertir, antes de pasar adelante en lo del actual proemio, de naturaleza necesariamente introductiva, que este ensayo ha de circunscribirse, primordialmente, a la legislación cos-

tarricense relacionada con los accidentes del trabajo; razón por la cual ha de iniciarse con un capítulo previo, relativo a la evolución de la teoría de la responsabilidad en Costa Rica, analizada no solamente en función de la legislación, sino también a la luz de la jurisprudencia en la materia. Un segundo capítulo, muy breve, no solamente por tratarse de temas estudiados exhaustiva y brillantemente en la literatura jurídica de casi todos los países europeos, sino también por falta de tiempo, dedicando así el que aun resta a la exposición sucinta de las diversas teorías sustentadas para fundamentar la obligación patronal de resarcir el daño causado al trabajador o a sus causahabientes. Un tercer capítulo se ocupará de razonar la necesidad de una reforma legislativa, no sólo para trasladar a la Caja Costarricense de Seguro Social los Riesgos Profesionales cuya gestión en la actualidad está encomendada al Instituto Nacional de Seguro, sino también para modificar, sustancialmente, la noción de la responsabilidad, eliminando el distingo de fuerza mayor, el de casualidad, el de indemnizaciones temporarias, la exclusión de los trabajadores agrícolas, etc., dándoles carácter de un verdadero Seguro Social, basado en la solidaridad colectiva.

Cae por su propio peso la observación de que, en el decurso del presente trabajo, no se ofrecerán las soluciones financieras que el plan de reforma necesariamente implica, pues esa es labor de actuarios, economistas y financistas, a quienes corresponderá decir la última palabra en el concerniente al futuro cálculo del costo de las pensiones vitalicias por extensión del campo de aplicación, por inclusión de los trabajadores agrícolas, por eliminación de la casualidad y exoneraciones de responsabilidad, así como las nuevas tarifas que deban pagar los patronos, los trabajadores y el Estado; y, en fin, todos aquellos otros detalles de financiación y organización que sean necesarios para poner en marcha el plan sugerido.

Por último he de advertir que al realizar este modesto aporte a la literatura jurídico-social de mi país, lo hago por inclinación personal hacia tan atrayente y justo tema, animado por el más vivo y sincero deseo de contribuir a mejorar las condiciones de vida del trabajador costarricense y de su familia, aprovechando la propicia oportunidad de los auspicios del Centro de Formación de Técnicos de la OISS.⁽¹⁾

(1) Organización Iberoamericana de Seguridad Social.

II.—Proceso evolutivo de la responsabilidad empresarial

1) Legislación hasta el año 1902.

Antes de la reforma de 1902, a la que se hará referencia en el rubro siguiente, la responsabilidad de una empresa por muerte o lesión de una persona, se regía por las normas del derecho común u ordinario, bien procedieran éstas de la rama civil, de la comercial o de la penal. Los perjudicados, o sus derechohabientes en su caso, tenían que recurrir ante los tribunales ordinarios estableciendo sus acciones indemnizatorias conforme a la legislación vigente, sin que pudieran hacer uso, como ocurre en la actualidad, del fuero especial del trabajo.

Las leyes positivas que constituían la causa de pedir partían de la base de la imputabilidad, por lo que era preciso, para el buen éxito de la acción, demostrar en juicio que el dueño de la empresa o explotación, conforme al principio de que la prueba incumbe al actor, era el culpable por negligencia o imprudencia de su parte.

Aparte de que las disposiciones jurídicas existentes en la materia eran de corte estrictamente individualista y por ende escatimaban la reparación justa en caso de un accidente, la circunstancia de tener que recurrir a los tribunales comunes sujetos a la tremenda imposición de tener que demostrar la culpabilidad, así como a la obligada secuela procesal de trámites técnicos y costosos, hicieron prácticamente nugatorio el derecho que la legislación de la época concedía a los trabajadores.

Entre las normas de derecho positivo que cabe citar nos encontramos con el texto de los artículos 1045 y 1048 del Código Civil de 1887, los cuales, antes de la reforma de 1902, y por su orden, rezaban literalmente:

"Artículo 1045.—Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios".

"Artículo 1048.—Los jefes de colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los amos por los daños que causen sus criados menores de quince años.

Cesará la responsabilidad de las personas dichas, si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria".⁽²⁾

Ambas disposiciones se inspiraban en la teoría de la culpa Aquiliana, aunque, como puede observarse, aún no bien desarrollada y explícita. Se referían más que todo a la responsabilidad civil en general sin tomar en consideración la posibilidad de la reparación específica de accidentes de trabajo, pues en la época en que fueron promulgadas, el legislador no tuvo concepción del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional. Pero, no obstante, el artículo 1045, en casos de accidentes calificados y en los que, por lo tanto la culpa del empresario era evidente y demostrable, sí dio pie para exigir de éste la reparación correspondiente. Si citamos el artículo 1048 en esta primera etapa no es con otra finalidad que la de poder contrastarlo con la reforma que se le introdujo en junio de 1902, pues esa reforma, ya de escuela innovadora, sí permitió, tratándose del transporte y haciendo uso del citado texto, intentar acciones indemnizadoras por accidentes y con mucho mayores probabilidades de éxito, pues aparejó, además de la innovación de la reversión de la prueba, la exclusión del caso fortuito como eximente. Esos aspectos, en detalle, serán examinados de seguido en el próximo subcapítulo.

2) Reforma al artículo 1048 del Código Civil y sus proyecciones: presunción de culpa, reversión de prueba, distinción entre caso fortuito y fuerza mayor.

Iniciamos este aparte con la transcripción literal del artículo 1048 del Código Civil, reformado por Decreto Legislativo de 6 de junio de 1902.

"Art. 1048.—Los jefes de colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los amos por los daños que causen sus criados menores de quince años.

Cesará la responsabilidad de las personas dichas, si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aún con el cuidado y vigilancia común u ordinaria.

(2) Código Civil de Costa Rica de 1887.

El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la vigilancia de un buen padre de familia; y si descuidarse esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.

Sin embargo, no podrá excusar con esas excepciones su responsabilidad el que explota una mina, fábrica, establecimiento de electricidad u otro cualquiera industrial, o el empresario de una construcción; y si no le hubiere, el dueño de ella, cuando su mandatario, o representante o persona encargada de dirigir o vigilar la explotación o construcción, o cuando uno de sus obreros causa por su culpa en las funciones en las cuales está empleado, la muerte o lesión de un individuo, pues será entonces obligación suya pagar la reparación del perjuicio.

Y si una persona muere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada.

En todos estos casos, cuando la persona muerta estaba obligada al tiempo de su fallecimiento, a una prestación alimentaria legal, el acreedor de alimentos puede reclamar una indemnización, si la muerte del deudor le hace perder esa pensión. Por vía de indemnización se establecerá una renta alimenticia que equivalga a la debida por el difunto, y la cual se fijará, modificará o extinguirá de acuerdo con las disposiciones que regulan las prestaciones de alimentos, pero en ningún caso se tendrá en cuenta, para ese fin, los mayores o menores recursos de las personas o empresas obligadas a la indemnización. El pago de la renta se garantizará debidamente. Si el Juez lo prefiere, el monto de la indemnización se fijará definitivamente y se pagará de una vez; y para determinarlo, se procurará que la cifra que se fije corresponda hasta donde la previsión alcance al resultado que produciría a la larga el sistema de renta".

Esta reforma, según se verá del análisis subsiguiente, modifica sustancialmente los alcances de la responsabilidad civil y, desde luego, el estatus jurídico reseñado muy brevemente en el subtítulo número 1).

La teoría de la culpa, —en sus derivaciones hacia la responsabilidad civil que viene a ser su resultante—, fue bien definida desde los albores del derecho romano, que admitía tres clases de culpa, correspondientes a tres modalidades de responsabilidad, a saber: la culpa grave, que siempre apareja responsabilidad civil; la leve, imponible sólo en los casos en que la ley exige un esmero especial en el cumplimiento de las prestaciones contractuales o cuasi-contractuales; y la culpa levisima, imputable únicamente a quien por la delicadeza y trascendencia de sus obligaciones, esté constreñido a observar en el desempeño de ellas el celo excepcional de un "diligentissimus Pater Familias".

De acuerdo con este criterio jurídico de los romanos, las legislaciones modernas castigan siempre con responsabilidad civil la culpa grave, o sea el cuasidelito; obligan algunas veces al responsable de culpa leve al pago de los daños consiguientes; y eximen de responsabilidad, por lo general, al responsable de culpa levisima. Al decir en general, hago expresamente la excepción de la responsabilidad imponible a las grandes empresas de industria y transporte, que por defectos de organización o administración, pueden comprometer la seguridad de los miembros de la comunidad. A éstas, en razón del interés social se las hace responder de la culpa levisima, obligándolas al caso fortuito. En efecto, la seguridad social debe ser siempre la primordial aspiración de las leyes; y esa seguridad no estaría bien garantizada si no se exige de las grandes actividades que aparejan situaciones de peligro para los individuos, el sumun de vigilancia y pulcritud en los servicios, especialmente en los públicos, a fin de que de esta manera lleguen a desterrarse todos los riegos que no provengan de la mano de Dios o de los elementos desencadenados, es decir, todos aquellos que no provengan de una fuerza mayor.

Así pues, el desenvolvimiento excepcional de las grandes empresas industriales y de transporte, —causa de innumerables accidentes—, ha dado lugar en todas las legislaciones del mundo, según ya lo insinué, a la promulgación de leyes colectivistas, que

han transformado la vieja teoría de la prestación de culpa y la han sustituido por normas de conducta tendientes a resguardar la integridad humana.

Al paso de esa nueva tendencia se dobló el inflexible precepto de que la imputabilidad no se presume, el cual fue reemplazado por un criterio totalmente opuesto, ya que las nuevas leyes sobre la materia, en lo referente a las grandes empresas, arrancan justamente de la presunción del culpable como base de la responsabilidad.

A decir verdad esa nueva corriente tuvo su primer antecedente en el viejo y conocido precepto romano: "in culpa Aquilina levissima injuria venit", lo que equivale a decir que tratándose de cuasidelitos eran imputados no sólo la culpa grave y le leve nacidas de la ausencia del cuidado ordinario que se exige "in abstracto" en presencia del tipo general del "pater familias", sino que del descuido o de la negligencia que origina un cuasidelito, responde "in concreto" el remiso, aún cuando sólo hubiese de su parte una culpa remota y muy leve. Y es que la legislación romana establecía que en la obligación de no perjudicar a sus semejantes, el individuo debía poner algo más que la vigilancia común u ordinaria: debía poner el celo propio de un "diligentissimus pater familias". Lo cual significa que en la imputación del cuasidelito de daño individual, ya no cabía en Roma ni siquiera la exención del caso fortuito.

Esta tendencia, repito, ha venido a ser consagrada de una manera definitiva por las legislaciones modernas, al menos en lo que se refiere a los siniestros y accidentes producidos en el seno de las grandes empresas industriales y de transporte.

Nuestros legisladores de 1902 no hicieron caso omiso ni miraron con indiferencia esta nueva corriente de defensa social, sino que por el contrario, se inspiraron en ella al reformar, según se ha dicho, el artículo 1048 del Código Civil, por decreto de seis de junio de se mismo año.

Los detalles más importantes de ese decreto, en lo que atañe a la presente tesis, se reducen a dos innovaciones fundamentales: la no exención del caso fortuito, y la presunción de culpa, extremo este último que trajo como secuela el principio de la reversión de prueba.

Dice en lo que interesa el mencionado decreto:

"Y si una persona muere o fuere lesionada por una máquina motiva, o un vehículo de un ferrocarril, tranvía u otro modo de transporte análogo, la empresa o persona explotadora está obligada a reparar el perjuicio que de ello resulte, si no prueba que el accidente fue causado por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada".

Dicho decreto deroga la regla que dice: "actor incubit probatio", en virtud de la cual el reclamo no podía prosperar dentro de los principios tradicionales y estrictos del derecho civil, sin que el reclamante demostrara el "factum inconsultum que alteri nocetur", o sea el hecho imprudente que es raíz del mal causado. Pero a partir de la reforma no hay necesidad de entrar en consideraciones acerca de la calificación del hecho: la ley presume ese hecho culpable, "juris et de juris"; y esa presunción implacable no admite más prueba que la que resulte de una fuerza mayor o de la propia falta de la víctima. Tal presunción viene a aliviar al reclamante del fardo de la prueba, colocándolo sobre la empresa demandada, si ésta, por vía de excusa, pretende eludir la condenatoria.

Así pues, por decreto de seis de junio de 1902, se consagró en Costa Rica la moderna teoría que hace responsable a las empresas del servicio de transporte público de la culpa levisima, al no exonerarlas del caso fortuito, por el cual deben responder. Así nació aquí la presunción de culpa en perjuicio de esas empresas, y con ella la reversión de prueba, como corolario de esa presunción legal.

Algunos argumentan que no es de estricta justicia ese rigor legal que abrumba de cargas al empresario de conducciones, visto que a veces o casi siempre sus faltas están exentas de mala intención, y que a menudo se le hace responder de culpas no propias. Pero es preciso tomar en cuenta, refutando esa opinión, que no siempre la mejor justicia es la estricta, sino aquélla que mejor responde a la defensa de la sociedad, a cuyo fin toda previsión es poca.

Hecha la anterior disquisición sobre las causas que dieron lugar a la teoría de la responsabilidad presunta y a la agravación de la misma al hacer responder a las grandes empresas de industria y transporte del caso fortuito, así como de la consagración de esos

principios en nuestra legislación por la reforma de 1902, paso ahora a referirme, en forma concreta, a la diferenciación entre el caso fortuito y la fuerza mayor, y a su importancia en la relación con el acápite 5 del artículo 1048 del Código Civil.

Esos dos términos, si bien fronterizos y no siempre bien deslindados, obedecen a dos situaciones de génesis muy diferente, ya que el uno nace de elementos externos y el otro de elementos internos. Se trata de una diferencia sutil y difícil de enmarcar, mas que no obstante puede y debe precisarse. No se podría decir matemáticamente que tales o cuales hechos constituyen un caso de fuerza mayor y que tales otros un caso fortuito, pues todo ello depende de las circunstancias que concurren. Esa, es, indudablemente, la razón por la cual los códigos modernos no definen concretamente cuáles hechos constituyen un caso fortuito y cuáles otros uno de fuerza mayor. Dejan esa labor a los tratadistas, limitándose únicamente a no incluir el caso fortuito como eximente de responsabilidad en lo que se refiere a los accidentes ocurridos en el seno de las empresas de industria y transporte; y he aquí, precisamente, en donde, por contraposición, vienen a establecer la diferencia entre uno y otro término. Incluyen la fuerza mayor como eximente de responsabilidad y el caso fortuito no; ¿por qué?... Por la sencilla razón de que consideran que se trata de dos cosas diferentes. De considerarlas similares, como algunos sostienen, emplearían esos dos términos siempre juntos, sin separarlos. Así, refiriéndose al párrafo 5 del artículo 1048 de nuestro Código, por ejemplo, habría que decir: "si no prueban que el accidente fue causado por fuerza mayor", (caso fortuito) "o por la propia falta de la persona muerta o lesionada". Pero es el caso que ese artículo dice únicamente: "por fuerza mayor o por la propia falta de la persona muerta o lesionada".

Por el contrario, el artículo 702, que se refiere a la culpa contractual, sí contempla expresamente el caso fortuito, a la par de la fuerza mayor, como eximentes de responsabilidad. Dice textualmente:

"El deudor que falta al cumplimiento de su obligación, sea en la substancia, sea en el modo, 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".

Por allí puede afirmarse que en lo tocante a la culpa contractual la diferencia viene a ser poca utilidad práctica, porque tanto en uno como en otro caso el deudor no responde de la fuerza mayor ni del caso fortuito. La situación cambia, desde luego, si el deudor acepta expresamente la responsabilidad del caso fortuito o contribuye a su producción, casos en los que, de acuerdo con el artículo 703 *ibídem*, sí queda obligado a responder del caso fortuito, haciéndose preciso, entonces, diferenciarlo de la fuerza mayor.

Y no puede ser de otra manera, en vista de que exigir al deudor corriente mayor responsabilidad, haciéndole responder de manera forzosa del caso fortuito, sería ir demasiado lejos, por tratarse de intereses que sólo afectan a los particulares. Muy diferente es el caso de las grandes empresas y compañías de transporte, que al promover riesgos de vida y seguridad individual de la generalidad, afectan los intereses públicos. A éstos, en razón del interés social, como vimos, se les exige una mayor responsabilidad: se les obliga al caso fortuito.

Debo agregar que en nuestro derecho patrio, y a presencia del artículo 703 del Código Civil, que permite expresamente al deudor obligarse al caso fortuito y lo hace responder del mismo cuando ha contribuido a su producción, la confusión es materialmente imposible:

Dice el mencionado artículo:

"El deudor no está obligado al caso fortuito, sino cuando ha contribuido a él o ha aceptado expresamente esa responsabilidad".

De aquí que no se comprenda, después de decir el Código que el deudor puede obligarse al caso fortuito, voluntariamente, y que debe responder de él cuando ha intervenido en su producción, como puede pretenderse que el término caso fortuito abarca también la fuerza mayor, por ser ambos términos sinónimos. No se ve cómo el legislador podría, *ad-absurdum*, pretender que un individuo se obligue a responder por un huracán o por un terremoto, o pueda contribuir en alguna forma a la producción de algunos de esos fenómenos que son típicamente casos de fuerza mayor.

Concretando, y de acuerdo con el anterior argumento, habrá que convenir forzosamente en que el legislador, en el artículo 703 antes citado, no puede haber pretendido nunca, al emplear el tér-

mino caso fortuito, comprender en él la fuerza mayor. Eso sería contrario a toda lógica e iría expresamente contra el principio general de derecho que dice: "ad impossibilia nemo tenetur".

Al decir "caso fortuito" se refiere la ley a una serie de hechos que califica como tales; todos aquéllos que humanamente y con una diligencia extraordinaria pueden ser previstos y evitados; pero nunca aquéllos que son producto de las fuerzas desencadenadas de la naturaleza, como el huracán o el terremoto del ejemplo citado, en relación a los cuales no es posible obligarse, ni contribuir a su producción.

Así pues, convenido que el artículo 703 al emplear el término "caso fortuito" se refiere a determinados hechos distintos de los calificados con el nombre de fuerza mayor, y empleando el mismo procedimiento de lógica, habrá que convenir también, de modo necesario, en que el párrafo 5 del artículo 1048, al emplear el término "fuerza mayor", se refiere a una serie de hechos distintos a los calificados con el nombre de casos fortuitos.

De modo que no es posible esgrimir con éxito el socorrido argumento de decir que porque el artículo 702 exime al deudor tanto de la fuerza mayor como del caso fortuito, esos dos términos significan la misma cosa, y que así en el artículo 703 como en el párrafo 5 del 1048 el término caso fortuito abarca el de fuerza mayor y viceversa.

Ya expliqué con anterioridad la razón por la cual el artículo 702 emplea juntos esos dos términos, o sea porque se trata de la culpa nacida del incumplimiento de un contrato, en la cual se exime expresamente al deudor de responsabilidad en esos dos diferentes eventos. Huelga entonces insistir en que esa doble irresponsabilidad no debe interpretarse en el sentido de que ambos términos tengan el mismo significado, sino que se emplean pareados precisamente porque se trata de una enumeración de casos diferentes, en los que no responde el deudor.

No tiene importancia práctica, como también se dijo en lo referente a ese artículo, el entrar, en lo que concierne a la responsabilidad proveniente del incumplimiento de un contrato, en mayores distingos acerca de la fuerza mayor y del caso fortuito, por la misma razón de que tanto en uno como en otro caso no responde

el deudor; pero nunca porque sean iguales, como algunos pretenden. Pero no sucede así en lo que se refiere al artículo 703, en el que ya sí precisa establecer la diferencia, a efecto de determinar si el deudor se ha obligado al caso fortuito o ha contribuido a su producción, eventos en los que sí responde del mismo.

Corrientemente se dice que el hecho de referirse el artículo 1048 sólo a la fuerza mayor y no al caso fortuito, se debió a una mera economía de palabras o a una omisión sin importancia, porque en realidad ambos términos significan igual cosa. Y a presencia del artículo 703 se repite el mismo argumento. Ya vimos el absurdo a que esta afirmación lleva; a más de que sería una casualidad enorme dos omisiones u olvidos del legislador sobre la misma materia. El legislador de 1902, expresamente, y no por olvido u omisión, suprimió el vocablo caso fortuito del artículo 1048, precisamente para que quedara claro que de él debían responder los empresarios de industria y de transporte.

Cabe decir también que el argumento que muy a menudo se cita para robustecer la tesis de que la fuerza mayor y el caso fortuito no deben diferenciarse, y que consiste en afirmar que los tribunales no tienen derecho a definir lo que la ley no define, es bien poco consistente. En efecto, podrían citarse innúmeros casos de situaciones legales que los tribunales se ven obligados a definir a pesar de no hacerlo los códigos respectivos, los que únicamente se limitan a sentar la norma o el precepto general. Por ejemplo, entre nosotros y entre otros muchos se puede citar el caso de las servidumbres, en que el código establece únicamente reglas generales, viéndose obligados constantemente los jueces a acudir a interpretaciones y definiciones. Ahora bien, tampoco el código define lo que es fuerza mayor, y de seguir los tribunales al pie de la letra el argumento citado, se encontrarían siempre en la imposibilidad de pronunciarse, en un caso concreto, sobre lo que ese término significa, por no hacerlo expresamente el código.

Como lo hice notar al principio, se trata de una diferencia sutil, que no puede ser establecida a priori. Se da una regla general que sirve de punto de partida, con base en la cual y en vista de las diversas modalidades de cada caso, los jueces determinarían si se trata de un caso fortuito o de una fuerza mayor.

He venido diciendo constantemente que el caso fortuito y la fuerza mayor son dos cosas distintas, y paso ahora a tratar de definir las.

El caso fortuito, —a diferencia de la fuerza mayor, que viene de afuera—, es un suceso interior del rodaje industrial en su desenvolvimiento, originado en una imperfección del servicio (instalación deficiente, mal material, gradientes no científicas, curvas excesivas, etc.), que una vigilancia inteligente hubiera podido prever como riesgo más o menos inmediato.

Por parecerme de enorme interés, transcribo literalmente un comentario sobre la materia en estudio del eminente tratadista francés E. Thaller, Profesor de la Universidad de París (página 634, número 1.198. Quinta Edición *Traité de Droit Commercial*).

DISERTACION SOBRE EL CASO FORTUITO. Se le confunde generalmente con la fuerza mayor, y los dos hechos son al parecer asimilados por el artículo 1784 C. Civ. Entrambos exonerarían entonces al porteador (ver también el artículo 1148). Hay en ello un defecto de método y una terminología impropia.

En efecto, o el "caso fortuito" corresponde a los mismos hechos que la "fuerza mayor", y entonces el cúmulo de palabras es inútil; o bien se refiere a una procedencia distinta, y entonces se extienden los casos de irresponsabilidad más allá de lo que conviene, y se descarga al porteador de sucesos que deben permanecer como riesgos a cargo suyo.

El artículo 1147 sienta el principio fundamental de la responsabilidad; no disculpa al deudor sino en el caso de una inejecución "proveniente de una causa extraña que no le puede ser imputada". Ahora, en la organización de toda profesión no se explica un accidente, una falla de servicio, si no es por una de las dos razones siguientes:

a) Un agente, natural o humano, irrumpe de afuera e impide al deudor el ejercicio de su acción normal. El obstáculo al cumplimiento del servicio no proviene del seno mismo de la explotación; se produjo fuera de ella (fuego del cielo, inundación, orden de la autoridad, incursión del enemigo, etc.). Es un acontecimiento calificado propiamente de "fuerza mayor", y del cual no podría ser responsable quien practica el transporte, dado que si bien él es dueño de

regular la conducta de su establecimiento, no puede sofrenar en cambio las fuerzas exteriores que, desatadas, paralizan su acción.

b) O bien, es por el contrario, de las condiciones mismas de la explotación que procede el accidente (defecto de la vía férrea que maneja el porteador, del material, del personal de los empleados, etc.). Es probable que es a estas causas a las que los partidarios de las antiguas clasificaciones reservan la designación de caso fortuito. Es en eso en lo que ellos andan errados, al establecer la regla de que el porteador no responde del mismo. Lo contrario es más exacto. Los ingleses no admiten en descargo del porteador otra cosa que "el hecho de Dios y de los enemigos del Rey", rechazando toda causa de exoneración referente a hechos sobrevenidos en la explotación. Este mismo pensamiento ha sido puesto en vigor por la ley de 9 abril de 1898, que pone a cargo del patrón, sin distinción de verdadera culpa, los accidentes de fábrica sobrevenidos "por el hecho del trabajo y con ocasión del trabajo". Es el caso, pues, de no reparar en otra cosa que en la responsabilidad nacida del hecho mismo de las cosas y del hecho de los encargados del trabajo, según la tendencia de los últimos tiempos. (Saleilles, Jossierand, disertaciones señaladas N° 66 en nota; Exner, "Teoría de la responsabilidad en el contrato de transporte"; Seligman, 1892, etc.).

Conforme el artículo 1384 C. Civ., se es responsable en cuanto a las cosas que se tienen bajo guarda, lo mismo por el hecho de las personas que se emplean. Cuando se pone a funcionar una empresa, el empresario se constituye garante del mecanismo y de la adaptación de sus diversos elementos al resultado que ellos deben satisfacer. Uno responde de los agentes que emplea, por la actitud inofensiva de aquellas personas que el tráfico traerá a la empresa; y esto aún cuando uno de esos empleados se aparte de su faena sin que medie culpa de los directores de la empresa, y ocasione un accidente fortuito. La empresa se mantiene obligada a reparar el perjuicio, y hay en ello una aplicación del "riesgo profesional". Sólo habría exención de responsabilidad si se probara la penetración de una causa externa; y por ahí se vuelve a la presencia de una fuerza mayor.

Tal es el motivo por el cual un "paro de convoy" por defecto de tracción de la máquina es imputable a la Compañía; un "choque de trenes", un "descarrilamiento", un "fundimiento de terreno" o una

"ruptura de fuente" permanecen a cargo del ferrocarril, ya sea que esos hechos adventicios tengan o no origen en una incuria o una ausencia de precauciones. Son "accidentes del servicio". El deudor responde de los mismos porque la línea entera está bajo su cuidado. Si esos accidentes se contraen a una causa más remota tomada en su naturaleza física o en una acción que ha paralizado o rechazado la del deudor (violencia de un huracán, actos de malhechores, culpa del remitente de la mercadería, etc.), entonces el deudor será eximido de responsabilidad.

Después de las anteriores palabras del ilustre tratadista, parece punto menos que imposible incurrir nuevamente en el error de afirmar que los términos caso fortuito y fuerza mayor son sinónimos.

Existe una jurisprudencia que ha venido a encauzar a nuestros Tribunales por los derroteros de los buenos principios jurídicos. Me refiero al voto de mayoría en Sentencia de Casación de las 15 horas del 7 de mayo de 1934, dictada en juicio ordinario seguido contra la Northern Railway Company, de Jersey City. Ese fallo es de enorme trascendencia en nuestra jurisprudencia nacional, porque viene a marcar una nueva pauta a nuestros jueces. A partir de esa moderna y nueva jurisprudencia patria, hay que admitir necesariamente que nuestros tribunales han acogido ya la tesis de la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor, y que sienten la necesidad imperiosa de hacer ese distingo, al menos en presencia del párrafo 5 del artículo 1048 del Código Civil, que obliga a las empresas de transporte a responder del caso fortuito.

Cito a continuación algunos de los párrafos más importantes desde el punto de vista teórico, de la referida sentencia:

II.—Que entre las reformas más importantes que se han hecho al Código Civil, está la ampliación del mencionado artículo 1043, decretada hace cuarenta años, época en que ya había aparecido la teoría de que el caso fortuito y la fuerza mayor, mirados hasta entonces como sinónimos, eran términos que correspondían, en la realidad, a dos nociones diferentes; esa tesis había sido sostenida en Austria por M. Exner (*La nature de la force majeure*, traducción de Seligman, 1892); en Francia por E. Thaller (*Traité de Droit Commercial*, 2ª edición, párrafo 1198), y luego por otros autores, especialmente por Bourgoin (*Essai sur la distinction du cas fortuit et de la force majeure*,

tesis de doctorado en Lyon, 1902); de modo que cuando en dicha reforma al artículo 1048 no se empleó la acostumbrada sinonimia de caso fortuito o fuerza mayor, sino que simplemente se dijo que sólo la fuerza mayor o la propia falta de la persona muerta o lesionada podían eximir a una empresa de ferrocarril de la reparación por la muerte o lesión de una persona, se advertía claramente que ya se traía a la legislación nacional el nuevo punto de vista creado por el acrecentamiento de las empresas industriales y de transportes, en que trabajan confiadamente centenares de obreros y en las que viajan o con las que intervienen millares de personas, acrecentamiento que había multiplicado los accidentes y había puesto de relieve la necesidad de resguardar cada vez más la seguridad individual, extendiendo la responsabilidad de las empresas;

III.—Que aquel nuevo punto de vista conducía a distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor y a hacer la aplicación de esa diferencia de modo que el caso fortuito no eximiera de responsabilidad a los empresarios sino la fuerza mayor solamente, que es el principio incorporado en leyes modernas como las de Accidentes de Trabajo; . . .

IV.—Que la diferencia de que se ha venido hablando, entre el caso fortuito y la fuerza mayor, ha llegado a determinarse sobre una base aceptable como lo es la de que esa diferencia se desprende de un modo simple y natural de los textos clásicos y hasta cierto punto de la significación normal de los vocablos usados; la fuerza mayor es siempre la fuerza irresistible, el hecho de Dios de los ingleses, la orden de la autoridad, la guerra, la violencia armada, el obstáculo absoluto. (*Estudio del caso fortuito y de la fuerza mayor por Ambrosio Colin*).

Esta jurisprudencia, bien definida y precisa como lo es, ha venido a disipar toda posible duda en lo relativo a la correcta interpretación del principio de responsabilidad irrestricta que sustenta el apartado quinto del artículo 1048 tantas veces citado, consagrando para lo venidero los preceptos de doctrina que han sido objeto del presente análisis.

El distingo entre el caso fortuito y fuerza mayor, incorporado firmemente a nuestra jurisprudencia civil según queda dicho, ha sido extendido, con mucha mayor razón, a la jurisprudencia en materia laboral, la que inclusive, y conforme a la teoría del riesgo objetivo, distingue entre fuerza mayor propiamente dicha, la cual no

exime de responsabilidad a la empresa, y la fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo, expresiones estas que serán objeto de nuestra atención en capítulo posterior.

3) Ley sobre reparación por Accidentes del Trabajo de 1925.

La ley original es la N° 53 de 31 de enero de 1925, modificada y adicionada por las leyes números 92 de 24 de agosto de 1926, 12 de 13 de setiembre de 1927, 34 de 11 de febrero de 1931, 55 de 20 de junio de 1933 y la 262 de 23 de agosto de 1933.

En primer término me permito, con el objeto de evitar al lector la engorrosa molestia de tener que consultar previamente los textos citados, reproducir el contenido de los artículos 1 y 7 de dicha ley, ya reformados, los cuales, literalmente expresan:

"Artículo 1°—Para los efectos de la presente ley entiéndese por accidente toda lesión corporal que el obrero sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena, y la enfermedad profesional contraída de una manera inmediata, directa o indudable, a causa de dicho trabajo; por patrón toda persona física o jurídica que utiliza a los obreros, sea el número que fuere, en cualquier industria, empresa u obra comprendidas por esta ley; y por obrero toda persona que como tal o como empleado preste sus servicios fuera de su domicilio por cuenta del patrón, en virtud de cualquier contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito.

Además se considerarán comprendidos dentro del concepto de obreros:

- a) Los aficionados, aprendices y otras personas semejantes que en razón de su falta de pericia no reciben salario.
- b) Los menores de veintiún años.
- c) Las personas que por trabajos ejecutados para el servicio del patrón, reciben de terceros subsidios en moneda metálica u otra forma.

No se reputarán obreros para los efectos de esta ley los que trabajan en su hogar por cuenta de terceros con la colaboración accidental de uno o de varios compañeros.

En ningún caso se considerará patrón para los efectos de esta ley, a la persona física que eventualmente y sin ánimo de lucro uti-

liza el trabajo de los obreros por tiempo no mayor de diez días, debiéndose para el cálculo respectivo tomar como base la importancia de la obra y su probable duración.

Si el accidente ocurre en una obra o trabajo contratado por terceros, la víctima podrá ejercitar su acción de indemnización contra el propietario de la obra o explotación donde el trabajo se presente, sin perjuicio del derecho del referido propietario para exigir de dichos terceros, caso de resultar responsables del accidente, el pago de las indemnizaciones satisfechas al obrero o sus causahabientes.

Artículo 7°—El patrón es responsable de los accidentes ocurridos a sus obreros, exceptuándose los casos debidos a fuerza mayor extraña al trabajo o los provocados intencionalmente por la víctima. La imprudencia profesional del obrero no exime al patrón de responsabilidad, y existirá la presunción legal de la responsabilidad del patrón en todos los casos en que el accidente ocurra en el hecho del trabajo o con ocasión de él.

Casi inmediatamente después de la promulgación de la ley original y a efecto de imprimirle verdadero contenido práctico y económico, adelantándose a los inconvenientes que supone la posible insolvencia real o fementida del patrono, se organiza el Seguro contra los riesgos de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales declarándolo obligatorio y confiando su gestión al Banco Nacional de Seguros,⁽³⁾ el cual, aparte de los riesgos profesionales, abarcó dentro de su cobertura la explotación de la casi totalidad de las ramas que integran los llamados seguros privados, mercantiles o individuales.⁽⁴⁾

Así tenemos que, siguiendo la corriente que ya en otros países se había plasmado en sus leyes positivas del siglo pasado o de inicios del presente, se entroniza en Costa el primer Seguro Social a partir del año 1925.⁽⁵⁾

(3) Institución Autónoma denominada hoy Instituto Nacional de Seguros (I.N.S.).

(4) El notable tratadista Alemán Alfredo Mannes, en su obra "Teoría General del Seguro", tomo I, págs. 14 y 15, prefiere, con sobra de razón, la calificación de Seguros Individuales en lugar de Seguros Privados. Sostiene, en síntesis, que en la actualidad hay fundamentalmente dos grandes áreas dentro de las cuales se distribuye el enorme contenido de los Seguros: los Seguros Sociales y los Seguros Individuales. El término privado no nos resuelve ningún problema terminológico, pues existen en algunos países, como en Costa Rica, casos en que típicas ramas del seguro privado tales como vida, responsabilidad civil, etc., se detraen de la esfera de acción privada para ser explotados por el Estado dentro de un régimen de monopolio.

(5) Si bien es cierto que a partir de ese año se inicia la gestión de los Riesgos Profesionales, éstos, —por la propia trayectoria que se le imprimió a la Institución a quien se le encomendó su ges-

La citada ley declara al patrón responsable de los accidentes ocurridos con ocasión o como consecuencia del trabajo, exceptuando los accidentes debidos a fuerza mayor extraña al trabajo y los provocados intencionalmente por la víctima, esto independientemente de la exclusión de todos los demás trabajadores dedicados a labores no enumeradas en la lista taxativa a que se refiere el primero de los artículos transcritos. Por otra parte, y he aquí una grave consecuencia jurídica, al hablar de obreros, daba pie para la exclusión de todos aquellos otros trabajadores que no tenían esa condición, como en el caso de los llamados trabajadores intelectuales.⁽⁶⁾

La parquedad y ambigüedad del texto, el cual no se reforma en definitiva sino hasta el año 1943 al promulgarse el Código de Trabajo, dio lugar a innumerables litigios que en la mayoría de los casos fueron resueltos contra trabajadores. No solamente por el hecho apuntado sino, y además, como ocurre generalmente cuando se encomienda a los tribunales civiles funciones jurisdiccionales de naturaleza laboral, porque dichos tribunales, de molde civilista, son muy apegados a las normas tradicionales del derecho y tardan un poco tiempo en asimilar y acoplarse a las nuevas tendencias. Si a ese hecho agregamos la circunstancia de que para la fecha en que se creó la ley y el seguro correspondiente no existía el fuero especial del trabajo para dirimir las controversias laborales, podemos completar el cuadro esbozado antes y después de la reforma de 1902, e insistir, una vez más, en la insuficiencia de las medidas dictadas para proteger a la clase trabajadora contra los infortunios del tra-

tión conjuntamente con otras ramas típicas del Seguro Mercantil, privado o individual—, no han sido administrados en la práctica con el sentido que debe tener un verdadero seguro social, pues ha privado el criterio mercantil sobre el cual se montó esa otra rama de los seguros.

(6) El ilustre tratadista mexicano, Mario de la Cueva, en su obra *Derecho Mexicano de Trabajo*, Tomo I, pág. 431, nos ofrece cuatro criterios de distinción para determinar el concepto de obrero y empleado, a saber: 1) Se calificará como obrero si el pago del salario se realiza por día o semana y empleado por quincena o mes. 2) Si predomina el esfuerzo intelectual sobre el físico en la ejecución del trabajo se tratará de un empleado y si es a la inversa de un obrero. 3) Si se dedica a labores comerciales debe entenderse que se trata de un empleado y obrero si se dedica a cualquier otra clase de labores. 4) Si la función que se desempeña es de colaboración por delegación de funciones nos encontramos a presencia de un empleado y, en el caso contrario, ante un obrero. De los cuatro criterios solamente el segundo y el cuarto pueden ser tomados en consideración y los otros dos deben ser rechazados por inconsistentes y pocos serios. En la legislación costarricense no existen mayores problemas al respecto, pues los artículos 4 y 18 del Código de Trabajo usan el término genérico de trabajador, el cual abarca tanto al concepto de empleado como al de obrero. La distinción tiene alguna aplicación en los casos previstos por el artículo 143 del Código *ibidem* en lo relativo a las personas que, por excepción, no están amparadas por la limitación de la jornada y en lo tocante al artículo 1 del Reglamento de los Riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social por cuanto la cobertura contra dichos riesgos no se extiende a los obreros.

bajo. No quiero decir con ello, incurriendo en un error de apreciación histórica, que esas medidas, para su época, no significaran un avance en materia de legislación social. No hay duda de que como fragmentos del proceso histórico evolutivo en materia de legislación de trabajo contribuyeron, en no menguada dosis, a preparar la conciencia jurídica y social previa a la transformación del concepto del Estado Liberal haciéndolo intervenir, cada vez más, en los problemas del capital y el trabajo, que es la tónica universal de hoy en día. Lo que ocurre es que, debido a ese mismo proceso de transformación, las citadas medidas llegaron a ser insuficientes, quedándose a la zaga, lo cual obligó, como sucedió con la reforma de 1943, a la adopción de otras nuevas, más a tono con la doctrina y con las reivindicaciones obreras. Pero aún hay más, como lo haremos ver más adelante para los efectos del propósito esencial de esta tesis: las reformas de 1943 se encuentran desactualizadas y requieren una modificación sustancial en orden a mejorar la condición del trabajador costarricense y a reparar un verdadero estado de injusticia social en lo que a materia de riesgos profesionales se refiere.

La ley de 1925 coincide, en lo que concierne a la presunción de imputabilidad, a la reversión de prueba y a la exclusión del caso fortuito como eximente de responsabilidad, con la reforma de 1902 al artículo 1048 del Código Civil, reforma que permitió indemnizar, por extensión de su esfera de acción, los casos de muerte o lesión ocurridos a los trabajadores en el transporte. Pero naturalmente la ley del año 25, además de extender notablemente la cobertura a mucho mayor número de accidentes de trabajo incluyendo el auténtico concepto de tal y estableciendo un verdadero sistema de protección a través de la organización del seguro respectivo, introduce una nueva noción en materia de responsabilidad: la fuerza mayor extraña al trabajo.

La citada ley se inspira, en lo que al aspecto doctrinal se refiere, en la teoría del riesgo profesional, la cual, en muy breve síntesis, será expuesta más adelante.

Para el objetivo de dotar el presente trabajo con elementos de legislación comparada, ninguna ocasión más propicia, no sólo por encontrarme en España sino también por tratarse de una legislación de avanzada en la materia, que referirme a la legislación española sobre accidentes de trabajo.

Nuestra ley del año 1925, coincide, en lo esencial, con la Ley de Accidentes de Trabajo promulgada en España el 30 de enero de 1900, reglamentada por Real Decreto de 28 de julio del mismo año, textos complementados por Reales Ordenes de 2 de agosto de 1900, de 6 de noviembre de 1902 y Real Decreto de 8 de julio de 1903.⁽⁷⁾

Debemos apuntar, como diferencia y sin entrar desde luego en el análisis de la ley, reglamentos y complementos, que la ley española de 1900 establece el seguro como **voluntario** y la de Costa Rica de 1925 lo declara, para la mayoría de las empresas o explotaciones, como **obligatorio**.

4) Código de Trabajo de 1943.

El Código de Trabajo, vigente a partir del día 7 de julio de 1943, fue promulgado por Decreto Legislativo N° 2 de 27 de agosto de 1943.⁽⁸⁾

Antes de iniciar un análisis acerca de la modificación y complemento que en materia de responsabilidad patronal introdujo el citado texto a la Ley sobre Reparación por Accidentes de Trabajo del año 25, es preciso referirnos, brevemente, al concepto de riesgo profesional, accidente y enfermedad profesional. Nada más a propósito, si se tiene en cuenta el objetivo de esta sinopsis, que ofrecer en primer término la definición jurídica que de esos conceptos nos da el artículo 203 del citado cuerpo de leyes, cuyo tenor reza así:

"Artículo 203.—Riesgos Profesionales son los accidentes o enfermedades profesionales a que están expuestos los trabajadores a causa de las labores que ejecutan por cuenta ajena.

Accidente de trabajo es toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo y durante el tiempo que lo realice o debiera realizarlo. Dicha lesión ha de ser producida por la acción repentina y violenta de una causa exterior.

La enfermedad profesional debe ser contraída como resultado inmediato, directo e indudable de la clase de labores que ejecuta el tra-

(7) En España el Seguro se declara obligatorio en fecha posterior.

(8) Por Decreto Ejecutivo posterior, dictado conforme a las previsiones del Art. XIV de las disposiciones transitorias del Título Undécimo del Código, se fijó como fecha de su vigencia el día 7 de julio de 1943, que fue la fecha de promulgación de "Las Garantías Sociales", capítulo agregado a la Constitución Política de 1870 en la fecha indicada.

bajador y por una causa que haya actuado en una forma lenta y continua en el organismo de éste...".

Insistimos, so pena de pasar por redundantes, en que si nos limitamos a la simple transcripción del texto sin analizarlo exhaustivamente, es porque el objetivo no es otro que el señalar el proceso evolutivo, marcando las diferencias fundamentales entre cada uno de los textos citados; pero en modo alguno debemos referirnos en concreto a todo el contenido de la materia que informa el concepto de los riesgos profesionales.

Como puede observarse, tanto de la transcripción anterior como de la relativa a la ley del año 25, se mantiene, así en el caso de los accidentes de trabajo como en el de las enfermedades profesionales, el principio de la ocasionalidad o causalidad. El accidente, para que pueda ser estimado como profesional, debe ser producto o consecuencia del trabajo y la enfermedad secuela inmediata de la clase de labores ejecutada. Vale decir que conforme a nuestra legislación, y sobre todo a tenor de la interpretación literal que los tribunales le han otorgado a esos textos, no cabe la posibilidad de proteger los casos de accidentes "in itineri".⁽⁹⁾

Esa jurisprudencia, en apariencia restringida y severa, no carece de lógica jurídica si el problema se enfoca del prisma normativo, esto es si se mira conforme a las disposiciones legales que actualmente regulan la reparación por accidentes de trabajo. En efecto, partiendo de la base de que la reparación tiene por causa originaria la relación de trabajo, no parece lógico, en estricto derecho, obligar a la empresa a responder por las consecuencias dañosas de los accidentes sufridos por el trabajador durante el trayecto de su casa al trabajo.

De los tres elementos que configuran la relación jurídica laboral es indudable que la subordinación es el que más la singulariza, pues como es bien sabido hay casos en que, no obstante existir prestación de servicios y remuneración, de no existir el vínculo subordinativo, no se da el contrato de trabajo, que es precisamente lo que ocurre con el mandato. De la diferencia entre los conceptos contrato de trabajo y relación de trabajo, nociones éstas bien deslin-

(9) En el capítulo posterior nos referimos de nuevo a los accidentes "in itineri" en relación con el tema.

dadas en el campo de la doctrina y de la jurisprudencia, se desprende que la relación de trabajo es la que determina la aplicación de la ley y no el contrato; y, —lo que más nos interesa desde el punto de vista de la consecuencia a que pretendemos llegar—, que la relación de trabajo no se produce sino hasta el preciso momento en que se inicia la prestación del servicio.⁽¹⁰⁾ En consecuencia la subordinación jurídica no nace sino hasta el momento en que comienza la prestación del servicio, hecho repetido diariamente al inicio y fin de cada jornada de trabajo. Esto nos lleva a la muy simple conclusión de que si la subordinación jurídica desaparece en el preciso momento en que el trabajador abandona la empresa, tampoco nace antes de que haya ingresado a su trabajo. Deliberadamente excluidos algunos casos de excepción como el trabajo en las minas, etc., pues otros, para efectos de la jornada, se regulan por el tan conocido principio del trabajo efectivo, y, precisamente, por ser una excepción, confirman el predicado que se ofrece como regla.

Es evidente, según queda argumentado, que durante el tiempo que el trabajador emplea en recorrer el itinerario de su casa al trabajo no está sujeto al vínculo de subordinación y que, por lo tanto, ni se ha iniciado la prestación del servicio ni ha nacido la relación de trabajo. En consecuencia, si ese vínculo jurídico no existe todavía, mal podríamos hacer responsable a la empresa de un hecho que debe ser secuela obligada de la relación de trabajo, pues de ahí, precisamente, es de donde puede derivarse su responsabilidad. Tampoco debemos pasar por alto un hecho real que para los efectos de la hermenéutica interpretativa tiene su importancia; o sea que en las grandes urbes es frecuente que la distancia entre el domicilio del trabajador y el lugar de su trabajo, medida en tiempo, sea de horas, transcurran éstas en coche propio, autobús, ferrocarril, metro, etc. No resulta muy sensato, si se toma en cuenta ese factor de hecho, y aún dentro de la teoría del riesgo profesional, argumentar que el patrono debe ser responsable de un accidente

ocurrido a uno de sus trabajadores durante el lapso que dure el itinerario que lo conduce a su trabajo. Es llevar demasiado lejos la doctrina del riesgo profesional articulada sobre la premisa de una presunta responsabilidad culposa, por remota que ésta sea. Debemos reconocer, con un mayor sentido de lógica, que lo que ocurre simplemente, es que esa doctrina ya no es suficiente para cobijar ese tipo de accidentes; los que si bien es cierto deben ser tutelados, habrán de serlo a base de otro supuesto más a tono con el derecho y las necesidades de la época.

El Código de Trabajo de 1943, tanto al referirse al accidente como a la enfermedad profesional, emplea el término trabajador; con lo cual no sólo amplió el manto tutelar de la ley, amparando a los trabajadores en general, sino que eliminó, de tajo, las inútiles y perjudiciales controversias que durante mucho tiempo hubieron de dilucidarse acerca de qué debía entenderse por obrero y por empleado, todo a efecto de determinar si el perjudicado o sus herederos tenían o no derecho a la protección sanitaria o a la indemnización correspondiente.

Prosiguiendo con nuestro cometido, damos a mano con el artículo 210 del Código ibídem, el cual precisa los actuales alcances de la responsabilidad empresarial frente a los riesgos profesionales, en cualquiera de sus dos modalidades: enfermedad o accidente.

Para efectos de contrastación y de análisis se transcribe de modo literal:

"Artículo 210.—Se presume que el patrono es responsable de la reparación de los riesgos profesionales ocurridos a sus trabajadores, en los términos del artículo 203. Se exceptuarán, cuando se rinda la prueba judicial correspondiente, los casos debidos a fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo, los provocados intencionalmente por la víctima y los debidos al estado de embriaguez imputable a ésta.

La imprudencia profesional, o sea la omisión del trabajador de tomar ciertas precauciones debido a la confianza que adquiere en su pericia o habilidad para ejercer su oficio, no exime al patrono de responsabilidad".

En síntesis el artículo transcrito establece los siguientes presupuestos jurídicos:

(10) La diferencia entre las nociones contrato de trabajo y relación de trabajo tiene una importancia capital, pues precisamente la aplicación del estatuto jurídico laboral depende de la relación y no del contrato. Este no carece del todo de efectos jurídicos, pero éstos más bien son de carácter civil y en nada se diferencian de la responsabilidad civil por incumplimiento de un contrato. Es el supuesto previo del enrolamiento o enganche, pero nada más. La relación de trabajo, sean las condiciones reales y efectivas dentro de las cuales se desenvuelve la prestación del servicio, nace en el momento en que se inicia la prestación y tiene, además de la apuntada, múltiples e importantes consecuencias. Mario de la Cueva: *Derecho Mexicano de Trabajo*, págs. 469 a 495.

- 1) La presunción *juris et de jure* de que el patrono es responsable de los riesgos profesionales inherentes a la empresa.
- 2) Inclusión de la imprudencia profesional como causa de responsabilidad.
- 3) Reversión de prueba.
- 4) Exoneración de responsabilidad cuando el riesgo profesional se produce: a) Como consecuencia de una fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo; b) Por provocación intencional de la víctima; y c) por embriaguez imputable al trabajador.

Nada hemos de agregar en calidad de comentario a los presupuestos uno y tres por haberlo realizado con anterioridad, pero sí en cuanto al segundo y cuarto.

Si la imprudencia profesional no exonera al empresario de responsabilidad, es forzoso admitir, por interpretación a contrario sensu, que la extraprofesional sí lo exige, o sea en el evento de que el accidente o la enfermedad hayan sido provocados intencionalmente por la propia víctima, por el afán de beneficiarse con las prestaciones sanitarias o con alguna indemnización pecuniaria. Claro que esa actitud, conocida con el nombre de autolesionismo, tiene un límite; por cierto difícil de trazar, por tratarse de aspectos subjetivos que influyen en el ánimo del trabajador. Si es fácil imaginar la actitud del trabajador que intencionalmente provoca la pérdida de un dedo o la adquisición de una enfermedad más o menos reversible, no ocurre lo mismo cuando la lesión o la enfermedad puedan producir un estado de invalidez permanente, o bien la muerte. El ejemplo limitativo más singularizado que podríamos ofrecer sería el del suicidio, pero aún en este caso habría que distinguir si es producto o no de un transtorno mental derivado de la dureza o de las condiciones del trabajo, evento en el cual tendríamos que suponer un típico accidente laboral.⁽¹¹⁾

En el presupuesto cuarto se habla de "fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo". En el capítulo segundo, y al analizar las proyecciones de la reforma al artículo 1048 del Código

(11) Cfr. *Hernández: Accidentes . . .*, págs. 188-119; *Rev. Ib. Seg. Soc.* N° 5, pág. 1405, Manuel Alonso Olea, art.

Civil, dejamos sentado cuál era, a nuestro juicio y conforme a la doctrina y a la ley, el concepto de fuerza mayor, por lo que no insistiremos más sobre el tema. Pero como la ley de Reparaciones por Accidente de Trabajo de 1925 y el Código de Trabajo de 1943, se refieren por su orden a "fuerza mayor extraña al trabajo" y a "fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo", hemos de convenir en que ambos textos introducen un nuevo elemento al concepto clásico de la fuerza mayor, cual es el de que ésta sea ajena al trabajo y se produzca sin ninguna relación con el mismo. ¿Nos encontramos, en consecuencia, a presencia de un nuevo concepto de la fuerza mayor o simplemente de una calificación específica? En nuestro criterio la segunda interrogante es la más aceptable, aunque no podemos negar la importancia que tal calificación pueda tener en el supuesto, aunque remoto, de que deba aplicarse la ley civil para resolver un caso en vez de la laboral. Existe pues una fuerza mayor, común u ordinaria y una fuerza mayor *sui-géneris*, calificada. La primera, ya definida, tiene en la actualidad su órbita de aplicación dentro de los preceptos de la responsabilidad civil por siniestros del transporte; y la segunda, por expresa disposición de la ley, se aplica en los casos en que el accidente deba encuadrarse a través de una relación laboral.

¿Pero qué debemos entender por fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo?

Se trata en síntesis, desde el punto de vista de la doctrina, de extender al máximo las fronteras de la responsabilidad del empresario, exonerándolo de la obligación de reparar el daño únicamente en aquellos casos en que demuestre que, a pesar de que el hecho causante proviene de una fuerza mayor, imprevisible e inevitable, ésta sea ajena a los propósitos de la explotación y no tenga ninguna relación de causa a efecto con el trabajo. Echemos mano como lo hacen la mayoría de los autores, del socorrido procedimiento de citar el clásico ejemplo del empresario que, para los fines de su negociado, construye una represa. Si esta represa, a causa de una inundación imprevisible es arrancada de cuajo y produce la muerte o lesión de varios obreros no hay duda de que se trata de una fuerza mayor, pero como ésta no es del todo ajena a la explotación ya que el empresario al construirla contribuyó en cierta medida a crear el riesgo, debe responder de las indemnizaciones por muerte o lesiones de sus trabajadores en el tanto que fije la ley.

Ese es el sentido, a grandes rasgos expuesto, del concepto de fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo. De suerte que, solamente en aquellos casos en que se demuestre que no existe ninguna conexión, directa o indirecta con la labor ejecutada, queda eliminada la responsabilidad empresarial, como en caso de un terremoto, rayo, ciclón, etc.

El problema de la participación de un tercero o de un compañero de trabajo en la producción del accidente, —lo que dio lugar en su tiempo hasta la creación de teorías exonerativas de responsabilidad—, se encuentra definitivamente resuelto a tenor de las disposiciones del Código de Trabajo de 1943.⁽¹²⁾

El artículo 212 del citado Código dispone al efecto que en el evento de que el accidente fuera causado por dolo, falta, negligencia o imprudencia que constituya delito o causadelito atribuible a terceros, el trabajador o sus causahabientes tienen acción contra esos terceros o bien contra el patrón, el que, en caso de pagar las indemnizaciones, se subroga contra esos terceros por el tanto pagado conforme a las obligaciones que le impone el mismo Código. Así pues no existe la menor posibilidad de que el trabajador o sus causahabientes sufran las consecuencias de la posible insolvencia de esos terceros, pues podrá dirigir la acción contra el patrono si supone que el tercero es insolvente, quien, además, responderá penalmente de su acción u omisión. Tampoco considera terceros, para los efectos de la responsabilidad patronal, ni a los representantes del patrono ni a los demás trabajadores de la empresa compañeros de trabajo de la víctima.

Ponemos punto final a este capítulo, no porque consideremos agotado el tema sino porque el propósito no era el de un análisis exhaustivo del mismo, sino más bien una exposición comentada que

(12) En Inglaterra, dentro de su sistema de precedentes judiciales, surgió la doctrina de "Assumption of risk" en virtud de la cual llegó a admitirse, como defensa patronal, que el trabajador, al celebrar el contrato de trabajo, asumía personalmente los riesgos inherentes al trabajo y que, por lo tanto no respondía el patrono cuando el accidente se debía a imprudencia profesional, caso fortuito, o imprudencia de un compañero de trabajo. En lo que respecta a este último extremo surgió también la doctrina del "fellow servant o del common employment", la cual al llegar a considerar que hasta los directores técnicos de la empresa eran fellow servants del trabajador, prácticamente redujo casi a la nada la responsabilidad de la empresa. Por ese camino llegó a considerarse que hasta el capitán de la nave era compañero de trabajo del marino y, en consecuencia, el propietario de la nave no respondía por la imprudencia del capitán, la cual, según la teoría dicha, debía asumir el marinero con todas sus consecuencias.

podiera servir de portada introductiva a la etapa que más nos interesa destacar, la del riesgo profesional con miras a señalar su desbordamiento y la necesidad de sustituirla por una nueva concepción: la de la Seguridad Social. Este capítulo, dedicado al análisis de la evolución de la doctrina de la responsabilidad bosquejada desde el Código Civil de 1883, termina con el Código de Trabajo de 1943, el cual refleja el estatus jurídico actual en materia de responsabilidad del empresario en casos de riesgos profesionales.

III.—TEORIAS RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL.

Conforme lo advertimos en el proemio del presente ensayo y a tenor de las razones dadas en esa ocasión, este acápite, de necesidad, ha de ser muy breve. Apenas si un esbozo y sin mayores comentarios, de las teorías que indistintamente han servido de soporte filosófico-jurídico a la obligación impuesta al empresario de responder pecuniariamente por los daños sufridos por el trabajador y su familia a causa del trabajo realizado por cuenta ajena. Este esquema, analizado en el capítulo precedente en lo tocante a la culpa extracontractual, tiene por objetivo, aparte de realizar una pequeña recapitulación de lo expuesto, el de fijar los antecedentes inmediatos que han dado origen, en virtud de un proceso evolutivo, al desbordamiento y superación de la teoría del riesgo profesional, dando lugar al nacimiento de nuevas teorías, como la del Riesgo Generalizado y la de la Seguridad Social.

Hacemos la aclaración de que sólo hemos de referirnos a las de mayor trascendencia, prescindiendo de algunas que, o bien no han alcanzado fortuna en el campo de la especulación doctrinal, o bien, en el fondo, no son otra cosa que la reiteración, bajo otro rubro, de las anteriores. Así por ejemplo, y sin que esto suponga una demeritación de las mismas, no haremos referencia a las denominadas "de la culpa con inversión de prueba", "del caso fortuito", "del ahorro", "del riesgo de autoridad", "del utilaje", etc. Inclusive en algunas de ellas, por poco que las ahondemos, nos encontramos conque el problema no es tanto de fondo como de terminología y de enfoque en la exposición. Además, al enunciarlas, lo hacemos en la forma más simple posible, dejando de lado el uso de las expresiones técnicas.

1) Culpa Extracontractual

La culpa o responsabilidad extracontractual, según queda dicho, encuentra su más remoto antecedente en la legislación romana, propiamente en la Ley Aquilia, de la cual deriva su paternidad (culpa Aquiliana).

Conforme a esta teoría para que el agente responda por un hecho u omisión que causa daño a otro, es preciso la demostración de que de su parte ha existido culpa, por remota que ésta sea. Así, la imprudencia y la negligencia llegaron a ser fuentes de responsabilidad, inclusive cuando el perjuicio sea debido a un caso fortuito del cual sí responde el deudor. Según lo hemos afirmado en el capítulo precedente, ya dentro del proceso de elaboración ulterior de la doctrina, sólo se admite la excepción de fuerza mayor.

Pero aún así, y a pesar del principio de la reversión de prueba que fue incorporado con posterioridad a efecto de neutralizar la imposibilidad práctica de probar la culpabilidad, éste ha resultado insuficiente para garantizar la protección que la clase trabajadora demanda en materia de infortunios gestados por la relación laboral.

2) Culpa Contractual.

La teoría de la culpa contractual, ofrecida en el campo del derecho civil para explicar la responsabilidad por incumplimiento de un contrato, llegó a aplicarse, por generalización, al incumplimiento de la obligación de seguridad que el empresario tiene, como secuela lógica y obligada del contrato de trabajo, para con sus trabajadores. Así pues supone en primer término que la seguridad es una de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo; y, en segundo lugar, que el incumplimiento de esa obligación es precisamente la fuente de donde se hace nacer la responsabilidad del empresario.⁽¹⁾

Los civilistas, entre ellos Planiol con su teoría del arrendamiento, Carnelutti con la de la compraventa, Lotmar, etc., al enfocar el problema de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo, concibieron éste como un contrato análogo a los del derecho civil, siendo prácticamente imposible, dentro de esa concepción inicial, imaginar en el seno de cualquiera de esos dos contratos ningún

pacto expreso en que el arrendador de servicios o el comprador de trabajo se comprometiera o tuviera que responder de los daños físicos sufridos por el arrendatario o el vendedor. Ese hecho explica por qué la tesis de la responsabilidad contractual, en la medida de su aplicación a la responsabilidad del empresario por accidentes o enfermedades profesionales de sus obreros.⁽²⁾

Posteriormente, cuando Paul Pic se refiere al empresario como deudor de seguridad, o cuando Sauzet o Saintelette nos hablan de la obligación contractual del empresario de "devolver al trabajador tan válido como lo recibió", es que la teoría, por aplicación derivada, comienza a cobrar carta de naturaleza; pero al agregar el propio Sauzet, "a menos que pruebe que ninguna falta le es imputable", la teoría vuelve al mismo problema de la responsabilidad extracontractual: la culpa del empresario, directa o presunta, como causa de su obligación.⁽³⁾

3) Riesgo Profesional.

A fines del siglo pasado la doctrina civil francesa nos proporciona una nueva concepción jurídica: la de la responsabilidad objetiva, denominada también responsabilidad sin culpa. Son Josserand y Saleilles los que la elaboran en el campo civil, siendo sus conclusiones las que en definitiva sirven de punto de partida a la moderna concepción de la responsabilidad.⁽⁴⁾

A partir de ese momento, y para los efectos indemnizatorios, no se atiende tanto a los aspectos subjetivos, negligencia o imprudencia, como a los objetivos. El dueño de la explotación, sea de objetos animados o inanimados que a su vez obtiene un lucro de su posesión, debe responder por ese mismo hecho de los daños que por causa de aquellos lleguen a sufrir terceros. En su más simple expresión podemos enunciarla así: Basta ser dueño de una cosa para responder de los daños eventuales que ésta pueda causar.

(2) Naturaleza jurídica del contrato de trabajo, misma obra, tomo I, pág. 461.

(3) Pic, Paul: Les assurances sociales en France et à l'étranger, Paris, 1913, pág. II. Sauzet: "Rev. crit. de législation et de jurisprudence" y "La Belgique judiciaire", ambos de 1883, Saintelette: "De la Responsabilité et de la garantie, Paris, 1884, cit. Manuel Alonso Olea: la responsabilidad por Accidentes de Trabajo, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, Setiembre-octubre 1958.

(4) Josserand: la responsabilité du fait des choses inanimées, Paris 1897.

(1) Distinción entre la noción contrato de trabajo y relación de trabajo, Mario de la Cueva, Derecho Mexicano de Trabajo, tomo I, págs. 469 a 495.

En lo tocante a su aplicación al campo laboral podemos citar, como antecedente desde 1883, la siguiente frase de Eelix Faure: "de idéntica manera como una explotación soporta el desgaste y la destrucción de su material, los gastos de amortización del utilaje, los riesgos del fuego, la responsabilidad civil, etc., así debe soportar las consecuencias de los accidentes que se produzcan en trabajos realizados en su provecho" porque "es natural y evidente que aquel que tiene por misión dirigir un trabajo del que recoge la mayor parte de los beneficios, es a priori el responsable de los accidentes que puedan sobrevenir en el curso de su ejecución".⁽⁵⁾

Comienza a generalizarse la idea de que el empresario debe responder de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, independientemente de si existe o no negligencia de su parte, sino por el mero hecho de haber contribuido a crear el riesgo específico. Así, y consecuentes con ese principio, las legislaciones actuales obligan al patrono a responder por los riesgos profesionales sufridos por los trabajadores con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecutan, a menos que el empresario demuestre en juicio que el accidente se debió a fuerza mayor extraña al trabajo o a la propia culpa de la víctima, casos en los cuales no es dable suponer su participación en la creación del riesgo.

Si analizamos la teoría en su propia base, nos encontramos que ella no nos satisface del todo, pues su punto de partida es un tanto relativo, consecuencia de haberse obcecado en la idea de buscar un sujeto responsable. Han sido modificados los supuestos en que se hace descansar la responsabilidad, pero no la identidad del sujeto culpable. Tanto la teoría de la culpa extracontractual, como la contractual y la del riesgo profesional llegan en definitiva, aunque por diferentes causas, a la misma meta: la empresa como responsable.

Si la obligación de indemnizar se fundamenta en la premisa de que la empresa es la creadora del riesgo, entonces ¿por qué se limita su responsabilidad cuando el accidente proviene de una fuerza mayor extraña al trabajo? Lo cierto es que por poco que extrememos la teoría, llegaríamos a la conclusión de que casi no puede existir ninguna fuerza mayor extraña al trabajo, toda vez que de

(5) Cit. p. García Oviedo. "Tratado de Derecho Social" pág. 332.

no haberse creado aquél no se hubiera producido el accidente. Lo que ocurre en realidad es que no es absoluta la afirmación de que basta crear una fuente de trabajo (responsabilidad objetiva) para crear a su vez un riesgo de cuyas consecuencias debe responderse. De ahí que el legislador se haya visto compelido, como consecuencia de esa relatividad, a delimitar los alcances de la responsabilidad, eximiendo al empresario cuando el siniestro provenga de lo que denominó fuerza mayor extraña al trabajo.⁽⁶⁾

La afirmación anterior podría llevarnos a una crítica de la teoría, pero como ese no es nuestro propósito prescindiremos de mayores comentarios al respecto, limitándonos por ahora a dudar de la teoría en cuanto esta nos es ofrecida con carácter de axioma.

Nos interesa destacar como conclusión, para efectos ulteriores, que dentro de la teoría del riesgo profesional siempre queda la posibilidad de demostrar que el accidente se debió a un azar no previsible o previsible, pero inevitable, casos en los cuales ni el trabajador o sus familiares tendrían derecho a ser indemnizados. He aquí además de la casualidad, el otro límite de la teoría.

4) Riesgo Generalizado.

He de hacer la observación previa de que no todos los que han escrito sobre este tópico están de acuerdo con el nombre, y, que, inclusive, algunos sostienen que no se trata de una nueva tesis jurídica.⁽⁷⁾ Su contenido bien podría encuadrarse bajo los rubros "riesgo social" o "riesgo colectivo".

Si nos hemos inclinado por la expresión de "riesgo generalizado" es porque, en realidad, expresa mejor la idea dentro de los alcances que le han sido atribuidos.

(6) La expresión "fuerza mayor extraña" no es del todo feliz, pues la característica de la exterioridad, como contraposición a la intensidad propia del caso fortuito, según lo visto en el capítulo II, es inherente a la fuerza mayor. No existe posibilidad de concebir una fuerza mayor si la génesis del siniestro no proviene de afuera, esto es sino es extraña a la explotación. De ahí que resulte redundante hablar de fuerza mayor extraña.

(7) García de Enterría, Eduardo: los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa, Madrid, 1956, págs. 216-217, cit. por Manuel Alonso Olea, sostiene que no se trata de una verdadera tesis jurídica. Royo Villanova, S.: La responsabilidad de la Administración Pública, en "Rev. de Administración Pública", núm. 19, 1956, pág. 35, citado por el mismo Olea, es de la misma opinión.

Hemos visto cómo, por vía jurisprudencial, en varios países la teoría del riesgo profesional ha sido desbordada al extender la responsabilidad de la empresa más allá de los límites que le son propios, imputándole siniestros derivados de riesgos no gestados por el funcionamiento de la misma. Así ha ocurrido en el caso de fuerzas mayores irresistibles e inevitables, las que por amplitud de interpretación han llegado a ser consideradas como no ajenas al trabajo, y por lo tanto equiparadas a los casos fortuitos, a efecto de compeler a la empresa a responder. Lo mismo ha sucedido con respecto a los accidentes ocurridos "in itinere"; los que han llegado a imputarse al empresario no obstante que el siniestro haya acaecido en medios sobre los cuales no ejerce ni podría ejercer ningún control, supuesto indispensable para poder atribuirle alguna responsabilidad por descuido o negligencia de su parte. A pesar de que el empresario no controla la vía pública y mucho menos el domicilio del trabajador, por lo que no es dable exigirle ningún cuidado o vigilancia a fin de evitarle algún perjuicio, se le obliga a responder de los accidentes que le ocurran durante el trayecto.

Lo anterior demuestra que la teoría del riesgo profesional, tal y como ha sido concebida, ha llegado a ser insuficiente para abarcar todo el contenido ideológico de las nuevas corrientes sustentadas con el fin de proteger a la clase trabajadora contra los infortunios del trabajo. Ese hecho explica el fenómeno jurídico del desbordamiento y superación de la teoría; habiendo cedido el paso a una nueva concepción, dentro de la cual, y bajo el rubro de riesgo generalizado, se propende hacia la protección del trabajador, independientemente de toda culpa del empresario y de todo riesgo específico que la empresa pueda haber generado.

La tendencia es la de convertir, trasmutándola, la noción de accidentes de trabajo en la de accidentes, sin más calificación. Basta con que el trabajador sufra un accidente para que tenga derecho a ser protegido sin entrar en discriminaciones para efectos del otorgamiento de esa protección, acerca de si el accidente es común o es laboral; si se produjo con ocasión del trabajo o fuera del trabajo.

Para fundamentar los alcances de la teoría se dice que quien responde es el público, en virtud de un principio de socialización

del riesgo. Es decir, que se traspasa, por mutación, la responsabilidad de la empresa al público, esto es a la sociedad.⁽⁸⁾

No comulgamos, disistiendo radicalmente en ese aspecto, con el fundamento que le ha sido atribuido a la teoría, el cual, lejos de fortificarla, la debilita. Jurídicamente hablando el argumento no tiene ninguna solidez, pues ni el público ni la sociedad pueden resultar culpables, en el sentido técnico que dicha expresión tiene, de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales ocurridos dentro del seno de la empresa. Ha sido posiblemente la circunstancia de no haber podido descargarse del lastre de la costumbre de pensar siempre en un responsable, lo que ha inducido a los que así piensan, muy ilustres y muy doctos tratadistas en la mayoría de los casos, a continuar la trayectoria marcada desde los inicios de la teoría de la responsabilidad: la búsqueda obsesionante de un culpable. Tal actitud tiene amplia justificación dentro de los preceptos del derecho civil, pues se trata de otro tipo de justicia, la distributiva, pero no en el campo de la justicia social; esta requiere otras concepciones, y, por lo tanto, otras soluciones. Dentro de la órbita del derecho civil, circunscrita a determinado radio de acción, el de las relaciones individuales, resulta no sólo explicable sino necesaria la restricción. Pero en el campo laboral es ya tiempo de decidirnos a hacer real y efectiva la autonomía del derecho de trabajo, independizándolo, de una vez por todas, del derecho civil.

¿Por qué buscar la causa de la obligación de contribuir a la satisfacción de la necesidad de proteger a los trabajadores contra las consecuencias de los infortunios del trabajo, como en el caso del accidente y enfermedad profesional, en una muy discutible culpa de la sociedad? ¿O es que no puede existir obligación si ésta no nace como réplica de un acto injusto a manera de necesaria compensación por un mal causado? No; es mucho más lógico, más conforme a la justicia social y menos divorciado de la técnica jurídica, encontrar el fundamento en el deber, nacido éste de la solidaridad social; deber puro, no contaminado con ningún antecedente culposo. El hecho de vivir en sociedad, del cual se derivan beneficios innegables, hace nacer la obligación de contribuir a la solución de los problemas que afectan a todo el conglomerado social. Por aplica-

(8) Tesis sostenida en un brillante artículo de Manuel Alonso Olea, "la responsabilidad por Accidentes de Trabajo", pág. 1419, publicado en la Revista Iberoamericana de Seguridad Social, N° 5, 1958.

ción de ese principio general al caso concreto de los infortunios del trabajo es que debemos buscar la fórmula de solución: la solidaridad social, independientemente de toda culpa o responsabilidad.

5) De la Seguridad Social.

Bajo esta denominación ha sido creada una nueva teoría; la más moderna, no sólo atendiendo a su punto de partida sino también a sus proyecciones, las cuales revolucionan los conceptos propios de la teoría del riesgo profesional incorporada a las actuales legislaciones de la casi totalidad de los países, pues se propone prescindir tanto del elemento causalidad como de la limitación pro fuerza mayor extraña al trabajo. Debemos reconocer que se trata de una posición de avanzada que no ha traspasado todavía el campo de las ideas, pues no ha adquirido todavía carta de naturaleza en las legislaciones.

En realidad los fundamentos de esa seguridad han sido expuestos, aunque con parquedad, al referirnos a la anterior concepción, la denominada como riesgo generalizado, el cual, si bien en síntesis contiene la misma finalidad, equivoca la causa. Ya hemos dicho en qué consiste el error en cuanto a la causa, pues no es que el público deba responder en reemplazo del empresario sino que la colectividad, consecuente con el principio de la solidaridad social, se hace cargo, por distribución del riesgo como método, de sufragar el costo de la protección. No es otra cosa, en el fondo, que la incorporación de los mismos principios que motivan la protección de los demás riesgos cubiertos por el Seguro Social, rompiendo así los viejos moldes construidos en el siglo pasado para reparar los accidentes del trabajo.

Configurada la prestación como un verdadero seguro social, como uno de los tantos riesgos que éste confronta dentro de su problemática, y eliminando el concepto básico de la responsabilidad de la empresa, la atención sanitaria, las indemnizaciones por incapacidad y la rehabilitación en su caso, se otorgan atendiendo a la consecuencia producida y no a la causa gestora. De ahí que esas prestaciones se concedan de acuerdo con la teoría de que nos ocupamos con el mismo sentido que se otorga una pensión por invalidez, vejez, muerte, salud, etc., guardadas, es claro, las diferencias y limitaciones propias a cada una de esas contingencias.

No continuamos argumentando en pro de la doctrina, pues aparte de ser muy conocida, el desarrollo subsiguiente tiene por objeto esa misma finalidad. Repetimos, como argumento a su favor, que Inglaterra, uno de los países más adelantados en materia de Seguridad Social ha dado un gran paso adelante en el desenvolvimiento de esta concepción al introducir en su legislación el sistema de triple contribución aplicado a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

V.—POSIBLES MEDIDAS ADOPTABLES EN LO QUE DICE A COMO EXTENDER LA PROTECCION EN MATERIA DE RIESGOS PROFESIONALES.

El presente ensayo, según lo hemos dicho ya más de una vez, persigue, como Norte, el brindar una serie de pautas que puedan servir de punto de partida al estudio que, previa y necesariamente, ha de realizarse con el objeto de ampliar la protección que en materia de riesgos profesionales se ha venido otorgando hasta aquí a los trabajadores costarricenses; tarea a la que ha de dar cima una adecuada reforma legislativa a los textos actualmente vigentes.

Precisa aclarar también, a efecto de evitar malentendidos, que se apoya en la premisa, firmemente compartida por el que suscribe, de que no es posible ninguna reforma fructífera sino es a base de configurar esa protección como un verdadero y legítimo Seguro Social; lo que obliga, como medida sine quanon, al traspaso de la gestión de los Riesgos Profesionales del Instituto Nacional de Seguros a la Caja Costarricense de Seguro Social. Si esa medida afecta funcional o económicamente al referido Instituto, es esto un problema de política estatal, que no incumbe abordar al suscrito y que, por lo tanto, no será objeto de análisis, sino apenas de una modesta y simple sugerencia.

- 1) Protección en materia de indemnizaciones aún en el evento de que el accidente o la enfermedad no sucedan con ocasión o como consecuencia del trabajo y también en el caso de que se deban a fuerza mayor extraña y sin relación con el trabajo.

Nuestra legislación, según queda expuesto, se ciñe a la teoría del riesgo profesional, de acuerdo con el contenido de los artículos 203 y 210 del Código de Trabajo de 1943.

Pero dicha teoría, y desde luego su legislación positiva, establecen dos límites o fronteras a la responsabilidad patronal, que si bien es cierto son admisibles desde el punto de vista en que se plantea la teoría, no resultan nada equitativas desde el social y en lo referente a los intereses de la clase trabajadora, la cual precisa, repetimos, una solución más justa que bien pueda alcanzarse a base de la solución de los Seguros Sociales, complementando el aporte patronal con el del Estado y aún con el de los propios trabajadores.⁽²¹⁾ Expresamente omito referirme a los otros dos límites, cuales son la imprudencia profesional y la extraprofesional, por cuanto esas nociones, si bien importantes para los efectos de delimitar la responsabilidad, no juegan ningún papel en la proyección de la tesis; aun de admitirse la posibilidad de la reforma, siempre quedarían incluidos el uno como elemento integrante de responsabilidad y el otro como exonerante.⁽²²⁾

El primer límite a analizar conforme a lo dicho es el de la causalidad u ocasionalidad; o sea la exigencia de que el accidente, para que sea indemnizable, —lo que tiene gran trascendencia cuando sobreviene la muerte o deja alguna incapacidad—, debe suceder con ocasión o como consecuencia del trabajo. Por lo general, y henos aquí ante un grave defecto, esas expresiones dan lugar a litigios interminables, pues ambos términos, contrariamente a lo que a simple vista parece, no son tan precisos como fuera de desear, produciéndose como consecuencia enormes controversias en aquellos casos que podríamos llamar de frontera, en donde la delimitación no es tajante. En España, para citar un ejemplo, nos encontramos con que la jurisprudencia ha llegado a admitir como accidente susceptible de ser protegido el que ocurre "in itineri", a base de considerar, como argumento central, que si el trabajador no hubiera tenido que ir al trabajo no le hubiera ocurrido el accidente y por lo tanto de ese hecho apreciativo se hace derivar la responsabilidad de la empresa.⁽²³⁾ Pero a la par, y en virtud de esa misma juris-

(21) El Seguro Social de Riesgos Profesionales en Inglaterra se encuentra organizado a base de la contribución tripartita.

(22) Aún dentro del más amplio concepto de Seguro Social no cabría admitir, so pena de incurrir en la injusticia y en la inmoralidad, la indemnización a aquellos trabajadores que intencionalmente se procuran una lesión o una enfermedad para obtener la indemnización correspondiente. No debe olvidarse que cualquier prestación indebida que que el trabajador obtenga, sea en especie o en metálico, constituye una detracción que perjudica a los demás asalariados que solidariamente para financiar el sistema de todos y no de uno.

prudencia, se incurre en la sinrazón de eliminar la responsabilidad en el evento de que el trabajador al ocurrirle el accidente, por cualquier causa, hubiera modificado su ruta habitual para llegar al trabajo. La jurisprudencia de algunos otros países europeos sigue los mismos derroteros. No hay duda de que si se atiende al impulso que ha movido a los juzgadores a desbordar la teoría del riesgo profesional protegiendo por vía de interpretación lo que la ley expresamente no protege, por un legítimo prurito de justicia social; resulta baladí, ante ese motivo causante, que no se le proteja en el evento de que se hubiera apartado unos cuantos metros de su camino habitual para comprar unos cigarros, visitar un pariente, etc. Esa evidente contradicción no es otra cosa, —y esta es precisamente la consecuencia que nos interesa destacar alejándonos de todo ánimo de crítica—, que el resultado lógico de haber asentado la idea de la protección en el concepto de la responsabilidad culpable. La teoría de la responsabilidad empresarial no llega a tanto como hasta hacer responder a ésta de los accidentes "in itineri" y de ahí que los tribunales, en un afán de cumplir con una mejor justicia social pero quizá apartándose de la lógica jurídica, hayan desbordado la teoría por inadaptable a las necesidades de la época. Si ha sido necesario en aras de una mejor justicia social y en atención a que la concepción del riesgo profesional no es capaz por sí sola de cubrir las consecuencias de un accidente producido fuera de la empresa, extender los alcances de la teoría fuera de sus límites normales, es evidente que lo propio y lo lógico debería ser, no de formar una teoría y convertirla en un trasto inservible, sino superarla, sea sustituyéndola o bien complementándola.

El segundo límite lo constituye la fuerza mayor extraña al trabajo, sin que pueda irse dentro de ese término más lejos del ámbito de la teoría del riesgo profesional a que obedece, pues de lo contrario caeríamos en el absurdo jurídico de hacer responsable al patrono de los hechos irresistibles e inevitables como lo son los hechos llamados de Dios, las fuerzas desencadenadas de la naturaleza; es decir, en suma, de los calificados como fuerzas mayores que no admiten ni siquiera el argumento de una remotísima responsabilidad.

Estos dos límites, infranqueables dentro de la lógica jurídica de la teoría del riesgo profesional, marcan la frontera hasta donde es dable y racionalmente posible abarcar en materia de

responsabilidad patronal. De lo contrario, aparte de incurrir en el absurdo nos adentraríamos en lo injusto. En síntesis, lo que se quiere expresar es que la responsabilidad nacida del riesgo profesional no puede ir más allá de sus lógicos alcances, y que su desbordamiento como ocurre en los accidentes "in itinere" por obra de la jurisprudencia, siempre en busca de una mejor justicia social, demuestra la necesidad impostergable de sustituir o de complementar la teoría.

¿Cómo vencer esos obstáculos jurídico-filosóficos, nacidos precisamente de la circunstancia histórica de haber estructurado la reparación de los daños causados por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional sobre el único soporte de la responsabilidad del empresario?

Henos aquí enfrentados al problema pues pretendemos, conocido el obstáculo, vencerlo, sea superando la teoría con una nueva concepción, o, por lo menos, de no ser posible estructurar una nueva que nos satisfaga más desde el punto de vista de la técnica jurídica, procurar una solución práctica y sencilla que colme las aspiraciones de la clase trabajadora. A este efecto debemos atender antes que todo al fin inmediato que nos proponemos: la protección de los trabajadores y de sus familias, no sólo atendiendo a su coeficiente meramente individual sino también, y con especial énfasis, al social. Los trabajadores deben ser protegidos: siendo esta la columna vertebral del sistema que adopte el legislador, sea en caso de enfermedad, muerte o incapacidad, sin tomar en consideración la causa que dio origen a la realización del siniestro, el cual a su vez, por derivación da lugar al descalabro económico y social del trabajador y de su familia.

Según se ha esbozado, para obtener la finalidad antedicha es indispensable una nueva teoría, o, por lo menos, de no ser posible o estrictamente necesario, un nuevo punto de vista más simplista y más efectivo, aspiración que necesariamente ha de realizarse a través del Seguro Social, pues es la única Institución en Costa Rica, por su estructura filosófica y especialización técnica, capaz de administrar la protección inherente a los riesgos profesionales de acuerdo con la nueva tendencia y con verdadero sentido social. No debemos continuar oponiendo criterios estrictamente jurídicos y trasnochados a los justos anhelos de los trabajadores, quienes al

parecer se hallan tan imbuidos por el factor psicológico que supone el no contribuir al sistema que ni siquiera han exigido, a través de sus organizaciones obreras, una mejora efectiva del régimen.⁽²⁴⁾ No es justo, valga el ejemplo, cruzarnos de brazos ante la miseria de una viuda y de sus hijos cuyo esposo muere a causa de un desprendimiento de tierra calificado como caso de fuerza mayor extraña y sin relación con el trabajo, confrontados de súbito con la miseria económica y moral, por respecto a un tecnicismo jurídico, que si bien tuvo su razón de ser en el siglo pasado no lo tiene en el presente, sobre todo si se toma en cuenta el avance y las proyecciones de la Seguridad Social después de La Carta del Atlántico y de algunos otros documentos internacionales de extraordinaria y capital importancia. Con estupor rallano en desesperación la viuda del ejemplo nos diría, como lo repiten siempre que ocurre un accidente en análogas condiciones, que ella lo único que sabe es que su esposo y el padre de sus hijos murió y los deja en la miseria: sin pan, casa ni abrigo. El motivo de la negativa ni le interesa ni lo comprende.

La nueva teoría o enfoque a que nos hemos venido refiriendo, y cuyo fundamento ha quedado planteado en las páginas precedentes, es la de la Seguridad Social. Efectivamente, dentro de la filosofía de la Seguridad Social, —entendida ésta como una política encaminada a resolver los problemas de las clases asalariadas atendiendo a la necesidad social y no al factor puramente económico—, desaparecería todo ese complicado mecanismo técnico jurídico producto de la concepción del riesgo profesional. Nos desentenderíamos de las complicadas distinciones entre fuerza mayor, caso fortuito, etc., así como de si el accidente ocurrió dentro o fuera del trabajo, con lo cual quedaría el camino expedito para estructurar un nuevo sistema de protección a base del Seguro Social. No interesa, dentro de ese nuevo sistema, cuál ha sido la causa del accidente, si es común o de trabajo, si es debido a fuerza mayor relacionada con el

(24) Quiero aclarar, no sea que se piense que he incurrido en un gazapo al pronunciarme con respecto a la extensión de la responsabilidad a los accidentes "in itinere", que al emplear el término de "trasnochados" ello quiera decir que éste de acuerdo en que la ley vigente deje de aplicarse o se retuerza a base de interpretaciones absurdas, por equitativo que sea el fin que se persigue; de ser así no hubiera criticado la jurisprudencia española en la materia. Para el togado sigue en pie el viejo aforismo romano de que "dura lex sed lex", pues de lo contrario y por generalización, podría incurrirse en el caos social. Lo propio, cuando una ley es mala o inadecuada, es derogarla, reformarla o sustituirla. Eso es precisamente, con apoyo en los argumentos ofrecidos, lo que se propone sugerir en el presente trabajo.

trabajo o totalmente ajena a éste. Basta que el trabajador, vinculado a una relación laboral sufra un accidente, para que tenga derecho a disfrutar de las prestaciones sanitarias primero, de la indemnización por la pérdida del salario y de la rehabilitación o readaptación después. La simplificación por sí sola, aparte del contenido de justicia que entraña, bastaría para calificar de útil la reforma.

- 2) Necesidad de brindar en caso de accidente y enfermedades profesionales la misma protección a los trabajadores agrícolas.

Se impone, como una necesidad de primer orden, reformar la legislación costarricense con el objeto de otorgar a los trabajadores agrícolas la misma protección que en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales gozan los otros trabajadores. Los trabajadores del campo se encuentran expuestos, casi en parecida proporción, a múltiples accidentes provenientes del ejercicio de sus faenas. Por otra parte no debemos echar en olvido que en países de economía fundamentalmente agrícola como es la nuestra, preservar el factor humano determinante de esa producción, es antes que todo una inversión de orden nacional. Insistimos con énfasis, en el argumento de que también impelidos por un sentimiento de justicia cristiana, debemos acatar ese imperativo de nuestra conciencia.

El argumento que generalmente se estila para contrarrestar todo intento de mejorar las condiciones de los trabajadores agrícolas es el de la agricultura, por su escaso rendimiento económico, no soporta mayores cargas.

El suscrito, con ocasión del Segundo Congreso Iberoamericano de Seguridad Social celebrado en la ciudad de Lima en 1954, planteó, en su calidad de delegado y con carácter de ponencia, la necesidad de extender el hábito protector de la Seguridad Social a los trabajadores del Campo y sus familias. Como dentro de esa trayectoria marcada ya en el campo internacional y realizada en parte en nuestra legislación positiva, cabe la reforma que hemos venido propiciando y de ahí que me tome la libertad de transcribir los argumentos que en esa oportunidad se ofrecieron para sustentar la ponencia.

"Tratándose de países cuya economía es fundamentalmente agrícola y en los que la mayor parte de las divisas provienen de la producción agrícola de exportación como ocurre en Costa Rica, donde la población activa de los campos por otra parte es de casi el cincuenta por ciento de la totalidad de la clase trabajadora, constituye una necesidad de orden primordial, —si es que se quiere mejorar gradualmente las condiciones económico sociales generales del país—, la protección preferencial del Estado para esa clase de trabajadores. Dentro de ese orden de ideas, y para la finalidad señalada, es preciso procurar a los trabajadores del campo condiciones óptimas, tanto en el orden material, como en el moral y el educacional. El Estado, con el objeto de asegurarles un nivel de vida decoroso de acuerdo con su condición humana y para estimular la producción, debe velar por la salud y demás condiciones de vida del trabajador y su familia. Ninguna fórmula mejor, hasta la fecha, que la extensión de los beneficios del Seguro Social a los trabajadores agrícolas y sus familias, garantizándoles, hasta donde las especiales condiciones de cada país lo permitan, el máximo de cobertura posible contra los llamados riesgos sociales".

Si he citado los anteriores párrafos, no lo ha sido tanto con el propósito de ofrecer argumentos en pro de una mayor protección para los trabajadores del agro, —tema sobre el cual se ha escrito en demasía—, sino porque ellos representan un compromiso de orden moral contraído ante una Asamblea Internacional de la magnitud de la citada, compromiso que Costa Rica habrá de cumplir a no muy lejano plazo. La necesidad de proteger a los trabajadores rurales contra los riesgos profesionales tiene ya categoría de axioma, razón por la que estimo innecesario agregar ningún otro argumento más en ese sentido.

Si se piensa que el medio de realizar la reforma no es otro que el traspaso de la gestión de los riesgos profesionales a la Caja de Seguro Social, estructurando un nuevo sistema, ninguna ocasión más propicia para extender la cobertura de los mismos a los trabajadores del campo, sobre todo si se toma nota de que la Caja cuenta con todas las instalaciones sanitarias y oficinas administrativas organizadas de antemano, así como con las empresas y los trabajadores afiliados de previo. La economía y la eficacia que garantiza tal circunstancia es factor decisivo para inclinar la balanza.

- 3) Posibilidad de convertir en vitalicias las rentas por incapacidad, sea ésta parcial permanente o absoluta permanente.

La conveniencia de la adopción de la medida enunciada en subtítulo precedente es innegable, pues entraña el deseo de proteger al trabajador y su familia, librándolo de la miseria, en una forma estable y permanente. El Seguro, económicamente hablando, es un medio de conservación de capitales y de librar a las gentes de caer en la miseria, o sea en la negación absoluta de oportunidades para poder satisfacer sus necesidades más apremiantes; circunstancias a las que el individuo puede verse abocado por múltiples causas. En lo que interesa, no por falta de mercado de trabajo ni voluntad para desempeñarlo, sino por incapacidad, física o mental para poder realizarlo. Esa incapacidad puede ser temporal, caso en el cual remitida la causa traumática o mórbida, el individuo recupera su capacidad de trabajo y su empleo. Puede ser de carácter permanente pero no absoluta, circunstancia en la cual siempre queda una capacidad residual aprovechable. Puede ocurrir que la incapacidad, además de permanente, sea absoluta de tal suerte que le impida a la persona ocuparse de cualquier labor remunerada por insignificante que ésta sea. Por último tenemos la llamada gran invalidez, que supone un estado extremo en el que el individuo, además de no poder realizar ningún trabajo, no puede tampoco valerse por sí mismo para satisfacer necesidades biológicas como comer, vestirse, etc. Sería el triste cuadro de los parapléjicos condenados a vivir hasta el fin de su vida en cama, en un estado de inmovilidad casi absoluta, proveniente por lo general de lesiones medulares.⁽²⁵⁾

En realidad, con un enfoque social tendiente a procurar una adecuada protección, lo mismo da que la invalidez provenga de un debilitamiento de las fuerzas físicas o mentales que produzca un

(25) No entramos a hacer ninguna referencia sobre los aspectos médicos propios de esos estados, pues, aparte de que son ajenos a nuestros conocimientos, prolongarían innecesariamente este trabajo. Los países más adelantados en materia de Seguridad Social, como Inglaterra, conceden, además de la indemnización correspondiente en proporción al salario devengado por el trabajador antes de su invalidez, una prestación de tipo personal, cual es la de enviar una persona, generalmente una trabajadora social o enfermera, para que atienda a esos menesteres que personalmente no puede realizar el trabajador inválido. La idea, por otra parte, no es nueva. Antonio Rumeu de Armas, autor de una obra de extraordinario valor de investigación histórica intitulada "Historia de la Previsión Social en España", nos revela, como, a partir del siglo IX nos encontramos con manifestaciones de prestación de naturaleza personal en las cofradías y gremios de la época.

estado de incapacidad (concepto clásico de invalidez) como que ella sea consecuencia de un trauma súbito, acaecido con ocasión o como consecuencia del trabajo. En lo futuro, cuando la Seguridad Social haya alcanzado un estado superior al actual, de fijo que estas diferencias no tendrán mayor trascendencia y que la protección, dentro de un régimen que no distinga riesgos y se atenga únicamente a resultados o consecuencias dañosas producidas, se otorgará sin parar mientes en discriminaciones administrativamente costosas y a veces socialmente injustas. Pero como la finalidad de este ensayo no abarca el estudio de la eliminación del distinguo entre la incapacidad por accidente y la producida por simple invalidez, prescindiremos de ir adelante con el tema, bastando con despertar simplemente la inquietud.

El Estado, y al hablar de Estado lo hago en el entendido de que no pienso otra cosa sino en un medio para obtener un fin; en este caso de Seguridad Social, no puede mirar con indiferencia la triste situación de un inválido por incapacidad proveniente de un accidente de trabajo que, transcurridos cinco años en el evento de que la secuela haya sido de una incapacidad parcial permanente o de diez años en el de la absoluta permanente, pierda la renta de la que dependía para vivir y caiga en la más absoluta indigencia, por lo menos en el último de los dos casos citados. Tampoco se puede permanecer impávido ante la viuda que, después de diez años de percibir la renta proveniente del accidente que causó la muerte de su marido, queda, ante la falta de ingresos propios, expuesta a la miseria económica y moral.⁽²⁶⁾ Esos son problemas sociales que claman a gritos una solución adecuada. ¿Cuántos hombres y cuántas familias viven en condiciones ifrahumanas, corroídos por la desesperación de la caridad familiar, cuando esta existe, o de la pública; perdida su dignidad, sin esperanzas y sintiéndose verdaderos despojos sociales?

Es pues evidente e impostergable la necesidad de una reforma en la materia, siendo el principal obstáculo para obtenerla, a nuestro juicio, el financiero. En ese sentido creemos que la dificultad debe ser vencida y que es posible realizar la empresa a través del Seguro Social, pero naturalmente, la meta hasta donde podamos llegar inicialmente en esta materia, de acuerdo con los costos,

(26) Arts. 213 y 218 del Código de Trabajo de Costa Rica.

es un asunto financiero, que requiere de previo, un serio estudio financiero-actuarial. En ese aspecto tienen la palabra los actuarios y los financieros; quienes nos dirán si es posible, ya sea integral o parcialmente, de acuerdo con los posibles costos, aspirar a transformar en permanentes las actuales indemnizaciones que el Código de Trabajo otorga a los trabajadores en caso de accidentes o enfermedades profesionales.

V — PLAN GENERAL DE REFORMAS A EFECTO DE INTRODUCIR LAS INNOVACIONES SUGERIDAS; Y DE REGULAR EL TRASPASO DE LA GESTION DE LOS RIESGOS PROFESIONALES.

Aun dando por sentada la factibilidad de estructurar la protección contra las consecuencias de los riesgos profesionales, de acuerdo con las sustanciales modificaciones que han sido sugeridas y por conducto del Seguro Social, surge un último problema que, aunque tal vez no el más álgido, requiere sumo cuidado, no sea que se malogre la sana intención que ha de inspirar la reforma. Se trata del problema de determinar qué textos legales han de derogarse o reformarse y cuáles normas de derecho positivo han de sustituir a las derogadas; así como de las reglamentaciones que han de dictarse, una vez efectuado el traspaso, con el propósito de que el Seguro delimite la cuantía, la forma y el procedimiento que ha de regir las prestaciones.

A ese propósito debemos plantearnos una primera e impostergable interrogante, pues de ella depende, en grado superlativo, la cuantía de las reformas que hayan de realizarse, y podemos enunciarla así:

¿El traspaso de la gestión de los Riesgos Profesionales del Instituto Nacional de Seguros a la Caja Costarricense de Seguro Social, requiere una reforma de la Constitución Política?

En nuestra opinión, y a tenor de lo dispuesto por el artículo 73 de nuestra Carta Magna, no existe ningún obstáculo constitucional que impida ese traspaso.

Dicho artículo, para los efectos del comentario subsiguiente, reza así:

"Artículo 73.—Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos ni las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales".

Al usarse en el primer párrafo la expresión "y demás contingencias que la ley determine" se está indicando, con claridad meridiana, que en virtud de una ley posterior puede cubrir el Seguro Social cualquier otra contingencia, dentro de cuyo contenido caben los riesgos profesionales, que son riesgos típicos a cubrir por el Seguro Social, como sucede en la casi totalidad de los países que disfrutaban de un régimen de Seguridad Social.

Es más, puede sostenerse, sin lugar a ningún género de dudas, que en virtud de la reforma constitucional de 7 de noviembre de 1949⁽²⁷⁾ se dio el paso constitucional necesario y previo a ese traspaso, pues el anterior texto constitucional en ese aspecto, incorporado en la reforma de 1943 que introdujo el capítulo de las Garantías Sociales, expresamente se encomendaba la cobertura de ese riesgo al Banco Nacional de Seguros, hoy Instituto del mismo nombre. Al suprimirse el nombre de la institución aseguradora y decir la constitución, como lo dice actualmente, en virtud de la citada reforma de 7 de noviembre de 1949, que la gestión de los riesgos profesionales quedará a cargo de las instituciones aseguradoras del Estado, es indudable que al eliminar la nominación, el constituyente reformó la constitución y expeditó el camino para el traspaso a que me he venido refiriendo.

(27) La Constitución de 1870, promulgada durante la administración del Presidente Guardia, ha sido reformada en lo que a aspectos laborales se refiere, primero el 7 de julio de 1943 al incorporarse el capítulo de Las Garantías Sociales. El 7 de noviembre de 1949 se introdujeron reformas sustanciales, pero la base de la constitución de 1870 se mantiene estructura de la constitución de 1870 ha sido respetada, razón por la cual se sigue hablando de la Constitución del setenta y de las reformas del cuarenta y nueve. Estas últimas reformas, en lo que se refiere al capítulo de Garantías Sociales, son de tipo complementario o aclaratorio, como en el caso citado de los riesgos profesionales.

Cosa distinta sucede, conforme a la expresión usada en el último párrafo del artículo transcrito de "que los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos", en cuanto a la posibilidad de establecer el sistema de la triple contribución para su financiamiento, Estado, empresa y trabajador.

Si bien es cierto que, de acuerdo con nuestro régimen constitucional no basta afirmar que una disposición legal es inaplicable por contraria a los preceptos constitucionales para que en efecto se pueda tener como tal, sino que es indispensable que la Corte Plena, por mayoría de las dos terceras partes de sus diecisiete miembros así lo declare, no es menos cierto que en ese aspecto sí admitimos el beneficio de la duda. No argumentamos, ni en pro ni en contra, pues llegar a una conclusión definitiva en la materia amerita un estudio constitucional más a fondo que dejamos para en otra ocasión.

Si podemos arribar en cambio a la conclusión de que para los efectos del traspaso, o sea para que la Caja Costarricense de Seguro Social se haga cargo de la gestión de los seguros contra los Riesgos Profesionales, no se requiere ninguna reforma constitucional. Basta un simple Decreto Legislativo para llenar esa finalidad, en el cual se determinarían las condiciones generales que habrían de regular el traspaso.

Tocante a las disposiciones de orden positivo que actualmente rigen la materia, tales como las contenidas en el capítulo segundo del Título cuarto del Código de Trabajo de 1943, todo lo relativo a las medidas de Seguridad, al Reglamento del Consejo de Seguridad e Higiene de Trabajo, la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, las Leyes y Decretos del Instituto Nacional de Seguros, así como sus reglamentos y otras leyes o reglamentos conexos, etc., requieren a no dudarlo un análisis minucioso, a efecto de determinar el alcance y sentido de la reforma, armonizando las disposiciones que puedan resultar contradictorias.

Esa es una labor ímproba que requiere, a no dudar, un estudio exhaustivo de todas esas disposiciones legales y reglamentarias, labor que no está llamada a ser objeto del presente estudio de tipo general. Ese cometido bien podrá encomendarse, en su oportunidad, a una comisión de juristas, a cuyo cargo estaría el señalar las disposiciones que habría que modificar o derogar, todo de acuerdo con las bases generales que habrían de serle suministradas de previo.

En cuanto a la mecánica del traspaso existe una serie de detalles, tanto de orden económico como administrativo y legal que requiere un acuerdo entre ambas instituciones; cuyos alcances no pueden ser previstos de antemano en toda su integridad, motivo por el cual lo aconsejable sería el aporte de una Comisión mixta que los estudie y proponga fórmulas de adecuada solución.

- 1) Punto de partida que ha de inspirar el contenido de la reforma: el interés de la clase trabajadora.

Hemos adelantado en el curso de las páginas anteriores que debemos inspirarnos en los postulados de la justicia social; pues son éstos, y no otros, los que pueden ofrecernos una solución adecuada a las aspiraciones de la clase trabajadora, en cuanto ellas sean justas y acordes con las necesidades económico sociales de la época.

El eliminar el límite de la fuerza mayor, así como el de la causalidad, el propiciar la conversión de las rentas de carácter temporal en permanentes cuando la incapacidad sea de la misma naturaleza, así como la extensión de la cobertura que beneficia a los trabajadores agrícolas, constituye hoy día fuente de necesidad impostergables, que deben satisfacerse atendiendo, antes que a cualquier otra consideración de orden institucional, a los intereses de la clase trabajadora. Así, y en el caso que nos ocupa, por un prurito de exagerado respeto institucional, podríamos cometer el error de demorar la reforma marcando un compás de espera fatal para el desenvolvimiento futuro de nuestra Seguridad Social. El legislador, si es que quiere hacer justicia social, debe prescindir de sentimentalismos inútiles y contraproducentes. Si bien es cierto que el respeto institucional del sistema de descentralización de funciones especializadas que rige en Costa Rica, exige que el Estado no desarticule ninguna de las instituciones autónomas en beneficio de una de ellas y en detrimento de la otra, no es menos cierto que, cuando por esa misma especialización de funciones se haga necesario traspasar una función de una institución a otra más especializada, puede y debe hacerse la transferencia. Tal es el caso del Instituto Nacional de Seguros y de la Caja Costarricense de Seguro Social. Si el Instituto mencionado conserva todavía hoy en día la gestión del seguro contra riesgos profesionales, es simplemente por una razón histórica; porque cuando se promulgó la Ley de Repara-

ción contra Accidentes del trabajo en 1925, casi inmediatamente se constituyó el Banco Nacional de Seguros, única institución aseguradora en el país en aquel entonces, siendo en consecuencia lógico y natural que se le encomendara, a la par de la cobertura de todas las demás ramas del seguro individual que explota, la de los riesgos profesionales. Pero habiéndose creado, a partir de 1941, una institución especializada para administrar los seguros sociales, no se justifica, casi dieciocho años después, que todavía prosigan los riesgos profesionales a cargo del referido Instituto y no al de la Caja Costarricense de Seguro Social; siendo quizá dicho riesgo el más típico de los seguros sociales. El Instituto se ha especializado, conforme a sus propios fines, en la administración de los llamados seguros individuales, privados o mercantiles, que son cosa bien distinta de los seguros sociales. Si en 1926 fue un acierto la medida de confiar la administración de los riesgos profesionales al Instituto, hoy, consolidada la Caja del Seguro Social, resulta un error anacrónico que esos riesgos sigan siendo administrados por el Instituto y no por la Caja. Cada una de esas dos instituciones, conforme a sus propias finalidades, estructura y sentido de la prestación, debe especializarse en lo que le es propio, pero no tratar, erróneamente de conservar o de invadir funciones que corresponden a la otra.

Si el problema se analiza y objetivamente, sin pasiones inspiradas por un exceso de celo institucional, llegamos a la conclusión de que el traspaso, lejos de lesionar los intereses del Instituto los beneficia al permitirle dedicar todo su esfuerzo a la gestión que le es inherente y a mejorar, en consecuencia, los servicios que presta a la comunidad costarricense. Podría desentenderse de la crítica que constantemente se le hace en lo relativo a la forma de administrar los riesgos profesionales y de otorgar la prestación; críticas originadas en la defectuosa organización que hoy se le imputa para poder atender el servicio que carece de hospitales, clínicas, de servicios de inspección, de compulsión, etc. En otras palabras se puede argüir que no fue organizado para atender exclusivamente los riesgos profesionales, sino a la vez las otras ramas del seguro individual, como vida, incendio, responsabilidad civil, etc. El criterio que inspira la actuación de los funcionarios en la administración de los seguros individuales es diametralmente opuesto a la que deben observar los que se dedican a la de los seguros sociales, y como una

institución ni sus funcionarios pueden tener dos caras como el Dios Jano, es materialmente imposible que aquella y estos se desdoblen modificando su actitud según se trate de una contingencia individual o social. Se dice, casi como argumento vox populi, que los trabajadores muy frecuentemente tienen que recurrir a los tribunales demandando derechos. Esa cantinela, cierta o falsa, es un motivo de desprestigio para el Instituto que éste soslayaría con el traspaso.⁽²⁸⁾

Pero todavía hay más: sería perfectamente factible, si se refuerzan otras ramas del seguro individual, realizar el traspaso sin ningún trastorno económico ni administrativo para el instituto.⁽²⁹⁾ Si lo que conviene hacer puede hacerse en beneficio de la comunidad y sin detrimento del Instituto, la reforma, además de útil, sería un verdadero hallazgo.

Pero no sólo la clase trabajadora tiene interés en una mejor y progresiva justicia social, sino que la sociedad, por imperativo de la época tanto mayor interés, pues de su actitud en ese sentido depende su propia estabilidad. Si en el plano internacional, conforme al Título XIII del Tratado de Versalles, ha llegado a reconocerse la imposibilidad de la paz entre los Estados si antes no se garantiza la paz social, principio determinante de la legislación de trabajo en lo internacional, en el plano nacional debemos reconocer que el único medio capaz de evitar una subversión social es el de procurar a cada ciudadano, aparte de una más justa y equitativa distribución de la riqueza, una protección específica contra todos los infortunios que lo amagan, dentro de los cuales se destaca el profesional como un azote para aquellos que forman filas en las fuerzas productoras de la nación. Aparte de ese argumento, de ca-

(28) Personalmente estoy convencido, hasta donde alcanzan mis conocimientos en materia de seguros individuales, de que el Instituto Nacional de Seguros, dada su experiencia de más de cincuenta años, es una de las instituciones más eficientes del país en lo que atañe a la administración de esa clase de seguros. Si no puede decirse lo mismo de los riesgos profesionales, esto es debido a factores ajenos al Instituto. Si no fue creado para administrar seguros sociales, mal podrá ser buen administrador de ese tipo de seguros. Si a la falta de especialización y a la deformación del sentido de la prestación agregamos la carencia de medios materiales adecuados para realizar la prestación, tendremos que convenir en que el Instituto se encuentra en un plano inferior con respecto a la Caja para los efectos de otorgar un mejor servicio.

(29) En párrafo aparte nos permitimos sugerir algunas medidas que, según nuestro criterio, pueden ser adoptadas para fortalecer económicamente al Instituto y compensar así, en el caso de que pudiera producirse en virtud del mencionado traspaso, la pérdida económica o el desequilibrio administrativo.

rácter pragmático, que no podemos negar, pues ha sido el motor de la actitud del Estado en materia de reivindicaciones sociales, debemos cifrar la actitud de la sociedad con respecto a esos problemas en consideraciones de orden moral innegables que han influido no poco en la transformación del Estado Liberal hacia la tendencia intervencionista. La encíclica *Rerum Novarum*, para no citar otros documentos pilares de la justicia social, nos ofrece, con autoridad mental y moral de aquel gran Papa, el de los pobres, León XIII, la síntesis de la conducta que la sociedad debe trazarse en ese sentido.

2) Ventajas que para los trabajadores y para la economía nacional supone el traspaso.

Antes de señalar esas ventajas, con criterio metodológico, conviene puntualizar los inconvenientes que actualmente supone para los trabajadores y para la economía del país el actual régimen jurídico en lo referente al manejo de los riesgos profesionales.

Los trabajadores confrontan los siguientes graves inconvenientes, sin que deba entenderse que el orden de exposición signifique ninguna calificación de naturaleza cuantitativa.

a) Al disponer el artículo 71 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, respetando el "estatu quo" existente a la fecha de su promulgación, que dicha ley "no interfiera las disposiciones relativas a los riesgos profesionales a cargo del Instituto Nacional de Seguros", la citada Caja quedó inhibida de intervenir, otorgando prestaciones sanitarias ni de ningún otro género a aquellos trabajadores que sufren una lesión o una enfermedad como consecuencia de su trabajo, en los términos que el Código de Trabajo, en sus artículos 203 y 210, determina.

Sucede muy a menudo, —dadas las sutilezas de apreciación que se derivan de las situaciones de hecho conforme a la ordenación jurídica de la causalidad, fuerza mayor, etc., de que se ha hablado—, que a priori, sea prácticamente imposible decidir si el accidente o enfermedad deben ser calificados como comunes o como de trabajo. Ambas instituciones, conforme al criterio institucional de cada una de ellas, puede estimar, sobre todo en los casos limítrofes, que se trata o no de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional; y la consecuencia es que el trabajador toca la puerta

del Seguro y éste le dice que no lo puede atender porque es trabajo; toca la del Instituto y éste, con criterio distinto, le dice que no es de trabajo, sino común.

La resultante es que el trabajador se queda sin asistencia médica, pues para dilucidar el punto no hay otro camino que el de recurrir a los tribunales de trabajo demandando a una u otra institución, o bien a ambas si es que el reclamante no quiere correr el riesgo de que éstos declaren sin lugar su acción contra aquella a la que le reclama y trascurra en tanto el plazo prescriptivo en beneficio de la que sí tenía obligación de otorgar la prestación.⁽³⁰⁾

En el ínterin, que por lo general es de meses y a veces más, o se cura el trabajador por sus propios medios, o bien por falta de asistencia adecuada y de rehabilitación inmediata la incapacidad puede trocarse en permanente y aún podemos llegar a imaginar, sin que pequemos de alarmistas, hasta la muerte. El mismo cuadro puede bosquejarse tratándose de las indemnizaciones cuando el accidente o la enfermedad producen incapacidad, sea ésta parcial permanente o absoluta permanente. Ante semejante cuadro, estimamos superfluo todo otro comentario.

b) La atención no se le otorga a los trabajadores en establecimientos propios, esto es que pertenezcan al Instituto Nacional de Seguros, sino que éste compra los servicios en los hospitales y clínicas dedicadas a la Beneficencia Pública. Estos centros asistenciales, por razones de orden fundamentalmente económico, no cuentan con el equipo terapéutico ni con el personal médico con que cuenta el Seguro, institución de mucho mayor potencialidad económica que los centros benéficos del Estado. Pero por otra parte, y esto tiene la mayor importancia, el sentido social de la prestación es distinto. Se trata de establecimientos de caridad que desde el siglo pasado vienen concediendo los beneficios asistenciales, con un gran sentido altruista, pero con criterio benéfico, no de derecho. Ese sentido no cambia, cuando se trata de los mismos médicos y del mismo centro asistencial, por la muy obvia y subjetiva circuns-

(30) Si bien es cierto que como norma administrativa del Seguro Social, éste no rechaza ningún caso de traumatismo grave que requiera intervención médica urgente, —en lo cual no entra a considerar si se trata o no de un accidente de trabajo y limitándose después a tratar de obtener del Instituto el reintegro en el caso de que efectivamente resulte accidente y dicha entidad tenga el mismo criterio—, no es menos cierto que hay una serie de traumatismos que a simple vista no parecen de cuidado y no obstante pueden dejar graves secuelas fisiológicas si no se atienden de inmediato. Esto aparte del posible error en el diagnóstico.

tancia de que los gastos del paciente los pague el instituto. El elemento subjetivo influye hasta en el propio trabajador, quien observa dos actitudes diferentes frente al Seguro y frente al Instituto. Cuando se trata del Instituto el trabajador recurre a sus servicios con el complejo de que se le está otorgando una regalía caritativa que él no paga y de ahí que su actitud sea de mansedumbre y hasta cierto punto de humildad. Cuando recurre al Seguro lo hace consciente de que su derecho lo hubo por compra, a base de su cuota y que, por lo tanto, la prestación es una obligación y no una liberalidad. Hay tanta diferencia entre un derecho y una dádiva. Se dirá que ese es un gran error de apreciación, etc., pero lo cierto, lo positivo es que ese estado psicológico se produce independientemente de toda consideración en contrario. Los propios médicos, algunos de los cuales prestan sus servicios tanto en las Instituciones de Beneficencia como en el Seguro, no observan la misma conducta con respecto a los enfermos de una y otra institución. Puede decirse, empleando una figura retórica, que el médico que presta su servicio en la institución benéfica y pasa luego al Seguro Social a continuar desempeñando su función, se despoja, en el umbral, del prurito de médico benefactor, para convertirse en un funcionario, modificando así su psicología con respecto al trato que debe observar con sus pacientes. Esas observaciones, susceptibles de ser corroboradas si se emplea un método de observación analítico y honesto, nos dan la medida de la diferencia entre ambas prestaciones; fenómenos psicológicos que, unido al de mejores y más modernas instalaciones, tienen que dar por resultado un mejor coeficiente de atención en beneficio de los asegurados.

c) El Instituto no tiene un sistema de control efectivo a través de un cuerpo propio de inspectores, ni ha organizado un sistema de control administrativo, ni de compulsión judicial sobre las empresas obligadas a contratar su respectiva póliza de seguros. Esa circunstancia da como resultado que gran cantidad de empresas, con obligación de asegurarse, no lo hacen, lo cual conduce a las siguientes proyecciones, ambas perjudiciales: la primera que podríamos calificar de funesta es la de que el trabajador queda expuesto a la insolvencia de la empresa; y la segunda la disminución del número de comunidades aseguradas con el consiguiente aumento del costo del seguro y de las desviaciones por imperfecta aplicación de la ley de los grandes números.

d) Que el Instituto, llevado por el espíritu propio de los seguros individuales concebidos como un contrato cuya base es la contraprestación, tiende a aplicar, quizá hasta subconscientemente, las mismas normas a la protección contra riesgos profesionales, originando así litigios largos y costosos para los trabajadores, los que, inclusive, en una determinada proporción, ni siquiera los intentan, sea por ignorancia, falta de medios, desidia, o falta de confianza en el buen éxito de su reclamación.

e) Que la legislación actual, basada en los ya sobrepasados conceptos del riesgo profesional, no es apta para tutelar debidamente los infortunios acaecidos como consecuencia de los actuales riesgos profesionales; situación agravada con una interpretación sumamente restrictiva de los textos legales, consecuencia de concebir el seguro contra esos riesgos como un contrato.

Podríamos continuar enumerando inconvenientes de naturaleza secundaria, pero la necesidad de poner pronto punto final al trabajo nos lo impide.

Desde el punto de vista de la economía nacional el inconveniente es obvio y apenas si precisa enunciarlo. No se justifica desde ningún punto de vista, y menos todavía en un país de economía raquítica por o incipiente, un doble gasto para satisfacer un mismo fin. Sería absurdo desde el enfoque enunciado, como se ha pensado en más de una oportunidad, que el Instituto gaste una cuantiosa suma, traducida en varios millones de colones, en construir un hospital moderno para atender a sus asegurados cuando el Seguro tiene su propio hospital y está a punto de construir otro de una cabida mínima de quinientas camas.⁽³¹⁾ También resulta antieconómico, como ocurre en la actualidad, que el Instituto tenga en el Hospital San Juan de Dios⁽³²⁾ un centro de rehabilitación de inválidos y la Caja, a la par, tenga otro para el mismo fin anexo a su hospital central. Tampoco podríamos imaginar como sensato, sobre todo si se toma en cuenta la relativa poca frecuencia de los accidentados si se les compara con los que son atendidos por enfermedad, que el Instituto construyera nuevos hospitales y policlínicas

(31) Hará dos semanas la Caja firmó un contrato con la firma Ricardo J. Malachowski del Perú, a fin de que dicha firma elabore los planos preliminares y esquemáticos del nuevo hospital, cuyo costo se estima en aproximadamente treinta y cinco millones de colones.

(32) Hospital de Beneficencia, situado en la capital.

en los demás lugares del país, estableciendo un red hospitalaria semejante a la que ya tiene el Seguro.

Las ventajas, tanto para los trabajadores como para la economía nacional, consisten precisamente, invirtiendo el proceso, en eliminar los inconvenientes, a través del traspaso de los riesgos profesionales a la Caja del Seguro Social, llegando así a la unidad de gestión.

El principio de la unidad es uno de los pilares de la moderna concepción de la Seguridad Social, etapa hacia la cual se daría un firme si el Seguro Social se hiciera cargo de los riesgos profesionales, imprimiéndoles el carácter de un verdadero seguro social. Tal y como está estructurado en la actualidad el sistema de protección contra los riesgos profesionales, no es otra cosa, en el fondo, que un seguro de responsabilidad de cuantía limitada de antemano, que no difiere gran cosa de la responsabilidad civil del derecho común nacida del cuasidelito.

La mayor ventaja, la de fondo, sería la de idear un nuevo sistema de protección prescindiendo de la noción de causalidad, de la de fuerza mayor, la conversión de las indemnizaciones en permanentes y la extensión de la cobertura a los trabajadores del campo.⁽³³⁾

3) Sistemática.

Hemos visto cómo por razones de linaje histórico, nacidas de las circunstancias de una época en que predominaba el individualismo como filosofía y en que se ignoraban las proyecciones de la Seguridad Social, se asentó el sistema de protección contra los riesgos profesionales en la teoría de la responsabilidad civil; la cual, por evolución, cedió el paso a la del riesgo profesional, y como ésta en último término descansa en la responsabilidad empresarial.

¿Cuánto más fácil hubiera sido configurar la protección prescindiendo de toda calificación y de complicados y abstractos presupuestos jurídicos; otorgando en consecuencia las prestaciones como

(33) La buena doctrina en la materia no excluye la posibilidad futura de extender esa cobertura a otros grupos de trabajadores, como ocurre con los dedicados al servicio doméstico, quienes, por razones que nada tienen que ver ni con la técnica ni con la justicia, ni siquiera están protegidos en Costa Rica por el Seguro Social.

ocurre hoy con la asistencia médica, con las pensiones por vejez o invalidez, etc., a base de la idea de la solidaridad social y usando como vehículo la Seguridad Social... No tiene ninguna utilidad práctica continuar especulando en ese sentido, pues lo cierto es que el fenómeno pertenece al pasado y lo que nos interesa es el futuro.

Consecuentes con las ideas renovadoras atrás expuestas, lo más útil, como solución en abstracto de la sistemática que habría de adoptarse como medio eficaz para obtener el fin propuesto, habría sido el suprimir del todo la noción del riesgo profesional, sustituyéndola por un sistema de Seguridad Social en el cual el accidente o la enfermedad se protejan por el simple hecho de haber ocurrido sin atender a circunstancia alguna; sistema financiado por la sociedad entera, la cual, como organismo afectado, y por vía de solidaridad, consiente en distribuirse las cargas económicas de la financiación.

Al bosquejar esa hipótesis abstracta en modo alguno estamos admitiendo el que se descargue a la empresa de la obligación financiera que le impone la teoría del riesgo profesional, porque aun en el supuesto dicho, el patrono, como cuota de empresa, cotizaría con una suma equivalente a la que actualmente implica la responsabilidad que le atribuye la ley. El Estado, como representante de la colectividad, y el propio trabajador, cotizarían en mucho menor proporción; apenas si lo necesario para cubrir el aumento de protección que no es dable atribuir a la empresa como consecuencia de su responsabilidad. No podemos prescindir del todo de un hecho irrefutable; y es el de que, en tratándose de riesgos profesionales, la empresa contribuye en gran proporción a crearlo, razón por la cual debemos atribuirle, correlativamente, una mucho mayor participación económica en la reparación. Lo que hemos rebatido es la extralimitación de esa responsabilidad, pero no su existencia, hasta donde llegan los límites razonables que le marca la ley. No sucede lo mismo con la enfermedad, con la invalidez o con la vejez, contingencias éstas que se producen independientemente del trabajo efectuado en la empresa. Así pues, ésta, en el caso específico de los accidentes o enfermedades ocurridos como consecuencia o con ocasión del trabajo, debe ella participar con una aportación equivalente, como mínimo, a la que actualmente le fija la ley.

Debemos apuntar que si bien es cierto que en teoría la solución que se ofrece como hipótesis abstracta admite pocas objeciones, no ocurre lo mismo en el terreno de la realidad, puesto que existe todo un sistema creado desde hace muchos años, que engendra derechos por un lado y obligaciones por el otro. El decir, en consecuencia, si se estructura un sistema totalmente nuevo como el apuntado, o bien un sistema que simplemente venga a complementar el anterior, llenando los vacíos y cubriendo los casos de desamparo que el actual mantiene en el blanco, es materia que habrá de meditarse mucho en el campo de la realización práctica y que exige, no sólo un exhaustivo estudio jurídico sino también, y paritariamente, un estudio económico financiero de la misma naturaleza.⁽³⁴⁾ El estudio jurídico, una vez delineada la política que debe adoptarse definitivamente, esto es si la reestructuración será total o parcial, exige, según se ha dicho, no sólo una revisión de todos los textos legales que tengan atingencia con el problema, sino también la formulación de un proyecto de ley que deberá ir acompañado de una sólida exposición de motivos, todo lo cual es asunto que habrá de ser tratado por aparte.

(34) No debemos olvidar, poniéndonos en el terreno de una estricta realidad, que si bien es cierto que la mens legis es la de que la contribución patronal sea una cuota de empresa detráida de las utilidades de la misma, en la práctica la empresa la carga en los costos, lo que puede tener repercusiones en la economía nacional.

LOS INCENTIVOS FISCALES Y LA INVERSIÓN NORTEAMERICANA EN CENTRO AMÉRICA

Lic. JORGE GUARDIA QUIROS

SUMARIO

Introducción. 1) Planteamiento de la cuestión. 2) Principios Generales que gobiernan la imposición del Impuesto Sobre la Renta. 3) Alternativas fiscales para promover la inversión extranjera. 4) Aspectos generales de la estructura tributaria norteamericana: a) La jurisdicción fiscal; b) Cómo se determina el "status" fiscal del contribuyente; c) Fuente del ingreso y deducciones aplicables a las utilidades de fuente extranjera; d) Crédito por impuestos pagados en el exterior; e) Las subsidiarias establecidas en el exterior y los impuestos diferidos. 5) Armonización de sistemas tributarios: a) La legislación fiscal en Centro América; b) El caso de Costa Rica, Honduras, Nicaragua y Guatemala; c) El caso de El Salvador. 6) Conclusiones y recomendaciones: a) Armonizaciones de sistemas tributarios; b) Tratados tributarios entre los países centroamericanos y los Estados Unidos; c) Establecimiento de una cláusula para condonar impuestos cuando éstos han sido previamente condonados por el otro Estado contratante; d) Consideraciones finales. 7) Bibliografía.

INTRODUCCION

Los incentivos fiscales constituyen actualmente uno de los instrumentos mayormente utilizados por los países subdesarrollados para promover el desarrollo industrial. Su efectividad como instrumento de política económica ha sido cuestionada en no pocas oportunidades. El ataque contra los incentivos se dirige desde varios ángulos: en primer término se les critica desde el punto de vista de la justicia tributaria, pues el incentivo fiscal en forma de exención de impuestos discrimina en contra de otros contribuyentes que se encuentran en condiciones similares. En segundo término se indica que los incentivos producen distorsiones en el proceso de

asignación de los factores productivos, y que estimulan la producción de bienes y el establecimiento de industrias ineficientes desde el punto de vista económico. En tercer lugar se afirma que los incentivos benefician a productores perjudicando a consumidores. En cuarto término se dice que el costo de los incentivos para el gobierno es sumamente alto, y finalmente se argumenta que la efectividad misma del incentivo es dudosa como mecanismo para estimular las inversiones, pues en el proceso de inversión intervienen muchos factores dentro de los que los aspectos tributarios ocupan un lugar de poca importancia. No se ha logrado determinar con exactitud si las personas que invierten en determinado sector industrial lo hacen motivados por los incentivos fiscales, o por el contrario, si siempre hubieran realizado la inversión aún cuando no existieran los incentivos, en cuyo caso el sacrificio fiscal sería inútil.

En favor de los incentivos fiscales como instrumento para el desarrollo industrial puede decirse que los argumentos que en su contra se esgrimen no han podido comprobarse, o tienen poca validez comparados con otros criterios de valoración. Uno de los argumentos más convincente en su favor es que la exención de impuestos aumenta la rentabilidad del capital. A su vez, la rentabilidad del capital, combinado con el riesgo que envuelve el negocio, es uno de los elementos más importantes en la toma de decisiones para invertir. Si a consecuencia de la exención de impuestos la rentabilidad del capital aumenta, el proyecto será posiblemente más atractivo que otro que sí paga impuestos, y cuya rentabilidad es consecuentemente menor. Se dice también que los incentivos fiscales para el desarrollo industrial contribuyen a mejorar las condiciones económicas de un país, y que además producen un efecto psicológico favorable en los empresarios de los países en desarrollo.

Los argumentos en pro y en contra del establecimiento de incentivos fiscales para atraer la inversión extranjera son tan amplios y variados como se dan en el caso de la inversión privada interna. La polémica es quizás aun mayor por cuanto intervienen, además de problemas económicos y legales, aspectos políticos y de nacionalismo sumamente delicados. Hay autores, políticos y grupos de individuos que sí aceptan la inversión extranjera; los hay que la aceptan pero limitada a ciertos sectores y regulada por el gobierno, y hay también grupos que no la aceptan del todo.

La posición que han asumido los gobiernos de los países centroamericanos al adoptar el convenio de Incentivos Fiscales ha sido la de conceder incentivos a inversionistas extranjeros para que, al igual que los nacionales, se establezcan en determinados sectores productivos y contribuyan al desarrollo industrial. No sólo aceptan la inversión extranjera en estos términos, sino que la consideran altamente necesaria, dada la insuficiencia de capital, el desconocimiento de ciertas técnicas productivas y de sistemas de comercialización que todavía imperan en el área.

—oOo—

Este trabajo parte de la premisa de que nuestros países han legislado para promover, al igual que la privada, la inversión extranjera. La posición del autor coincide en buena parte con el criterio expresado en la legislación de incentivos fiscales centroamericana. Sin embargo el Convenio presenta algunos problemas en relación con la inversión extranjera, lo que ha motivado la elaboración de este artículo.

Se ha puesto especial énfasis en la inversión norteamericana porque la gran mayoría de la inversión privada extranjera en Centro América proviene de los Estados Unidos, y porque muy poco se sabe en nuestros países de la estructura tributaria norteamericana. Conforme las empresas estadounidenses expanden sus actividades a Latinoamérica, nuestros gobiernos deben tomar una serie de medidas cuidadosamente diseñadas para no obstaculizar el flujo de capitales, y a la vez proteger el ingreso estatal.

Este trabajo está dirigido a los gobiernos de los países centroamericanos, con el propósito de que sirva como guía en la determinación de la política de incentivos fiscales para promover la inversión extranjera.

Sirve de guía también al inversionista privado, al comerciante, al economista y al abogado asesor de empresas en el planeamiento de la estructura legal que debe darse a la inversión norteamericana, y en la forma de conducir sus operaciones.

1) Planeamiento de la cuestión

El Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales para el Desarrollo Industrial otorga a determinadas industrias y a sus ac-

ccionistas, exención del pago de impuesto sobre la renta por un período determinado.

En el caso de la inversión extranjera el incentivo puede perder su efectividad si el inversionista está sujeto al pago de impuestos en su país de origen por los ingresos que obtiene en el exterior. Algunos países, como Estados Unidos, Alemania, Francia, El Canadá, Inglaterra y otros, conceden al contribuyente un crédito aplicable a los impuestos locales por los impuestos causados en exterior, y que tienen su origen en ingresos obtenidos en el extranjero. El objetivo de la existencia de este tipo de crédito en la estructura tributaria de los países exportadores de capital es eliminar la doble imposición internacional, una vez en el país de origen (residencia del contribuyente) y otra en el país donde se produce la utilidad (fuente del ingreso).

Cuando el inversionista extranjero ha obtenido el beneficio de exención del pago del impuesto sobre la renta en cualquiera de los países centroamericanos, el crédito que por impuestos causados en el exterior le otorga su país de origen no se traduce en ninguna ventaja fiscal. Al no haber satisfecho ningún impuesto en el país fuente del ingreso, ningún crédito es aplicable al pago de los impuestos en el país de origen. El resultado neto de este juego internacional de legislaciones es que nuestros países sacrifican una suma considerable de ingresos estatales, sacrificio que beneficia únicamente a el tesoro de los países exportadores de capital, sin que el inversionista privado disfrute de los beneficios que le otorga la legislación de incentivos centroamericana. Los países desarrollados, en consecuencia, hacen nugatorio todo esfuerzo de nuestros países por atraer inversionistas extranjeros que colaboren en la formación de capital, el cual es a todas luces necesario para el desarrollo económico.

Como solución parcial a estos problemas —inoperante como luego se verá— el Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales al Desarrollo Industrial, vigente a partir de 1969, introdujo la siguiente disposición:

“Art. 8. Los beneficios fiscales concedidos bajo este Convenio son los siguientes:

... II Exención del impuesto sobre la renta para la empresa y sus accionistas o socios, sobre el ingreso obtenido de las actividades

elegibles. Esta exención no se concederá cuando la empresa o sus accionistas están sujetos al pago de impuestos en países que hagan inefectiva esta exención” (lo subrayado es mío).

Por su parte el Art. 21 del Reglamento al Convenio de Incentivos Fiscales, de reciente aplicación establece:

“No se concederá la exención del impuesto sobre la renta a que se refiere el Art. 8 del Convenio, cuando la empresa o sus socios se encuentren sujetos en otros países a impuestos que hagan inefectiva esta exención. Para estos efectos, la empresa al presentar ante la Autoridad Administrativa la correspondiente solicitud de clasificación, deberá hacer una declaración acerca del tratamiento impositivo a que se encuentran sometidos en su país de domicilio o residencia y en el de sus dueños o socios, las rentas o utilidades de fuente extranjera. Asimismo, la empresa está obligada a hacer ante la Autoridad Administrativa igual declaración, con respecto de las personas que lleguen a ser socios dueños de la misma en el futuro. Las correspondientes declaraciones deberán ser certificadas por la autoridad tributaria del país extranjero de que se trate.

Las restricciones a que se refiere este artículo, se aplicarán exclusivamente al sujeto de impuesto que se encuentre en la situación prevista y en la proporción que resulte necesaria”.

Estas disposiciones pueden ser interpretadas en diversa forma y ofrecen al contribuyente interesado una serie de dudas y lagunas que ni la jurisprudencia ni las decisiones de carácter administrativo han resuelto.

Una forma de interpretar el Convenio —quizás la más acertada— es que el nacional (o residente) de otro país no es elegible para la exención del impuesto sobre la renta, si su país de origen tasa los ingresos de sus nacionales obtenidos en el exterior. Por ejemplo, un inversionista norteamericano, sea persona natural o jurídica, conduciendo su inversión en forma de subsidiaria, afiliada, establecimiento permanente o a través de simple adquisición de acciones de sociedades existentes, no calificaría simplemente por ser de nacionalidad norteamericana.

Otra interpretación sería que un inversionista norteamericano no calificaría en Costa Rica cuando conduce sus negocios en

cualquiera de las formas mencionadas excepto a través de una subsidiaria organizada conforme a las leyes costarricenses, inscrita debidamente en el Registro Público, siendo por tanto un contribuyente costarricense a los ojos de la Tributación Directa. Estando los dividendos exentos de impuestos en Costa Rica, y siendo el sujeto del impuesto la sociedad (organizada bajo las leyes costarricenses), bien cabe esta interpretación porque la subsidiaria costarricense en sí no está sujeta al pago de impuestos en los Estados Unidos —como luego se indica—, sino que son sus dividendos (exentos por la ley en Costa Rica y no por el Convenio) los que son gravables en los Estados Unidos, en tanto sean distribuidos a su casa matriz. En apoyo de esta interpretación debe indicarse que El Convenio concede la exención de impuestos a la empresa, así como los dividendos cuando son distribuidos a sus socios, porque en El Salvador los dividendos son gravables en manos de los accionistas, no así en el resto de los países centroamericanos. Cuando la empresa extranjera, operando en Costa Rica por ejemplo, está sujeta al pago de impuestos en su país de origen, como sucede en el caso de los establecimientos permanentes, o de las subsidiarias no organizadas bajo las leyes costarricenses, no procedería la exención. Pero si la empresa extranjera no está sujeta al pago de impuestos en su país de origen, como el caso de la subsidiaria organizada conforme a nuestras leyes, sí procedería la exención, porque son sólo sus dividendos los gravados, sobre los cuales no cabría la exención, como sucede —o debería suceder al menos— en El Salvador.

Las disposiciones del Convenio y de su Reglamento suscitan además comentarios y preguntas cuya respuesta no está clara. Desde el punto de vista constitucional es discutible si a una empresa organizada conforme a las leyes costarricenses, en consecuencia una persona jurídica costarricense, se le pueden negar incentivos tributarios por la simple razón de la nacionalidad de sus socios. Es más clara la situación en el caso de la exención de impuestos sobre los dividendos, pues los accionistas son entes totalmente diversos de la empresa, y la Constitución, al menos en Costa Rica, permite a la ley establecer diferencias entre extranjeros y nacionales. ¿Cuál sería el caso, por ejemplo, si una sociedad costarricense, cuyos socios son de nacionalidad americana, constituye otra sociedad también bajo las leyes de Costa Rica, con el objeto de acogerse a un con-

trato de protección y desarrollo industrial? La segunda empresa siendo costarricense, como tal, no estaría sujeta al pago de impuestos en los Estados Unidos. Sus socios (la primera empresa) también serían costarricenses y por lo tanto tampoco susceptibles de impuestos extranjeros. Serían los socios de los socios los sujetos al tributo cuando los dividendos sean distribuidos a la empresa matriz. ¿Se podrían denegar en este caso los beneficios cuando ni la empresa ni sus socios están sujetos al pago de impuestos en el extranjero? La situación puede complicarse aún más con una cadena sofisticada de sociedades, como sucedería si una empresa norteamericana, por ejemplo, invirtiera en Nicaragua, y fuera la empresa nicaragüense la que invirtiera en Costa Rica, o a través de una sociedad panameña. ¿Cómo se puede controlar la nacionalidad de una cadena de sociedades anónimas? ¿Tiene personal y recursos suficientes el gobierno para hacerlo? Por otra parte cabe preguntarse ¿cuál es la naturaleza jurídica del acto que da origen al contrato de protección y desarrollo industrial? ¿Pierde la empresa los beneficios que le han sido otorgados si posteriormente parte de sus acciones, o su mayoría son adquiridos por una empresa o por un individuo de nacionalidad norteamericana? ¿Quién es el sujeto del beneficio: la empresa o sus accionistas? En el caso de El Salvador ambos son beneficiarios (separadamente) pues tanto la sociedad como sus socios son gravados en sus beneficios netos y sus dividendos respectivamente. Pero en el caso de los demás países centroamericanos ¿quién ha adquirido el derecho: la empresa o sus socios? Supóngase que un norteamericano adquiere el 50% del capital de una empresa que disfruta de un contrato que la exime del pago de impuesto sobre la renta durante 8 años. Si se interpreta literalmente el último párrafo del artículo 21 del Reglamento en el sentido de que la empresa pierde sus beneficios en forma porcentual (sea que debe pagar el cincuenta por ciento de los impuestos que de otra forma le corresponderían), los accionistas costarricenses, o sea el otro 50% resultarían perjudicados en tanto que el fondo disponible para la distribución de dividendos se establece de las utilidades netas del ejercicio fiscal correspondiente, una vez deducidos los impuestos sobre la renta. ¿Qué sucedería si en este mismo caso no se distribuyeran dividendos, porque así lo estableciera la política de reinversión de la empresa, y el norteamericano vende posteriormente a costarricenses (o a la misma empresa) sus acciones? No estaría sujeto por tanto al pago de im-

puestos en su país de origen, y el fisco ya habría cobrado los impuestos proporcionales. ¿Prevee el Convenio o su Reglamento algún mecanismo para su devolución?

Supóngase que la primera interpretación que dimos del Convenio es la correcta, y que la empresa pierde los beneficios cuando sus socios son gravados en su país de origen por los ingresos de fuente extranjera.

Existen disposiciones en Estados Unidos y en la mayoría de los países exportadores de capital que permiten a sus nacionales diferir el pago de impuestos sobre los ingresos obtenidos en el extranjero, hasta tanto no sean repatriados los dividendos a la casa matriz. En tanto los dividendos sean retenidos en la subsidiaria, tales ingresos estarían exentos de impuestos en el país de origen. Por consiguiente, la exención de impuestos en el país fuente del ingreso puede ser plenamente disfrutada por la sociedad y por sus socios. ¿Es política de los países centroamericanos, expresada en el Convenio, eliminar estos beneficios que positivamente constituyen un incentivo al inversionista norteamericano, quien no pagaría impuestos por un período determinado ni en su país de origen ni en Costa Rica?

Supóngase por el contrario que la segunda interpretación del Convenio es adoptada, y que una subsidiaria de una empresa norteamericana, organizada bajo nuestras leyes es beneficiada con un contrato que la exime del pago de impuestos sobre la renta. Si la subsidiaria sigue la política de distribuir año con año las utilidades obtenidas en Costa Rica, estos ingresos estarían sujetos al pago de impuestos en los Estados Unidos, perdiendo el fisco costarricense, en consecuencia, los impuestos condonados a la subsidiaria. En definitiva el Gobierno de Costa Rica habría renunciado a una suma de ingreso, que bien puede considerarse como un subsidio al inversionista, y que sería adquirido por el Gobierno de los Estados Unidos, sin que el empresario haya sido beneficiado en lo más mínimo.

Mi tesis principal en este trabajo consiste en la elaboración de un sistema racional de incentivos fiscales a la inversión extranjera, en especial a la inversión norteamericana, que se adapte a las necesidades de los Estados Centroamericanos.

El sistema que se designe debe satisfacer, como mínimo los siguientes requisitos:

- a) Que los Estados centroamericanos no sacrifiquen inútilmente los ingresos públicos, altamente necesarios para la satisfacción de sus propias necesidades;
- b) Que la inversión extranjera se realice en aquellos sectores en los cuales su participación se estime conveniente, a juicio de nuestras autoridades;
- c) Que se elimine la doble imposición internacional;
- d) Que el inversionista extranjero maximice los beneficios que le conceden las diversas legislaciones a que está sujeto, de suerte que encuentre un incentivo para invertir en nuestros países.

Se toma como modelo una empresa norteamericana "X" invirtiendo en Costa Rica a través de una subsidiaria "S".

2) Principios Generales que Gobiernan la imposición del Impuesto Sobre la Renta

2 a) La Jurisdicción Fiscal

Quizás la más importante observación que puede hacerse del estudio de los principios generales tributarios, es que el Derecho Internacional no ofrece límites a la jurisdicción fiscal de un país. Salvo lo convenido en tratados tributarios internacionales, cada país es libre de establecer su propia jurisdicción y de dar a sus nacionales el tratamiento tributario que estime conveniente. Existen, no obstante, algunos sistemas con principios bien definidos y que son seguidos por muchos países. Entre estos sistemas, el "Principio de Jurisdicción Territorial", o "Fuente de Ingreso" grava únicamente el ingreso obtenido por los nacionales o residentes de un país, que haya sido obtenido (o tenga su fuente) dentro del territorio nacional. En consecuencia, el ingreso derivado de fuentes extranjeras no está sujeto al pago del impuesto sobre la renta. Costa Rica sigue este principio al establecer el artículo segundo de la ley del Impuesto Sobre la Renta que "las personas físicas o jurídicas domiciliadas en Costa Rica pagarán el impuesto sobre las rentas que obtengan dentro del país, y las personas no domiciliadas en él, lo pagarán sobre las rentas que obtengan de bienes, empresas o nego-

cios situados o realizados en Costa Rica" (ley N° 837 de 21 de diciembre de 1946, y sus reformas).

El segundo sistema, más conocido y de mayor aplicación en el resto del mundo, es el "principio de jurisdicción mundial o internacional", que además de gravar el ingreso obtenido dentro del país por los ciudadanos y residentes, extiende su jurisdicción al ingreso obtenido por esos mismos sujetos en el extranjero. La base tributaria, conforme a este principio, está constituida por todos los ingresos gravables obtenidos dentro y fuera del territorio.

Existen además una serie de sistemas intermedios, mediante los cuales los diversos países gravan ciertas rentas obtenidas en el exterior, variando su aplicabilidad conforme varían las estructuras tributarias.

De la existencia de diversos principios tributarios y de el número cada vez creciente de empresas e individuos con operaciones internacionales se desprende que existen serios problemas de carácter tributario internacional.

- a) El primer grupo de problemas puede caracterizarse como aquellos originados de situaciones donde existe doble o triple tributación internacional sobre el mismo ingreso. Tal situación puede presentarse cuando un residente de un país que sigue el principio de "jurisdicción mundial o internacional" obtiene ingresos en un Estado que sigue el principio de jurisdicción territorial. Si se trata de una empresa que tiene una subsidiaria en un tercer país, el mismo ingreso puede llegar a ser gravado tres o más veces. Los efectos económicos de este tipo de situaciones son bastante serios puesto que las utilidades netas del negocio en cuestión se verán disminuidas considerablemente, bajando en consecuencia la rentabilidad del capital.
- b) El segundo tipo de problemas se presentan cuando como resultado de ciertas transacciones internacionales, el ingreso de los inversionistas no es gravado por ningún país. Tal podría suceder en el caso de una subsidiaria domiciliada en un país con leyes tributarias bastante liberales, y la compañía matriz realiza sus transacciones de manera que todo el ingreso neto quede en la subsidiaria, (operando el costo por ej.) eliminando consecuentemente todo ingreso gravable en los países en que ope-

ra. Desde el punto de vista de la justicia tributaria la situación es inconveniente.

La aplicación en los países subdesarrollados de la jurisdicción territorial únicamente tiene origen histórico. El impuesto sobre la renta no ha sido la principal fuente de financiación para los Gobiernos, por lo que se prestó relativamente menos importancia a la administración del tributo. Si la administración era débil, y el impuesto no produjo suficientes ingresos, no se consideró necesario extender su aplicación a las utilidades obtenidas en el exterior.

Este principio ha sido considerado por algunos como el sistema que mejor soluciona los problemas de la doble imposición internacional, Peggy Musgrave, por ejemplo, considera que los Estados Unidos, por razones de política económica, debería dejar en manos de los otros países, en especial de los países subdesarrollados, la imposición sobre el ingreso de los norteamericanos obtenido en el exterior⁽¹⁾. Sin embargo, la aplicación de la jurisdicción territorial únicamente no está exenta de problemas estructurales de definición y aplicación.

Una transacción entre dos países que sigan el principio de jurisdicción territorial puede originar una doble imposición internacional, si por ejemplo, cada país considera que el ingreso se originó en su territorio, gravando simultáneamente dos países distintos el mismo ingreso.

El principio de jurisdicción mundial o internacional se considera por la mayoría de los autores como el sistema más avanzado. Sin embargo tampoco se presenta libre de problemas, como se verá al estudiar el sistema tributario norteamericano.

3) Alternativas fiscales para promover la inversión extranjera

El aumento del producto interno bruto de los países centroamericanos está condicionado básicamente a un aumento de la inversión. A su vez, un incremento en la inversión puede producirse mediante un aumento en el ahorro de la comunidad, lo que significa una disminución en el consumo. Una disminución en el

(1) Véase Peggy B. Musgrave, United States Taxation of Foreign Investment Income. "Issues and Arguments". The Law School of Harvard University. International Tax Program. 1969.

consumo conlleva un sacrificio en la satisfacción de las necesidades presentes, a cambio de mayores ingresos para satisfacer necesidades futuras. La propensión al consumo en nuestros países es muy alta, dado nuestro bajo nivel de ingreso. En consecuencia la inversión privada extranjera es necesaria para coadyuvar en el proceso de formación de capital.

Para incrementar la tasa neta de inversión, los países centroamericanos están interesados en atraer capital foráneo. Partiendo de esta hipótesis, la cuestión fundamental surge de cómo promover la inversión extranjera (regulada en ciertos sectores) sin que nuestros gobiernos sacrifiquen inútilmente sus recursos.

—oOo—

En esta sección se sugieren diversas alternativas a seguir en Centroamérica con relación a la inversión foránea. En los capítulos restantes se discuten estas alternativas con mayor detalle. Se considera especialmente la estructura tributaria de los Estados Unidos, puesto que es necesario conocer los efectos fiscales del pago diferido de impuestos sobre la renta, y del crédito por impuestos causados en el exterior, si se desean maximizar los beneficios tributarios para el inversionista norteamericano, y al mismo tiempo minimizar la pérdida de ingresos fiscales.

Nuestra discusión estará limitada al tipo de inversión en forma de sociedades.

Diferentes alternativas

El primer tratamiento dirigido a maximizar la inversión y minimizar la pérdida de ingresos fiscales sería coordinar la legislación del país receptor de capital con el Código de Impuestos de los Estados Unidos. Este último país difiere el pago del impuesto sobre la renta a las subsidiarias pertenecientes a contribuyentes norteamericanos, sobre los ingresos obtenidos en el exterior.

Por su parte, el país receptor de capital puede ajustar su legislación para hacerla compatible con las ventajas que otorga el pago diferido de impuestos a las compañías norteamericanas. El beneficio máximo se deriva cuando la tasa de impuestos del país fuente del ingreso es cero, lo que se produce en el caso en que se concede exención total del pago del impuesto.

Mientras los ingresos así obtenidos sean reinvertidos por la compañía subsidiaria, el impuesto en el país de origen (Estados Unidos) sería cero. Esta situación también produce sacrificio total de ingresos fiscales para el gobierno del país donde tiene lugar la inversión. Cuando el inversionista disfruta de la exención, la situación no debe considerarse como una pérdida de ingreso fiscal, sino más bien como un subsidio que el Estado otorga al inversionista. El problema surge cuando el inversionista norteamericano distribuye dividendos, que son gravados en su totalidad por el Gobierno de los Estados Unidos (siempre y cuando la distribución de dividendos se dirija a una compañía domiciliada en los Estados Unidos⁸ y no a otra subsidiaria domiciliada en cualquier otro lugar).

Una posible solución a este problema sería gravar los dividendos a tasas regulares aplicables a la empresa, cuando la distribución tiene lugar; alternativamente, se podrían recuperar los impuestos previamente condonados a la empresa mediante el contrato de protección industrial.

Una segunda solución puede ser encontrada en un tratado tributario entre los Estados Unidos y cualquiera de los países centroamericanos. El propósito del tratado sería el mismo: promover la inversión privada norteamericana en Costa Rica bajo las mismas premisas establecidas anteriormente: Maximizar los incentivos fiscales para el inversionista, y minimizar el sacrificio del ingreso estatal.

El tratado tasaría los dividendos sólo cuando son distribuidos a la casa matriz. El crédito por impuestos sobre la renta causados en el exterior estaría a disposición del inversionista norteamericano, quien a su vez podría disfrutar de exención total de impuestos, tanto en Centroamérica como en Estados Unidos, mientras los beneficios líquidos sean retenidos y reinvertidos en la subsidiaria. Nuestros países podrían recuperar el impuesto cuando la distribución de dividendos opere.

Como una tercera alternativa se podría considerar la incorporación en el tratado tributario internacional de una cláusula denominada "tax sparing provision" por medio de la cual ambos Estados se comprometen a condonar a sus nacionales y residentes los impuestos que le han sido condonados en el otro Estado contratante.

4) Aspectos generales de la estructura tributaria norteamericana

Al igual que el sistema tributario costarricense, la base del impuesto sobre la renta en los Estados Unidos es el ingreso gravable, definido como el ingreso bruto menos las deducciones que permite la ley. En la definición del ingreso bruto, así como en las deducciones permitidas sí existen diferencias fundamentales entre ambos sistemas. En los Estados Unidos el ingreso bruto incluye el pago de dividendos de las empresas a los particulares, así como las ganancias de capital. Con anterioridad a 1970, las ganancias de capital, cuando se derivaban de la venta de bienes de capital (definidos en contraposición de los bienes de consumo de las empresas y las personas) cuya propiedad había sido disfrutada durante seis meses o más por el propietario, eran gravadas a una tasa máxima del 25%. En la actualidad las tasas han sido variadas de la siguiente manera: para empresas con ingresos gravables anuales por encima de \$ 25,000, la tasa aplicable es el 30%; para los particulares, las ganancias líquidas de capital hasta un valor de \$ 50,000, continúan siendo gravadas a una tasa del 25%, como máximo. Las ganancias en exceso de esa suma son gravadas a la mitad de la tasa marginal progresiva aplicable a los individuos. Como la tasa máxima aplicable a las personas es del 70%, el máximo aplicable a las ganancias de capital sería el 35%, que constituye la mitad de la tasa marginal máxima.

Entre las deducciones importantes se encuentran desde luego todos los gastos necesarios para producir la renta, (definidos en forma más amplia que en la ley costarricense), gastos por intereses, pérdidas de operación, depreciación y obsolescencia, etc.

En cuanto a las categorías de contribuyentes, la ley establece una separación absoluta entre las subsidiarias y las compañías matrices. Sin embargo, cuando una compañía mantiene el 80% o más de las acciones comunes de otra empresa (subsidiaria), y ambas están incorporadas en los Estados Unidos, pueden consolidar sus ingresos y gastos y presentar una sola declaración.

a) La jurisdicción fiscal

El sistema tributario norteamericano tiene dos bases jurisdiccionales diferentes: 1) el estatus del contribuyente y 2) la fuente del ingreso. Los ciudadanos norteamericanos, residentes y extran-

jeros radicados (no naturalizados) en los Estados Unidos son tasados conforme al principio de "jurisdicción mundial o internacional". La residencia y/o la nacionalidad es el fundamento de la jurisdicción.

Los extranjeros no residentes están sujetos al pago de impuestos únicamente sobre ingresos obtenidos dentro del territorio de los Estados Unidos. Las sociedades mercantiles son tasadas conforme a los principios generales establecidos para los individuos: las sociedades incorporadas en los Estados Unidos pagan impuestos sobre todos los ingresos obtenidos dentro y fuera del territorio. Las compañías incorporadas en el exterior pagan impuestos únicamente sobre los ingresos obtenidos dentro del territorio norteamericano (fuente del ingreso).

b) Cómo se determina el estatus fiscal del contribuyente

La ciudadanía y la residencia determinan el estatus tributario de los individuos. Para efectos fiscales la categoría de residente no se le otorga a un extranjero conforme a las leyes civiles, sino que se determina por su intención de permanencia en el país, lo que se infiere a su vez por sus hechos y actividades. En el caso de sociedades mercantiles el estatus es determinado por el lugar (o país) en donde ha sido incorporada la sociedad. Sólo las compañías incorporadas en los Estados Unidos son consideradas como compañías norteamericanas (sujetas por lo tanto al pago de impuestos sobre todos sus ingresos, incluyendo los ingresos obtenidos en el exterior). Todas las demás compañías se consideran sociedades extranjeras, no gravadas sino en el tanto que obtienen ingresos dentro de los Estados Unidos. El lugar en donde está ubicada la administración o manejo de la empresa es irrelevante desde el punto de vista fiscal.

c) Fuente del ingreso y deducciones aplicables al ingreso de fuente extranjera

Existe un criterio básico para determinar la fuente del ingreso exterior: Ingreso de fuente extranjera es todo el ingreso obtenido fuera de los Estados Unidos considerado éste geográficamente. La aplicación de este criterio tan impreciso produce en la práctica innumerables litigios. Existen sin embargo disposiciones específicas con respecto a determinadas categorías de ingreso. El pago de intereses por ejemplo de un residente extranjero a un re-

sidente norteamericano constituye ingreso de fuente extranjera, aunque el pago se efectúe en los Estados Unidos. Asimismo (aplicable hasta 1973) los intereses obtenidos en cuentas de ahorros en bancos y asociaciones de préstamo de los Estados Unidos por extranjeros no residentes se consideran como ingresos de fuente extranjera, si el interés no tiene su origen en la explotación de algún negocio dentro de los Estados Unidos. Si el interés es pagado por una compañía domiciliada en el exterior, y menos del 50% de su ingreso bruto tiene conexión con algún negocio o comercio en los Estados Unidos, todo el pago del interés se considera como de fuente extranjera (para el recipiente de los intereses). Si el porcentaje es mayor, sólo una parte es considerada como ingreso de fuente extranjera.

Dividendos

La fuente de los dividendos depende del lugar de incorporación de la sociedad. Los dividendos pagados por una sociedad domiciliada en el exterior son considerados como provenientes de fuente extranjera si menos del 50% del ingreso bruto de la sociedad extranjera tiene conexión con algún negocio o comercio llevado a cabo en los Estados Unidos. Si el 50% o más del ingreso de la empresa extranjera está conectado con algún negocio dentro de los Estados Unidos, sólo un porcentaje de los dividendos son considerados como provenientes de fuente extranjera. Los dividendos de una compañía domiciliada en los Estados Unidos son considerados como provenientes de fuente extranjera sólo si el 80% o más del ingreso bruto de esa empresa constituye ingresos obtenidos fuera de los Estados Unidos.

La importancia para el contribuyente norteamericano de la distinción entre el ingreso obtenido dentro de los Estados Unidos y el ingreso obtenido fuera del territorio (ingreso exterior) estriba en las deducciones admisibles en uno y otro, y sobre todo, en las limitaciones aplicables al crédito permitido al contribuyente, por impuestos pagados en el exterior (sobre ingresos de fuente extranjera), aplicable al impuesto debido en los Estados Unidos.

d) Crédito por impuestos pagados en el exterior

Todo tipo de impuestos, excepto impuestos sobre donaciones y sucesiones, son deducibles del ingreso bruto pagadero por las sociedades en los Estados Unidos. Sin embargo, el impuesto sobre

el ingreso pagado en el exterior es acreditable al impuesto sobre la renta debido en los Estados Unidos. El contribuyente tiene la opción de escoger entre 1) deducir del ingreso líquido gravable el impuesto sobre el ingreso exterior ó 2) acreditar los impuestos sobre el ingreso extranjero al impuesto neto interno, operando en consecuencia como un crédito que reduce el monto del impuesto y no como una deducción que reduce la renta gravable.

Como se indicara anteriormente, el crédito está diseñado para impedir la doble imposición internacional, así como para preservar la equidad tributaria y la neutralidad del impuesto. El efecto del crédito es impedir que el contribuyente norteamericano pague impuestos sobre los ingresos que ha obtenido en el exterior, y sobre los cuales ha pagado previamente los impuestos en el país donde se produce el ingreso. Si la tasa aplicable en el exterior es menor o igual que la tasa aplicable en los Estados Unidos, la doble imposición es eliminada. No obstante debe considerarse la posibilidad de que la tasa en algunos países sea superior a la tasa aplicable en los Estados Unidos, lo que produciría una doble imposición internacional, aunque mitigada en la extensión del impuesto norteamericano. En el caso de los países centroamericanos esta última posibilidad no es dable, ya que los impuestos sobre la renta aplicable a las sociedades mercantiles son considerablemente menores que la tasa correspondiente en los Estados Unidos. Para el contribuyente norteamericano que invierte en Centro América la tasa real efectiva es la tasa a la cual se gravan las empresas en Estados Unidos, o sea de un 48% del impuesto líquido gravable.⁽¹⁾

EJEMPLO 1:

Supóngase que una empresa norteamericana "P" obtiene utilidades netas de \$ 100 y devenga todo su ingreso en Costa Rica. "P" pagaría un impuesto de 30%, en Costa Rica, asumiendo que se encuentra en la última tasa de la escala gravable.⁽²⁾ La tasa aplicable en los Estados Unidos sería del 48% sobre la renta líquida. Si "P" hace efectivo el crédito por impuestos pagados en Costa Rica, los efectos serían los siguientes:

(1) No se considera en este estudio el sobrecargo de un 4% que con carácter temporal se ha impuesto recientemente.

(2) De hecho la tasa promedio nunca puede ser de 30%, por ser en Costa Rica la tasa progresiva de aplicación marginal, lo que impide sea el máximo aplicable de la tasa promedio.

Utilidades netas antes de impuestos	\$100
Impuesto en Costa Rica (30%)	30
Máximo crédito aplicable en Estados Unidos (100 x .48)	48
Crédito por impuestos extranjeros	30
Impuesto neto en los Estados Unidos	18
Impuesto total (30 + 18)	48
Utilidades netas después de impuestos	52

Las reglas básicas que se aplican al crédito por impuestos pagados en el extranjero son las siguientes:

1) Todos los contribuyentes norteamericanos sujetos al pago de impuestos por ingresos extranjeros pueden acogerse a los beneficios que les confiere el crédito.

2) Sólo los impuestos sobre la renta, o los establecidos como sustitución al impuesto sobre la renta son acreditables en los Estados Unidos.

3) Con la excepción que se indica en el punto siguiente, el crédito beneficia únicamente al sujeto sobre el cual se ha hecho recaer el impuesto en el exterior. Las empresas domiciliadas en Estados Unidos pueden hacer uso del crédito por gravámenes impuestos sobre sus "ramas". Por rama se entiende, desde el punto de vista fiscal, la descentralización geográfica de una oficina, o de un conjunto de operaciones, sin que se creó una persona jurídica diferente.

4) Los impuestos que se hacen recaer sobre las subsidiarias y subsidiarias de compañías domiciliadas en los Estados Unidos, pueden indirectamente hacer valer por las últimas, reduciendo en consecuencia el gravamen líquido pagadero en Estados Unidos. Las subsidiarias son personas jurídicas independientes, incorporadas dentro o fuera de los Estados Unidos.

El crédito indirecto es asequible únicamente a las sociedades mercantiles que son accionistas de la subsidiaria, y sobre la proporción de sus acciones comunes. Las personas naturales, en consecuencia, no pueden hacer uso del crédito indirecto que confiere la ley a las personas jurídicas.

Limitaciones: Las sociedades domiciliadas en Estados Unidos pueden hacer valer el crédito indirecto únicamente cuando los

dividendos de la subsidiaria son distribuidos, independientemente de la fecha en la cual han sido pagados los impuestos en el exterior.

b) Para que los impuestos pagados por la subsidiaria puedan hacerse efectivos (en la proporción correspondiente), la empresa domiciliada en Estados Unidos debe poseer al menos el 10% de las acciones con derecho a voto de la subsidiaria.

c) Para que la compañía matriz pueda acreditar los impuestos pagados por sub-la subsidiaria, por lo menos al 50% de las acciones con derecho a voto de la sub-subsidiaria deben pertenecer a la subsidiaria, de la cual la compañía matriz debe poseer a su vez el 10% de las acciones con derecho a voto, conforme a la regla anterior. El crédito no puede ser disfrutado por la compañía matriz por impuestos pagados por una subsidiaria de la sub-subsidiaria de la primera, de suerte que la cadena de subsidiarias llega únicamente hasta el tercer grado. Debe establecerse también que los dividendos provenientes de una liquidación y que han sido gravados como ganancias de capital a tasas preferenciales en el exterior, no son susceptibles de acreditarse por la casa matriz.

d) El crédito indirecto se inspira en los mismos propósitos que el crédito directo: eliminar la doble imposición internacional, o sea someter el ingreso exterior a una sola tasa gravable: la mayor entre la tasa norteamericana y la tasa del país fuente del ingreso; y garantizar neutralidad en los impuestos totales del ingreso obtenido en el exterior con respecto a los impuestos que se aplican al ingreso obtenido internamente. Para obtener ambos resultados el impuesto en los Estados Unidos se calcula sobre la base del impuesto líquido gravable de la subsidiaria o sub-subsidiaria antes del pago de impuestos en el exterior. El cálculo se aplica de la siguiente forma: los dividendos que recibe la compañía matriz de su subsidiaria se incrementan en el tanto de los impuestos pagados por la subsidiaria en el exterior.

EJEMPLO 2

Supóngase que una empresa "X" domiciliada en los Estados Unidos posee el 100% de las acciones de "S", una subsidiaria incorporada en Costa Rica. "S" obtiene una ganancia líquida de \$100 los cuales distribuye en su totalidad a "X", la cual no recibe ningún otro ingreso. Asumiendo que la tasa promedio del impuesto pagado por "S" en Costa Rica es del 25%, el impuesto neto costa-

rricense sería de \$ 25, quedando \$ 75 para distribuir en dividendos a la casa matriz. Aplicando una tasa del 48% en los Estados Unidos, las consecuencias del crédito indirecto serían las siguientes:

Dividendos recibidos por "X"	\$ 75
Incremento por impuestos pagados en Costa Rica	25
Ingreso gravable de "X"	100
Pre-crédito (100 x .48)	48
Crédito por impuestos pagados en C. R.	25
Impuesto neto de "X" en Estados Unidos	23
Impuesto total (23 + 25)	48

Se desprende del anterior ejemplo que el crédito indirecto elimina la doble imposición internacional. Debe agregarse además, que sus efectos son muy parecidos a los que produce la deducción especial aplicable a las personas jurídicas, del 85% de los dividendos que reciben de otras compañías domiciliadas en los Estados Unidos. En ambos casos el objetivo es eliminar la doble imposición, para no desalentar la formación de subsidiarias, dentro o fuera del territorio. Las subsidiarias son necesarias por razones de estrategia empresarial, entre las que se destaca la disminución del riesgo y el control.

e) El crédito por impuestos pagados en el exterior tiene dos limitaciones fundamentales: 1) limitación por país, y 2) limitación general.

El propósito de ambas limitaciones es limitar el monto del crédito al impuesto aplicable dentro de los Estados Unidos, sobre ingreso obtenido dentro de un país determinado en el primer caso, y sobre todo el ingreso obtenido en el exterior en el segundo caso. En esta forma no se reduce el impuesto pagadero en los Estados Unidos por ingresos obtenidos dentro de los Estados Unidos. (Existe una excepción al principio, y es cuando existen pérdidas en el ingreso obtenido en el exterior. En tal caso sí puede disminuirse el monto líquido de los impuestos internos pagaderos en Estados Unidos). Si el monto del crédito excede el límite aplicable, el exceso puede aplicarse al ingreso correspondiente en años subsiguientes.

Las sociedades comerciales deben computar su crédito consolidando los impuestos aplicados a la compañía y los impuestos aplicados a sus subsidiarias.

La limitación general considera todo el ingreso exterior como una sola unidad, y limita el monto del crédito al impuesto que hubiera sido pagado sobre todo el ingreso exterior en ausencia del crédito.

Se desprende de lo anterior que una empresa puede derivar ciertas ventajas mediante este procedimiento, si por ejemplo, obtiene ingresos en diversos países, y en algunos la tasa aplicable es más alta que la correspondiente en los Estados Unidos, y en otros más baja. Al tratar todo el ingreso exterior como una sola unidad, las tasas se promedian lográndose una tasa media igual o inferior a la tasa norteamericana. Sin embargo, si la empresa ha obtenido en algunas de sus subsidiarias pérdidas de operación, puede ser más conveniente el procedimiento seguido por la limitación por país, porque las pérdidas reducen el monto del crédito aplicable.

Con el procedimiento de limitación por país el ingreso obtenido en cada país es tratado separadamente. El crédito está limitado al monto del impuesto pagadero en los Estados Unidos por los ingresos obtenidos en determinado país extranjero, en ausencia del crédito. La ventaja de este procedimiento es que las pérdidas de operación obtenidas en un país no reducen el monto del crédito por impuestos pagados por ingresos obtenidos en otro país. (Considérese que la limitación general opera sumando todos los ingresos exteriores menos todas las pérdidas de operación extranjeras).

EJEMPLO 3

Supóngase una empresa "X" domiciliada en los Estados Unidos. "X" obtiene una renta gravable de \$ 100 antes de impuestos en un país "Y", y que no tiene ningún otro ingreso. "X" paga un impuesto de \$55 en el país "Y".

Renta líquida de "X" en "Y"	\$100
Impuesto en "Y" (100 x .55)	55
Pre-crédito en EEUU (100 x .48)	48
Limitación del crédito (48 x 100/100)	48
Crédito disponible	48
Impuesto neto en EEUU (48 - 48)	0
Impuesto total (55 + 0)	55
Exceso de crédito	7

Se desprende del ejemplo anterior que la limitación general produce los mismos efectos que la limitación por país, puesto que "X" obtiene ingresos en sólo un país extranjero. Se deduce además que cuando el impuesto extranjero supera la tasa aplicable en los Estados Unidos, existe un sobre crédito no utilizable, equivalente a una doble imposición parcial. Este exceso de crédito reduce la rentabilidad del capital al disminuir las utilidades líquidas al inversionista. Este aspecto es relevante, según se indicará posteriormente, a la hora de coordinar la legislación fiscal centroamericana y la legislación de los Estados Unidos, con el propósito de estimular la inversión norteamericana en nuestros países.

FORMULAS APLICABLES:

Limitación general =	Pre-crédito en EEUU	Ingreso gravable proveniente de todas las fuentes extranjeras
Limitación por país =	Pre-crédito en EEUU	Ingreso total gra- vable (doméstico extranjero)
		Ingreso gravable obtenido en de- terminado país
		Ingreso gravable total (doméstico y extranjero)

EJEMPLO 4

Utilizando los mismos supuestos del ejemplo anterior, pero suponiendo además que "X" obtiene \$100 de ingreso líquido en Costa Rica, en donde la tasa promedio aplicable es del 30%, los efectos de la limitación general y de la limitación por país serían los siguientes:

Ingreso líquido en el país "Y"	\$100
Ingreso líquido en Costa Rica	100
Ingreso extranjero total	200
Impuesto en "Y"	50
Impuesto en Costa Rica	30
Impuestos extranjeros totales	85

1) Limitación General:

Ingreso extranjero total	\$200
Pre-crédito en EEUU (200 x .48)	96
Límite del crédito (96 x 200/200)	96
Crédito utilizable (55 + 30)	85
Impuesto neto en EEUU (96 - 85)	11
Impuesto total (85 + 11)	96
Exceso de crédito (85 - 85)	0

2) Limitación por país:

Ingreso extranjero total	\$200
Pre-crédito en EEUU (200 x .48)	96
Límite de crédito en el país "Y" (96 x 100/200)	48
Crédito disponible	48
Límite del crédito en Costa Rica (96 x 100/200)	48
Crédito utilizable	30
Total crédito utilizable	78
Impuesto neto en EEUU (96 - 48)	18
Impuesto total en EEUU y en el extranjero	103
Exceso de crédito	7

Obsérvense las ventajas de promediar las tasas impositivas aplicables en los diversos países para aquellas compañías que operan simultáneamente en países desarrollados y en países subdesarrollados.

f) Trato preferencial a los dividendos recibidos de países subdesarrollados

Las compañías domiciliadas en los Estados Unidos pueden acreditar, mediante el sistema de crédito indirecto, los impuestos que pagan las subsidiarias y subs subsidiarias en el exterior. A la hora de computar el crédito la compañía norteamericana, el ingreso gravable o dividendo es aumentado en el tanto en que han sido rebajadas las utilidades líquidas al satisfacer las subsidiarias el impuesto exterior, (véase ejemplo dos anterior). Sin embargo, los dividendos que reciben las compañías domiciliadas en EEUU, provenientes de subsidiarias establecidas en países en vías de desarrollo, están exentos de este aumento por los impuestos satisfechos en el

exterior. En consecuencia, la base tributaria en los Estados Unidos para los dividendos provenientes para países subdesarrollados es más pequeña que para los dividendos provenientes de países desarrollados. Consecuencia de lo anterior es que el impuesto neto total aplicable a los dividendos de países subdesarrollados es menor, al ser menor el monto del imponible (no la tasa) aplicable en Estados Unidos. Obsérvese además que el pre-crédito es menor, pues la base tributaria a la cual se aplica la tasa correspondiente es menor.

EJEMPLO 5

Considérese una empresa norteamericana "X" que posee todo el capital de una empresa costarricense "S". "S" obtiene una utilidad líquida de \$ 100 y paga en Costa Rica un impuesto de \$ 24 (el equivalente en colones). Posteriormente "S" distribuye la utilidad líquida restante en forma de dividendos a "X" quien a su vez no recibe ningún otro ingreso. La tasa de impuestos en los Estados Unidos su asume del 48%.

Utilidades de "S"	\$ 100
Impuesto en Costa Rica	24
Utilidades netas después de impuestos	76

1) Sin aumento:

Dividendos	76
Pre-crédito en EEUU (.48 x 76)	36.48
Monto del crédito (24 x 76/100)	18.24
Impuesto neto en EEUU	18.24
Utilidades netas después de impuestos en Estados Unidos	57.76
Impuestos totales (18.24 + 24)	42.24

2) Con aumento:

Dividendos	76
Ingreso gravable (76 + 24)	100
Pre-crédito (.48 x 100)	48
Monto del crédito	24
Impuesto neto en Estados Unidos	24
Utilidades netas después de impuestos	52
Impuestos total (24 + 24)	48

f) OTRAS LIMITACIONES AL USO DEL CREDITO: Diferente base tributaria y diferentes deducciones admisibles.

A raíz de las renegociaciones del contrato ley con la Compañía Bananera de Costa Rica se ha discutido, entre sobre cosas, la conveniencia de que el impuesto que la misma paga en Costa Rica sea determinado conforme a la legislación costarricense, esto es, de acuerdo a lo que constituye ingreso y a las deducciones que permite nuestra ley de impuesto sobre la renta. Es claro que la determinación del ingreso neto debería estar fiscalizado por auditores costarricenses, sin embargo no es igualmente fácil determinar si es más conveniente, desde el punto de vista del ingreso que percibe el Estado, que el ingreso líquido se determine conforme a nuestra legislación o conforme a la legislación norteamericana. Ello se debe a que la base tributaria y las deducciones admisibles difieren en ambos países. Desde el punto de vista de lo que constituye ingreso es más estricta la ley norteamericana, porque grava las ganancias de capital, todo el ingreso obtenido en el exterior, y los dividendos que obtengan las empresas, todos renglones no gravables en Costa Rica. Sin embargo, desde el punto de vista de las deducciones admisibles, nuestra legislación es más estricta que la norteamericana, especialmente en lo que se refiere a gastos ordinarios y necesarios para producir la renta, pérdidas de operación, y deducciones permisibles por depreciación. El resultado neto del monto del impuesto dependerá de una serie de factores que no es dable considerar en este trabajo. Se requiere además un estudio detallado de la estructura tributaria interna de ambos países. Debe de quedar claro, eso sí, que la renta gravable que las empresas norteamericanas obtienen en el exterior se determina conforme a la legislación de los Estados Unidos, independientemente de las leyes internas del país en donde se deriva el ingreso.

Al efecto debe establecerse la diferencia entre la tasa legal aplicable en el extranjero y la tasa real efectiva. Por la primera se entiende la tasa de impuestos con que se grava la renta líquida, determinada por la ley del país extranjero. La segunda constituye el porcentaje de las utilidades netas sustraídas en concepto de impuestos en el país extranjero, determinando las utilidades netas conforme a la legislación norteamericana. Si la tasa legal es igual o menor que la tasa real efectiva, no habrá exceso de crédito para la compañía domiciliada en los Estados Unidos. En caso contrario,

habrá un exceso de crédito equivalente, una vez más, a una doble imposición parcial.

Finalmente debe indicarse que las reglas que determinan la fuente del ingreso varían en los diversos países, pudiendo determinar casos de doble imposición, defecto de imposición o ausencia de imposición total.

e) Las subsidiarias establecidas en el exterior y los impuestos diferidos

Una sociedad establecida y domiciliada en Costa Rica es una sociedad costarricense, independientemente de la nacionalidad de sus accionistas. Los accionistas pueden ser costarricenses, norteamericanos o de cualquier otra nacionalidad pero la empresa está sujeta al pago de impuestos sobre el ingreso que obtenga dentro del territorio.

Bajo el Código de Impuestos de los Estados Unidos, una empresa establecida bajo las leyes de otro país es una empresa extranjera, aunque todas o la mayoría de las acciones con derecho a voto estén en poder de una sociedad norteamericana, y la empresa sea manejada y administrada por la misma sociedad accionista. La ley norteamericana establece un principio básico general, y es que el ingreso de las sociedades extranjeras (aunque sus accionistas sean empresas norteamericanas) no está sujeto al pago de impuestos en los Estados Unidos. El efecto fundamental de esta disposición es que las sociedades domiciliadas en Estados Unidos pueden conducir sus negociaciones internacionales a través de subsidiarias domiciliadas en el exterior, eludiendo en esta forma el pago de impuestos sobre ingresos que obtienen en el exterior.

Si se considera además que las tasas (tanto legales como real efectivas) imperantes en nuestros países son considerablemente más bajas que las equivalentes en los Estados Unidos, el beneficio neto de esta disposición es considerable.

Por el contrario, si las empresas norteamericanas conducen sus operaciones directamente en el exterior, sí están sujetas al pago de impuestos, cada período fiscal, sobre los ingresos obtenidos en el exterior. Esta distinción constituye a su vez uno de los pilares básicos del planeamiento legal de la inversión extranjera en nuestros países (siempre y cuando se trate de inversión en el ramo

manufacturero o comercial. Si la inversión se realiza para explotar los recursos naturales como minería y petróleo, es más favorable la inversión directa por las disposiciones especiales que permiten deducir gastos por exploración e investigación así como gastos por agotamiento muy favorables. En Latinoamérica el uso de una "Western Hemisphere Corporation" sería lo más recomendable).

Cuando las empresas conducen sus negocios a través de subsidiarias establecidas en el exterior, dijimos, no están sujetas al pago de impuestos por los ingresos propios de esa subsidiaria, que no son gravables en los Estados Unidos. Sin embargo, cuando la subsidiaria distribuye dividendos a su casa matriz, esta última sí debe pagar impuestos por los dividendos que recibe, puesto que los dividendos sí constituyen ingreso gravable. No obstante, mientras la subsidiaria no distribuya utilidades, la empresa madre no está sujeta al pago de impuestos por los dividendos que tenga acumulados en la subsidiaria. En principio no hay tiempo límite para la distribución de dividendos, los que pueden retenerse indefinidamente, evitando así el pago de impuestos en Estados Unidos. (Esta regla contrasta con otra disposición interna del código tributario, por medio de la cual las sociedades no pueden acumular indefinidamente los dividendos para evitar que sus accionistas paguen impuestos sobre los mismos. Para poder acumular válidamente sus utilidades, la empresa debe demostrar que la reinversión se ha hecho por razones de negocios y no para evadir impuestos). No es sino hasta que los dividendos son distribuidos a los accionistas que el pago de impuestos tiene lugar en Estados Unidos. Debe recordarse además, que a través del crédito indirecto arriba señalado la sociedad matriz puede acreditar el pago de impuestos efectuados por la subsidiaria en el exterior.

Considérese el caso de una subsidiaria norteamericana domiciliada en cualquier país centroamericano. Como las tasas imperantes en el área son inferiores que las equivalentes en los Estados Unidos, entre más se retengan los dividendos, mayores beneficios acumula la sociedad matriz. Estos beneficios, representados por la diferencia entre ambas tasas, representa un incremento neto en las utilidades (o un préstamo sin intereses por parte del Gobierno de los Estados Unidos, como lo han querido ver algunos) calculado a una tasa de interés equivalente, como mínimo, al costo del capital de la empresa.

EJEMPLO 6

Supóngase que una empresa norteamericana "X" posee todo el capital de una empresa "S" incorporada en Costa Rica. "S" obtiene utilidades netas por valor de \$ 100, y la tasa de impuesto promedio es del 30% en Costa Rica. Si la subsidiaria "S" no distribuye dividendos a "X", los efectos fiscales son los siguientes:

Utilidades líquidas de "S"	\$ 100
Impuesto en Costa Rica (100 x .30)	30
Utilidades líquidas de "S" después de Impuestos	70
Impuestos en EEUU por las utilidades de "S"	0
Fondo neto disponible para reinversión	70

Obsérvese que ninguna de las compañías está sujeta, en el ejemplo anterior, al pago de impuestos en los Estados Unidos, aumentándose considerablemente el fondo disponible para reinversión.

EJEMPLO 7

Partiendo de los mismos supuestos del ejemplo anterior, pero asumiendo que el fondo de \$ 70 es distribuido posteriormente en forma de dividendos a la empresa "X" (quien puede hacer uso del crédito indirecto por impuestos pagados en el exterior), las consecuencias serían las siguientes:

Dividendos pagados a "X"	\$ 70
Impuesto pagado en Costa Rica	30
<hr/>	
Ingreso gravable de "X" en EEUU (con aumento)	100
Pre-crédito en EEUU (100 x .48)	48
Crédito por impuestos pagados en Costa Rica	30
Impuesto neto de "X" en EEUU	18
Impuesto total (18 + 30)	48

Cuando los dividendos son repatriados, el crédito por impuestos pagados en el extranjero elimina la doble imposición, satisfaciendo la empresa un impuesto que no excede del impuesto regular con que contribuyen las demás sociedades domiciliadas en los Estados Unidos. Es obvio además que si la subsidiaria nunca distribuye dividendos, o las utilidades se pierden posteriormente, esos ingresos nunca serán tasados en los Estados Unidos.

El inversionista individual no está ordinariamente sujeto a las reglas anteriores. Los accionistas individuales reciben muy pequeños beneficios del pago de impuestos en el exterior, y tampoco pueden utilizar el crédito indirecto asequible a las sociedades mercantiles. El inversionista individual estará en mejor situación si invierte en el exterior a través de una subsidiaria, ya sea domiciliada en los Estados Unidos o en el exterior pero nunca directamente. Sin embargo, para el inversionista norteamericano, el tratamiento fiscal más favorable se deriva cuando conduce sus negocios a través de una subsidiaria establecida, en nuestro caso, en cualquiera de los países centroamericanos.

El pago diferido de impuestos tiene muchas limitaciones conforme a la legislación norteamericana. Para los efectos del presente estudio tales limitaciones no son relevantes, puesto que se refieren, en su mayoría, al uso de sociedades extranjeras para evadir el impuesto interno de los Estados Unidos. Tales sociedades se denominan "personal holding companies" y son creadas con el propósito de acumular ingresos que no se distribuyen a sus accionistas. Se caracterizan, entre otras cosas, porque son sociedades que no producen nada, y que la mayoría de sus ingresos constituyen rentas pasivas, como provenientes de alquileres, intereses, dividendos, etc. En el caso de este tipo de sociedades es muy factible que se denegaran los beneficios de un contrato de protección industrial, porque los contratos se otorgan a empresas que efectivamente producen determinados artículos. Es por esta razón que las limitaciones al pago diferido de impuestos pierden su relativa importancia para el inversionista en centroamérica.

5) Armonización de sistemas tributarios

El propósito de esta sección es indicar cómo se puede coordinar el sistema Fiscal norteamericano descrito en la sección anterior, con los sistemas tributarios de los países centroamericanos. Desde el punto de vista político es discutible si los países centroamericanos deberían armonizar su legislación tributaria con la de los Estados Unidos. El punto es de suyo delicado, máxime que nuestros países viven una época de profundo nacionalismo sazonado con una fuerte dosis de antiamericanismo. La discusión de si son convenientes o no las inversiones extranjeras no cabe en este análisis. Parte el autor de la siguiente premisa: nuestros go-

biernos han aceptado la inversión extranjera y han legislado para atraer su establecimiento en el Area Centroamericana.

Si nuestros gobiernos desean hacer efectiva la inversión de empresas norteamericanas en nuestros países, es necesario coordinar las estructuras tributarias a efecto de maximizar los beneficios fiscales al inversionista.

La armonización de los sistemas tributarios debe considerar, como mínimo, los siguientes aspectos básicos: 1) Los efectos tributarios del pago diferido de impuestos y del crédito por impuestos extranjeros al alcance de las compañías inversionistas norteamericanas; 2) La relación existente entre estas instituciones y las tasas legal y real efectiva de los países centroamericanos; 3) Los aspectos básicos de la estructura tributaria centroamericana; y 4) Los métodos que pueden utilizar nuestros países para maximizar los beneficios fiscales a los inversionistas y a su vez minimizar la pérdida de ingresos fiscales.

1) El sistema tributario de los países centroamericanos y el pago diferido de Impuestos.

Conforme se indicara en la sección anterior, Los Estados Unidos difiere el pago de impuestos sobre los ingresos que obtienen las subsidiarias de compañías norteamericanas establecidas en el exterior, hasta tanto no se distribuyan y repatrien los dividendos. En tales circunstancias las utilidades netas y el fondo disponible para reinversión de las subsidiarias está determinado, en gran parte, por las reglas que gobiernan el impuesto sobre la renta de los países donde la inversión tiene lugar. Las ventajas del pago diferido de impuestos para el inversionista norteamericano dependerá de la tasa impositiva del país fuente del ingreso. Entre más reducida sea esta tasa, mayores serán los beneficios para el inversionista, puesto que pagaría un monto de impuestos bajos en Costa Rica, por ejemplo, y no pagaría impuestos en los Estados Unidos mientras las utilidades se reinviertan. El beneficio máximo para el inversionista se deriva cuando la tasa impositiva es cero, lo que podría suceder cuando se exime a la subsidiaria del pago de impuestos sobre la renta por un período determinado.

EJEMPLO 8

Supóngase que una empresa norteamericana "X" invierte en Costa Rica a través de una subsidiaria "S", para explotar una rama

industrial que contribuye efectivamente al desarrollo industrial, (conforme al Art. 2 del Convenio de Incentivos Fiscales); que satisface los requisitos que establece el artículo 5 del mismo Convenio, y en consecuencia se le concede exención del pago del impuesto sobre la renta por un período de 8 años. Asumiendo además que "S" obtiene una utilidad neta en Costa Rica de \$ 100, gravados a una tasa del 30%, las consecuencias para ambas empresas serían las siguientes:

Utilidades de "S" en Costa Rica	\$ 100
Impuesto en Costa Rica	0
Utilidades netas después de impuestos	100
Impuestos en los EEUU	0
Fondo disponible para reinversión	100

Bajo los supuestos anteriores, las utilidades netas no sufren ninguna imposición ni en Costa Rica ni en los EEUU quedando un fondo disponible para reinversión igual a las utilidades líquidas antes de impuestos. Si los mismos ingresos hubieran estado sujetos al pago de impuestos en los EEUU, dicho fondo se vería reducido considerablemente.

Esta situación contribuye a estimular la afluencia de capitales a nuestros países aun en ausencia de incentivos fiscales. Por el solo hecho de ser nuestras tasas impositivas menores que las tasas norteamericanas, el inversionista obtiene una ventaja cuando reinvierte las utilidades en la subsidiaria misma, o en cualquier otra empresa, sin repatriar los dividendos a los EEUU. Los beneficios para el inversionista estarán determinados básicamente por la tasa de impuestos del país donde obtiene las utilidades, estableciéndose su monto por la diferencia entre la tasa aplicable en los Estados Unidos y la tasa del país donde se origina el ingreso.

Cuando las utilidades son repatriadas, el cuadro varía substancialmente. Al distribuir dividendos la subsidiaria a la casa matriz, ésta última debe satisfacer impuestos en los EEUU, a la tasa aplicable correspondiente. La distribución de dividendos disminuye las ventajas del pago diferido de impuestos, en el tanto en que los dividendos son repatriados. Si la empresa distribuye año con año el total de sus utilidades, las ventajas desaparecen totalmente, estando sujetas esas utilidades al pago de impuestos en EEUU.

EJEMPLO 9

Utilizando los mismos supuestos que en el ejemplo anterior, y asumiendo además que la Subsidiaria "S" distribuye todas sus utilidades a la compañía norteamericana "X", los efectos serían los siguientes:

Utilidades de "S"	\$ 100
Impuesto en Costa Rica (exento por el convenio)	0
Utilidades netas después de impuesto	100
Dividendos distribuidos a "X"	100
Pre-crédito en EEUU (.48 x 100)	48
Crédito por impuestos pagados	0
Impuesto neto en EEUU	48
Utilidades netas después de impuestos	52

Cuando la subsidiaria distribuye la totalidad de sus ingresos líquidos anuales, las utilidades netas obtenidas en Costa Rica llegan disminuidas casi en un 50% a la casa matriz por efecto de los impuestos en los Estados Unidos. Obsérvese que los impuestos han sido eximidos en Costa Rica. La subsidiaria costarricense no ha disfrutado de la exención de impuestos, ya que las utilidades netas han sido gravadas en los Estados Unidos. El Gobierno de Costa Rica ha perdido en el ejemplo, una suma equivalente a los impuestos condonados a la subsidiaria (sin que la misma lo disfrute), por lo que puede afirmarse que no hay incentivo.

El Gobierno de los Estados Unidos ha ganado la suma que el Gobierno de Costa Rica ha perdido. Ello es así porque la empresa domiciliada en los Estados Unidos no puede acreditar los impuestos pagados por la subsidiaria, porque éstos han sido cero en Costa Rica.

Esta situación extrema, sumamente grave para los países centroamericanos, se atenua un poco por la política de distribución de dividendos que en la práctica han seguido las subsidiarias norteamericanas. No todas las industrias distribuyen la totalidad de sus utilidades anuales en forma de dividendos. La política de dividendos depende de una serie de factores, entre los que se destacan las necesidades de capital fijo y de trabajo de la empresa, el costo de levantar capital adicional, las distintas alternativas o posibilidades de inversión, la rentabilidad del capital en nuestros

países comparada con la rentabilidad del capital en los EEUU, las tasas de interés en ambos países, las necesidades de capital, tanto de trabajo como fijo de la casa matriz, y finalmente el deseo de los accionistas individuales (los socios de la casa matriz) de contar con mayores ingresos en forma de dividendos. También tiene importancia la escala gravable en que se encuentren los accionistas individuales. Si estos se encuentran en una tasa marginal muy alta, preferirán mantener sus ingresos en forma de utilidades no distribuidas en la empresa, evadiendo así, temporalmente el pago de impuesto personal sobre la renta; pero si se encuentran en una tasa marginal baja, no tendrán inconveniente en que la distribución tenga lugar.

a) La Legislación Fiscal en Centro América

El Convenio de Incentivos Fiscales para el Desarrollo Industrial equiparó los incentivos fiscales que venían otorgando aisladamente los países centroamericanos. El convenio es administrado independientemente en cada uno de los países mediante autoridades públicas determinadas. Además del Convenio de Incentivos Fiscales es necesario considerar la legislación tributaria centroamericana para tener un cuadro completo del efecto conjunto de las diversas legislaciones para el inversionista extranjero.

a) La Jurisdicción Fiscal:

Costa Rica, Nicaragua, Honduras y Guatemala, gravan únicamente el ingreso obtenido por los ciudadanos y residentes en el territorio, u originado dentro del territorio. Los ingresos obtenidos de fuente extranjera no son gravados en ninguno de estos países. El Salvador sí grava, con ciertas limitaciones, el ingreso obtenido en el exterior por sus ciudadanos y residentes. La legislación fiscal salvadoreña sigue el principio que hemos denominado "jurisdicción fiscal mundial o internacional".

b) Tanto las personas naturales como las personas jurídicas son gravadas bajo las mismas tasas progresivas en Costa Rica, Nicaragua, Guatemala y Honduras. El Salvador aplica tasas separadas a las sociedades anónimas, compañías de responsabilidad limitada y fideicomisos, diversas de las tasas aplicables a las personas naturales.

- c) Los dividendos no constituyen ingreso gravable en manos de los accionistas en ninguno de los países centroamericanos, con excepción de El Salvador, en donde los dividendos son gravados únicamente cuando se distribuyen a los accionistas.

Existen otras diferencias en la estructura tributaria de los países centroamericanos. No obstante éstas no son relevantes para el presente análisis. Diferentes tipos de estructuras hacen necesario diversos tipos de armonización entre estos sistemas y las reglas internacionales del Código de Impuestos norteamericano. Sin embargo, la legislación de Costa Rica, Nicaragua, Honduras y Guatemala son bastante semejantes, por lo que pueden tratarse como un solo grupo. El caso de El Salvador será considerado separadamente.

b) El caso de Costa Rica, Honduras, Nicaragua y Guatemala

Los objetivos que deben alcanzar con la armonización fiscal estos países son:

- 1) Maximizar las ventajas impositivas para los inversionistas;
- 2) Minimizar el sacrificio innecesario de ingresos fiscales; y
- 3) Promover al mismo tiempo la reinversión de las utilidades dentro del territorio respectivo. Nuestros países no están interesados en recibir el tipo de inversión extranjera que inmediatamente repatría las utilidades. La reinversión es altamente deseable para nuestro proceso de desarrollo económico.

Para maximizar los beneficios del pago diferido de impuestos, la exención total del pago de impuestos sobre la renta por un período determinado es recomendable. El porcentaje de la exención debe disminuir conforme a la clasificación de la empresa, según lo establece el Convenio de Incentivos Fiscales.

Si los beneficios del pago diferido de impuestos se pierden cuando la empresa distribuye dividendos, (sacrificando inútilmente el ingreso fiscal el Estado), una tasa alta de impuestos, a manera de retención sobre los dividendos distribuidos, puede imponerse para proteger los ingresos del Estado. En esta forma los inversionistas no se verían privados de las ventajas que les confiere el

pago diferido de impuestos y del crédito por impuestos satisfechos en el exterior, combinado con la exención del pago de impuestos en el país donde se lleva a cabo la inversión. Mientras la reinversión de utilidades tenga lugar, éstos ingresos no serían gravados en los EEUU. Al efectuarse la distribución, los gravámenes impuestos en Costa Rica, por ej., serían completamente acreditables en los EEUU bajo el mecanismo del crédito indirecto descrito páginas atrás. Nuestros gobiernos recuperarían los impuestos previamente condonados a la subsidiaria, y el inversionista pagaría un impuesto total igual al que se hubiere satisfecho en ausencia de los incentivos. El último aspecto positivo del sistema propuesto consiste en el énfasis que se hace en la reinversión, incentivado por exención total de impuestos mientras dure la retención de utilidades. La tasa aplicable a los dividendos distribuidos puede ser tan alta, en principio, como la tasa de impuestos eximidos a la subsidiaria, (recuérdese que en estos países los dividendos están exentos de impuestos). El sistema tiene el inconveniente de que influiría en la política de distribución de dividendos de la empresa, sin embargo, sería mucho más aceptable comparado con otras restricciones a la repatriación de dividendos.

EJEMPLO 10, (sistema propuesto):

Asúmase una empresa norteamericana "X" invirtiendo en Costa Rica a través de una subsidiaria "S", domiciliada en Costa Rica. "S" obtiene una utilidad líquida en Costa Rica de \$ 100. los efectos fiscales del sistema propuesto serían los siguientes:

Ingresos de "S"	\$ 100
Impuestos de "S" en C.R. (condonados)	0
Utilidades líquidas después de impuestos	100

Si la empresa reinvierte las utilidades en Costa Rica no estaría sujeta al pago de impuestos en los EEUU, quedando en consecuencia un fondo disponible para re-inversión igual a las utilidades netas antes de impuestos. Si la empresa distribuye dividendos a "X", las consecuencias del sistema propuesto serían las siguientes:

Fondo disponible de "S" para distribuir dividendos	\$ 100
Impuesto en EEUU sobre "X"	48

Pre-crédito en EEUU (.48 x 100)	48
Impuesto sobre el pago de dividendos (Retenidos en la subsidiaria)	30% 30
Crédito por impuestos pagados en C.R.	30
Impuesto neto en EEUU	18
Total de impuestos (18 + 30)	48

Si a la empresa "X" se le aplica el sistema de no incrementar a los dividendos recibidos el monto pagado en impuestos por la subsidiaria "S" a la hora de determinar el ingreso líquido gravable, (véase Ej. N° 5) los efectos serían los siguientes:

Fondo disponible para dividendos	100
Impuestos recuperados en C. R. (30%)	30
Dividendos distribuidos a "X"	70
Ingreso gravable en EEUU (sin aumento por impuestos pagados)	70
Pre-crédito en EEUU (.48 x 70)	33.6
Crédito por impuestos pagados en C. R.	30
Impuesto neto en EEUU	3.6
Impuesto total (30 + 3.6)	33.6

En los dos ejemplos anteriores se demuestra que el inversionista disfruta de exención total de impuestos cuando los dividendos son reinvertidos. Si la distribución tiene lugar, nuestros gobiernos deben recuperar los impuestos previamente condonados a la empresa, lo que puede hacerse mediante el establecimiento de un impuesto especial sobre los dividendos (o ingresos en general) que obtengan las empresas extranjeras no domiciliadas en Costa Rica (o los accionistas extranjeros no residentes). El impuesto no se cobraría mientras la distribución no tenga lugar, puesto que el sujeto de la imposición sería la empresa extranjera no domiciliada en Costa Rica, y mientras los dividendos no se distribuyan, no hay ingreso real y por lo tanto no habría nacido el hecho imponible, aunque sea la subsidiaria establecida en Costa Rica la persona sobre quien recaería la obligación de retener el impuesto por los dividendos distribuidos a su casa matriz.

Bajo este sistema el Gobierno no sacrificaría inútilmente sus ingresos, el inversionista se encontraría altamente motivado para

reinvertir en Costa Rica pues en tanto la reinversión opera el impuesto total es cero, y los impuestos sobre los dividendos distribuidos serían plenamente acreditables en los EEUU.

c) El caso de El Salvador

Conforme a la ley salvadoreña, las personas jurídicas domiciliadas en El Salvador están sujetas al pago de impuestos sobre los ingresos que obtengan en fuentes salvadoreñas. Las tasas aplicables son progresivas iniciándose su escala en el 2.5% hasta un límite de 15%. Las personas jurídicas no domiciliadas en El Salvador pagan impuestos a una tasa uniforme de 38% sobre las utilidades netas que obtengan dentro del territorio. Los efectos de la legislación presente en la inversión extranjera son los siguientes:

EJEMPLO 11

Supóngase que una empresa norteamericana "X" invierte en El Salvador a través de una subsidiaria "S" (organizada y domiciliada en El Salvador), y que obtiene una utilidad líquida de \$ 100.

Ingreso gravable de "S"	\$ 100
Impuesto en El Salvador 15% (máximo)	15
Utilidades netas	85
Dividendos distribuidos	85
Impuestos sobre dividendos en El Salvador (38%)	32.3
Monto gravable en EEUU (sin aumento por impuestos en el extranjero)	85
Impuesto en EEUU (.48 x 85)	44.8
Pre-crédito	44.8
Impuesto acreditable en EEUU (15 x 85/100) + 32.5)	45.25
Exceso de crédito	0.45
Impuesto total	47.3

En esta forma el inversionista norteamericano puede acreditar casi la totalidad de los impuestos que satisfizo la subsidiaria a través de la cual opera, y el gobierno salvadoreño no ha perdido ingreso público.

Si en los Estados Unidos la compañía tiene que computar o sumar a la renta líquida gravable los impuestos pagados por la subsidiaria en el exterior, los cálculos serían los siguientes:

Monto gravable en EEUU (85 + 15)	\$ 100
Pre-crédito en EEUU (.48 x 100)	48
Monto acreditable en EEUU (15 + 32.3)	47.3
Impuesto neto en EEUU	0.7
Total de impuestos (47.3 + 0.7)	48

Al igual que el caso anterior, el sistema salvadoreño está diseñado para que en todas sus formas el Gobierno grave las utilidades y los dividendos que obtienen las empresas norteamericanas en el territorio. El inversionista que distribuye dividendos queda en situación muy similar a los demás norteamericanos que obtienen ingresos en EEUU, pues casi el 100% de los impuestos que paga en El Salvador son acreditables en los Estados Unidos. El sistema elimina la doble imposición internacional que con frecuencia se presenta, y permite al Gobierno salvadoreño obtener un porcentaje alto de impuestos sobre la inversión extranjera.⁽¹⁾

Sin embargo, cuando una subsidiaria de una empresa norteamericana obtiene un contrato industrial que exige a la empresa y a sus accionistas del pago de impuestos sobre la renta por un período determinado, y la empresa distribuye dividendos, el Gobierno Salvadoreño sacrifica inútilmente esos ingresos, porque el gobierno norteamericano hará recaer sus impuestos sobre los dividendos distribuidos.

Utilizando los mismos supuestos

EJEMPLO 12

Ingreso gravable de "S" en El Salvador	\$ 100
Impuestos en El Salvador (condonados)	0
Fondo disponible para dividendos	100
Impuesto sobre dividendos (condonados)	0
Utilidades líquidas después de impuestos	100
Impuesto en los EEUU (.48 x 100)	48
Pre-crédito en EEUU	48
Impuesto acreditable	0
Impuesto neto en EEUU	48
Utilidades netas después de impuestos	52

(1) El sistema salvadoreño fue diseñado por el Profesor Oliver Oldman, Profesor de Derecho Tributario de la Universidad de Harvard, y Director del Programa Internacional de Impuestos. Obsérvese también que el sistema tributario salvadoreño es el más avanzado de Centro América.

Es claro que si la subsidiaria establecida en El Salvador distribuye sus utilidades a la casa matriz, los incentivos que ofrece El Convenio de Incentivos Fiscales son totalmente anulados por los efectos de la legislación norteamericana. El Gobierno sacrifica sus ingresos y el inversionista no disfruta de la exención.

Soluciones Alternativas para El Salvador:

La primera alternativa sería denegar al inversionista norteamericano la exención de impuestos, interpretación que parece desprenderse del Convenio Centroamericano de Incentivos Fiscales. Sin embargo, se denegarían con este sistema los beneficios que confiere el sistema de pago diferido de impuestos, que constituye un incentivo para el inversionista norteamericano. Si la empresa reinvierte sus utilidades, y disfruta además de exención de impuestos en El Salvador, los impuestos totales serían cero.

Como segunda alternativa podría pensarse en eximir a la empresa salvadoreña pero no a sus accionistas. Utilizando el ejemplo anterior, los efectos serían los siguientes:

EJEMPLO 13

Ingreso gravable en El Salvador	\$ 100
Impuesto en El Salvador (condonado)	0
Fondo disponible para dividendos	100
Dividendos distribuidos	100
Impuesto sobre dividendos en El Salvador	38
Impuesto en los EEUU sobre dividendos 48%	48
Crédito en EEUU por impuesto en El Salvador	38
Impuesto neto en EEUU	10

Si los dividendos son distribuidos, el inversionista no disfruta de los beneficios de la exención de impuestos. A pesar de que los dividendos son gravados en El Salvador, el gobierno pierde una suma que es recuperada por el Gobierno Norteamericano. Debe indicarse, asimismo, que cuando la empresa reinvierte sus utilidades, el impuesto total sería cero y el inversionista disfrutaría plenamente de los incentivos fiscales.

Una tercera alternativa para solucionar los problemas anteriores consistiría en conceder los beneficios fiscales únicamente

a la subsidiaria domiciliada en El Salvador, (no a sus accionistas) bajo la condición de que las utilidades sean reinvertidas en el país. El ingreso que obtienen los accionistas no se deberían eximir del pago de impuestos. Si la empresa distribuye dividendos, el Gobierno debería recuperar los ingresos previamente condonados a la subsidiaria. Los efectos de esta alternativa serían los siguientes:

EJEMPLO 14

Ingreso gravable de "S" en El Salvador	\$ 100
Impuestos sobre "S" en El Salvador	0
Utilidades disponibles para dividendos	100

Si se distribuyen dividendos, la empresa "S" sería responsable del pago de los impuestos que le fueron previamente condonados. Los dividendos serían gravables corrientemente en manos de los accionistas.

Fondo disponible para dividendos	\$ 100
Impuestos sobre la sociedad (recuperados)	15
Pago neto de dividendos	85
Impuestos en El Salvador sobre dividendos (38%)	32.3
Impuesto en los EEUU (sin aumento) (.48 x 85)	44.8
Pre-crédito en EEUU	44.8
Impuestos acreditables sobre la subsidiaria (15 x 85/100)	12.75
Monto del crédito en EEUU (12.75 + 32.3)	45.25
Impuesto en EEUU	0
Exceso de crédito	0.45

Con esta tercera alternativa, el Gobierno salvadoreño, el inversionista norteamericano y el Gobierno norteamericano quedarían exactamente en la misma posición que cuando no se dan los incentivos, si las utilidades son distribuidas en su totalidad. Tiene la ventaja este sistema de que el incentivo para reinvertir las utilidades en El Salvador es muy atrayente para el inversionista, puesto que se exime totalmente de impuestos cuando los incentivos son concedidos a la subsidiaria.

6) Conclusiones y recomendaciones

a) Armonización de Sistemas Tributarios

La forma en que Costa Rica y los demás países centroamericanos pueden promover la inversión norteamericana en Centroamérica, sin que los gobiernos sacrifiquen inútilmente sus ingresos, es concediendo los beneficios que confiere el Convenio de Incentivos Fiscales a las subsidiarias de compañías norteamericanas establecidas conforme a nuestra legislación, tal y como si se tratara de empresas netamente costarricenses, pero recuperando los impuestos eximidos si la empresa repatría las utilidades en forma de dividendos. A los accionistas (tanto norteamericanos como costarricenses o centroamericanos) no se les debería eximir del pago de impuestos como incentivo. El incentivo debe estar siempre dirigido hacia la empresa, no a sus accionistas. En otras palabras, se debe incentivar cierta actividad no a los capitalistas o inversionistas.

Por otra parte, la empresa debe entender que los impuestos son temporalmente condonados, pues si las utilidades son repatriadas, deben satisfacer los impuestos previamente exonerados. Deben tomarse medidas adicionales para asegurar la reinversión de utilidades, y para que las subsidiarias no saquen fondos de la empresa en forma sofisticada, que tenga los efectos de un dividendo, pero que no se catalogue como tal, evadiendo el pago de impuestos tanto en Costa Rica como en los EEUU.

Debe ponerse especial atención en la tasa aplicable tanto a la empresa como a los dividendos que obtienen los accionistas no domiciliados en el país centroamericano donde se hace la inversión. Si la tasa aplicable a la empresa, más la tasa aplicable a los dividendos es mayor que el monto acreditable en los EEUU, puede el inversionista incurrir en exceso de crédito, cuyos efectos negativos ya han sido comentados.

En cuanto a la legislación salvadoreña el único cambio que habría que introducir sería en el Convenio de Incentivos Fiscales (afectando en consecuencia a los demás países del Area) para que los incentivos sí sean otorgados a las empresas cuyos socios son a su vez compañías norteamericanas, pero recuperando los impuestos en la forma indicada. Sobre los dividendos no se debería establecer la exención. Si se insistiera en mantener la exención de divi-

dendos cuando se trate de salvadoreños y residentes en El Salvador, no debería extenderse a las compañías no domiciliadas en El Salvador.

Para Costa Rica, Nicaragua, Honduras y Guatemala pondría el autor dos cambios fundamentales en la estructura tributaria:

- 1) Gravar a las personas jurídicas a una tasa única, no progresiva; y
- 2) Gravar los dividendos en manos de los accionistas.

Si por razones internas no se quisieran gravar los dividendos que reciben los nacionales y los domiciliados en estos países, que se graven al menos los dividendos que obtienen las empresas y accionistas no domiciliados en el país. Una vez establecida una tasa única (cuya discusión merece un artículo separado), deben otorgarse los incentivos a todas las empresas que califiquen conforme al Convenio, independientemente de la nacionalidad de sus socios. Que no se haga extensivo la exención a los accionistas sobre los dividendos que obtengan de las empresas favorecidas.

Debe cuidarse además que la tasa de impuestos aplicable a las empresas, más la aplicable a los accionistas sobre dividendos (aunque sólo se trate de impuestos aplicables a los no residentes) no exceda del monto total acreditable en los EEUU. Por ejemplo, si se decidiera gravar en Costa Rica a las empresas a una tasa única del 30% sobre las utilidades líquidas, y una empresa domiciliada en Costa Rica, cuyo único socio es una empresa norteamericana, obtiene una utilidad líquida de \$ 100, si se establece un impuesto aplicable a los dividendos superiores al 25.7%, equivalente en el ejemplo a \$ 18, la suma de ambos impuestos daría un exceso de crédito, o un monto total de impuestos en Costa Rica superior al máximo acreditable en los EEUU.

Si al inversionista se le confieren en EEUU los beneficios de no incrementar sus ingresos gravables por el monto de impuestos pagados en el exterior, el máximo de impuestos sobre los dividendos en Costa Rica sería de 18%. El exceso de impuestos por encima del 18% no sería acreditable por el inversionista en los EEUU.

b) **Tratados Tributarios entre los países centroamericanos y los Estados Unidos**

La armonización de los sistemas tributarios de los países centroamericanos con el sistema de los Estados Unidos puede ser un medio efectivo para evitar que los primeros sacrifiquen inútilmente su ingreso, eliminando a la vez las dificultades tributarias para los inversionistas norteamericanos. Sin embargo, es cuestionable si la ley debería orientarse a eliminar los problemas tributarios con un determinado país, sin dar la debida consideración a los inversionistas de otros países.

Las soluciones y recomendaciones enumeradas anteriormente pueden producir diversos resultados si, por ejemplo, una empresa alemana, francesa o inglesa invierte en Costa Rica, y los accionistas son tasados en sus respectivos países (que siguen el sistema todos de la "jurisdicción fiscal internacional") a tasas de 35%, 40%, ó 55%. En tales condiciones, el efecto de la combinación del sistema propuesto para Costa Rica, y la legislación de los otros países, puede ser de un exceso de impuestos en Costa Rica no acreditables en otros países, o una pérdida de ingresos fiscales para el Gobierno costarricense.

Una solución a este problema podría consistir en el establecimiento de una tasa promedio que equipare las ventajas y desventajas a los inversionistas de los distintos países.

Una segunda alternativa consistiría en negociar tratados tributarios con los diversos países para eliminar en cada uno de ellos los problemas que la legislación general plantea. En los párrafos siguientes se comentan lineamientos generales que deberían seguir nuestros países al negociar un tratado tributario con los Estados Unidos. Se usa la "convención Modelo OECD" que han seguido los Estados Unidos en las últimas convenciones tributarias, y que ha sido recomendado por las Naciones Unidas. Se consideran únicamente los aspectos relativos a la exención de impuestos.

En general los países subdesarrollados deben ser muy cuidadosos al negociar tratados tributarios con los países más desarrollados.

Cuando los países desarrollados negocian entre sí tratados de esta índole, es posible que resulten beneficios para los comer-

ciantes e inversionistas de ambos países. Ambas partes pueden negociar los beneficios concedidos a sus residentes. Pero en un tratado entre un país desarrollado y otro subdesarrollado como Costa Rica, no habría igualdad de posiciones. Costa Rica no tiene un gran número de ciudadanos ni residentes que inviertan en los Estados Unidos, como sí los tiene este último país que inviertan en Costa Rica.

En un tratado con los EEUU nuestros países deberían tener presentes las metas fijadas anteriormente: conceder beneficios fiscales únicamente a aquellas industrias y en aquellos campos en que se contribuya al desarrollo del país; promover la inversión norteamericana y al mismo tiempo la reinversión de las utilidades en el país; y proteger los ingresos fiscales para que éstos no sean sacrificados inútilmente.

Para lograr estas metas nuestro país debe seguir los lineamientos generales indicados en las recomendaciones y soluciones anteriores. El problema es si Costa Rica puede entrar en un tratado internacional con los EEUU, por medio del cual se otorguen incentivos a los inversionistas norteamericanos condicionados a que las utilidades sean reinvertidas en Costa Rica. Una empresa costarricense, cuyos accionistas fueran también costarricenses, no estaría sujeta a la recuperación de impuestos exentos cuando la distribución de dividendos operara.

Discriminación:

El artículo 24 de la Convención Modelo DECD establece con relación a la discriminación que "las empresas de un Estado que pertenezcan total o parcialmente, directa o indirectamente a ciudadanos o residentes (incluyendo personas jurídicas) del otro Estado contratante, no estarán sujetas en el primero a ningún requisito diferente o más gravoso que aquellos a que son sometidos empresas similares del mismo Estado".

Es factible que en la negociación de un tratado tributario los Estados Unidos invocara esta disposición si las empresas cuyas acciones pertenecen a norteamericanos fueran gravadas cuando distribuyen dividendos, y no lo fueran las sociedades similares cuyos accionistas sean costarricenses. Desde que el ingreso condonado a la empresa lo adquiere el Gobierno de los EEUU cuando los divi-

dendos son distribuidos, estaría dicho país interesado en defender esta posición. Por su parte, Costa Rica debería estar preparada para defender su posición con base en los siguientes argumentos:

1. Efecto neto para el inversionista:

Con el sistema propuesto el inversionista pagaría un impuesto total exactamente igual al que pagaría en ausencia de la recuperación y tasación de dividendos hecho por el Gobierno de Costa Rica. El efecto neto sería por tanto, para el inversionista, exactamente el mismo. No sufriría ninguna carga adicional.

2. La diferencia que se establece con el sistema propuesto se reflejaría únicamente en el Fisco de los Estados Unidos, quien perdería el ingreso que el Gobierno de Costa Rica recuperaría cuando se repatrián los dividendos. La sección 24 de la Convención mencionada está dirigida a discriminación en contra de los contribuyentes, no en contra del fisco de los Estados contratantes. Si el contribuyente no sufre ninguna carga adicional, ¿quién es entonces el discriminado?

La discriminación que menciona el artículo 24 de la Convención modelo DECD se dirige a los contribuyentes, no a los Estados Contratantes. Si el contribuyente no sufre ninguna carga adicional por el efecto combinado de los dos sistemas tributarios, no se puede afirmar que sea él el discriminado.

3. Desde el punto de vista de la capacidad de pago, la equidad tributaria debe exigir igual trato para contribuyentes que se encuentran en igualdad de condiciones. En un tratado tributario internacional el problema surge a la hora de aplicar la equidad (justicia horizontal) a contribuyentes de países que siguen principios jurisdiccionales diferentes. Debe resolverse el problema de la igualdad desde el punto de vista del país donde se realiza la inversión, o desde el punto de vista del país donde tiene su origen el capital? Nuestros países podrían argumentar que quien pone al contribuyente norteamericano en desventaja en Costa Rica es la propia ley americana, que hace recaer impuestos sobre las utilidades que el inversionista obtenga en el exterior. Si los Estados Unidos no gravaran el ingreso que obtienen en el exterior sus contribuyentes, a éstos no se les

aplicaría el sistema propuesto, ni se les denegarían los beneficios fiscales.

4. El país donde se origina el ingreso tiene el derecho de aplicar impuestos sobre el mismo. Este principio ha sido reconocido por los Estados Unidos en algunas oportunidades.
5. Finalmente, el concepto mismo de incentivos tributarios conlleva la idea de discriminación o diferenciación entre inversionistas, sean estos costarricenses o norteamericanos. Nuestra ley específicamente acepta estas diferenciaciones basada en consideraciones de carácter económico, y no exclusivamente de equidad. Los incentivos pueden concederse o ser denegados a discreción del gobierno. Aun en el caso de que una empresa satisfaga todos los demás requisitos que prevé el Convenio, los beneficios pueden ser denegados. Una compañía norteamericana no podría argumentar con éxito, por ejemplo, que a un costarricense le fueron concedidos los beneficios y en circunstancias similares a él le fueron denegados. En la misma forma, si a una empresa norteamericana le son conferidos los incentivos, existiría ya un trato preferencial con respecto a otros inversionistas costarricenses a quienes no se les confiera el incentivo. En estos términos las disposiciones que permitirían al Gobierno recuperar el impuesto previamente eximido cuando los dividendos son repatriados, sería un requisito más a satisfacer por parte del inversionista norteamericano, como son los requisitos de monto de capital, calidad del producto, ramo industrial, etc.

c) Establecimiento de una cláusula para condonar impuestos cuando éstos han sido previamente condonados por el otro Estado contratante

Estas cláusulas, denominadas en inglés "tax sparing provisions" han sido sugeridas por algunos países subdesarrollados para mitigar los efectos de la legislación fiscal de los países desarrollados, cuando celebran convenios tributarios internacionales. En general, la cláusula permite al inversionista de un país contratante deducir o acreditar en su país de origen no sólo los impuestos por los ingresos que ha obtenido en el otro país contratante, sino que también los que en el último le han sido condonados por algún incentivo otorgado por el Gobierno, pero que hubiera pagado si los incentivos no se hubieran concedido.

En consecuencia, el inversionista pagaría un impuesto total menor, pues tanto su país de origen como el otro Estado contratante condonaría los impuestos en este último.

Esta cláusula ha sido discutida en muchos contextos, y tiene muchos defensores especialmente por países en vías de desarrollo. Sin embargo, el autor no aconsejaría su inclusión por ninguno de los países centroamericanos en un tratado tributario con los Estados Unidos por las siguientes razones: Desde el punto de vista práctico, es muy difícil que un tratado que incluya una cláusula de esta naturaleza sea aprobado por el Congreso de los Estados Unidos. En algunas oportunidades han sido propuestos por el Ejecutivo convenios con estas cláusulas, y el Congreso los ha rechazado (Convenio con Israel y Pakistán).

Desde nuestro punto de vista, la cláusula estimularía la repatriación de dividendos, puesto que al condonarse en EEUU los impuestos eximidos en Costa Rica, no cabría la recuperación de los mismos cuando la distribución de dividendos tiene lugar. En tal forma, las empresas encontrarían una ventaja con la repatriación de utilidades libre de impuestos tanto en Costa Rica como en EEUU.

d) Consideraciones Finales

La inversión privada norteamericana en Centroamérica puede ser efectivamente promovida mediante la coordinación de nuestros sistemas tributarios con el pago diferido de impuestos y el crédito por impuestos extranjeros del Código Tributario Norteamericano.

Proponemos un sistema de incentivos fiscales por medio del cual se le confieren a los inversionistas norteamericanos exención de impuestos sobre la renta sobre determinadas inversiones, cuando son conducidas a través de una subsidiaria organizada en Centroamérica. Los dividendos no deben eximirse, y los impuestos condonados a la subsidiaria deben recuperarse cuando la distribución de dividendos opera.

El inversionista norteamericano que tiene interés en reinvertir en nuestros países las utilidades se beneficiaría con el sistema propuesto, y nuestros gobiernos satisfarían los requisitos enunciados al principio de este trabajo. Sin embargo, el sistema sería

efectivo mientras dure el sistema del pago diferido de impuestos en los Estados Unidos. Si el sistema se reformara, las recomendaciones aquí propuestas tendrían que reformarse consecuentemente.

Debe indicarse que es necesario realizar estudios similares sobre el sistema tributario de los otros países exportadores de capital. En este sentido una red de tratados tributarios internacionales vendría a ser la forma más efectiva de promover la inversión extranjera en Centromérica.

La conclusión más importante que puede obtenerse de este estudio es que los países en proceso de desarrollo no pueden ignorar la legislación de los países exportadores de capital si desean promover la inversión extranjera en forma eficiente, conforme a las necesidades fiscales propias de un proceso de desarrollo.

BIBLIOGRAFIA

United Nations, *United States Income Taxation of Private Investments in Developing Countries*, United Nations, New York, 1970. (Sales N°: E. 70 XVI, 2).

Owens, Elizabeth, *The Foreign Tax Credit*. International Tax Program, Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, 1961.

Musgrave, Peggy, *United States Taxation of Foreign Investment Income*, Harvard Law School, International Tax Program, 1969.

Guardia, Jorge, *United States Investment and Tax Incentives in Central America*. Seminar: International Aspects of United States Taxation. Harvard Law School, 1971. (Sin publicar).

UN SISTEMA UNIFORME DE NOTAS AL PIE PARA ESCRITOS JURÍDICOS

LIC. TIMOTHY TODD

La culminación de cualquier esfuerzo de investigación jurídica efectiva es su informe escrito, que sirve al autor para informar o persuadir a sus lectores de los problemas que ha encontrado en su área de estudio y a las conclusiones a que él ha llegado. Es de este informe escrito que los formuladores de políticas y los investigadores posteriores dependerán para su información y análisis de tópicos de importancia para el país y de interés para los estudiosos del Derecho.

El estudio moderno del Derecho reconoce, tal vez más que la mayoría de las disciplinas, la importancia de notas al pie adecuadas y exactas como parte integral de un escrito jurídico respetable. Mientras que escribir un texto de Derecho o un artículo es, por supuesto, un asunto personal y los hombres razonables difieren respecto a cuáles asuntos deben ser tratados, cómo deben ser analizados y qué clases de conclusiones deben ser tomadas de qué clase de datos, hay poco desacuerdo sobre la necesidad de documentar las fuentes de los hechos, ideas y citas textuales para dar muestra de la clase de investigación que dio lugar a la verificación de los hechos llevada a cabo por el autor y, por lo tanto, del soporte adecuado para las conclusiones a que él ha arribado.

No es poco frecuente leer artículos jurídicos que tienen escasas notas al pie o que del todo no las tienen. Esta clase de escrito es defendible únicamente en el raro caso de que el artículo

- (1) La guía de citas aquí propuesta es el resultado de una mezcla de ideas y sugerencias. Varias ideas fueron adaptadas del *A Uniform System of Citation* (Un Sistema Uniforme de Citas) (11ª Ed. Harvard Law Review Association 1967). La primera edición de la guía contó también con las sugerencias de varios miembros del Proyecto de Derecho Agrario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, incluyendo las del Profesor Juan Luis Arias y del Director del Proyecto, Dr. Oscar A. Salas M. La siguiente edición (también mimeografiada) fue revisada y corregida por el Decano de la Facultad, Lic. Carlos José Gutiérrez, el Vice-Decano y Director de la *Revista de Ciencias Jurídicas*, Lic. Eduardo Ortiz y los profesores de Métodos de Investigación Jurídica, Lic. Jorge Enrique Guier y Dr. Fernando Mora. La culpa de todos los errores, por supuesto, reside en el que escribe.

sea de naturaleza reporteril: parecida a un artículo de periódico o de una revista que relata las últimas noticias. Sin embargo, cuando el propósito es culminar un esfuerzo con un trabajo de investigación en el cual otros puedan confiar para analizar la ley, formular conclusiones y hacer sugerencias, entonces los artículos con notas al pie inexactas, o los que del todo no las tienen, carecen de defensa. Sin las notas al pie el artículo es relativamente inútil, porque no se puede confiar en él. Para estar seguro de que lo escrito es correcto, el lector debe reunir sus propios datos y hacer su propia investigación. El artículo sin documentación entonces puede ser evaluado solamente como una opinión, y aún así, bajo sospecha, porque los hechos sobre los que se basa la opinión no han sido probados por el autor y pueden ser erróneos.⁽²⁾

El resultado, por supuesto, es mucho desperdicio. Los investigadores posteriores deben reinvestigar las mismas áreas que ya fueron investigadas, perdiendo días y (en países donde los instrumentos de investigación son inexistentes o incipientes) hasta semanas cubriendo el mismo terreno que ya otros han cubierto. Tal trabajo doble o triple es insoportable. Esto desperdicia los escasos recursos de investigación e inevitablemente retrasa el proceso de desarrollo del conocimiento jurídico.

La nota al pie es, entonces, parte integral de la buena escritura jurídica. Su valor es doble: convencer (persuadir) y proveer información bibliográfica detallada para futuros investigadores. Se le defiende no como un artefacto pedante para engañar al lector incauto (como la buena impresión de un contrato), sino por los motivos prácticos y realistas de que es a la vez más persuasiva y de más valor para los profesores, estudiantes y otros estudiosos del Derecho, que son a la vez los lectores principales de tales materiales y los principales investigadores de problemas legales conexos.

El objeto de la nota al pie

La nota al pie une en un solo lugar toda la investigación relevante relativa a algún punto del texto. En lugar de confundir o desordenar el desarrollo del artículo o libro con esta información,

(2) El trozo no documentado es a menudo seguido por una bibliografía de trabajos consultados por el autor. Esto es de alguna ayuda para el lector en cuanto a recoger materiales de estudio, pero no es de gran ayuda en cuanto a localización exacta de la fundamentación existente para una afirmación determinada hecha por el autor. El lector debe leer cada libro de la bibliografía para encontrar el fundamento de cada aseveración hecha.

el autor usa la nota al pie para dar fuerza o sustento a su argumento principal. Esto permite el desarrollo de puntos importantes en el texto dejando el desarrollo de ideas, de conceptos relacionados y materiales de cita, a las notas al pie. Así, las notas al pie pueden y a menudo deben incluir tanto información de cita, como desarrollo de puntos importantes relacionados al material que no están íntimamente ligados al desarrollo del argumento principal del artículo.

Esto libera al lector y le permite leer el artículo a uno de varios niveles—según él escoja. Si el lector sólo está mirando o leyendo rápidamente un artículo de interés para él, pero al que no desea dedicar gran parte de su tiempo, puede leer el texto únicamente. Si está leyendo más cuidadosamente, puede mirar las notas al pie que le interesen. Si está leyendo el artículo seriamente, haciendo alguna investigación en el área para algún trabajo, una tesis, un libro o para una breve reseña, entonces el lector puede ahondar en las notas al pie, leyéndolas detenidamente, fijándose tanto en las referencias de cita para su propia consulta, como en el desarrollo de los conceptos relacionados con las notas al pie y, además, aprovechar toda la investigación hecha por el autor del artículo y desarrollada en el texto.

Al mismo tiempo, esto asegura que toda la información relacionada será incluida y que el autor no dejará por fuera información importante bajo el pretexto que al incluirlo se complicaría innecesariamente el desarrollo de sus argumentos textuales. Las notas al pie son la manera flexible para presentar información que cada autor pueda adaptar a su estilo particular y al tema del asunto.

El propósito de todo escrito jurídico es aclarar al lector tan precisa y concisamente como sea posible. La repetición, y el lenguaje sobrante, por ejemplo, son aburridos para el lector y hacen la publicación más costosa. La preocupación fundamental es el lector—pensar cómo se puede organizar el material para su mejor comprensión, qué mezcla de desarrollo doctrinal usar, qué ejemplos concretos poner y proponer un análisis por parte del autor lo cual presentará los materiales en mejor forma al lector. Con respecto a notas al pie se aplican los mismos propósitos. La idea es dar la información necesaria para guiar al lector hacia el material citado y (cuando es necesario) explicar y clarificar más el texto. Al mismo tiempo, el autor desea ser lo más preciso posible para hacer que

el trabajo del lector de confrontar las citas sea lo más simple que se pueda. Por ejemplo, una cita de página de un libro, como "p. 15 y s. s.", es innecesariamente imprecisa y a menudo indica pereza (o al menos falta de cuidado) por parte del escritor. En vez de determinar exactamente las páginas en las cuales el escritor se apoyó (v. g. p. 15-19, 26-28, 45) el escritor le indica al lector que no puede molestarse con referencias específicas de páginas, (por lo general no quiere volver a revisar la fuente él mismo) y que cada lector debe leer de la página 15 hasta el final del libro para averiguar por sí mismo dónde (y si) la prueba se encuentra en esas páginas. Esta forma de citar protege al escritor perezoso de la crítica, porque son muy pocos los lectores que van a leer libro tras libro citado de principio a fin para tratar de encontrar las pocas referencias indicadas en ellos.

Otra práctica común, que es particularmente de desperdicio del tiempo del lector, es el uso de "ob. cit." para referir al lector a un dato ya citado. En efecto, el escritor le pide a cada lector que vuelva a leer cada nota al pie anterior (que en caso de libros, tesis o artículos largos puede incluir muchos) para encontrar él mismo dónde ha incluido el escritor la total referencia al trabajo citado. Es mucho más útil usar la forma "supra nota tal" (v.g., supra nota 38). Esto guía al lector directamente hacia la nota al pie correspondiente sin necesidad de revisar la obra entera y requiere muy poco esfuerzo extra de parte del escritor.

¿Por qué usar un sistema uniforme de notas al pie?

El objeto de la nota al pie es presentar toda la información de la manera más precisa posible que necesite cualquier lector para encontrar la información citada. Adoptar un sistema coherente (no importa cuál sistema) trae certeza y entendimiento universal a las citas. Los escritores saben cuál información deben incluir y el lector sabe lo que puede esperar y la forma en que lo puede esperar. Así, todos comprenden y más importante todavía, la información que necesita el lector para encontrar rápidamente el material citado, siempre estará a su disposición en la cita. Ya no habrá una fecha, o número de página o hasta un título olvidado, puesto que tanto los lectores como los escritores tienen una fórmula preplaneada a seguir que da toda la información necesaria sin recargar al lector, o los costos de publicación con muchos datos innecesarios.

La sección siguiente presenta un sistema de notas al pie que trata de llenar las metas ya descritas. Ha sido adoptado por el personal docente de la Facultad de Derecho de Costa Rica como la guía oficial de citas en la escuela tanto para la **Revista de Ciencias Jurídicas** como para las tesis de grado de los estudiantes.⁽³⁾ El sistema trata de resolver muchos de los problemas de citas con que se encuentran tanto lectores como escritores, con la esperanza de que llegue a resolverlos dentro de la cultura y contexto jurídico de Costa Rica y de Latinoamérica. Mucho de lo que se propone es simplemente una codificación de las prácticas existentes. Algunos de los conceptos y formas, sin embargo, son nuevos, reflejando (se espera), mejoras en dichas prácticas. Como resultado, algunas de las formas más gustadas han sido eliminadas como innecesarias. El producto final es una mezcla tanto de formas modernas como tradicionales y se espera que simplifiquen ampliamente, sin perder el sentido, las notas al pie en las tesis, artículos y libros de texto escritos por la comunidad jurídica de Costa Rica.

El texto de la guía propuesta se publica a continuación. En él se hallan las reglas para las varias clases de citas y se indican ejemplos concretos para demostrar la aplicación práctica de cada regla. El lector notará que mientras aquí se han resuelto algunas clases de problemas, uno puede pensar en problemas de citas no tratados en esta Guía. Esto es inevitable y podrá, sin duda, ser resuelto en el futuro con nuevos trabajos en esta materia. Se espera que el área mayor de problemas de citas jurídicas haya sido cubierta. Cuando el escritor se encuentre tales problemas sin cubrir, debe sentirse libre para adaptar el sistema a su problema particular.

Mención de justificación debe hacerse de algunas de las diferencias más radicales de las formas tradicionales de citar en Costa Rica empleadas en la Guía. Todas se han basado en **conveniencias mayores para el lector**— la base de cualquier sistema de citas. Por ejemplo, el lector notará que se cita no sólo la ley, sino que también, secundariamente, la **Colección de Leyes y Decretos** o La

(3) En cuanto a tesis de grado, todo alumno debe tomar en cuenta el *Reglamento para la presentación de tesis de grado de la Universidad de Costa Rica* del año 1961. Esta es una guía para escribir una tesis de grado. Sus referencias para las notas al pie, sin embargo, no fueron diseñadas ampliamente ni pensando en citas de índole jurídica. Además, su uso de *supra*, *infra*, *ob. cit.*, e *ibid* difieren de los conceptos aquí propuestos. Se cree que la presente guía ofrece un sistema de citas más completo y más útil y recomienda que el reglamento se use en conjunto con esta guía (para las notas al pie) al escribir tesis de Derecho.

Gaceta (cuando la Colección de Leyes y Decretos no se ha publicado todavía). La razón de la doble cita es obvia. El lector consultará la **Colección de Leyes y Decretos** para encontrar la ley. Generalmente estará en su biblioteca o en una biblioteca que le quede cómoda para su pronta consulta. Si el volumen necesario de la **Colección de Leyes y Decretos** todavía no ha sido publicado, entonces debe consultar **La Gaceta**. Para poder facilitar la búsqueda, el escritor sólo anota la fuente secundaria y el número de página donde puede encontrar la ley. El lector puede entonces escoger rápidamente el tomo que él necesita, abrirlo en la página apropiada y empezar su lectura.

El lector notará que por el mismo motivo, la forma tradicional de citar las resoluciones de Casación ha sido cambiada. Para dirigir al lector al caso citado, el escritor sólo tiene que referirse al año, semestre y número de página del tomo determinado en que éste se encuentra. Nada más. No hay necesidad alguna de la fecha exacta, ni hora y minuto en que se resolvió el punto. Con el número de la página el lector se dirige directamente al caso en cuestión sin perder tiempo buscando a través de sentencias tratando de encontrar la fecha y después la hora exacta.

Al mismo tiempo, el lector notará que las partes del caso se usan ahora en todas las citas de sentencia. Para esto hay dos razones. Como el nombre siempre aparece en cada sentencia, esto provee o da una referencia secundaria excelente en caso de que, por algún motivo, el escritor o el mecanógrafo cometa un error al copiar el año o el número de página de la sentencia. El nombre de las partes es, por esto, una alternativa excelente para buscar la resolución.

De más importancia sin embargo, el nombre de las partes es más fácil de recordar que una fecha y hora exacta. Si el autor del artículo o libro está comparando y haciendo un contraste entre varios casos, es mucho más fácil para el lector tener en mente hechos y conclusiones refiriéndose al caso de "Sáenz v. Salas" y "Arias v. Castillo", que comparar la "sentencia número 45 de las 13:17 horas del 3 de diciembre de 1971," con "sentencia número 15 de las 9:20 horas del 20 de noviembre de 1971". Cuando hay varios casos de esta clase a los cuales se ha hecho referencia varias veces, el nombre se puede identificar con mucha mayor facilidad que los

datos numéricos asociados con cada caso. La comprensión del lector aumenta sin tanto dato innecesario y espacio perdido.⁽⁴⁾

Dos decisiones más deben ser destacadas. Primero, que la Guía usa **supra**, **infra** e **ibid** cuando se trata de referencias hechas dentro de la misma obra que se está escribiendo. Estas formas permiten citas precisas a otras notas al pie y ahorran tiempo al lector. La segunda decisión trata de abreviaturas usadas para referirse a los varios códigos. Por ejemplo, el sistema sugiere "C. Civ." para indicar Código Civil y muchos autores usan la abreviación C.C. en su lugar. Estas abreviaturas son las mismas usadas por la Biblioteca de la Facultad de Derecho de Costa Rica. De esta manera, todas las abreviaturas utilizadas en la Facultad son iguales, aunque algunos pueden preferir un sistema aún más simple para códigos citados a menudo (por ejemplo C.C., C.P., C.P.C., etc.).

INDICE PARA LA GUIA UNIFORME

Leyes corrientes	1	332
Vigentes	1	332
No vigentes	1	333
Códigos	1	333
Vigentes	1	334
No vigentes	2	334
Abreviaturas	11	345
Antecedentes en la Asamblea Legislativa	2	334
Actas de la Asamblea Legislativa	2	334
Expedientes o legajos	2	334
Decretos	2	334
Decisiones Judiciales	3	335
Publicadas	3	335
Sentencias de Casación	3	335
Decisiones y Sentencias del Boletín Judicial	3	336
No publicadas	4	336
Sentencias	4	336
Resoluciones Judiciales	4	336

(4) No obstante las ventajas del uso del sistema uniforme en cuanto a Sentencias de Casación, tal vez el lector preferiría aplicar (aunque es menos útil) la fórmula tradicional. Un ejemplo sería: Casación N° 45 de las 11:50 horas del 24 de mayo de 1930.

Constituciones	4	336
Vigentes	4	336
Derogadas	4	337
Artículos reformados o derogados	4	337
Libros y Folletos	5	337
Datos siempre incluidos	5	337
Datos especiales	5	338
Volumen y tomo	5	338
Ediciones	5	338
Traducciones	5	338
Comentarios y anotaciones	6	339
Cartas	6	339
Entrevistas	6	339
Conferencias	6	339
Tesis	6	339
Periódicos	7	340
Revistas	7	340
Diarios	7	340
Referencias dentro de la misma obra que se está escribiendo	8	341
Supra	8	341
Ibid.	8	342
Infra	9	342
Paginación	9	342
Tipos itálicos	10	343
Orden dentro de una cita	10	344
Abreviaturas	11	345
Códigos	11	345
Cortes o Tribunales	11	345
Meses	11	345
Países	12	346
Otros	12	346

I. LEGISLACION

A. LEYES CORRIENTES:

1. Vigentes

Siempre se cita la legislación en dos partes. La primera está compuesta por los datos de la ley misma. Se em-

pieza en el inciso y/o artículo citado, el nombre de la ley si la hay (el nombre oficial propuesto en la ley) su número y fecha. La segunda parte comprende el lugar en donde se localiza la ley, que puede ser la **Colección de Leyes y Decretos (C.L.D.)** o, cuando todavía no han sido publicadas en ella, **La Gaceta**.

Ej: Art. 1, Ley de defensa económica N° 1208, 9 Oct. 1950, en **C.L.D.**, I Sem., p. 5.

Art. 7, Ley de Protección a los desocupados N° 976, 11 Feb. 1971, en **La Gaceta**, 7 Ene. 1972, p. 3.

Cuando el nombre de la legislación respectiva ha sido citado en el texto, en la nota al pie se omitirá la correspondiente mención de dicho nombre.

Ej: Art. 1, Ley N° 1208, 9 Oct. 1950 en **C.L.D.**, I Sem., p. 5.

2. No Vigentes:

Cuando se cita una disposición derogada o modificada, se cita la ley y cómo localizarla, en la forma indicada en IA. Luego se expresa, entre paréntesis, que fue derogada o modificada, y se cita por cual ley.

Ej: Art. 1, Ley de defensa económica N° 1208, 9 Oct. 1950 en **C.L.D.**, I sem., p. 5, (derog. Art. 6, Ley N° 123, 1 Oct. 1951.)

Art. 10, Ley de merodeo N° 1876, 6 Ago. 1965 en **C.L.D.**, II Sem., p. 45, (modif. Art. 100, Ley N° 321, 10 Nov. 1970).

B. CODIGOS:

1. Vigentes

Se cita primero el párrafo, inciso y/o artículo. Luego se cita el nombre del Código (véase abreviaturas infra).

Ej: Art. 6, **C.Civ.**

Art. 1, **C.Proc.Pen.**

Cuando se cita un código de cualquier país extranjero, se lo indica entre paréntesis. No hace falta incluir el

país, cuando se trata de Costa Rica, siempre que no pueda haber confusión para el lector.

Ej: Art. 5, C.Civ. (Mex.).
Art. 2, C.Pen. (Nic.).

2. No Vigentes:

Cuando el código citado no es el que tiene vigencia, se cita la fecha del código derogado entre paréntesis.

Ej: Art. 7, C.Pen. (1924).
Art. 1, C.Civ. (1888) (Mex.).

Cuando el párrafo, inciso o artículo ha sido modificado o derogado, se lo indica igual como si se tratara de una ley corriente.

Ej: Art. 10, C.Civ. (modif. art. 6, Ley N° 463, 2 Nov. 1963).

C. ANTECEDENTES EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA:

1. Actas de la Asamblea Legislativa

Se citan las actas que están ya encuadradas en tomos, de la siguiente forma:

Ej: Actas de La Asamblea Legislativa, 1970, T. 73, p. 299.

Las otras se citan:

Ej: Actas de la Asamblea Legislativa, Comisión de Asuntos Jurídicos, Art. 2 (Ses. 29 Feb. 1971.).

2. Expedientes o legajos

Se citan los expedientes por la ley y página a que se refiere.

Ej: Expediente de Ley N° 123, 10 Dic. 1944, Asamblea Legislativa, p. 18.

II. DECRETOS

Se citan los decretos, sean decretos-leyes (que tienen fuerza de ley), decretos ejecutivos o decretos legislativos, por número del decreto y fecha. Luego se cita el

lugar en donde se localiza el decreto en igual forma que para la legislación (I A), sea la Colección de Leyes y Decretos (C.L.D.), o La Gaceta cuando el decreto no aparece todavía en la C.L.D.

Ej: Decreto Ejecutivo N° 14, 5 Nov. 1966 en C.L.D., 1966, I Sem. p. 14.

Decreto Legislativo N° 19, 18 Set. 1965, en La Gaceta, 8 Oct. 1965, p. 47.

Decreto Ley N° 35, 14 Ago. 1948, en C.L.D., 1948, II Sem., p. 6.

III. DECISIONES JUDICIALES

A. PUBLICADAS:

1. **Sentencias de la Corte de Casación:** Se citan primero los nombres de las partes por su primer apellido. En caso de que dos o más personas litiguen con el mismo carácter procesal (varios actores o varios demandados, etc.), deberá ponerse el nombre de la primera de ellas más la locución “y otro” o “y otros”.

Ej: Ortiz v. Gutiérrez,
Ortiz y otro v. Gutiérrez,
Ortiz v. Gutiérrez y otros,

Luego se cita el nombre del tribunal, el número de la sentencia, año, semestre y página.*

Ej: Ortiz v. Gutiérrez, Cas. N° 76, 1967, II Sem. p. 211. (nótese que se indica el final de la cita con un punto).

Cuando se quiera citar una página determinada, o bien un punto específico de la sentencia, se debe citar necesariamente después de la página donde empieza la sentencia.

Ej: Ortiz v. Gutiérrez, Cas. N° 76, 1967, II Sem. p. 211, Consid V., p. 214.
Ortiz v. Gutiérrez, Cas. N° 76, 1967, II Sem. p. 211, 214.

* Véase *supra* nota 4 para un ejemplo de cómo citar una Sentencia de Casación en la forma tradicional.

(nótese que no es necesario repetir la "p." para cada cita de página después de la primera: basta la coma y la página fijada, véase **infra X.**)

2. **Decisiones y Sentencias del Boletín Judicial (Bol. Jud.):** Las decisiones de la Corte Plena y algunas sentencias importantes de las cortes inferiores son publicadas en el **Boletín Judicial**. Se citan de la siguiente manera:

Ej: Ortiz v. Gutiérrez, Corte Plena N° 12, Art. 12, 1965 (15:30 de 12 Ago.), **Bol. Jud.** N° 143, 28 Jun. 1970.
Ortiz v. Gutiérrez, S. 3ª Pen. N° 45, 1956 (13:10 de 12 Ago.), **Bol. Jud.** N° 56, 12 Dic. 1958.

B. NO PUBLICADAS:

1. **Sentencias:** Se citan los nombres de las partes, el nombre del tribunal, el lugar del asiento del tribunal (si existen tribunales con la misma competencia en otros lugares), el número de la sentencia y el año, en la forma arriba indicada (III A-1). Luego se cita el semestre (cuando las sentencias de dicho tribunal son publicadas pero la sentencia citada es tan reciente que no ha sido publicada todavía), y, entre paréntesis (), la hora y la fecha de la sentencia.

Ej: Ortiz v. Gutiérrez, Cas. N° 89, 1971, I Sem. (15:30 de 23 Feb.).
Ortiz v. Gutiérrez, S.2ª Civ. N° 45, 1968 (10:45 de 12 Ago.).
Ortiz v. Gutiérrez, J.5ª Civ. (S. J.) N° 5, 1964 (16:10 de 7 Mar.).

2. **Resoluciones Judiciales:** Se citan las resoluciones judiciales así:

Ej: Ortiz v. Gutiérrez, S.2ª Civ. res. N° 25, 1963 (14:00 de 28 Mayo).

IV. CONSTITUCIONES

A. VIGENTES:

Se cita la Constitución y el país donde rige.

Ej: Art. 45, Const. C.R.

B. DEROGADAS:

Se cita la Constitución, el país donde rige y el año de su promulgación entre paréntesis ().

Ej: Art. 36, Const. C.R. (1841).

C. ARTICULOS REFORMADOS Y DEROGADOS:

Se cita la Constitución (véase IV A) y entre paréntesis se indica si el artículo fue derogado o modificado y por cual ley constitucional.

Ej: Art. 45, Const. C.R. (derog. Ley N° 345 de 3 Ago. 1953.)

Art. 45, Const. C.R. (modif. Ley N° 245 de 3 Ene. 1964.)

V. LIBROS Y FOLLETOS

A. DATOS SIEMPRE INCLUIDOS:

Se cita primero el primer apellido del autor (o los dos apellidos en caso de que sea conocido por ambos como es Brenes Córdoba) y la inicial del primer nombre separados por coma, todo ello en letras mayúsculas. Cuando hay dos o más autores, se cita sólo el primer apellido de cada autor, unidos por guión. En caso de no conocerse el nombre del autor, o bien que éste no exista, se deberá empezar la cita con el título del libro. Se cita en segundo lugar el título de la obra en tipo itálico. Sólo la primera palabra del título deberá ir en letra mayúscula, lo mismo que los nombres propios que contenga. Luego, entre paréntesis, deberá consignarse el nombre de la editorial, la ciudad donde se publicó la obra y el año de la publicación. Finalmente se consignará el número de la página.

Ej: MORA, J. *El contrato de opción* (Porrúa, México 1968) p. 8.

MOLINARIO, A., *Derecho patrimonial y derecho real* (La Ley, Buenos Aires, 1965) p. 34.

SALAS-ARIAS, *El abogado justo* (Siempre, España 1980) p. 45.

B. DATOS ESPECIALES:

Muchas veces la obra está dividida en tomos o volúmenes, está traducida de otra lengua, consta de varias ediciones o está anotada por un comentarista. En estos casos rigen las siguientes normas.

1. **Volumen y tomo:** Cuando se haga una cita de un libro que tiene varios tomos o volúmenes, se cita en números romanos el tomo o volumen correspondiente, inmediatamente antes de la cita de la página:

Ej: MORA, J., **El contrato de opción** (Porrúa, México 1968) II, p. 34.

Cuando el libro tiene tanto tomos como volúmenes, se cita el tomo en número romano y se une por guión al volumen citado en número arábico:

Ej: MORA, J., **El contrato de opción** (Porrúa, México 1968) III-1, p. 34.

2. **Ediciones:** Cuando haya varias ediciones, deberá ponerse la edición usada antes del nombre de la casa editorial. Siempre que haya cita de ediciones, será la primera información dentro del paréntesis.

Ej: MORA, J., **El contrato de opción** (3ª ed. Porrúa, México 1968) p. 34.

3. **Traducciones:** Cuando el libro ha sido traducido de otro idioma, se cita la lengua original pero no el nombre del traductor. Este dato se consigna después del número de la edición (si hay varias), pero siempre precede a la casa editorial.

Ej: CATTANEO, M., **El concepto de revolución en la ciencia del Derecho** (trad. del It., Depalma, Buenos Aires 1968) p. 5.

CATTANEO, M., **El concepto de revolución en la ciencia del Derecho** (3ª ed., trad. del It., Depalma, Buenos Aires 1968) p. 10.

Cuando la parte citada ha sido traducida al español por el que escribe, se citará como un libro corriente y entre paréntesis se escribirá "(trad. del autor)."

Ej: KORPELA, A., **Federal farm law manual** (Equity Publishing, USA 1956) p. 79 (trad. del autor).

4. **Comentarios y anotaciones:** Cuando el libro estuviere comentado por otro autor, se consignará el nombre del comentarista cuando la cita tomada del texto corresponde a él y no al autor del libro comentado. La información precederá a la casa editorial, e irá luego la edición si la hubiere.

Ej: BRENES CORDOBA, A., **Tratado de los bienes** (3ª ed., notas de R. Sotela, Editorial C. R., San José 1963) p. 35, nt. 29.

VI. CARTAS, ENTREVISTAS Y CONFERENCIAS

Se citan:

Carta de J. Mora Pérez a C. Madrigal Toro del 1 Mar. 1955;

Entrevista con R. López Garrido, diputado, 16 Ago. 1967;

Conferencia por diputado Gutiérrez, Facultad de Derecho, 3 Ago. 1970.

Si una carta no está archivada en el domicilio del destinatario, se indica dónde está archivada.

Ej: Carta de J. Mora Pérez a C. Madrigal Toro del 1 Mar. 1955, archivos del M.I.C., p. 3.

Si la carta está publicada, se indica dónde.

Ej: Carta de J. Mora Pérez a C. Madrigal Toro del 1 Mar. 1955, en SALAS, O., **Cómo se dirige un proyecto de Derecho agrario** (Toda Via, México 1980) p. 34.

VII. TESIS

Se cita el nombre del autor en letras minúsculas y el título de la obra igual que si se tratara de un libro corriente (Véase VA). Entre paréntesis se indica que es una tesis, la facultad a la cual corresponde, la Universidad y la fecha.

Ej: Barahona, R., *La compraventa de mercancías en Centroamérica*, (Tesis, Derecho, U. de C.R. 1970) p. 12, 15-19.

VIII. PERIODICOS

A. REVISTAS:

Se cita el autor o autores igual que si se tratara de un libro (véase V A), excepto que se los cite en letras minúsculas y no en mayúsculas. El título del artículo se cita entre comillas. Luego se cita la revista en tipos **itálicos**. Entre paréntesis, siempre se cita el año de la publicación. Si existe la posibilidad de confusión de la revista con otras revistas, se cita también el organismo responsable (v.g. U. de Mex.) o el lugar de edición (v.g. Santiago). Este dato viene entre paréntesis y precede el año. Si la paginación de la revista no es consecutiva por todo el año, se cita el número de la revista también. Se cita siempre la página donde empieza el artículo y después las páginas donde se encuentra la información referida.

Ej: Mora, F., "Importancia y problemas de la creación de una sociedad centroamericana," *Rev. C.J.* (U. de C.R. N° 13, 1969) p. 131, 141-45.

B. DIARIOS:

Se cita el nombre del diario en tipo **itálico** (véase XI), la fecha, y la página en que se encuentra la información citada. Cuando se puede confundir el diario con otros, deberá ponerse la ciudad donde se edita el diario citado entre paréntesis. Sin embargo, cuando se trata de diarios nacionales se sobreentiende el nombre de la ciudad y no es necesario incluirlo. Para diarios extranjeros será aconsejable incluir la ciudad, excepto cuando se encuentra la ciudad en el nombre del diario, como el *N.Y. Times*.

Ej: *El Mercurio*, (Santiago), 17 Mayo 1970, p. 6.
La Nación, 18 Jun. 1967, p. 15.
La Gaceta, 7 Ene. 1971, p. 3.

Un artículo firmado (pero no un reportaje del diario) se cita por autor y título igual que si fuera una revista (véase VIII A).

Ej: Hernández, R., "Cómo se juega el fútbol," *La Nación*, 11 Mayo 1970, p. 7.

IX. REFERENCIAS DENTRO DE LA MISMA OBRA QUE SE ESTA ESCRIBIENDO

A. SUPRA.

Cuando se cita de nuevo una obra ya citada en nota anterior o se alude a una nota explicativa contenida anteriormente en el mismo libro, artículo o texto, se remite al lector a dicha nota anterior, con las palabras "**supra nota**" y el número de la nota anterior a que se alude.

Ej: Véase **supra** nota 4.

Cuando se remite a una obra anteriormente citada, se incluye sólo el primer apellido del autor para identificarla.

Ej: Barahona, **supra** nota 14.
Ley N° 1231, **supra** nota 1.
ARIAS, **supra** nota 6.

Esto tiene la ventaja de que el lector no está obligado a buscar a través de todas las citas anteriores, como sí debe hacerlo cuando se emplea la forma "op. cit." Si el redactor quiere citar otra página de la misma obra, se cita:

Ej: Barahona, **supra** nota 4, p. 8.

Esta forma también se puede usar para remitir al lector al texto principal a que corresponde la cita. Se cita:

Ej: Véase texto **supra** a que se refiere la nota 4.

Si el texto se encuentra entre varias notas, se cita:

Ej: Véase texto **supra** entre notas 4-5.
Véase texto **supra** entre notas 4-7.

B. IBID.

Cuando se refiere el lector a la cita inmediatamente anterior se usa la forma "**ibid.**," siempre y cuando esta cita no haga referencia a más de una obra. Eso quiere decir que todos los datos son los mismos. Si hay diferencias en cuanto a páginas o volumen, se anota esto después de la **ibid.**

Ej: **Ibid.**

Ibid., p. 45.

Ibid., II, p. 67.

Nótese que se puede usar **ibid.** varias veces consecutivas, porque se remite a la última cita sustantiva anterior.

Ej: Barahona, **supra** nota 49.

Ibid.

Ibid., p. 27.

Ibid.

C. INFRA.

Se usa **infra** para remitir al lector a una nota posterior en el mismo libro, artículo o tesis. Se usa igual que la forma **supra**.

Ej: Véase **infra** nota 59.

Véase **infra** nota 59, p. 89.

Véase texto **infra** entre notas 67-68.

X. PAGINACION

Se cita la página con "p." y el número. Si hay varias páginas donde el lector encontrará la información citada, se suprime la "p." de la segunda y posteriores páginas y se separan con comas.

Ej: _____, p. 276, 278, 300, 342.

Si se citan páginas consecutivas, se pondrá un guión entre la primera y última:

Ej: _____, p. 276, 278-300, 306, 308, 310-20.

Cuando se cita con guión, se deben retener siempre los últimos dos dígitos y se suprimen los otros números repetidos.

Ej: p. 765-80.

301-99.

199-200.

1101-20.

Cuando se trata de revistas, publicaciones de sentencias, diarios u otro tipo de publicación en que aparecen varios artículos, casos etc., siempre se cita la página donde empieza la obra citada y luego las páginas utilizadas.

Ej: A. Argentino Insúa, "La relación jurídico-notarial", **Rev. Notarial** (Colegio de Escribanos, Buenos Aires 1968) p. 1905.

A. Argentino Insúa, "La relación jurídico-notarial", **Rev. Notarial** (Colegio de Escribanos, La Plata 1968) p. 1905, 1907.

Cuando se refiere a una nota al pie de una página determinada y no al texto de esa página, se cita la página, y el número de la nota al pie.

Ej: _____, p. 7, nt. 3.

XI. TIPOS ITALICOS

Se usará la forma itálica en las siguientes circunstancias:

- 1) En los títulos de cada clase de publicaciones (código, constitución, libro, revista, diario, folleto, etc.)
- 2) En las palabras que remiten al lector a una segunda fuente, como **supra**, **ibid.**, **infra**, **cit. por**, **modif.**, **derog.**, etc.
- 3) Palabras y frases extranjeras si no son familiares como **quaere**, **seisin**.

Cuando se escribe a máquina o a mano, el tipo itálico se indicará subrayando las palabras correspondientes.

XII. ORDEN DENTRO DE UNA CITA

Dentro de una cita misma debe citarse primero la legislación, después los decretos, sentencias y doctrinas en el orden indicado a continuación:

LEGISLACION

Vigente (en orden inverso de promulgación)
No vigente

DECRETOS

Ley
Ejecutivos
Legislativos

SENTENCIAS JUDICIALES

Corte Plena
Casación Al citar varias sentencias de
Salas una misma corte, sígase el
Tribunales Superiores orden inverso a su fecha.
Juzgados (Cas. 1967, Cas. 1945, Cas.
Alcaldías y Tribunal 1912, etc.)
Menor cuantía
Agencias

RESOLUCIONES NO JUDICIALES

Tribunal Supremo Elecciones
Tribunales Administrativos
Registros Públicos y Civil

DOCTRINA

Libros (En orden alfabético por primer
apellido).
Periódicos (En orden alfabético por el autor
del artículo citado; si no hay
autor, entonces por el primer
nombre de la revista).
Incluidos: **La Gaceta, La Na-
ción, La República,
Revista de Ciencias
Jurídicas, etc.**
Tesis de Grado

XIII. ABREVIATURAS

CODIGOS

C.Civ. Código Civil
C.Com. Código de Comercio
C.Fam. Código de Familia
C.Pen. Código Penal
C.Proc.Civ. Código de Procedimientos Civiles
C.Proc.Pen. Código de Procedimientos Penales
C.Trab. Código de Trabajo
C.Trib. Código Tributario

CORTES O TRIBUNALES

Ag. Agencia
Ag.J. Agencias Judiciales
Alc. Alcaldía
Cas. Casación
J. Juzgado
R.C. Registro Civil
R.P. Registro Público
S. Sala
T.F.A. Tribunal Fiscal Administrativo
T.S.C. Tribunal Superior Civil
T.S.E. Tribunal Supremo de Elecciones
T.S.P. Tribunal Supremo Penal
T.S.T. Tribunal Superior de Trabajo

MESES

Ene. Enero
Feb. Febrero
Mar. Marzo
Abr. Abril
Mayo Mayo
Jun. Junio
Jul. Julio
Ago. Agosto
Set. Setiembre
Oct. Octubre
Nov. Noviembre
Dic. Diciembre

PAISES

Ale.	Alemania
Arg.	Argentina
Aus.	Austria
Bol.	Bolivia
Bra.	Brasil
Can.	Canadá
Chile	Chile
Col.	Colombia
C.R.	Costa Rica
Cuba	Cuba
Ecu.	Ecuador
EE.UU.	Estados Unidos
El Salv.	El Salvador
Esp.	España
Fra.	Francia
Guat.	Guatemala
Hai.	Haití
Hond.	Honduras
Ing.	Inglaterra
Ita.	Italia
Mex.	México
Nic.	Nicaragua
Pan.	Panamá
Par.	Paraguay
Perú	Perú
Por.	Portugal
P.Rico	Puerto Rico
Rep.Dom.	República Dominicana
Uru.	Uruguay
Ven.	Venezuela
U.R.S.S.	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

OTROS

art.	artículo
Bol. Jud.	Boletín Judicial
C.L.D.	Colección de Leyes y Decretos
cap.	capítulo

cit. por	citado por
Const.	Constitución
col.	columna
derog.	derogado
ed.	edición
elec.	elección
modif.	modificado
nt.	(nota al pie de la obra citada (———, p. 29 nt. 3))
Nº	número
p.	página
p. ej.	por ejemplo
Rev.	revista
Rev. C.J.	Revista de Ciencias Jurídicas
Sem.	semestre
s.e.	sin editor
s.f.	sin fecha
T.	tomo
trad.	traducción
U.	universidad
U. de C.R.	Universidad de Costa Rica
V.	volumen
v. o vs.	versus (contra)
v.g.	por ejemplo.

LA DICTADURA DE BRAULIO CARRILLO: SU SIGNIFICADO POLÍTICO-INSTITUCIONAL

Por RODOLFO CERDAS CRUZ

Profesor de la Facultad de Derecho y
de la Escuela de Ciencias Políticas.

Se ha otorgado recientemente a Braulio Carrillo el título de Benemérito de la Patria. Y sus restos, increíblemente sin reparar ni localizar a estas alturas, gracias a la iniciativa y tenacidad de varios costarricenses, probablemente puedan descansar finalmente en su suelo natal.

Contra Carrillo se ha alzado una crítica liberal simplista, no exenta de pasión "familiar". Tal crítica, superficial y carente de toda perspectiva histórica, ha querido ver sólo el aspecto dictatorial de la gestión gubernativa de Carrillo, la aplicación de medidas extremas en algunos casos y, sobre una visión no profundizada de la Ley de Bases y Garantías, el carácter vitalicio que quiso atribuir a su gestión.

Con motivo del 150 aniversario de la Independencia, y dado el complejo panorama nacional, creo conveniente y de suma urgencia contribuir a la restauración de la figura histórica de Carrillo, no tanto sobre la base de una refutación al simplismo que ha prevalecido en algunas opiniones al respecto, sino sobre la base de una interpretación de su figura histórica y su gestión gubernativa.

— I —

Para acercarse a una comprensión cabal de la obra de Carrillo, es preciso hacerlo a partir de una visión totalizadora del período que va desde los finales de la Colonia hasta el último año de gobierno de don Braulio.

Esto es así, porque es en este período cuando se generan y resuelven las principales contradicciones socio-económicas e insti-

cionales de Costa Rica y se configura políticamente la Nación y el Estado costarricenses, en el sentido moderno del término.⁽¹⁾

El análisis fragmentario de su labor de gobierno, al margen del contexto total de la situación económica, social, política e institucional de todo el período, jamás puede dar la comprensión plena y justa de la personalidad, gestión y trascendencia histórica de don Braulio.

Hablar, en consecuencia, de la situación existente en Costa Rica a fines del dominio colonial, la situación institucional y política del país a raíz de la Independencia y proyectar todos esos elementos a la dictadura de Carrillo, para evaluar históricamente su contenido y significación institucional en el país, no sólo no debe sorprender, sino que es indispensable y esencial.

— II —

Aunque algunos autores modernos han negado, en la interpretación de la economía y sociedad coloniales, el trasplante desde España de las instituciones y formas productivas imperantes en el Continente en ese período, es lo cierto que, al margen de esa polémica, en nuestro país tal trasplante, adaptado desde luego a las condiciones criollas, sí fue bastante claro y operante. Tanto por lo que hace a la configuración de ciudades, como a la distribución de tierras, jerarquización social, etc., nuestros colonos siguieron el modelo importado de España. Es cierto que aquí operaron importantes modificaciones las circunstancias demográficas y territoriales, así como la ausencia de metales preciosos, que determinaron una densidad de población, por área cultivable, verdaderamente pequeña, lo que luego más tarde se orientó hacia la pequeña propiedad.⁽²⁾

En todo caso, la estructura productiva creada en el país, con una población indígena prácticamente en extinción, sin más actividad que la agrícola y ciertas formas avanzadas de trabajo

(1) Max Weber "Economía y Sociedad", T. II, pág. 106, F.C.E., México 1969. C. Marx y F. Engels "La Ideología Alemana", pág. 217, Ed. Pavlov, México D.F., sin fecha. "Obras Escogidas", pág. 659, Ed. Cartago, Buenos Aires 1957. V. I. Lenin, "Obras Completas", T. XXV, pág. 380, Ed. Cartago, Buenos Aires 1958.

(2) Para un interesante estudio de este punto, ver Carlos Meléndez, Revista Universidad de Costa Rica, N° 27, págs. 53 y ss.

en cerámica y piedra, sólo pudo originar una economía natural de subsistencia.

Esta economía de subsistencia se prolongará a lo largo de la Colonia y configurará un tipo de producción que describió muy bien el gobernador de la Haya y Fernández, en el año 1719, al decir que en Cartago "... no se halla barbero, cirujano, médico, botica ni que en la ciudad capital ni en las demás poblaciones se venda por las calles ni en las plazas o tiendas género alguno comestible; razón porque cada vecino es preciso haya de sembrar o criar lo que ha de gastar y consumir en su casa al año, habiendo de ejecutar lo mismo el gobernador porque de lo contrario pereciera."⁽³⁾

Este texto ha querido verse como una demostración palpable de la "pobreza" de la provincia, en la cual hasta el gobernador debía laborar la tierra.

Esto es correcto. Y efectivamente se desprende del texto citado. Pero no es lo más importante.

Lo que en realidad interesa aquí es precisamente la frase anterior subrayada por el autor. En efecto: dicha frase lo que revela es que cada vecino debía —y en consecuencia de hecho lo hacía— producir, sembrar y criar, lo que debía consumir en el año.

Esto configura precisamente una economía de tipo doméstico o cerrado, autosuficiente, que excluye, en un margen económicamente decisivo, un comercio real, una división del trabajo y un dinamismo de la economía capaz de estructurar, a no ser por razones de índole social, una verdadera diferenciación social.

No es de extrañar, entonces, que en una carta de contestación del Cabildo de Cartago a la Real Cédula de 19 de setiembre de 1800, fechada en Cartago el 1 de octubre de 1812, bajo la gobernación de Tomás de Acosta, se dijera "Que como todos sin excepción hacen plantíos de lo que han de consumir en el año, cada uno se surte de su misma cosecha. Si ésta es abundante no hay quien compre lo superfluo si mediana cada cual tiene lo que necesita y si escasa nadie puede vender porque no le falta a su familia."⁽⁴⁾

(4) Idem, págs. 81-82.

(3) León Fernández "Documentos para la Historia de Costa Rica" pág. 482, Imprenta Pablo Dupont, París 1886, Tomo V.

El tipo de economía que indica esta descripción es justamente un tipo de economía cerrado, autosuficiente, doméstico. Se planta lo que se ha de consumir en el año. El eventual excedente no puede venderse porque los posibles compradores han producido lo propio; y la ausencia de excedentes origina una demanda, sino que restringe aun más el consumo a lo auto-producido.

— III —

Tal estructura productiva, sólo podía variar con la introducción de productos no ligados directamente al consumo del productor; o si ligados a éste, con una demanda individual limitada e inferior a la necesariamente producida.

El cultivo del cacao en la zona de Matina no pudo jugar ese papel, pues razones de índole social —los productores quedaron radicados en Cartago y lo que hubo fue una simple delegación administrativa—; económica —como calidad, precio, transporte, etc.—; y política —como intervención directa e inseguridad productiva derivada de las depredaciones piráticas de los zambos-mosquitos—, coadyuvaron para que este producto no fuera la base para una modificación económica y social de la actividad productiva del país, de índole cerrada o doméstica.

Serán precisamente la caña de azúcar y el tabaco, pero en particular éste último, los que jugarán un papel decisivo y determinante para la configuración social y económica del país. No es casual que ambos constituyeran la fuente principal de ingresos del naciente Estado y que sobre ambos se instituyeran los dos principales estancos o monopolios de la colonia y de la independencia.

La modificación esencial radica en que ambos productos no podían ser destinados exclusivamente para el auto-consumo. Por su propio uso estaban destinados al comercio. En cuanto al tabaco, gracias al monopolio colonial y estatal; en cuanto a la caña de azúcar, gracias al monopolio del aguardiente.

Pero esto convertía tanto a uno como a otro, de meros productos —bienes producidos para el consumo directo y personal del productor—, en mercancías —bienes producidos para el mercado.

Y la existencia del mercado resulta determinante para configurar todo un universo de transformaciones socio-económicas eslabonadas e inevitables, distintivas de lo que sociológicamente se denomina —siguiendo a Weber— como ciudad, esto es cuando "... la población local satisface una parte económicamente esencial de su demanda diaria en el mercado local y, en parte esencial también, mediante productos que los habitantes de la localidad y la población de los alrededores producen o adquieren para colocarlos en el mercado. Toda ciudad en el sentido que aquí damos a la palabra es una "localidad de mercado", es decir, que cuenta como centro económico del asentamiento con un mercado local, en el cual, en virtud de una especialización permanente de la producción económica, también la población no urbana se abastece de productos industriales o de artículos de comercio o de ambos, y, como es natural, los habitantes intercambian los productos especiales de sus economías respectivas y satisfacen de este modo sus necesidades."⁽⁵⁾

Es claro que la totalidad de esta tipología weberiana no puede encontrarse paso a paso en nuestra realidad. Pero los rasgos fundamentales sí es posible localizarlos y marcan la orientación en el sentido apuntado por Weber.

En todo caso, es importante señalar que el germen de un tipo de economía distinto estaba dado, y que las transformaciones no tardarían en cobrar fuerza y manifestación.

La producción de caña de azúcar y tabaco, supone, socialmente —máxime si se toma en cuenta su eventual exportación—, una creciente división del trabajo, comercialización y carácter dinámico de la economía.

Por otra parte, dadas las condiciones productivas de entonces y la naturaleza misma del tabaco, que se siembra en pequeñas vegas a la orilla de los ríos; y la especial circunstancia de que el tabaco, durante el reinado de Carlos III se convirtió en monopolio del gobierno, cuya base "... consistía en adelantar a los labradores a cuenta de la cosecha, que precisamente debían vender al Rey, al precio que se estipulaba",⁽⁶⁾ determinó un reforzamiento de la pe-

(5) Op. cit., ob. cit., pág. 939, T. II, F.C.E., México 1969.

(6) Roland T. Ely, "La Economía Cubana entre los dos Isabeles", (1492-1832), pág. 31, Aedita Ltda., Bogotá, 1962.

queña propiedad, máxime en nuestro país, donde en 1787 se había establecido el estanco único de tabaco para todo el área, a fin de combatir el contrabando que se hacía, prohibiendo cultivarlo en la región comprendida entre Chiapas y Honduras. Es justamente de este estanco, y del de aguardiente, de donde se nutrirá la burocracia colonial y, en su oportunidad, la republicana.⁽⁷⁾

El dinamismo propio de una economía estructurada sobre una base nacientemente mercantil, de las características apuntadas, generó en el país una forma nueva de economía: ya no la doméstica tradicional, de tipo cerrado, sino una economía abierta, nacientemente mercantil-burguesa.

Es así, entonces, como al terminar la colonia y acercarse la independencia, existen en nuestro país dos tipos de economía perfectamente definibles, que son los que marcarán la evolución posterior del país hasta la dictadura de Carrillo.

— IV —

Es importante señalar que socialmente hablando, la versión clasista que se deriva de un tipo y otro de economía, es sustancialmente distinta. Mientras que en la economía cerrada la familia pasa a jugar un papel determinante, y con ella el jefe de familia, adquiriendo el rango familiar un carácter marcadamente aristocratizante; en la economía abierta se da una diferencia cualitativa, orientándose la importancia al productor-comerciante, y aunque inicialmente cuenta el abolengo, no es ello lo principal, sino la participación de cada quien en la producción.

La versión social de un tipo u otro de economía estará constituida, entonces, por una pseudo-aristocracia de origen y vinculación colonial en el caso de la economía cerrada; y una naciente burguesía agro-comercial, en el de la economía abierta.

La apertura social conlleva una apertura mental, cultural y política. Y la estrechez de la condición económica y social, produce una versión similar en el ámbito de la cultura, la política y la concepción del mundo.

(7) Cfr. Carlos Meléndez "Costa Rica: evolución histórica de sus problemas más destacados", pág. 31, Atenea, San José, 1953. Hernán G. Peralta "Don José María de Peralta", pág. 51 y ss., Trejos Hnos., San José, 1956.

No es de extrañar que frente al ambiente anodino y frívolamente de Cartago, donde predominaba la economía cerrada, se abriera el horizonte agresivo de San José, que por suscripción de sus vecinos fundó ya en 1814 la Casa de Enseñanza de Santo Tomás, a cuyo frente puso al bachiller Osejo, liberal que tan gran papel jugará en la independencia.

Como es lógico, tal estructura base tenía que reflejarse en la versión institucional de entonces.

Desde luego que en esto no hay fechas definidas ni absolutizaciones invariables. Se trata de la creación de un modelo de explicación de la realidad que, como todo modelo, supone la prescindencia de elementos secundarios no determinantes. Lo que digo para que no se me critique por lo que no he dicho, o por la mecanización de una explicación teórica que no es mecánica sino dialéctica.

Pero en cualquier caso, la llegada de la Declaración de Independencia será decisiva para precipitar el proceso institucional y, actuando como catalizador agudo, traer a primer plano todas las contradicciones y, en particular, las referentes a la superestructura, esto es las instituciones políticas y sociales existentes entonces.

— V —

Se ha hablado indiferentemente del carácter democrático de los Ayuntamientos. Pero esto no es estrictamente cierto. Es preciso hacer finas distinciones, para poder asir con claridad los fenómenos políticos e institucionales que se gestarán durante la Colonia con relación a los Ayuntamientos.

En el caso concreto de nuestro país, donde la economía cerrada colonial había predominado, la familia y su jefe habían pasado a ser la fuente principal de poder. El rango y la condición aristocratizante de la estructura base, hizo posible que bajo la forma democrática se estableciera un verdadero poder aristocrático. Más tarde, el fenómeno tenderá a repetirse con el binomio parlamento-poder ejecutivo.

La confusión de quienes han querido ver, siempre y en todas partes, una institución democrática en el Cabildo, ha sido denun-

ciada desde mucho tiempo atrás por Ingenieros, quien observó que a pesar de la copiosa literatura apologética de que ha sido objeto el cabildo colonial, no es cierto que éste fuera un verdadero reducto democrático, pues ha habido un vicio de modernismo en la apreciación histórica del mismo, y se ha confundido con el municipio democrático que concibe y desarrolla el derecho político moderno.⁽⁸⁾

Es precisamente esta condición de predominio familiar, con vinculación estrecha, ideológica e institucional con la metrópoli, la que facilitará el predominio de pequeñas oligarquías que encontrarán el mejor vehículo de manifestación, en los órganos de poder político-administrativos locales, esto es en los Ayuntamientos.

Y es aquí, y no en otro lugar, donde se concentrará la vida política de la colonia durante los tres siglos, con predominio indiscutido de esas pequeñas oligarquías.⁽⁹⁾

La aparición de una estructura productiva naciémente burguesa, de carácter agrario-mercantil, no modificará el carácter oligárquico —en cuanto grupo reducido y exclusivo de poder—, pero otorgará un sentido democrático, de participación popular notable, más que todo originada en nuestro país por la común condición de pequeños propietarios de sus habitantes.

Consecuentemente, surgen dos instituciones de poder político durante fines de la Colonia e inicios del período independentista: el ayuntamiento democrático —para llamarlo de algún modo—, y el ayuntamiento pseudo-aristocrático.⁽¹⁰⁾

Al producirse la independencia, las diversas fuerzas sociales encontrarán, en uno u otro tipo de ayuntamiento, el receptáculo indispensable para proyectar sus concepciones político-institucionales.

(8) José Ingenieros "La Evolución de las ideas argentinas", pág. 34 T. I, El Ateneo, Buenos Aires, 1951.

(9) Ibid., pág. 35. Además, Rodolfo Puigros "De la Colonia a la Revolución", pág. 112, Buenos Aires 1957: "Siendo —dice— la raíz social del cabildo la unidad familiar —afirmada en la servidumbre, la esclavitud y el monopolio de tierras y demás medios de producción e intercambio— su contenido de clase no podía ser sino oligárquico."

(10) Uso el término "pseudo-aristocrático" por la sugerencia del Prof. Rafael Obregón, quien con justa razón me señaló que el término "aristocrático" tenía connotaciones precisas en el resto de América, que podían crear una imagen errónea del carácter de nuestra empobrecida, raquítica e injustificadamente pretenciosa "aristocracia". Esto, desde luego, lo digo yo. No don Rafael.

Esto fue así justamente por la desaparición del núcleo central de poder político colonial, y por la debilidad del que, por reciente y por reflejar una transacción, se configuró al desaparecer aquél, con la creación de las Juntas Superiores Gubernativas y Jefaturas de Estado que les siguieron.

— VI —

Las condiciones productivas de las diversas localidades existentes en el país por entonces, en punto a la producción de tabaco y caña de azúcar; así como el predominio de patrones culturales aristocratizantes en mayor o menor medida en uno u otro lugar, originó una localización geográfica de todo el fenómeno.

Esta localización geográfica se manifestó en un predominio de la economía cerrada o doméstica, y su versión pseudo-aristocratizante, en las ciudades de Cartago y, detrás de ésta, de Heredia. Y, por lo que hace a la economía abierta, y su versión agro-comercial naciémente burguesa, en la de San José principalmente, y, en menor medida, en la de Alajuela.

Desde luego —y lo digo para que no se me critique por una sobresimplificación que ciertamente no he cometido y que ya ha originado ciertas malas interpretaciones—, no quiere decir que existiera una homogeneidad política y social, que determinaría de manera igual e inevitable, la conducta de todos los habitantes, haciendo liberales los unos y conservadores los otros, etc.

Esto no podría ser, por la sencilla razón de que no existe una determinación mecánica, automática, de la base social y la condición política, sino que se dan innumerables mediaciones que influyen y modifican la tendencia que, con todo, encuentra una manifestación principal y determinante.

El que existieran liberales en Cartago y en Heredia, no quiere decir que la tendencia principal de ambas ciudades no se orientara hacia un conservadurismo que no era, precisamente, la tendencia dominante de las ciudades liberales de San José y Alajuela.

Si alguno absolutiza estos términos —como ya ha sucedido con relación a trabajos anteriores—, debe rectificarlo. Porque bajo ningún concepto ha sido esa la intención y lo expresado por el autor.

En todo caso, es lo cierto que al momento de la independencia coexistían esos dos modos o tipos de economía; que estos se encontraban geográficamente localizados; y que, a pesar de diversas alternativas, las tendencias políticas que lograron imponerse, reflejaron la tendencia propia de la estructura socio-económica que les servía de base, en las ciudades de Cartago y Heredia, de un lado; y de San José y Alajuela, de otro.

Las razones para tal polarización geográfica, a pesar de ser fácilmente deducible, han sido mal comprendidas. Quizás por ello es conveniente insistir en este punto.

Tanto San José, como Alajuela, resultaron especialmente aptas para el desarrollo de la actividad agrícola que tanto influiría en la estructuración agraria y económica del país. Aun hoy, Alajuela continúa produciendo de manera notable, caña de azúcar y tabaco.

Cartago, en cambio, para usar palabras de Rodrigo Facio, "...subsistió como base política y administrativa de la Colonia, y asiento de la burocracia peninsular, pero ... nunca adquirió razón de ser económica."⁽¹¹⁾

Los elementos constitutivos de Cartago, entonces, son tipificadores de lo que hemos dicho: una economía de subsistencia, autosuficiente, sin comercio y sin producción mercantil; asiento de la burocracia peninsular y base política y administrativa de la Colonia. Nuestra calificación de pseudo-aristocrática a su gestión post independencia, encuentra una justificación plena y real en su condición objetiva.

La gestión política de Heredia, luego de la Independencia, su configuración social⁽¹²⁾ y participación al lado de Cartago, evidencian que el predominio social de un grupo íntimamente vinculado con la metrópoli.

(11) Op. cit., "Estudio sobre Economía Costarricense", pág. 16, Editorial Soley y Varverde, Ed. Surco, San José. Para una crítica de la posición de Facio, ver Rodolfo Cerdas "Formación del Estado en Costa Rica", pág. 82, Depto. de Publicaciones Universidad de Costa Rica, 1967. Además, ver Hernán G. Peralta, op. cit., pág. 199.

(12) "Nobles y plebeyos", reza un documento de la época, citado por Carlos Monge en "Historia de Costa Rica", pág. 130, 7ª Ed., Imprenta Las Américas, San José, 1956.

La circunstancia de no haberse podido beneficiar con la producción de caña de azúcar y tabaco;⁽¹³⁾ y el aprisionamiento geográfico en que se encontró, dado que la Cordillera Volcánica del Centro le impidió extenderse hasta las amplias llanuras de Sarapiquí,⁽¹⁴⁾ fueron los factores determinantes para que esta ciudad se asimilara plenamente al grupo conservador pseudo-aristocrático, que impuso su línea en Cartago.

No debe olvidarse a este efecto, la importancia decisiva que la configuración hidrográfica de la zona central, tuvo para el desarrollo o estancamiento de las diversas ciudades. Porque como recuerdan tanto Hernán G. Peralta, como Vincenzi, la distribución de los ríos en este lado de la meseta fue realmente "milagrosa", siendo tal la importancia de este factor, que el propio Peralta debió recordar en su obra, que "... a la distancia comprendida entre las poblaciones principales y las corrientes de agua más cercanas, según Anastasio Alfaro, se debieron la caída de Barba en cuanto a la importancia de su población y el relativo estancamiento que en 1821 tenían Cartago y Heredia en relación con San José y Alajuela."⁽¹⁵⁾

Confirmación, por otra parte, de la polarización geográfica señalada y la existencia de una causa fundamental que determinó el desarrollo de San José y Alajuela de un lado, y el estancamiento de Cartago y Heredia, de otro.

¿Podían, en estas circunstancias, ser distintas las orientaciones políticas e institucionales?

— VII —

Tenemos, pues, que al producirse la Independencia, cobraron fuerza y se manifestaron claramente, estas contradicciones esenciales:

a.—A nivel de la Estructura económica: economía cerrada o doméstica, de tipo colonial, de una parte; económica abierta, agro-

(13) Cfr. Hernán G. Peralta, "Agustín de Iturbide y Costa Rica", pág. 199-200, ed. Soley y Valverde, San José, 1944.

(14) Cfr. Luis Dobles Segreda "La provincia de Heredia", pág. 11, Imprenta y Librería Lehmann, San José, 1934.

(15) Op. cit., ob. cit., pág. 200. Subrayado mío.

mercantil y de naciente burguesía, de otra. Sin embargo, debe señalarse que ambas son de tipo local.

b.—A nivel de la estructura social: surgimiento de una naciente burguesía y existencia de un sector pseudo-aristocrático tradicional, íntimamente vinculado a la administración y la política de la metrópoli.

c.—A nivel de la estructura institucional: Ayuntamiento pseudo-aristocrático de un lado y ayuntamiento democrático-burgués de otro. Sustitución del débil poder central colonial, por un débil poder gubernativo, representado por las Juntas Superiores Gubernativas de escaso poder real, que se encuentra, como se dijo, realmente en los Ayuntamientos.

d.—A nivel de la estructura geográfica: polarización del grupo conservador en las ciudades de Cartago y Heredia, correspondientes al tipo de economía cerrado; y del grupo liberal, en las ciudades de San José y Alajuela, correspondientes al tipo de economía abierto.

En estas condiciones, la cuestión de la capitalización no era “una simple porfía de campanario” como se ha querido ver.⁽¹⁶⁾

Detrás de esto había razones profundas, de carácter social, económico y político, que empujaban objetivamente a que la capitalidad se convirtiera en todo un objetivo político para la orientación misma del país, y un complemento indispensable a un hecho social cierto, cual era el predominio indiscutido, ya en ese entonces, gracias al cultivo del tabaco, de la ciudad de San José.⁽¹⁷⁾

Este hecho resultaba, entonces, no de una cuestión regionalista y localista simple, que más bien fue una manifestación externa de un profundo y complejo proceso social interior, sino de una tendencia objetiva incontrastable, en las condiciones sociales y económicas de entonces.

Esto, por lo demás, ha sido señalado por varios autores, entre ellos el propio Hernán G. Peralta, quien citando a Jorge León, se-

(16) Así Hernán G. Peralta en carta que precede a la publicación “Formación del Estado en Costa Rica” ya citada, pág. 4.

(17) Para la importancia de San José y la decadencia de Cartago, Cfr. Hernán Peralta “Austín de Iturbide y Costa Rica”, págs. 126-199-200, y 201, edic. cit. Ricardo Fernández Guardia “La Independencia y otros episodios”, pág. 12, Trejos Hnos., San José 1928, Rodolfo Cerdas, op. cit., págs. 86 y ss.

ñala refiriéndose a Cartago y San José, que “... los terrenos que rodean ambas ciudades son muy diferentes en cuanto a extensión y fertilidad (de donde se comprende -RC) por qué al iniciarse la república la vida nacional giraba ya alrededor de San José. Cuando llegó la Independencia, fue marcadamente republicana y la revolución de 1823, al darle la capitalidad del Estado no hizo sino confirmar un hecho definido.”⁽¹⁸⁾

La cuestión de la capitalidad, entonces, encierra un trasfondo mucho más importante que la simple cuestión localista del prestigio inherente a la capitalidad.

Por las condiciones de presión popular, directa y de masas, la localización de las armas y la orientación política misma, que debían corresponder al verdadero contenido del centro económico principal, la decisión acerca de la capitalidad implicaba mucho más que una simple cuestión de titularidad. Decía de la orientación socio-política del nuevo orden instituido con la llegada de la Independencia.

— VIII —

La llegada de la Independencia planteaba al país toda una alternativa histórica de suma gravedad.

Inicialmente dando tumbos de un lado a otro, con una oscuridad relativa en los objetivos, se produjo una polarización de fuerzas y orientaciones, respondiendo a la estructura base que las sustentaba.

Tal polarización introdujo claridad en los problemas, definición en los grupos y decisión en las orientaciones. No fue más un esfuerzo colectivo teñido por las diferencias de apreciación, sino una bifurcación de caminos, resoluble únicamente por la acción y decisión política revolucionariamente impuestas.

Este proceso de independencia, entonces, mal puede concebirse como una simple comunicación llegada de Guatemala, por la cual no habíamos combatido, y que en definitiva se resuelve en el punto de si fue en setiembre o en octubre cuando fuimos en verdad independientes.

(18) Op. cit., ob. cit., pág. 201.

No. El proceso de nuestra Independencia, que cuenta con antecedentes como los de Pablo de Alvarado —costarricense a quien ciertamente se debe una biografía y un monumento, como primer americano que lanzó el grito de Independencia en el continente—, es mucho más complejo y multifacético.

Cubre todo un período de alternativas, enfrentamientos, ensayos y rectificaciones, que culminan, en un proceso necesario, con la dictadura de Carrillo.

Nuestra Independencia marcó un cambio profundo en los ideales generales de nuestro pueblo, pues los renovó y los proyectó con fuerza hacia la búsqueda de un ordenamiento distinto y progresista; encontró un sustento real en las condiciones socio-económicas imperantes por entonces y afirmó, a tientas y a oscuras, la soberanía popular como única fuente legítima de poder político, no como versión simplemente formal, sino sobre la base del contenido mismo del postulado.

En 1821 se inició una verdadera Revolución.

Y no es posible comprender la hondura del período, sin tener en cuenta las fuerzas sociales profundas que se esconden detrás de las manifestaciones externas del proceso.

En efecto: “dos filosofías políticas inconciliables serpentean bajo la historia externa, encarnadas en dos partidos antagónicos: el que intenta realizar la Revolución, concibiéndola como cambio de régimen liberal y democrático, y el que procura impedirla, limitándose a desear una **secesión administrativa** respetuosa de los intereses creados por el antiguo régimen colonial.

La crisis revolucionaria no fue una convergencia de energías afines, sino una lucha convulsiva entre fuerzas heterogéneas que no encontraban su nuevo estado de equilibrio. Detrás de las pasiones personales y localistas estaban en conflicto dos sistemas de ideas incompatibles, dos regímenes, dos filosofías: la Revolución y la Contrarrevolución.”⁽¹⁹⁾

No hay que olvidar que el impulso revolucionario lo promovía una minoría —numéricamente hablando—, que encontraba una resistencia conservadora mayoritaria.

(19) José Ingenieros, ob. cit. ed. cit., pág. 194.

Es en esta contradicción entre minoría revolucionaria, representante del progreso histórico real, pero minoría al fin; y mayoría conservadora, representante del estancamiento histórico, pero mayoría al fin; en que se debatirá políticamente nuestra organización social en los primeros 21 años de vida independiente, pues paradójicamente la primera —minoritaria—, representaba, frente a la segunda —mayoritaria—, la única alternativa realmente democrática.

— IX —

No obstante que, por lo que hace al sector conservador criollo, no hubo ciertamente una influencia filosófica cartesiana siglo XVII, como sí la hubo en otras partes más avanzadas del Continente, en cuanto adaptación de la vieja filosofía a las nuevas necesidades, sí puede decirse que en el caso de Carrillo la influencia francesa correspondiente al siglo XVIII, encontró una manifestación específica.

Detengámonos un poco en esto.

La Ilustración francesa del siglo XVIII, y más específicamente el materialismo francés, no fue solamente una lucha orientada contra las instituciones políticas vigentes, la religión y la teología imperante, sino también contra la metafísica del siglo XVII y contra toda metafísica, en especial contra la de Descartes, Malebranche, Spinoza y Leibniz. Se oponía la filosofía a la metafísica. Esta, derrotada por el materialismo francés del siglo XVIII, encontrará su restauración en la filosofía clásica alemana y, posteriormente, en la especulativa del siglo XIX.

En todo caso, el materialismo francés presenta dos direcciones: una proveniente de Descartes, que desemboca en el materialismo mecánico, y que se confunde con las ciencias naturales; y otra proveniente de Locke, que se constituye como elemento de la cultura francesa y desemboca, directamente, en el socialismo.

El materialismo francés mecánico siguió el camino de la física cartesiana, en contraposición con su metafísica. Como anti-metafísicos, sus discípulos eran físicos. Destacan aquí el médico Leroy, Cabanis y Lamettrie.

La metafísica, encontró una oposición directa en su propia cuna, personalmente representada por Gassendi, que restauró el materialismo epicúreo. Asimismo, se le enfrentó otro materialista, inglés en este caso, que es Hobbes. Ambos materialistas, el inglés y el francés, estuvieron ligados a Demócrito y Epicuro.

Al morir los últimos grandes metafísicos franceses del siglo XVII, venían al mundo Helvetius y Condillac.

Este fue el discípulo directo e intérprete francés de Locke, quien a su vez desarrolló la tendencia materialista inglesa que, a partir de Duns Scoto, siguiendo por Bacon y pasando por la versión unilateral de Hobbes, desemboca en Locke, que sistematiza y fundamenta el principio de los dos últimos.

En su obra Condillac desarrolló los pensamientos de Locke y demostró que el hábito y la experiencia, el alma y los sentidos, el arte de hacer ideas y el arte de captación sensorial, eran las verdaderas fuentes del conocimiento humano. Y en consecuencia, que el desarrollo del hombre dependía de la educación y las circunstancias externas.

Helvetius, por su parte, confirió al materialismo su carácter específicamente francés, y lo remitió directamente a la vida social, en su obra "Del Hombre". Aquí, se pone como fundamento de toda moral, las cualidades sensibles, el amor propio, el goce y el interés personal bien entendido. La igualdad de las inteligencias, la unidad del progreso de la razón y del progreso de la industria, la bondad natural del hombre y la omnipotencia de la educación, son elementos sustanciales de su sistema.

Esta tendencia es la que va a desembocar, directamente, en el socialismo y el comunismo. Cuestión por lo demás que no debe sorprender a nadie, habida cuenta de la conexión íntima entre los planteamientos de estas doctrinas y la noción de bondad original del hombre, capacidad intelectual igual, potencialidad de la experiencia, los hábitos, la educación, la influencia de las circunstancias externas, etc.⁽²⁰⁾

(20) Para un estudio detallado de las ideas que aquí resumimos, ver C. Marx y F. Engels, "La Sagrada Familia", pág. 215 y ss., Ed. Grijalbo, México 1959.

Braulio Carrillo, estructurador del Estado nacional, se nutrió precisamente en esta fuente. Y es él quien, a su vez, le dará el verdadero impulso al cultivo del café, pero con una orientación y sentido especiales, hacia la pequeña propiedad, sentando así las bases de nuestro futuro desarrollo social, económico y cultural. No en vano se ha señalado que el café no es tanto un producto, como una cultura.

En cualquier caso, esto demuestra que el arquitecto de la nacionalidad costarricense, es justamente una de las figuras históricas menos comprendidas en nuestro país hasta hace algunos años, lo que se evidencia con el odio irracional de algunos pseudo liberales trasnochados, que todavía deambulan como sonámbulos a finales del siglo XX.

Cuando Carrillo cita a Helvetius y a Condillac; o cuando guarda doble ejemplar de las obras de Rosseau, no estamos frente a citas de erudición innecesarias, sino ante una influencia cultural y filosófica decisiva para la concepción suya de los problemas políticos que debía afrontar.

No podemos concebir a Carrillo, entonces, como un simple político pragmático, que en un acontecer lleno de vaivenes, logró impulsar positivamente al país hacia el progreso.

Carrillo, ni fue un déspota que hizo y deshizo como le vino en gana, y que de su sola voluntad de hierro —que la tenía— construyó la nacionalidad costarricense; ni fue un simple objeto ciego de las condiciones sociales objetivas de entonces.

Por el contrario, y ahí es donde radica toda su grandeza, Carrillo fue un agente consciente, que supo cumplir a cabalidad su cometido histórico.

Su preparación cultural y su filosofía, no fueron improvisadas. Partieron de lo más avanzado del pensamiento de entonces, y se orientaban, paradójicamente, a situaciones mucho más avanzadas, socialmente hablando, que las que el propio Carrillo debía afrontar.

No es de extrañar, entonces, su radicalismo frente a la religión, los municipios y la propiedad privada, que restringió fijando en tan temprana fecha, salarios mínimos para mujeres y niños,

y facultando a los pobres para tomar los frutos no utilizados por los propietarios en las haciendas.

— X —

Carrillo, hombre de formación legalista, había tenido que abandonar sus ilusiones al respecto. Y con paso firme, tomó el camino de la dictadura liberal revolucionaria.

Antes, cuando había acusado a Juan Mora por la expulsión de su hermano a la prisión de El Salvador, alegando que había violado la Constitución; cuando agotó todas las posibilidades de transacción para evitar el derramamiento de sangre en la Guerra de la Liga; cuando después de ésta se vio ante la imposición de una mayoría conservadora y localista que lo sacaba del poder y, como si el sacrificio no hubiera tenido importancia, volvía a poner a la orden del día la cuestión decisiva de la capitalidad, Carrillo llegó a la conclusión de que era necesario constituir una dictadura capaz de liquidar, social y políticamente, a los grupos conservadores que todavía atentaban contra el nuevo orden, aunque el establecimiento de tal dictadura implicara el empleo de métodos no legales, sino revolucionarios.

Ante la constelación de contradicciones imperantes entonces, Carrillo presenta la única solución posible.

Frente a la economía abierta y la economía cerrada, desarrolla y consolida una economía nacional, de la cual ciertamente sienta las bases.

Frente al ayuntamiento nacementamente burgués y el ayuntamiento pseudo-aristocrático, desarrolla y consolida el Estado nacional, como fuente única de poder legítimo, susceptible de una acción y decisión eficaces sobre todo el territorio nacional.

Ambas tareas se suponían recíprocamente y formaban el vértice histórico que Carrillo, con plena conciencia, une y proyecta hacia el futuro.

Al decidir la cuestión de la capitalidad, no estaba decidiendo el problema planteado; pero estaba determinando un elemento fundamental para su solución. Si resolvía definitivamente el problema, cuando consolidaba la economía y el Estado nacionales, como fac-

tores recíprocos esenciales para poder hablar de una auténtica nacionalidad costarricense.

Esto lo logró liquidando los poderes internos que disgregaban al poder central: la iglesia, los municipios, el aislamiento, etc. Consolidando por afirmación soberana, nacida de la negación de interferencias externas, la fisonomía internacional de nuestro pueblo: incorporando al Guanacaste a nuestro país, frente a las pretensiones de Nicaragua; oponiéndose a las reclamaciones anglo-mosquitas sobre Moín y Salt Creek; y reclamando respeto internacional, con disposición plena al combate por ese respeto, como se puso en evidencia con las maniobras de Morazán desde Panamá y la carta que originó esa situación.

Pero, por sobre todo, con la conciencia del grado en que había avanzado en su labor. Porque cuando Morazán es traído a Costa Rica por los elementos conservadores, para enfrentarlo al caudillo liberal que era Carrillo, éste prefiere dejar el poder, antes de suscitar un combate que dividiría por muchos años al país. Recuérdese que tres mil josefinos le juraron fidelidad y le ofrecieron su vida para combatir al invasor.

Por lo que hace al Estado y su creación, la labor de Carrillo estaba cumplida. Porque por encima de las pasiones del momento, que han mostrado tener larga vida, la entidad del Estado había adquirido carta de ciudadanía en la conciencia de sus compatriotas.

La acción política ya no sería a favor o en contra del poder central. La lucha se había desplazado hasta llegar a ser una lucha por el poder del Estado.

Esto refleja que el poder central había adquirido una plena eficacia y una total legitimidad en la conciencia de los hombres de entonces, y que nada, ni nadie, podía modificar esa orientación institucional.

Carrillo, en este sentido, con su dictadura positiva, democrática y constitutiva, logró consolidar la nacionalidad costarricense y estructurar, como arquitecto inmejorable, la fisonomía de nuestra sociedad y nuestro Estado.

Y es él, justamente, quien sobre las bases particulares de nuestra estructuración agraria de pequeños propietarios, nacida del

cultivo del tabaco y la caña de azúcar, principalmente, impulsa el cultivo del café, que marcará los rasgos fisonómicos de nuestro pueblo hasta años recientes.

La legalidad de su gestión gubernativa fue revolucionaria. Radicó en el hecho de que no obstante constituir una minoría, devino en una auténtica mayoría, al asistirle la razón histórica.

— XI —

Carrillo, sin embargo, no podía paradójicamente culminar su obra con la elaboración y promulgación de una verdadera Constitución Política, en sentido jurídico.

En efecto: si bien es cierto que Carrillo había operado la resolución de las principales contradicciones suscitadas en el campo económico, social, geográfico e institucional, no es menos cierto que la estructuración clasista del país, los procesos de diferenciación social y económica, apenas estaban en gestación.

La constitución en sentido jurídico, no sólo nace del rompimiento de un orden tradicional, que funda su legitimidad en una herencia institucional y política consagrada por el tiempo. Nace también, y básicamente, como reflejo de un orden social real, objetivo, relativamente consolidado, que ha alcanzado un relativo nivel de equilibrio y estabilidad.

En nuestro caso, el antecedente directo indispensable para poder legislar constitucionalmente de manera eficaz, estaba ausente. Los procesos sociales reales, objetivos, necesarios, que podían facultar un comportamiento colectivo e individual susceptible de expresarse en normalidad; una alta previsibilidad de conducta y, lo principal, una estructura específica de poder social y político, nacida de una regularidad en las relaciones sociales subyacentes, todavía no se daban con claridad. Es más: apenas se estaban dando los gérmenes, con el desarrollo de la actividad cafetalera.

En una palabra: los procesos de formación de la constitución real del Estado, apenas se iniciaban con la actividad cafetalera. Habría que esperar todo un desarrollo económico y social, para poder plantearse siquiera la posibilidad efectiva de una conformación constitucional estable y duradera.

Este proceso de formación socio-económica de nuestra sociedad, cubriría un largo período. Desde que Carrillo consolida políticamente al Estado en 1841, hasta el ascenso de Guardia al poder y la promulgación de la Constitución de 1871.

Carrillo, sin embargo, impulsó un tipo de desarrollo económico y social particular, orientado a la proliferación de la pequeña propiedad, impulsando la producción desde el Estado.

Su gestión, con ser término de una serie de procesos políticos que hemos analizado en su contexto social y económico, es al mismo tiempo, punto de partida para la nacionalidad costarricense.

Sobre las tendencias y estructuras dadas en nuestro país, en base a la actividad productora de tabaco y caña de azúcar, el cultivo del café fue concebido como una actividad propia de pequeños propietarios. Con ello, se garantizó la existencia de un amplio sector social que, con participación directa o indirecta; con representación real o supuesta, va a ser una fuente de presión y un invitado de piedra en la vida política y en los convivios de los grupos dominantes, que surgirán con el cultivo del café y la vinculación de nuestro país con el mercado mundial.

Esta etapa, pues, no sólo es un momento crucial en la vida de nuestro país. No sólo se agota en la existencia de un gobierno de dictadura que deja de cumplir con ciertas formalidades.

Es mucho más que eso.

Es la resolución del problema político de la estructuración y vigencia del Estado Nacional.

Es la conformación del país, en su esfera social y productiva, como una nación de pequeños agricultores. Y es el establecimiento de la función, estructura y dinámica del Estado, como esencialmente sometidas al imperio de la ley.

Por esto, a pesar de su dictadura, y precisamente por ella, es que se puede concluir que, con Carrillo, se sentaron las bases de la democracia liberal costarricense.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE COSTA RICA: UNA EVALUACIÓN PRELIMINAR DE SU FUNCIÓN DECISORIA*

Autor: CHRISTOPHER E. BAKER, Profesor Visitante de la Escuela de Ciencias Políticas en representación de la Universidad Estatal de Nueva York en Albany (State University of New York at Albany).

Traductor: LIC. RONALD FERNANDEZ PINTO, Profesor de la Escuela de Ciencias Políticas.

* Este artículo es parte de un estudio mayor de la Asamblea Legislativa de Costa Rica llevada a cabo por el autor desde febrero de 1968 hasta junio de 1969. Con pequeñas variaciones es traducción de un artículo publicado por la editorial Praeger en el libro titulado *Latin American Legislative Systems: A Comparative Reader* que fue editado por el Dr. Weston Agor. El autor expresa su agradecimiento a dicha editorial por el permiso que ésta ha concedido para que la traducción al español pueda ser publicado en esta revista. Pero más que todo agradece la ayuda y la amplia colaboración que les fueron brindadas por los diputados de la Asamblea 1966-1970 y por el plantel administrativo de la misma. Cabe señalar que esta publicación hubiese sido totalmente imposible sin la colaboración desinteresada del traductor de la misma, Lic. Ronald Fernández Pinto, quien contribuyó con largas horas de trabajo y una habilidad excepcional para que el estudio pudiese llegar a ser circulado más ampliamente en Costa Rica. Los anglicismos que puedan aparecer en el texto se deben a que, por ausencia del país, el Lic. Fernández no tuvo oportunidad de revisar los toques finales que le dio el autor a la traducción.

El lector costarricense encontrará que algunas secciones del artículo, especialmente la que describe el marco político del país, describen aspectos que son del todo bien conocidos en Costa Rica. El autor ha considerado que sería beneficioso incluir tales descripciones con el fin de que el artículo guarde su valor comparativo para aquellos lectores de habla española que no estén bien familiarizados con las instituciones del país.

IGUALMENTE CABE SEÑALAR QUE LA INVESTIGACION QUE SE LLEVO A CABO NO ABARCA MAS QUE EL PERIODO 1966-1970 Y QUE POR LO TANTO LAS CONCLUSIONES A LAS QUE SE LLEGAN EN SU MAYOR PARTE NO PUEDEN SER MAS QUE TENTATIVAS EN RELACION A ASAMBLEAS ANTERIORES O POSTERIORES.

INTRODUCCION

A pesar de que las investigaciones académicas sobre la América Latina han aumentado sustancialmente en los últimos diez años, poco se conoce actualmente acerca de los procesos y comportamiento legislativos en los países de esta región. La escasez de datos sobre los mismos se debe en gran parte al énfasis que se le ha dado en la literatura académica a la rama ejecutiva de los gobiernos latinoamericanos. El siguiente concepto, tomado de un libro de texto sobre las instituciones políticas de Latinoamérica, es ilustrativo.

Aunque los sistemas constitucionales de la América Latina han confiado a la legislatura el poder de promulgación de leyes y el de fijar las políticas a seguir, el congreso, en realidad, no constituye el centro de la vida política de estos países... Lógicamente, la debilidad de TODAS las asambleas legislativas y su prestigio inferior son la consecuencia del papel casi OMNIPOTENTE que los sistemas legales y las costumbres políticas han conferido a la rama ejecutiva.⁽¹⁾

Condicionados a pensar en esta forma, no es sorprendente que los estudiosos de las ciencias políticas no le hayan dedicado más que una atención superficial a los asuntos legislativos. Y aunque existe un consenso general entre algunos de ellos que las legislaturas de por lo menos Chile, Costa Rica y Uruguay juegan un papel importante en los procesos decisivos de estos países, solamente una de estas legislaturas ha sido estudiada con algún detalle.⁽²⁾

En general, nuestro conocimiento de las estructuras legislativas en los países de América Latina continúa siendo formalista, superficial y a menudo mal fundamentado. La literatura sobre Costa Rica puede ser citada como un ejemplo. En su estudio monográfico sobre la democracia costarricense James Busey expresa que "la Asamblea Legislativa de Costa Rica desempeña... un papel activo en los procedimientos para gobernar al país";⁽³⁾ pero en lu-

(1) William Pearson y Federico Gil, *Governments of Latin America* (New York: McGraw-Hill, 1957), 242 (Énfasis del autor).

(2) Ver Weston Agor, "The Chilean Senate: Internal Distribution of Influence" (Tesis doctoral inédita, Departamento de Ciencias Políticas, Universidad de Wisconsin, 1969).

(3) James Busey, *Notas sobre la Democracia Costarricense* (San José: Editorial Costa Rica, 1968), pg. 84.

gar de fundamentar esta evaluación, el autor dedica la mayor parte de su capítulo sobre la Asamblea a una descripción curiosa de una sesión inaugural que tuvo la oportunidad de observar. Igualmente en una reciente tesis doctoral sobre el sistema político costarricense se afirma que "la Presidencia de la Asamblea constituye una posición de prestigio y poder secundario solamente a la Presidencia de la República" y luego que "la importancia de los presidentes de comisión en la promulgación de las leyes y en el funcionamiento de la Asamblea difícilmente puede dejar de subrayarse."⁽⁴⁾ Pero en ningún caso se nos proporcionan los datos que nos permitan sopesar la importancia de las personas que ocupan estos cargos. Dada esta superficialidad, la necesidad de un estudio detallado de la Asamblea Legislativa de Costa Rica es evidente.

La investigación en que se fundamenta este artículo fue de tipo exploratorio y consistió en tres fases: 1) observación directa, 2) entrevistas y 3) análisis de las actas de plenario de la Asamblea. Los resultados que expondremos deben considerarse como un paso preliminar que lleve en el futuro hacia estudios y análisis más sistemáticos. Estos resultados serán presentados con dos finalidades principales. Primero, queremos demostrar que hay justificación para decir que la Asamblea juega un papel efectivo y no tan sólo formal en la toma de decisiones dentro del sistema político del país. Segundo, queremos, aunque sea solamente en forma provisional, a un entendimiento más cabal de la siguiente inquietud: ¿Quién participa en el proceso decisorio legislativo, de qué manera participan en él y bajo qué condiciones? Pero antes de adentrarse en las secciones que se dedican a desarrollar estos temas, examinaremos brevemente el marco dentro del cual funciona la legislatura.

El Marco Institucional y Político

El núcleo efectivo de poder en el sistema presidencial unitario de Costa Rica está localizado en el gobierno central. Las provincias carecen de toda forma de auto gobierno. Y aunque el gobierno propio existe a nivel cantonal bajo la forma de concejos municipales electos, el gobierno local carece de recursos económicos y depende en gran parte del gobierno central para financiarse. El gobierno central, constituido por los tres poderes tradicionales, se

(4) Paul Stephenson, "Costa Rican Government and Politics". (Tesis doctoral inédita, Departamento de Ciencias Políticas, Universidad de Emory, 1965), pgs. 79 y 82.

encuentra organizado según la variante del sistema presidencial común en América Latina. La variante principal consiste en la facultad de la legislatura de interpelar y censurar a los Ministros de Estado, aunque ello no necesariamente implique la renuncia de la persona censurada.

El Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo está encabezado por un Presidente elegido en forma directa en las elecciones generales que se llevan a cabo cada cuatro años; y quien a su vez tiene el poder exclusivo de nombrar y hacer cesar en sus cargos a los Ministros de Estado que conjuntamente con él integran la jerarquía más alta de esta rama de gobierno.

Las principales facultades que ejercen el Presidente y sus Ministros son las de: 1) Introducción de proyectos de ley ante la Asamblea, 2) veto, ratificación, y ejecución de las leyes dictadas por la legislatura,⁽⁵⁾ 3) confección y presentación del presupuesto nacional para la promulgación de la Asamblea, 4) ejecución del presupuesto,⁽⁶⁾ 5) dirección de las fuerzas públicas, 6) suspensión temporal de ciertas garantías constitucionales, sujeta esta suspensión a la ratificación de la Asamblea dentro de un período de cuarenta y ocho horas, 7) formulación y ejecución de la política exterior y 8) negociación de acuerdos y préstamos internacionales, la mayoría de los cuales están sujetos a la ratificación legislativa.

Dentro del contexto latinoamericano, Costa Rica tiene un sistema presidencial de poderes débiles. El Poder Ejecutivo no tiene la facultad de gobernar por decreto fuera de lo que es puramente administrativo. No puede vetar el presupuesto anual aprobado por la Asamblea Legislativa. Y recientemente hasta la posibilidad de crear una base de poder con alguna continuidad le ha sido reducida

(5) La facultad que posee el Poder Ejecutivo de ejecutar las leyes dictadas por la legislatura se encuentra incrementada por la circunstancia de que está autorizado para emitir la reglamentación de las mismas. En el caso de proyectos altamente técnicos, el Ejecutivo se encuentra facultado para ejercitar un grado considerable de poder discrecional. Los diputados que fueron entrevistados indicaron que no consideraban la facultad indicada del Ejecutivo como de gran importancia. No obstante, este aspecto de la política costarricense merece cuidadoso escrutinio en estudios futuros.

(6) El presupuesto establece las sumas que puede girar el Poder Ejecutivo dentro de cada renglón presupuestario pero en pocos casos le obliga a girar el total de las mismas. Dada esta característica presupuestaria, el Poder Ejecutivo a través del Ministro de Hacienda retiene una amplia facultad discrecional en cuanto a la ejecución del presupuesto.

sino eliminada del todo al Presidente por una reforma constitucional que prohíbe que el mismo individuo ocupe esta posición más de una vez.⁽⁷⁾

El Poder Judicial

El Poder Judicial del gobierno está constituido por una Corte Suprema de Justicia y una serie de salas menores. El sistema judicial, y en especial la Corte Suprema, gozan de una independencia y un prestigio sustanciales. Los Magistrados de la Corte Suprema son nombrados por la Asamblea Legislativa por períodos de ocho años, y son reelectos automáticamente por períodos sucesivos de ocho años, a menos que la Asamblea decida reemplazarlos mediante un voto mayoritario de las dos terceras partes. Los jueces de las salas menores son nombrados por la Corte Suprema, y dependen de ella.

La Corte Suprema está facultada para interpretar las disposiciones constitucionales, así como la pertinencia de estas disposiciones con relación a las actuaciones de las otras ramas del gobierno. Esta facultad ha sido utilizada principalmente para resolver discrepancias entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo en aquellos casos donde el Presidente ha vetado leyes dictadas por la Asamblea por razones constitucionales.

El Poder Legislativo

El Poder Legislativo lo constituyen los cincuenta y siete diputados de la Asamblea Legislativa que son elegidos en las elecciones generales según el sistema de papeletas partidistas provinciales. El número de curules que le corresponden a cada una de las siete provincias se determina de acuerdo a la población de estas.⁽⁸⁾ Las curules que corresponden a cada provincia son distribuidas entre los candidatos de acuerdo con una fórmula de representación proporcional que tiende a favorecer a los partidos pequeños pero no a los mini-partidos. Dos características de este sistema merecen ser mencionados. La primera es que a pesar de que los diputados son

(7) Antes de la reforma constitucional aprobada en 1969, la reelección era posible después de que hubiera transcurrido un lapso de tiempo de ocho años (o sea dos períodos) a partir del momento en que la persona había ejercido el cargo presidencial.

(8) El Tribunal Supremo Electoral hace una redistribución de las cincuenta y siete curules entre las provincias cada vez que se realiza un censo nacional, o sea, aproximadamente cada diez o doce años.

elegidos por provincia no tienen que ser residentes de la provincia por la cual se postulan. La segunda característica es la de que el sistema de papeletas provinciales que se utiliza hace imposible que se sufrague a favor de una combinación de candidatos provinciales que sean de diferentes partidos.

Las papeletas de cada provincia se determinan formalmente en las asambleas nacionales que efectúan los diferentes partidos con el fin de postular a sus candidatos; cada provincia envía diez delegados a dichas convenciones, todos con igual voto para seleccionar los candidatos que aparecerán en cada una de las papeletas. Aunque estas convenciones han ido adquiriendo más y más independencia con los años, sigue siendo cierto que los líderes nacionales y el candidato presidencial de cada partido, juegan un papel primordial en la selección definitiva de los candidatos diputadiles.⁽⁹⁾

El hecho de que los diputados sean elegidos a nivel provincial en las elecciones puede prestarse a una serie de interpretaciones erróneas. Por ejemplo, recientemente este hecho confundió a un observador quien concluyó que "los diputados no están tan desvelados por los intereses locales, como lo están sus contrapartes en los Estados Unidos, y aunque los intereses provinciales no son ignorados, la atención de la Asamblea se concentra en el tipo de legislación que beneficia a la totalidad del país".⁽¹⁰⁾ El comportamiento de los diputados en la Asamblea se encuentra en realidad cercanamente unido a los intereses cantonales, o sea parroquiales, y un gran número de diputados prestan la mayor parte de su atención a dichos asuntos.⁽¹¹⁾ Para comprender por qué ocurre esto, es pre-

(9) José Joaquín Trejos, Presidente durante el período de 1966 a 1970, amenazó a su partido con la renuncia a la candidatura durante la asamblea nacional a menos de que los delegados a dicha asamblea accedieran a colocar a un individuo específico de su completa confianza en una posición segura de la papeleta de la Provincia de San José. José Figueres, Presidente actual, recurrió a una táctica similar cuando la asamblea de su partido postuló a algunos individuos que él consideraba totalmente inaceptables. Presionó la renuncia de uno de ellos y también presionó a la asamblea para que anulara la postulación de otro de los postulados. Pero cabe señalar que en la mayoría de los casos los candidatos presidenciales no se ven forzados a recurrir a medidas tan drásticas y públicas. Por ejemplo, Mario Echandi, el candidato presidencial del Partido Unificación Nacional en 1970, se reunió con cada una de las delegaciones provinciales individualmente y a puertas cerradas antes de la fecha fijada para la asamblea de partido y los "convenció" a aceptar la mayoría de los candidatos que él apoyaba. Ninguna postulación se disputó en la asamblea en forma real.

(10) Robert D. Tomasek, "Costa Rica", *Political Forces in Latin America*, ed. Ben C. Burnett y Kenneth F. Johnson (Belmont: Wadsworth, 1968), pg. 111.

(11) Los datos relativos a un período de sesiones de siete meses indican que el 46% de los proyectos de conocimiento de la Asamblea se relacionaban con este tipo de comportamiento.

ciso destacar una idiosincrasia del sistema costarricense de representación. A pesar de que los diputados se eligen por provincia, se les concibe a la mayoría de ellos como representantes cantonales. Esto se ve reflejado en el hecho que dentro de los círculos bien informados la mayoría de los diputados son identificados como representantes de cantones específicos, y sólo en forma secundaria, como representantes nacionales o provinciales. El que la mayoría de las posiciones de las papeletas de los partidos sean distribuidas de acuerdo a un criterio cantonal, también evidencia el punto.

En cada una de las cinco elecciones que se han efectuado desde 1953 el Partido Liberación Nacional ha resultado el partido mayoritario en la Asamblea.⁽¹²⁾ La oposición tradicional a este partido ha ganado, sin embargo, un número importante de curules en cada elección. En tres períodos el partido predominante ha obtenido la mayoría precaria de uno y nunca ha obtenido más de dos terceras partes de las curules. Por otra parte, el Poder Ejecutivo ha cambiado de manos con cada elección. Liberación Nacional ganó en 1953, 1962 y 1970, y la oposición en 1958 y 1966. De manera que la mayoría legislativa ha compartido el color político con el Presidente, en tres ocasiones sí y en dos no, desde 1953.

Estos dos factores, representación sustancial de la oposición en la Asamblea, y el control fluctuante del Poder Ejecutivo, han llevado al Dr. Robert Dix a clasificar a Costa Rica como uno de los tres países latinoamericanos que ha obtenido los mejores logros con respecto a la legitimación del papel de la oposición en la política.⁽¹³⁾ Dentro del contexto latinoamericano, el hecho de que el partido en ejercicio ha entregado el Poder Ejecutivo en forma pacífica después de cada elección, es un fuerte indicio del desarrollo de un sistema político estable.

Aunque la Asamblea se reúne en sesiones ordinarias solamente seis meses al año, puede hacerlo en sesiones extraordinarias

(12) En 1958 obtuvo mayoría después de haber subsanado sus diferencias con el grupo Rossista (Partido Independiente) que se había separado de Liberación Nacional en esas elecciones y que llevó un total de tres diputados a la Asamblea. Esta mayoría resultó ser inestable en ciertas ocasiones como lo demuestra el hecho de que el partido sólo pudo llevar a sus diputados al directorio en dos de los cuatro períodos de 1958 a 1962.

(13) Los otros dos países mencionados en este grupo fueron Chile y Uruguay. Ver Robert Dix, "Opposition and Development in Latin America" (Tratado presentado en la reunión anual de 1967 de la American Political Science Association), pg. 26.

si el Presidente de la República las convoca. Dichas sesiones son parte esencial del calendario legislativo, y normalmente mantienen a la Asamblea en sesión unos cinco meses adicionales al año. Si no fuera por estas sesiones, la acumulación de asuntos legislativos reflejarían una marcada inhabilidad de parte de la Asamblea para conocer los proyectos que le son presentados.

Las Instituciones Autónomas

Aunque este no es el lugar de analizar detalladamente las instituciones autónomas de Costa Rica, vale señalar que un examen minucioso de la configuración total del sector público, tendría que tomarlas muy en cuenta. La importancia de estas instituciones lo ilustra el hecho de que en 1969 sus ingresos representaron el 54.6% de los ingresos del sector público, y sus egresos el 51.0% de los egresos de este sector. El grado de autonomía del que disfrutan es obvio para cualquier persona que observe la inhabilidad de los Poderes Ejecutivo y Legislativo para hacer que estos trabajen en coordinación bajo el menor plan coordinado de desarrollo.

Las Estructuras de Partido

No es posible lograr un entendimiento del sistema político costarricense sin familiarizarse antes con las características del sub-sistema de partidos.

Costa Rica cuenta con un sistema bi-partidista modificado. Existe un partido predominante que es el Partido Liberación Nacional, al cual nos referiremos de aquí en adelante como el PLN, y un número de partidos menores, la mayoría de los cuales pueden ser clasificados como partidos anti-Liberacionistas.⁽¹⁴⁾ A pesar de la predominancia del PLN, estos partidos minoritarios en coalición son capaces de retar el control gubernamental del PLN y, como se indicó antes, de hecho lo han logrado en el pasado. En tres de las cuatro elecciones pasadas se formaron dichas coaliciones, arrebatándole el Poder Ejecutivo al partido predominante en 1958 y 1966. En 1966 la coalición anti-PLN consistió de dos partidos principales, los cuales compartieron tanto la papeleta de diputados,

(14) La siguiente manifestación del secretario general de la actual coalición anti-liberacionista apoya ampliamente esta interpretación. "Nosotros los de la Unificación somos", en esencia, aquellos costarricenses que no estamos de acuerdo con las tesis, procedimientos ni puntos de vista del Partido Liberación Nacional, ni tampoco con el comportamiento político de sus dirigentes". *La Nación* del 4 de setiembre de 1970, p. 18.

como el candidato presidencial. El partido más numeroso de los dos fue el Partido Republicano, de aquí en adelante el PR, y el más pequeño fue el Partido Unión Nacional, abreviado en adelante como el PUN. La coalición eligió un total de veintiseis diputados, contra veintinueve que eligió el PLN. Las curules restantes de la Asamblea 1966-1970, la cual fue estudiada en detalle en la investigación realizada, fueron ocupados por un pequeño partido personalista, el Unión Cívica Revolucionaria, que no será considerado aquí detalladamente debido al papel periférico que juega en la política costarricense.

Los partidos principales de Costa Rica se asemejan en el sentido de que todos son multi-clasistas, o sea, que los componen partidarios de las distintas clases sociales. También se asemejan en el sentido de que los intereses de las clases alta y media tienden a predominar en los partidos, aún cuando la vasta proporción de sus votantes surgen de la clase urbana y rural baja.⁽¹⁵⁾ La siguiente afirmación emanada de un observador que recientemente estudió al PLN, y los otros así llamados, partidos Social Demócratas de América Latina, se aplica a todos los partidos principales de Costa Rica. "En la práctica no han cumplido sus promesas retóricas a las masas, y han reforzado a las élites terratenientes, comerciales e industriales."⁽¹⁶⁾

Ninguno de los partidos tiene una ideología estructurada, a pesar de que algunos pretenden lo contrario, y con frecuencia carecen aún del más básico programa de partido. El único elemento "ideológico" unificador visible dentro del PLN, que se dice un partido ideológico, es la defensa de las reformas institucionales que sus líderes actuales impulsaron a fines de los años 40 y a principio de los años 50. Hablando en general, puede decirse que la diferencia

(15) Una de las formas de determinar el grado en que los diferentes intereses de clases se encuentran representados por los partidos consiste en analizar la forma en que los representantes electos de los partidos deciden utilizar las facultades extractivas, principalmente los impuestos, del sistema político. Aunque es cierto que en Costa Rica la gente adinerada paga más impuestos que en la mayoría de los otros países latinoamericanos, la tarifa progresiva del impuesto a la renta es muy baja. El porcentaje más alto que se paga es el del 30% sobre cualquier cantidad que exceda los ₡ 500.000 de renta gravable. Todos los partidos políticos han tendido a favorecer los sistemas de impuestos indirectos que pesan proporcionalmente más sobre los que tienen menos recursos que a aumentar los porcentajes progresivos del sistema directo del impuesto a la renta.

(16) Susanne Bodenheimer, "The Bankruptcy of the Social Democratic Movement in Latin America", *New Politics*, VIII, N° 1 (Invierno de 1969), p. 48.

principal entre la orientación general del PLN y los otros partidos gira alrededor del grado en que el Estado debe intervenir en la economía. Pero este precepto no ha producido ningún tipo de formulación ideológica integrada de parte de los partidos. En el pasado el PLN se inclinó más hacia la intervención del Estado, pero a través de los años se ha vuelto más conservador en este aspecto. Sería errado acertar que las afiliaciones partidistas están fundamentadas en posiciones ideológicas. Dichas afiliaciones están mucho más cercanamente ligadas con un sentido de lealtad o repudio de los líderes de los dos grupos principales que participaron en la Guerra Civil de 1948.⁽¹⁷⁾

Dentro del contexto latinoamericano, los tres partidos principales que hemos comentado, han sido permanentes ya que han estado en existencia por lo menos desde 1953.⁽¹⁸⁾ Pero cabe señalar que esta permanencia no ha incluido una actividad continua por parte de las estructuras de cada partido. Estas han entrado en pe-

(17) Pocos estarían en desacuerdo en que el PR y el PUN han sido partidos básicamente personalistas. El hecho de que el PLN ganó la presidencia por una ventaja considerable en 1953 y no fue capaz de detener la reducción proporcional del voto después de esa elección sino hasta 1970, sugiere que el atractivo del dirigente personalista es también muy fuerte en este partido, ya que José Figueres fue el candidato presidencial del partido en ambas elecciones.

(18) Debe observarse, sin embargo que a partir de 1970 el futuro del PR y del PUN es precario. Mientras que en 1966 el PUN participó en la coalición que adversaba al PLN y eligió siete diputados, en 1970 el partido se escindió en cuanto al candidato presidencial de la coalición. El viejo dirigente del partido, Otilio Ulate, optó por no apoyar a la coalición y lanzó una papeleta independiente de diputados. Es obvio que la mayor parte de sus seguidores ha desertado, como lo demuestra el hecho de que el grupo PUN anti-coalición dirigido por él no pudo elegir ni un sólo diputado. Es posible que el PUN haya salido a su última corrida.

El futuro del PR se encuentra actualmente en juego después de la muerte del ex-Presidente Calderón Guardia, ocurrida poco después de la elección de 1970. Había sido la persona que había mantenido al partido unido durante los últimos veinte años. Es probable que el PR esté en capacidad de sobrevivir por lo menos una elección más, pero el número de sus votantes, que sufrió mengua en la elección de 1970, probablemente disminuirá. El futuro de los dirigentes sobrevivientes dependerá de la habilidad que muestren en crear una coalición que ofrezca programas sustantivos en vez del símbolo de glorias pasadas.

El sistema de partidos de Costa Rica puede cambiar sustancialmente en la próxima década. Pareciera que por lo menos dos partidos nuevos irán a la elección de 1974; en caso de tener éxito estos, podrían garantizar la supervivencia en el sistema bipartidista modificado, existente desde 1953; o bien podría llevar a la creación de un verdadero sistema multipartidista. En el evento de que no tengan éxito y de que el remanente de la dirigencia del PR también fracasase. Costa Rica podría acercarse a un sistema modificado de partido único parecido al de México. Esta posibilidad dependerá en gran parte de la habilidad que demuestren los líderes del PLN en limar las asperezas y de subsanar las divisiones que existen dentro del partido. Pero la muerte del ex-Presidente Francisco Orlich significó la pérdida de uno de los mediadores más efectivos que tenía el partido y ha dejado al PLN sin una persona de igual estatura que tenga las habilidades conciliatorias que demostró éste en más de una ocasión cuando el partido estaba en crisis.

riodos latentes después de cada elección, y han permanecido en este estado hasta la iniciación de las actividades de postulación y de campaña de las siguientes elecciones. Aunque los tres partidos han tenido comités nacionales, estos se han reunido irregularmente como estructuras formales. Aún el PLN, que es el que más se ha aproximado a una apariencia de actividades permanentes, ha demostrado indicios visibles de esta inactividad entre elecciones. Han mantenido la única oficina central nacional permanente, pero esta oficina ha sido más un símbolo que un indicador confiable de actividad permanente. En esencia, lo que ha perdurado de los partidos después de una elección, ha sido un grupo de representantes electos y un número reducido de líderes de partido asociados tan solo en una forma informal.⁽¹⁹⁾

Participación Pública

El grado de participación de los ciudadanos costarricenses en el sistema político, puede malinterpretarse. Por ejemplo, en 1970, el 76.1% de los electores elegibles y el 83.3% de los electores inscritos votaron el día de las elecciones.⁽²⁰⁾ La voz de la opinión pública es frecuente y a menudo muy crítica. Funcionarios públicos, y especialmente los diputados, se hacen asequibles al público. Una gran proporción de los diputados van a sus comunidades por lo menos una vez al mes, y buscan o se ponen a disposición de sus electores. Pero hay que proceder cautelosamente antes de asumir que este tipo de comportamiento necesariamente indica que el público tiene un impacto sustancial en la política gubernamental. La participación electoral no indica necesariamente influencia permanente y la opinión pública que se expresa a través de una prensa parcializada, a menudo es ignorada por los funcionarios públicos.⁽²¹⁾ Y aunque los diputados toman en cuenta a la opinión pública de sus

(19) Cabe señalar que este fenómeno no es del todo diferente al que se da en muchos otros países, inclusive en los Estados Unidos. Si se hace una comparación con los Estados Unidos, encontramos que la diferencia principal radica en el hecho de que las estructuras de los partidos se echan a andar con más frecuencia que el hecho de que las elecciones a nivel estatal y local se dan casi todos los años.

(20) El autor agradece la ayuda que le facilitó el Lic. Rafael Villegas Antillón del Tribunal Supremo Electoral para conseguir estas cifras.

(21) El Presidente Figueres ha declarado en forma pública que él no le pone mucha atención a lo que publica el periódico más grande del país, *La Nación*. Su opinión de este periódico se ve reflejada en su comentario que los que manejan el periódico son políticos frustrados de a dos por peseta.

cantones cuando se trata de asuntos locales, parecieran ignorar la misma en ciertos casos cuando los asuntos que se tratan son de trascendencia nacional.

* La actividad institucionalizada de los grupos de presión se encuentra poco desarrollada. Existen ciertos grupos organizados que pueden ejercer presión efectiva sobre el gobierno. Entre estos están la Cámara de Comercio, la Cámara de Industrias, la Cámara de Ganaderos y la Cámara de Cafetaleros, todos representantes de los intereses de una élite económica. Los únicos grupos gremiales que han podido actuar consistentemente en forma efectiva son la Asociación Nacional de Educadores y la Asociación Nacional de Empleados Públicos, ambas de la clase media, y algunos sindicatos bananeros. Por último habría que señalar a las instituciones autónomas, que posiblemente representen al grupo de interés mejor organizado y más efectivo en cuanto a esta actividad. Las organizaciones estudiantiles y la Iglesia no constituyen grupos de presión tan efectivos ni activos como lo son en el caso de otras repúblicas latinoamericanas. Lo mismo es cierto de los militares, o de lo que podría llamarse militares, puesto que uno de los pasos que se tomaron poco después de la Guerra Civil de 1948 fue el desbandar al ejército y sustituirlo por una pequeña Guardia Civil. Los oficiales y una gran proporción de los guardas han sido nombrados o removidos cada cuatro años, al cambiar el color político del Poder Ejecutivo,⁽²²⁾ hecho que le ha negado continuidad a la Guardia.

La efectividad de los grupos de presión dependen en gran parte de su habilidad para lograr acceso a los funcionarios ejecutivos, diputados y líderes de partido más importantes. Sus medios de acción son en su mayor parte del tipo personalista que frecuentemente involucra el uso de lazos de familia y de amistad. Casi todos los grupos de presión, si no todos, se caracterizan por su inclusión de miembros de todos los partidos, con el fin de garantizarse la posibilidad de buscar y a menudo obtener apoyo multi-partidista a sus demandas.

Habiendo esquematizado las características básicas del marco político, procederemos a continuación a enfocar a la Asamblea Legislativa en sí misma.

(22) Para una descripción de las características de la Guardia Civil ver Wayne Worthington, "The Costa Rican Public Security Forces: A Model Armed Force for Emerging Nations?" (Tesis inédita, Departamento de Ciencias Políticas, Universidad de la Florida, 1966).

La Función Decisoria de la Asamblea Legislativa

Es tentador justificar las investigaciones que sobre estructuras legislativas se hagan, asumiendo que todas las legislaturas cumplen con una función decisoria, y que consecuentemente, todas juegan un papel esencial en el proceso político decisorio. Sin embargo, dicho presupuesto a priori no es válido.⁽²³⁾ En esta sección se demostrará que existe una justificación empírica para clasificar a la Asamblea Legislativa de Costa Rica como una estructura que sí juega un papel significativo en el proceso decisorio político del país.

Las facultades concedidas al Poder Legislativo del gobierno por la Constitución de Costa Rica de 1949, sugieren que se quiso hacer de la Asamblea una estructura que participara activa y directamente en el proceso de toma de decisiones.⁽²⁴⁾ Estas, sin embargo, son sólo facultades formales. Para determinar si una estructura juega un papel en este proceso, es necesario no sólo establecer cuáles son sus facultades formales, sino también hasta qué punto son de hecho usadas. Partiendo del punto controversial de que todos los sistemas políticos latinoamericanos se caracterizan por su omnipotencia ejecutiva, es particularmente importante que se haga un esfuerzo para determinar si las facultades de la estructura legislativa son simbólicas o reales. La posibilidad de que Costa Rica pueda ser similar a un país como México, donde se ha dicho que el Poder Legislativo es un "instrumento que ratifica ceremonialmente las decisiones tomadas fuera de él, sea, en la rama ejecutiva del gobierno",⁽²⁵⁾ aunque improbable, no debe excluirse a priori.

En lo que resta de este capítulo, dos tópicos habrán de cubrirse. Se describirán las principales facultades formales de la Asamblea y se demostrará cómo y en qué medida estas facultades se ejercitan en la práctica.

(23) Un análisis de la literatura existente sobre las estructuras legislativas de países otros que los Estados Unidos llevó al Dr. Robert Packenham a la conclusión que la mayoría de ellas no cumplen principalmente con una función decisoria. Ver "Legislatures and Political Development," *Legislatures in Developmental Perspective*, eds. Allan Kornberg y Lloyd Musolf (Durham: Duke University Press, 1970), pg. 522.

(24) La Asamblea Constituyente que dio la Constitución de 1949 puso mucho énfasis en la necesidad de establecer un equilibrio entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo para que se pudiese reducir el abuso del poder por parte del primero.

(25) Martin Needler, "Mexico: Revolution as a Way or Life," *Political Systems of Latin America*, ed. Martin Needler (Princeton: Van Nostrand, 1964), pg.17.

Facultad de Iniciativa

La facultad de introducir proyectos en la Asamblea se halla compartida. Los proyectos legislativos pueden ser introducidos por el Ejecutivo a través de uno de sus Ministros o por cualquier diputado.⁽²⁶⁾ Un examen del origen de los proyectos puede ser revelador. Si uno hallara que la mayoría de los proyectos provienen del Poder Ejecutivo, se podría argumentar que el Ejecutivo predomina, porque el tema, el alcance y la naturaleza de los proyectos de ley los determinaría éste más que el Poder Legislativo. En este caso, sin embargo, no fue eso lo que se descubrió. A través de un período de siete meses,⁽²⁷⁾ se encontró que el 72% de los proyectos bajo la consideración de la Asamblea habían sido introducidos por diputados, y sólo el 28% por el Ejecutivo.⁽²⁸⁾ Pero este desglose puede ser desorientar. Aunque el Ejecutivo presentara un número menor de proyectos a la Asamblea, podría a su vez presentar la mayoría de los proyectos más importantes que esta conoce.⁽²⁹⁾

Clasificar a los proyectos de acuerdo a su importancia relativa es una tarea en extremo difícil. Se podría sugerir tentativamente dos indicadores aproximados. Uno es el alcance del proyecto y el otro es la comisión a la que se asigna el mismo. En la investigación llevada a cabo, el alcance de los proyectos se clasificaron ya sea como "nacional" o "local". Los proyectos referidos a asuntos que sólo afectaban a un segmento local de la población nacional, se clasificaron como proyectos "locales". Aquellos referidos a asuntos que afectaban a la totalidad de la población o a un segmento de ella que trascendía los límites locales, se clasificaron como proyectos "nacionales". Usando este esquema, podría proponerse que los proyectos "nacionales" son más importantes que los "locales" porque los "nacionales" tienen un impacto más amplio. Consecuentemente, podría argumentarse que si el Ejecutivo presenta la mayoría de

Ulema
Noel
Local

los proyectos "nacionales", en realidad juega un papel preponderante en la introducción de los proyectos importantes. Pero se encontró que los diputados patrocinan la mayoría de ambos tipos de proyecto. En el caso de los proyectos "nacionales", los originados en el Poder Legislativo ascendieron al 68%, mientras que los originados en el Ejecutivo ascendieron únicamente al 32%. La distribución en el caso de los proyectos "locales" es del 80% y del 20% para el Legislativo y el Ejecutivo respectivamente. De manera que queda claro que el Ejecutivo no sólo no presentó la mayoría de los proyectos más "importantes", sino, lo que es más, no presentó la mayoría de ninguno de los dos tipos.⁽³⁰⁾

La asignación de los proyectos a comisión constituyó el segundo criterio usado para juzgar la importancia de cada proyecto. Se le pidió a los diputados que evaluaran las comisiones de acuerdo con la relativa importancia de los proyectos que a cada una de ellas se le asigna.

(Un alto grado de consistencia se encontró en las evaluaciones hechas. Luego se invirtió el proceso, y la importancia de cada proyecto fue juzgada de acuerdo a la comisión a la que había sido asignado. El desglose proporcional de los orígenes de los proyectos y las comisiones a las que estos fueron asignados, se ilustra en el siguiente cuadro.

CUADRO 1
Asignación de Proyectos a Comisiones

Comisiones (en orden descendiente de evaluación) ⁽³¹⁾	Patrocinados por el Poder Ejecutivo	Patrocinados por el Poder Legislativo
Comisión de Asuntos Económicos	42.5% (31)	57.5% (42)
Comisión de Asuntos Hacendarios	23.3% (20)	76.7% (66)
Comisión de Gobierno y Administración	34.6% (37)	65.4% (70)
Comisión de Asuntos Sociales	12.5% (15)	87.5% (105)
Comisión de Asuntos Jurídicos	31.6% (25)	68.4% (54)

(30) Si uno utilizase un esquema de clasificación más preciso, es muy posible que se encontrase que la mayoría de los proyectos críticos que llegan a la Asamblea provienen del Ejecutivo. Pero aunque asumiésemos que esto es cierto, como lo es en casi todos los países, los datos que tenemos todavía indicarían que los diputados desempeñan un papel importante en la introducción de los proyectos de ley que se tramitan en la Asamblea.

(31) Según el Reglamento Interno de la Asamblea, los tipos de asuntos conocidos por cada una de estas son los siguientes:

a) Comisión de Asuntos Económicos: Economía, Comercio, Industrias, Mercado Común e Integración.

(26) Individuos ajenos al Poder Ejecutivo y al Legislativo también pueden presentar proyectos pero estos tienen que ser acogidos por un diputado a lo menos.

(27) El período estudiado fue el de mayo a setiembre de 1968.

(28) Los proyectos presentados por individuos que fueron acogidos han sido clasificados para los fines de este estudio como de patrocinio diputadil. En este caso específico, 9% de los proyectos fueron de tipo individual y el 63% fueron de patrocinio normal diputadil.

(29) Los datos mencionados pudiesen también reflejar el hecho de que la investigación se llevó a cabo durante un período cuando el Ejecutivo y el Legislativo no compartían el color político. Muy bien pudiese ser que un Presidente con una minoría en la Asamblea no introduzca tantos proyectos como lo haría uno con mayoría. Desafortunadamente no tenemos los datos necesarios para determinar si esto es cierto.

El cuadro demuestra que en ningún caso hubo una comisión donde la proporción de los proyectos de origen Ejecutivo sobrepasó el 43%, y en un caso la proporción llegó a ser tan baja como del 12.5%. De manera que si la asignación a comisiones es un indicador válido de la importancia de un proyecto, tendríamos que concluir que no pareciera existir una predominancia del Ejecutivo en el patrocinio de proyectos "importantes".

Facultad de Legislar

La Asamblea Legislativa tiene el poder de reformar la Constitución en forma parcial. A través de los años, ha ejercitado esta facultad para efectuar cambios sustanciales constitucionales pero generalmente en estrecha coordinación con el Poder Ejecutivo.

La legislatura también tiene la facultad de dictar las leyes, derogarlas y darles interpretación auténtica. La forma en que estas facultades se ejercitan, según se refleja en la tramitación de los proyectos, podría perfectamente usarse como indicador del grado en el cual la legislatura está sujeta a control por parte del Ejecutivo. Por ejemplo, podría afirmarse que el procedimiento seguido para tramitar los proyectos del Ejecutivo y la dictaminación sobre ellos, demostraría que hay una tendencia a aprobar automáticamente dichos proyectos. Si la proposición fuera cierta, sería de esperar que la proporción de los proyectos del Ejecutivo que no han terminado de tramitarse en un determinado período de tiempo fuera mucho más baja que aquella de los proyectos de los diputados. Los datos obtenidos en el período de siete meses que se estudió indican que las proporciones respectivas fueron del 59% y del 62%. Esta pequeña diferencia a favor de los proyectos del Ejecutivo no pareciera indicar que a estos se les dé un tratamiento preferencial, y ciertamente no sugiere que la Asamblea se limite a ratificar los proyectos presentados por el Ejecutivo.

- b) Comisión de Asuntos Hacendarios: Presupuestos Nacionales y asuntos de Hacienda.
- c) Comisión de Gobierno y Administración: Gobernación, Seguridad Pública, Relaciones Exteriores y Culto, Transportes y Comunicaciones, Municipales, Agricultura y Colonias.
- d) Comisión de Asuntos Sociales: Trabajo y Bienestar Social, Salubridad, Protección Social y Educación.
- e) Comisión de Asuntos Jurídicos: Justicia y Gracia, Derecho Civil, Penal, Comercial, Procesal, Contencioso y Administrativo, Electorales, Organización del Poder Judicial, Renuncias, Incompatibilidad, Reglamento Interno y todo otro asunto esencialmente jurídico.

Podría afirmarse también que, si la proposición es válida, el tiempo transcurrido entre la introducción de los proyectos del Ejecutivo y tramitación final de estos, sería más corto que aquel transcurrido en el caso de proyectos que tienen su origen dentro de la Asamblea. El siguiente cuadro muestra la distribución de ambos tipos de proyectos.

CUADRO 2

TIEMPO TRANSCURRIDO ENTRE LA INTRODUCCION Y LA TRAMITACION FINAL DE PROYECTOS SEGUN EL TIPO DE PATROCINIO DE ESTOS

Período de Tiempo	% de Proyectos Ejecutivos tramitados dentro de cada Período.	% de Proyectos Legislativos tramitados dentro de cada período.
Menos de un mes	14.4% (8)	26.1% (37)
Más de uno pero menos de tres meses	32.1% (18)	16.2% (23)
Más de tres pero menos de seis meses	21.4% (12)	23.2% (33)
Más de seis pero menos de doce meses	17.9% (10)	18.3% (26)
Más de doce meses	14.3% (8)	16.2% (23)

Utilizando un promedio de pesos diferenciales, de manera que se le asigna a cada proyecto en la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta categorías, puntajes de uno, dos, tres, cuatro y cinco respectivamente, encontramos que el puntaje promedio para los proyectos de los diputados fue de 2.83 y el de los proyectos Ejecutivos de 2.86. Si computamos el mismo promedio diferencial con relación al período de tramitación en comisiones, el puntaje para los proyectos de los diputados es de 1.48 y para los del Ejecutivo de 1.51. Las diferencias son muy pequeñas. Pero puesto que mientras más bajo el promedio diferencial, menor el tiempo de tramitación, si algo indican las cifras es que los proyectos de los diputados fueron procesados algo más rápido que los proyectos del Ejecutivo.

Un indicador adicional que podría usarse para verificar la proposición en examen podría basarse en los proyectos que son rechazados. Un examen de dichos proyectos indica que la frecuencia con que se rechazan proyectos es tan baja, que cualquier comparación pierde su sentido.⁽³²⁾ De un total de 207 proyectos a los

(32) Debe notarse que nos referimos sólo a proyectos que han sido formalmente rechazados y no a estos, más los proyectos que son rechazados informalmente a través de tácticas dilatorias.

cuales se le dio tramitación final,⁽³³⁾ sólo 8 fueron rechazados de estos, 5 fueron patrocinados por diputados y los otros 3 fueron proyectos de iniciativa del Ejecutivo. Sin embargo, es revelador observar, que durante la Asamblea de 1966 - 1970, un proyecto del Ejecutivo cuyo propósito esencial era el de modificar el sistema de banca nacionalizada introduciendo un sistema de banca mixta, fue rechazado en plenario. Este proyecto buscaba cumplir con una medida que había sido prometida por el Presidente durante su campaña política.

Aunque no hay datos sistemáticos recopilados disponibles acerca del grado en el cual los proyectos del Ejecutivo se modifican en las comisiones, la observación detenida de sus procedimientos y discusiones indica que esta prerrogativa se usa con cierta frecuencia.⁽³⁴⁾ Los proyectos presupuestarios, y económicos por ejemplo, fueron modificados constantemente durante el período de 1966 - 1970. Estas modificaciones tendieron a aumentar las cantidades a que se referían estos proyectos. Por ejemplo, en 1968 un proyecto que proponía una emisión de bonos de doce millones de colones (¢ 12 M) para la construcción de escuelas, fue aprobado después de que la cantidad fue aumentada a cuarenta y un millones de colones (¢ 41 M). Los fondos adicionales se destinaron a la construcción de escuelas en comunidades específicas escogidas por diputados de los distintos partidos. El presupuesto ordinario de 1969 se aumentó en diecisiete millones de colones (¢ 17 M), un aumento del 2.8%.⁽³⁵⁾

La mayoría de los fondos adicionales fueron destinados a obras específicas que habían sido escogidas exclusivamente por los diputados del partido mayoritario. Sin embargo, las modificaciones hechas a proyectos presupuestarios y económicos no siempre implicaron aumentos. En 1969 un presupuesto extraordinario que ascendía a ciento setentisiete millones de colones (¢ 177 M) fue recordado a noventaicinco millones (¢ 95 M) antes de ser aprobado. Nor-

(33) Se notará que esta cifra (207) no concuerda con la cifra (198) de el Cuadro 2. La discrepancia se debe a que no se pudo obtener la información en cuanto a la duración del trámite de nueve de los proyectos.

(34) Aunque menos frecuentes, las modificaciones de proyectos en el plenario se dan de vez en cuando.

(35) Aunque la Asamblea tiene la obligación de demostrar de dónde van a provenir los fondos adicionales requeridos en el caso de aumentos presupuestales, normalmente no es difícil conseguir opiniones técnicas que indiquen que el Ejecutivo ha subestimado en sus proyecciones de entradas fiscales para determinado año.

malmente los presupuestos extraordinarios eran objeto de negociación entre el partido mayoritario de la Asamblea y sus oponentes políticos en el Poder Ejecutivo.⁽³⁶⁾

El Ejecutivo puede, sin embargo, vetar cualquier proyecto que no sea el presupuesto ordinario o una convocatoria a una Asamblea Constituyente. Durante el período estudiado un número sorprendente alto de vetos fue interpuesto. Un total de treintinueve vetos fueron interpuestos en comparación con siete en un mismo período de siete meses el año anterior. Esta diferencia considerable se explica por el hecho de que el 61.5% (24) de los proyectos vetados en el período estudiado reflejaron un cambio radical en la posición del Presidente con relación a la concesión de pequeñas exoneraciones de impuestos.⁽³⁷⁾ Carecemos de los datos que indicarían si la Asamblea ejerció en algunos de estos casos su derecho de resellar los proyectos vetados, con base en una mayoría de las dos terceras partes. Pero tenemos la impresión que el resello se da en muy pocos casos, y casi nunca en el caso de proyectos de alguna trascendencia. Aunque los datos no son exhaustivos ni enteramente representativos, sí ilustran que el Presidente cuenta con los medios para neutralizar las decisiones legislativas. Esto produce un equilibrio de poder con relación a la facultad de dictar leyes. No obstante, si se ve en la necesidad de recurrir a la alternativa final del veto, es obvio que el poder ejecutivo está lejos de ser omnipotente.

La Facultad de Ratificación

La mayoría de los acuerdos internacionales y empréstitos extranjeros negociados o suscritos por el Poder Ejecutivo tienen que ser ratificados por las dos terceras partes de los votos en la Asamblea.⁽³⁸⁾ En la mayoría de los casos, la naturaleza no contro-

(36) El partido mayoritario se benefició a través de dichas negociaciones pero su posición no era todo lo fuerte que pudiera imaginarse. Los presupuestos extraordinarios son difíciles de retardar o de rechazar dado que el Ejecutivo generalmente incluye en éstas partidas para cubrir los sueldos de algunos empleados públicos y esto a su vez a la movilización del interés de estos y de las presiones subsiguientes.

(37) Los gobiernos municipales de Costa Rica han acostumbrado pedir, también como recibir, la exoneración de los impuestos sobre ciertas compras tales como las de cemento a ser utilizado en obras municipales. Muchos de los proyectos que tramita la Asamblea son proyectos que piden tales exoneraciones.

(38) Hasta 1969, cuando se aprobó una reforma constitucional, la Asamblea tenía que autorizar no sólo los préstamos extranjeros sino que tenía que dar autorización previa para que el

versial de dichos acuerdos y préstamos, hacen de esto una mera formalidad. Pero sería un error asumir que el Ejecutivo goza de absoluta libertad en estos tipos de asuntos. Por ejemplo, un acuerdo sobre un empréstito con la AID para la construcción en San José de un nuevo mercado de mayoreo, fue congelado por la Asamblea durante un año hasta que eventualmente fue retirado por la AID.

En 1968, un acuerdo muy importante, el Protocolo de San José, recibió un tratamiento similar. Esta proposición surgió de los Ministros de Hacienda de los países que componen el Mercado Común Centroamericano (MCCA), y hubiera autorizado un impuesto regional sobre la venta de artículos de lujo, y un 30% de aumento en los impuestos sobre las importaciones hechas fuera de la región del MCCA. La medida supuestamente se proponía reducir el problema de la balanza de pagos al que se enfrentaban sus naciones miembro. Sin embargo, dentro de la fracción del PLN, se argumentó que el Protocolo no era más que un intento de los otros países para aumentar los ingresos fiscales sin llevar a cabo las reformas sobre los impuestos directos que Costa Rica ya había adoptado. Algunos de los líderes legislativos del PLN argumentaron también que la ratificación del Protocolo no sería políticamente recomendable puesto que ellos habían manifestado previa y públicamente que no aprobarían la creación de nuevos impuestos.

Se ejercieron presiones extremas sobre los diputados en un intento de obligarlos a ratificar el acuerdo. Esas presiones emanaron no sólo del Poder Ejecutivo, sino también de líderes de partido, de agencias internacionales de préstamos, y del gobierno de los Estados Unidos. José Figueres, en ese momento el supuesto candidato presidencial del PLN para 1970, presionó a los diputados de su partido. El Banco Mundial insinuó, que no se le concederían más préstamos a Costa Rica a menos que el Protocolo fuera ratificado. Presiones similares surgieron del Fondo Monetario Internacional y de funcionarios de la AID, como también del Embajador de los Estados Unidos en San José. El hecho de que la Asamblea haya congelado el Protocolo en comisión por más de seis meses

Poder Ejecutivo los pudiese negociar. Esto significaba una influencia mayor para el Poder Legislativo en el establecimiento de ciertos tipos de políticas fiscales de la que tiene ahora. Esta influencia se busca ahora a través de la introducción de ciertas disposiciones generales a las ratificaciones que limitan o buscan limitar la forma en la cual puede utilizar el Poder Ejecutivo estos fondos.

bajo dichas condiciones, y que eventualmente haya insistido en rechazar la ratificación, indica su potencial para actuar independientemente.⁽³⁹⁾ La inhabilidad del Ejecutivo para controlar incluso el comportamiento de diputados de su partido, se evidenció por el hecho de que un número sustancial de ellos votó en contra de la ratificación del acuerdo.

Facultades de Nombramiento

Los diputados de Costa Rica son los únicos electores de los Magistrados de la Corte Suprema y del Contralor y Sub-Contralor de la República. Debido a que estos nombramientos sólo requieren un voto de mayoría del 51%, el Ejecutivo no tiene la menor influencia en la selección de estos funcionarios cuando la oposición controla la Asamblea, como fue el caso durante el período estudiado. En los últimos años la designación se ha realizado dentro de la fracción del PLN, puesto que su absoluta mayoría les ha permitido determinar los resultados definitivos. Aún cuando las condiciones profesionales de los candidatos han sido cuidadosamente examinadas y usadas como criterio final en la selección, sólo aquellos con un respaldo apropiado del partido han alcanzado la etapa final en el proceso de selección dentro de la fracción. Durante el período de siete meses de investigación realizada en Costa Rica, varios Magistrados fueron nombrados, y en cada caso, la lista final de candidatos considerada por la fracción fue una lista de partidarios. El Contralor y el Sub-Contralor nombrados antes de que se iniciara el estudio, también son partidarios reconocidos del PLN.

Facultad de Investigación

La Constitución le concede a la Asamblea la facultad de crear comisiones legislativas especiales para investigar cualquier asunto que le sea de interés. Estas comisiones poseen libre acceso a todos los registros del gobierno, y puede solicitar el testimonio de cualquier persona en el país. La comparecencia ante estas comisiones es obligatoria. Sin embargo, los informes escritos una vez

(39) Vale señalar que aunque el Protocolo no fue ratificado por la Asamblea 1966-1970, sí fue ratificado en 1970 después de la instalación de la administración Figueres, en el cual el Ejecutivo y el Legislativo comparten el color político. Esto sugiere el punto obvio que la influencia de los Presidentes varía de un período gubernamental a otro. El estilo personal de cada Presidente y las condiciones bajo las cuales desempeña el poder pudiesen muy bien ser tan importantes o más importantes que los aspectos institucionales de la relación Ejecutivo-Legislativo.

concluidas las investigaciones, tienden a ser inefectivos. A la mayoría de estos no se les somete a un voto formal en plenario y muchos hasta lo llegan a ser discutidos en el pleno. De manera que las recomendaciones que contienen casi nunca son ejecutadas.

La Contraloría General sí lleva a cabo investigaciones efectivas con relación a los gastos públicos. Como agente auditor del Poder Legislativo, a menudo se le ordena llevar a cabo investigaciones específicas en esa área. Tales investigaciones pueden ser pídas por la Asamblea o por cualquier diputado individual.

Aunque no es cierto que la Asamblea tiene la facultad de enjuiciar al Presidente como algunos estudiosos lo han afirmado,⁽⁴⁰⁾ desempeña la función de resolver sobre las acusaciones que surgen en contra del Presidente, Vice-Presidentes y otros miembros de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Depende de los diputados el establecer si hay o no lugar a formación de causa en dichos casos para un proceso judicial. Si encuentra que existe causa debida, trasladan el caso a la Corte Suprema y suspenden al demandado temporalmente de sus funciones, o en el caso de los diputados, le levantan la inmunidad de que disfrutaban como miembros de la Asamblea. Varias acusaciones surgieron en contra de miembros de los Poderes Legislativo y Ejecutivo durante el período estudiado. En todos los casos menos en uno, no encontraron lugar a formación de causa contra los acusados. La única excepción implicaba a un diputado que fue acusado de malversación. Pero el hecho de que los diputados sólo hayan actuado contra uno de sus propios miembros no debe tomarse como indicación de que no actuarían de igual forma en el caso de cualquiera de los Poderes si de hecho encontrasen que existe causa debida para actuar en esta forma.

La Asamblea tiene la facultad de interpelar a los Ministros de Estado. También puede censurar a un Ministro con el voto de las dos terceras partes, si se descubre que es culpable de actos inconstitucionales o ilegales, o de errores graves que hayan causado o puedan causar perjuicio evidente a los intereses públicos. Durante el período estudiado, tres ministros fueron interpelados y se propuso censurar a uno de ellos, pero no se logró el número necesario de votos. En todos los casos no se observó sino las más rudimentarias cortesías en la forma de interrogar a estos altos fun-

(40) Tomasek, op. cit., pg. 112.

cionarios. La motivación partidista tiende a ser un fuerte factor a la hora de ejercer estas dos facultades. Este factor se hizo presente muy claramente en las dos ocasiones en las que el hijo del Presidente, el entonces Ministro de Seguridad Pública, fue llamado a comparecer ante la Asamblea. Pero independientemente de la motivación, continúa siendo cierto que la Asamblea ejerce la facultad de investigación.

Otras Facultades Misceláneas y Latentes

Existe una facultad adicional concedida a la Asamblea que no debe pasarse por alto. El Artículo 98 de la Constitución prohíbe "la formación o el funcionamiento de partidos que por sus programas ideológicos, medios de acción o vínculos internacionales, tienden a destruir los fundamentos de la organización democrática de Costa Rica". La interpretación final de este artículo corresponde no a la Corte Suprema sino a la Asamblea. Así la Asamblea tiene la facultad de impedir la participación de ciertos tipos de partidos políticos en las elecciones generales. Este poder fue ejercitado para proscribir a los partidos que se consideraban como del frente comunista en las elecciones de 1953 y 1966. En 1969 se llamó de nuevo a la Asamblea para que ejercitara este poder.

En agosto de 1969 la inscripción del Bloque de Obreros, Campesinos e intelectuales, fue anulado por razones técnicas por el Tribunal Supremo de Elecciones, como resultado de la impugnación de la inscripción presentada por miembros del partido anti-comunista Unión Cívica Revolucionaria. Este fallo fue pronunciado después de que se había vencido el término para inscribir partidos para las elecciones de 1970, lo que significó que el partido comunista tradicional, ahora con un nuevo nombre, no podría lanzarse a la candidatura con sus propias papeletas. Poco después de que el fallo fue anunciado, el Partido Acción Socialista (PASO), ofreció lanzar la candidatura de los principales candidatos del Bloque en su papeleta legislativa.⁽⁴¹⁾ El intento para evitar que estos candidatos participaran en las elecciones fue llevado entonces hasta la Asamblea. Los diputados del UCR presentaron un proyecto que solicitaba a la legislatura pronunciarse en el sentido de que el PASO

(41) El Lic. Manuel Mora, el líder indiscutible del partido comunista de Costa Rica desde su creación fue puesto en la primera posición de la papeleta de San José del PASO; esta posición es la más segura de todas las papeletas provinciales. Vale señalar también que la campaña del PASO buscó la elección del Lic. Mora más que la de los candidatos genuinos del partido.

caía dentro de los presupuestos del Artículo 98, y que por lo tanto debía ser proscrito. Puesto que se requiere que la Asamblea envíe dichos proyectos al Tribunal Supremo de Elecciones para que este emita su opinión, así se hizo antes de que el mismo fuera debatido exhaustivamente en comisión. El Tribunal emitió la opinión de que el PASO debía ser proscrito. La comisión que estudió el proyecto confirmó dicha opinión. Pero a pesar de este informe y del respeto que la mayoría de los costarricenses tienen por el Tribunal, no se había tomado ninguna decisión con relación al proyecto cuando la Asamblea entró en receso de dos meses antes de la elección. En este caso, los que no estaban de acuerdo en que se proscribiera al PASO utilizaron una táctica filibustera para que no se llegase a votar el asunto en plenario, lo que ejemplifica una forma indirecta de tomar decisiones. El partido pudo participar en las elecciones gracias a la ausencia de un voto específico que lo proscribiera.

La Asamblea tiene otras facultades que raras veces ha necesitado ejercer. Entre estas están las facultades de: (1) dar o no su asentimiento para el ingreso de tropas extranjeras al territorio nacional, (2) autorizar al Poder Ejecutivo para declarar el estado de defensa nacional y para concertar la paz, (3) suspender ciertos derechos y garantías constitucionales, y (4) resolver las dudas que ocurran en caso de incapacidad física o mental de quien ejerza la Presidencia de la República, y declarar si debe llamarse al ejercicio del Poder a quien deba sustituirlo. Aunque no ha habido necesidad de ejercitar ninguna de estas facultades desde la promulgación de la Constitución de 1949, con excepción de la suspensión de los derechos y garantías constitucionales,⁽⁴²⁾ es significativo que la Asamblea jugaría un papel muy importante en esas situaciones críticas.

Conclusiones

La pregunta básica formulada al iniciarse esta sesión fue la de si la Asamblea desempeña más que un papel legítimamente en el proceso decisorio de Costa Rica. Hemos tratado de contestar esta pregunta, identificando los poderes formales concedidos al Poder Legislativo y determinando la manera en que estos poderes son

(42) Esta facultad fue ejercitada brevemente en 1955 cuando algunos de los partidarios del ex-Presidente Calderón Guardia invadieron a Costa Rica desde Nicaragua buscando derrocar al Presidente Figueres quien había resultado electo en 1953.

utilizados en la práctica. Los siguientes hallazgos indican que la Asamblea puede ser partícipe activa e independiente en este proceso.

- 1) Facultad de iniciación: Una proporción sustancial de los proyectos presentados a la Asamblea tuvieron su origen en el Poder Legislativo y no en el Poder Ejecutivo. De manera que se puede decir que la Asamblea jugó un papel importante en la primera etapa del proceso decisorio, sea, la determinación del tema o asunto sobre el cual ha de pronunciarse un cuerpo decisorio. Se encontró también que no hay evidencia alguna que indique que el Ejecutivo tenga algo que se aproxime siquiera a un monopolio en esta primera etapa, con respecto a la iniciación de proyectos "importantes".
- 2) Facultad de legislar: Existe evidencia considerable de que el Poder Legislativo ejercitó su discreción en la promulgación de leyes. En términos generales no puede decirse que los proyectos del Ejecutivo recibieron tratamiento preferencial ni que escaparon a modificación durante su tramitación en la Asamblea.
- 3) Facultad de ratificación: Aunque la ratificación de acuerdos y préstamos internacionales tiende a ser un acto simbólico, la mayor de las veces, los diputados dejaron de hacerlo en dos ocasiones, a pesar de haber sido sometidos a poderosas tácticas de presión.
- 4) Facultades misceláneas: Se encontró que la Asamblea tiene la última palabra para determinar si a cierto tipo de partidos políticos se le debe permitir participar en las elecciones. Se ejercitó esta facultad de una manera altamente independiente.

Habiendo justificado el punto de vista que la fase legislativa del proceso decisorio es efectiva, las secciones restantes enfocarán con mayor detalle las características de esta fase. Nuestra meta consiste en obtener una mejor comprensión acerca de quién toma las decisiones en la Asamblea, cómo y bajo qué condiciones.

Las secciones siguientes estudiarán los aspectos procesales formales de la tramitación de proyectos, algunos aspectos de comportamiento de las comisiones y del plenario y una consideración sobre cuál es el papel de los partidos políticos en el proceso total de la promulgación de leyes.⁽⁴³⁾

(43) En algunos estudios recientes que han tratado el tema del comportamiento legislativo se le ha dado gran énfasis a las normas informales de comportamiento. En el caso de la investiga-

En la sección final se formulará una serie de proposiciones que sugieren un enfoque analítico para estudios futuros de la dinámica del proceso decisorio.

LAS CARACTERISTICAS DE PROCEDIMIENTO EN EL PROCESO LEGISLATIVO

El proceso involucrado en la consideración y promulgación de las leyes puede dividirse en tres etapas: (1) introducción y asignación a comisión, (2) trámite en comisión y (3) debate en plenario.

Introducción de Proyectos y su Asignación a Comisión

Todos los proyectos que se someten a la Asamblea se canalizan a través de la Dirección Ejecutiva, quien los envía al Directorio de la Asamblea. Luego, cada proyecto se anuncia por título en una sesión legislativa, identificando la naturaleza de los mismos, y seguidamente el Presidente de la Asamblea indica a cuál de las cinco comisiones permanentes principales se le asignará el proyecto para su estudio. Aunque se supone que el tema del proyecto sirve como primer criterio para la asignación a comisión, el Presidente puede usar su discreción al hacer algunas de estas asignaciones. Este se encuentra en una posición de expeditar o liquidar un proyecto según lo asigne a una comisión cuyos miembros bien se sabe que lo favorecerán o que se le opondrán. Generalmente estas decisiones se basan exclusivamente en el juicio del Presidente, aunque en algunos casos consulta con el jefe de fracción de su partido.

Una vez que el proyecto se anuncia y se asigna a una comisión, se entrega una copia a la Imprenta Nacional para su publicación en La Gaceta. Los proyectos no pueden incluirse en la orden del día de las comisiones respectivas sino hasta cinco días hábiles después de su publicación en La Gaceta, la cual se publica seis días por semana. Este procedimiento de publicación y espera, generalmente representa un atraso de aproximadamente diez días.

ción realizada en Costa Rica, encontramos que la mayor parte de los diputados entrevistados indicó que no creía que existiesen tales normas. Esta ausencia de normas informales conscientes bien pudiese ser producto del hecho que cada cuatro años hay un cambio total de diputados. Sería interesante tratar de determinar si esta relación entre la presencia de normas informales de comportamiento y la fluctuación de los miembros de una institución legislativa también se presenta en los congresos de otros países donde se da esta fluctuación marcada.

Trámite en Comisión

Una vez que un proyecto se incluye en el orden del día de una comisión, ésta puede decidir por un voto de las dos terceras partes de los miembros, discutirla con anterioridad a los otros proyectos en la agenda. El presidente de la comisión también puede expeditar el trámite de un proyecto, convocando a la comisión a sesionar extraordinariamente, ya que él es el que confecciona el orden del día para dichas sesiones. Es perfectamente posible poner un proyecto indefinidamente, simplemente acordando sistemáticamente conocer con el criterio preferencial otros proyectos. La facultad de los presidentes de comisión para nombrar subcomisiones también puede ser utilizada para este fin de expeditación.

De acuerdo con el Reglamento de la Asamblea, la comisión debe entregar un dictamen, lo más tarde quince días después de que el proyecto ha sido oficialmente incluido en la orden del día. Se supone que los presidentes de las comisiones deben solicitar extensiones necesarias al Presidente de la Asamblea. Al concluir el plazo mencionado si la comisión no ha rendido un dictamen ni que, a partir de la fecha fijada, en la ausencia de un dictamen, ha solicitado prórroga, el Presidente de la Asamblea debe, según el Reglamento, amonestar a la comisión y fijarle un término adicional. A la vez este debe advertirles a los miembros de la comisión no devengarán sus dietas regulares de comisión hasta que tal dictamen sea presentado. Sin embargo, la mayor de las veces no se cumplen con estos plazos ni se aplican las sanciones de rigor. En el período de siete meses estudiado, menos de cinco prórrogas fueron solicitadas, y ningún miembro de comisión fue privado de sus dietas por su asistencia a las sesiones de las comisiones. Sin embargo, menos del 29% de aquellos proyectos que salieron de comisión fue procesado en el lapso de tiempo al que obligan los estatutos. Es más, sólo el 49% de los proyectos ante la Asamblea en el período estudiado salieron de comisión.

El grado en el que las comisiones estudian los proyectos varía sustancialmente. En algunos casos se da la aprobación casi automática debido a la naturaleza no controversial del proyecto. En otros casos, se lleva a cabo un estudio detallado. A través de sus presidentes, las comisiones pueden llamar a funcionarios públicos o particulares a atestiguar ante ellas. Con excepción de los

Ministros de Estado y Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, todo funcionario público debe acceder a tales requerimientos. Las comisiones pueden también solicitar opiniones escritas de cualquier persona o institución. En algunos casos están obligados por ley a solicitar la opinión de ciertos representantes institucionales. Por ejemplo, la Junta Directiva de una institución autónoma debe ser consultada con respecto a cualquier proyecto que se relacione con ella, pero las opiniones que ella emita no obligan a la Asamblea. Las comisiones también están obligadas a requerir la opinión de la Corte Suprema y del Tribunal Supremo de Elecciones en asuntos relacionados con la organización o funcionamiento del sistema judicial en el primer caso y del sistema electoral en el otro. En ambos casos esas opiniones obligan a la comisión a menos que ésta decida ignorarlas con base en un voto de las dos terceras partes.⁽⁴⁴⁾

Las comisiones pueden enmendar cualquier aspecto de un proyecto con un voto mayoritario. Una vez que se han conocido todas las mociones de enmienda, se emite el voto final sobre el proyecto.⁽⁴⁵⁾ Entonces el secretario de la comisión nombra a un miembro para que redacte un informe que refleje la decisión afirmativa o negativa tomada por la mayoría de sus miembros. En el evento de que algún individuo o grupo dentro de la comisión esté en desacuerdo con la decisión de la mayoría, puede, por su parte, redactar uno o más dictámenes de minoría. Sin embargo, estos dictámenes de minoría se conocen en el plenario sólo si el informe de mayoría es rechazado.

Un dictamen favorable de mayoría no siempre implica apoyo al proyecto, inicialmente presentado. Las reformas realizadas a un proyecto se incorporan al texto final del proyecto que emite la comisión que es el que se discute en el plenario. A veces estas reformas son fundamentales e incluso antagónicas con el propósito original del proyecto. Un caso ilustrativo sería el dictamen sobre el Protocolo de San José, que recibió un dictamen de mayoría afirmativo que estipulaba que la tasa de otro impuesto indirecto sería disminuido proporcionalmente a los ingresos generados por los nuevos impuestos incluidos en el Protocolo.

(44) Como excepción se debe de señalar el caso de legislación electoral en los seis meses anteriores a una elección. Tal legislación no puede ser promulgada por la Asamblea en este período a no ser que el Tribunal Supremo de Elecciones dé una opinión favorable al proyecto.

(45) Las mociones de enmienda pueden ser presentadas no sólo por los miembros de la comisión sino por cualquier diputado.

El Debate en el Plenario

Una vez que los proyectos salen de las comisiones, se incluyen al final de la orden del día del plenario, dos días hábiles después de que los dictámenes pertinentes han sido publicados en *La Gaceta*. Al igual que en las comisiones, en el plenario los proyectos se conocen según su orden de aparición en el orden del día, a menos que los diputados decidan conocer un proyecto preferencialmente; ello requiere un voto mayoritario de las dos terceras partes de los diputados presentes. A veces los proyectos sufren atrasos extremadamente largos a menos que se solicite y se obtenga el trámite preferencial antes mencionado, por el primero de los tres debates que se requieren para promulgar una ley.

La Constitución y el Reglamento de la Asamblea establecen que todo proyecto debe someterse a tres debates separados.⁽⁴⁶⁾ Cada debate debe efectuarse en días distintos. El primer debate tiene por objeto discutir el contenido del proyecto e introducirle reformas de fondo al texto del proyecto incluido en el dictamen de mayoría si este fuese afirmativo. Aquellas mociones presentadas para reformar el proyecto, que han sido rechazadas en comisión, pueden ser reconsideradas en el primer debate y sólo requieren un voto de mayoría para que sean aprobadas. Las mociones que no hayan sido presentadas en comisión también requieren un voto mayoritario para su aprobación pero antes de que puedan entrar a discusión es necesario que se presente una moción de procedimiento que requiere el voto de las dos terceras partes de los diputados. En años recientes, los funcionarios que han presidido la Asamblea han recurrido a un procedimiento especial para poder superar el problema del gran número de mociones de reforma que se presentan con relación a algunos proyectos. Se han integrado subcomisiones especiales para que consideren dichas mociones. Dentro de un período señalado por el Presidente de la Asamblea éstas rinden un informe recomendando la aprobación de todas, algunas o ningunas de las mociones presentadas. Y, en el primer debate se vota sobre este informe y no sobre cada moción individual.

(46) Los proyectos son aprobados o rechazados al final de cada debate, normalmente por simple mayoría de votos. En ciertos casos excepcionales, como las de reformas constitucionales y ratificaciones de acuerdos internacionales y préstamos extranjeros, se necesita un voto de las dos terceras partes para la aprobación. Desafortunadamente, a pesar del gran número de votos que se dan en la Asamblea, no es posible hacer un estudio sistemático de estos dado el hecho que muy pocos de ellos son votos nominales.

Una vez que el texto original o modificado de un proyecto ha sido aprobado en el primer debate, las mociones sobre reformas de fondo que surjan sólo pueden ser consideradas si la mayoría de dos tercios aprueba una moción para que el proyecto sea devuelto al primer debate. Si se rechaza un dictamen afirmativo en primer debate, el Presidente de la Asamblea lo asigna a una nueva comisión, a menos que el mismo haya sido rechazado con anterioridad en otro primer debate en cuyo caso se desecha. Si un dictamen negativo es votado afirmativamente, el proyecto es rechazado y pasa al archivo. En ambos casos, el proyecto no puede introducirse de nuevo hasta el inicio del próximo año legislativo calendario. Si se acepta un dictamen favorable, entonces el proyecto pasa a segundo debate.

El segundo debate permite discusiones generales con relación a la forma o la redacción del proyecto y no a su contenido. Raras veces se debate en esta etapa. Si se emite un voto favorable al proyecto, pasa a tercer debate. Si se rechaza, el proyecto se desecha. Ninguno de los individuos que fueron entrevistados pudo recordar un ejemplo de un voto negativo en el segundo debate, durante el periodo de 1966-1970.

En el tercer debate se discuten, en general, los aspectos positivos y negativos del texto final del proyecto. Una vez que se agota la discusión en el tercer debate, se emite un voto final, a menos que se presente una moción para que el proyecto sea devuelto al primer debate o a una comisión.⁽⁴⁷⁾ Si se rechaza el proyecto, corre la misma suerte que si se rechaza en el segundo debate. Si se aprueba, se envía a la Comisión de Redacción para que esta le haga los cambios de forma que puedan ser necesarios, y una vez pulido es enviado al Ejecutivo para su ratificación. El Ejecutivo está obligado a aprobar o a vetar el proyecto dentro de los diez días hábiles posteriores al momento en que lo recibe de la Asamblea Legislativa.

La participación de cada diputado en los diferentes debates sobre cada proyecto se limita teóricamente a un total de cuatro intervenciones de treinta minutos cada uno. Sin embargo, cada intervención puede extenderse por períodos adicionales de igual du-

ración mediante la presentación y aceptación de una moción de prórroga. Ello significa que cada diputado puede intervenir en la discusión de un proyecto por períodos de tiempo casi ilimitados. Rara vez se vota en contra de una moción presentada para extender la media hora de tiempo concedida a los oradores. Durante sus intervenciones el orador supuestamente debe limitar su exposición al asunto en cuestión y depende discrecionalmente del Presidente de la Asamblea el llamarle la atención a un diputado que se aparte del tema del proyecto. La decisión es difícil de tomar, sin que origine bastante antagonismo de parte de los otros diputados. Consecuentemente pocas veces se le llama la atención a un diputado por salirse del tema.

CARACTERISTICAS DE COMPORTAMIENTO DENTRO DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

Las Comisiones

La Asamblea Legislativa cuenta con cinco comisiones permanentes principales, a cada una de las cuales se le asigna un campo especializado. Todos los diputados, con excepción del Presidente de la Asamblea, trabajan en una de estas comisiones. Cuatro de las comisiones consisten de once miembros, y una de ellas posee un total de doce miembros.

El Presidente de la Asamblea asigna a los diputados a las comisiones al principio de cada año calendario, o sea en mayo. Los cuatro diputados que fungieron como Presidentes durante el término de 1966-1970, todos miembros del partido mayoritario, discutieron las asignaciones a las comisiones con el jefe de su fracción. En el evento que hubiese desacuerdo, el criterio del jefe era el que prevalecía. Los partidos minoritarios no fueron consultados formalmente por el Presidente a la hora de hacer estos señalamientos. Sin embargo, los jefes de fracción de estos partidos sí se acercaban informalmente al Presidente para hacerle ciertas solicitudes. Estos jefes casi siempre fueron asignados a las comisiones que ellos preferían. También se les concedieron sus solicitudes expresas, siempre y cuando éstas no se opusieran a los intereses y las estrategias del partido mayoritario. Las asignaciones no son definitivas, puesto que aquellos diputados que no se encuentran satisfechos con su asignación pueden permutarla por otra en otra comisión con otro diputado durante el primer mes del año calendario. Dichos cambios tienden a

(47) Cualquier proyecto puede ser devuelto a comisión en cualquiera de los tres debates. Pero este procedimiento sólo puede ser utilizado una vez en el caso de cada proyecto.

efectuarse cada año principalmente entre los miembros de los partidos minoritarios.

Las asignaciones realizadas entre 1966 y 1969 indican que las consideraciones partidistas fueron el factor más importante en estas asignaciones. La estrategia seguida por el partido mayoritario fue la de asignar diputados partidarios a las comisiones de tal manera que le permitiera tomar la dirección del mayor número de comisiones posibles, y sobrecargar las comisiones más importantes con el mayor número de diputados de partido posible sin sacrificar la primera meta. El examen del siguiente cuadro apoya decisivamente esta afirmación.

CUADRO 2

DISTRIBUCION PARTIDISTA EN LAS COMISIONES PERMANENTES, 1968-1969

Comisiones (en orden descendiente de importancia) ^a	Número de Diputados en cada Partido			
	PLN	PR	PUN	UCR
Comisión de Asuntos Económicos	7	2	1	1
Comisión de Asuntos Hacendarios	8	2	2	0
Comisión de Gobierno y Administración	6	5	0	0
Comisión de Asuntos Sociales	6	3	1	1
Comisión de Asuntos Jurídicos	1	6	3	0

(a) Ver página 18 para una descripción de la metodología utilizada para el establecimiento de este orden de importancia.

Para poder controlar las cinco comisiones, el partido mayoritario hubiera necesitado un total de treintinueve diputados en vez de los veintinueve que tenía. De manera que una de las comisiones no podía quedar bajo presidencia de un diputado de partido, aunque la dirección en las primeras cuatro estaba garantizada. A dos de las comisiones principales se les asignó un diputado más de lo requerido para obtener la mayoría. A fin de hacer esto posible sólo un diputado de partido se asignó a la última comisión, mientras que a los otros partidos se les dio una representación desproporcionada en ella.

Pareciera que las consideraciones provinciales fueron de poca importancia para la asignación a las comisiones. No se pudo detectar ningún patrón provincial en los datos disponibles. Las res-

puestas de los diputados que habían fungido como jefes de fracción del partido mayoritario o como Presidentes de la Asamblea, indicaron que salvo una excepción, el equilibrio provincial no había sido un criterio principal usado al hacer las asignaciones. La única excepción estuvo relacionada con las asignaciones de la Comisión de Asuntos Hacendarios, aquella que trata con asuntos presupuestarios. Dentro de la fracción del partido mayoritario se presionó a los Presidentes para que no asignaran a más de un diputado de partido de cada provincia en esta comisión.

La Asamblea estudiada consideró de poco valor el desarrollo de conocimiento especializado dentro de las comisiones. Si se hubiera buscado el conocimiento especializado esperaríamos encontrar poca variación en los miembros de cada comisión a pesar de las características de asignación anual. Este no fue el caso como lo evidencia el siguiente cuadro.

CUADRO 3

CONTINUIDAD DE LOS MIEMBROS EN LAS COMISIONES PERMANENTES, 1968-1969

Comisiones (en orden descendiente de importancia)	Porcentaje de los miembros que habían sido: (*)		
	Miembros en el año anterior	Miembros en cualquier año anterior	Miembros en todos los años anteriores
Comisión de Asuntos Económicos	36.4% (4)	36.4% (4)	9.1% (1)
Comisión de Asuntos Hacendarios	0 (0)	0 (0)	0 (0)
Comisión de Gobierno y Administración	27.3 (3)	36.4 (4)	27.3 (3)
Comisión de Asuntos Sociales	18.2 (2)	36.4 (4)	9.1 (1)
Comisión de Asuntos Jurídicos	18.2 (2)	36.4 (4)	9.1 (1)

(*) Estas categorías no se excluyen recíprocamente.

El porcentaje reducido de diputados en cada comisión que habían servido en la misma comisión en la sesión anterior, refleja el grado en el cual se pudo haber esperado que los miembros estuvieran conscientes de la importancia y del transcurso de proyectos

provenientes de la sesión previa. La cifra relacionada con aquellos que habían servido en la misma comisión en cualquier sesión anterior, refleja el grado en el cual los miembros habían obtenido experiencia previa con relación al contenido del asunto tratado en la comisión. La cifra de aquellos que habían servido en la comisión en todas las sesiones precedentes sirve como medida absoluta de continuidad. Puesto que en cada caso un alto porcentaje indica bajo intercambio y un bajo porcentaje indica alto intercambio, los datos indican que existió un alto grado de intercambio entre los miembros de las comisiones.

Es de interés notar que los diputados del PLN tendieron proporcionalmente a tener menos experiencia previa en la misma comisión que aquellos de los otros tres partidos. Esta relación se invierte, sin embargo, si calculamos una medida de peso diferencial basado en la importancia de las comisiones donde dicha experiencia se obtuvo. Por ejemplo, si adjudicamos un puntaje de cinco puntos por tres años consecutivos de experiencia en la comisión de mayor importancia, cuatro para la segunda y así sucesivamente, encontramos que el PLN obtiene un puntaje de diez, el PR un puntaje de siete, el UCR un puntaje de cinco y el PUN un puntaje de cero. Si continuamos el mismo procedimiento para medir la experiencia obtenida en las comisiones, según las asignaciones de 1968-1969, en por lo menos una sesión anterior, los puntajes son PLN veintitrés, PR veintiuno, PUN diez y UCR cinco. Así pareciera que los diputados del PLN tendieron a obtener una experiencia prolongada en comisiones más importantes mientras que lo contrario fue lo cierto de los diputados de los otros partidos.

Un reciente observador ha implicado que la existencia de un sistema rotativo de miembros de las comisiones puede explicarse por el hecho de que "la mayoría de los diputados se vale de su puesto en las comisiones para establecer relaciones con las diversas ramas de interés, asegurándose una más fructífera actividad para su bufete particular en el futuro".⁽⁴⁸⁾ Esta interpretación es insostenible dado el hecho de que en el período estudiado sólo dieciséis de los cincuentisiete diputados eran abogados, y que ocho de estos ni siquiera fueron trasladados de la comisión a la que originalmente habían sido asignados.

(48) Charles F. Denton, *La Política del Desarrollo en Costa Rica* (San José: Editorial Novedades, 1969), pg. 61.

La explicación básica de la rotación practicada durante el período 1966-1970 es la de que así fue decidido que se hiciera por la fracción del partido mayoritario al comienzo del término. Se dieron dos razones por esta decisión. La primera fue la de que esta era la única manera de evitar que uno o varios diputados del partido se estancaran en una comisión aburrida o insignificante durante los cuatro años del período. La segunda, y probablemente la principal, fue la de que casi todos los diputados del partido deseaban que se les diera la oportunidad de pertenecer a la Comisión de Asuntos Hacendarios. Este deseo estaba motivado por dos consideraciones: (1) que los diputados que sirven en esta comisión ganan un mayor sueldo, puesto que se llevan a cabo muchas sesiones extraordinarias mientras el presupuesto ordinario está en estudio, y (2) que tienen una mejor oportunidad para incluir partidas de especial interés para sus comunidades dentro del presupuesto. La necesidad de satisfacer el deseo de servir en esta comisión por lo menos una vez dentro del término de cuatro años, ayuda a explicar el hecho de que la Comisión de Asuntos Hacendarios fue la única en el año calendario 1968-1969 que no tuvo miembros provenientes de ninguna de las sesiones previas.

El hecho de que los diputados no pueden servir en la Asamblea por períodos consecutivos y de que la mayoría de ellos tienden a ser cambiados de una comisión a otra dentro del período de cuatro años, sugiere que poco conocimiento especializado puede desarrollarse. El conocimiento especializado que puede aplicarse al estudio de un proyecto en comisión, se encuentra también limitado por el hecho de que la Asamblea no cuenta con personal de investigación.

¿Habremos de concluir entonces que el trabajo realizado a nivel de comisión es de baja calidad? Las implicaciones de dicha conclusión serían difíciles de pasar por alto dado el hecho de que el porcentaje de dictámenes que fueron modificados o rechazados en el plenario ascendió a sólo 17.4% (33) de aquellos que fueron tramitados completamente en el plenario durante el período estudiado.⁽⁴⁹⁾ Aunque la información presentada hasta el momento

(49) Esta cifra se refiere a los dictámenes sobre los cuales se pudo conseguir todo los datos necesarios. Aquellos dictámenes excluidos por falta de datos representó sólo el 6.9% (14) de todos los dictámenes tramitados en plenario. La cifra señalada del 17.4% puede ser desglosado en la siguiente forma: (a) 13.2% (25) fue aprobado con reformas o modificaciones al dictamen. (b) 2.6% (5) fue devuelto a comisión y (c) 1.6% (3) fueron rechazados.

pareciera apoyar dicha conclusión, existen razones para abstenerse de un juicio tan drástico.

En cada comisión había dos o tres individuos en algún momento determinado, quienes podían aportar cierto conocimiento especializado a los asuntos de conocimiento de la comisión. Estos individuos llevaban casi todo el peso de la discusión. No sólo expresaban sus puntos de vista con relación a los asuntos ante la comisión, sino que también señalaban o enmarcaban las inquietudes que necesitaban ser resueltas. Aunque los once o doce miembros de la comisión eran los que resolvían los asuntos por voto, lo hacían bajo la dirección de unos cuantos individuos bien versados en el contenido general del asunto entre manos. En ciertas ocasiones, esta dirección también surgió de los que atestiguaban ante la comisión. Pero pareciera que fueron estos pocos diputados los que tuvieron mayor influencia sobre las decisiones de las comisiones y los que hicieron que las deliberaciones de comisión alcanzasen algún grado de pericia. Dichos diputados surgieron de ambos grupos políticos y disfrutaban de un respeto bastante difundido tanto en las comisiones como en el plenario, como especialistas en determinados campos. Este respeto se fundamentaba no sólo en la preparación profesional de estos diputados sino también en el hecho que generalmente se esforzaban por llevar a cabo investigaciones de los proyectos fuera de la comisión y que frecuentemente lograban obtener un buen asesoramiento fuera de la Asamblea.

La importancia del trabajo realizado en las comisiones lo atestigua el hecho de que cuando los diputados deseaban que ciertos proyectos fueran aprobados, concentraban la mayor parte de sus esfuerzos en el trámite del proyecto en la comisión. Trataban de ganarse a los miembros de las comisiones para que le dieran tratamiento preferencial al proyecto, y trataban directamente de obtener los votos de los mismos si encontraban que el proyecto era controversial. Los grupos de interés organizados también ejercían presiones directas sobre los miembros de la comisión cuando un proyecto de su interés estaba en estudio.

Durante el período estudiado el partido mayoritario estableció estrategias a seguirse en comisión en el caso de los proyectos que eran considerados como de mayor trascendencia. Normalmente estas estrategias eran planeadas por el jefe de fracción y el presidente de comisión y a veces eran parte de una estrategia para

enfrentarse al Ejecutivo. Por ejemplo, un presupuesto extraordinario que requería fondos adicionales para misiones diplomáticas, fue demorado en comisión hasta que el jefe de fracción obtuvo del Ejecutivo el compromiso de girar ciertas partidas específicas de interés para el partido, que habían sido incluidas en el presupuesto ordinario pero que no habían sido giradas. Los casos de estrategia de fracción en las comisiones por parte de los partidos minoritarios se daba también en el caso de los proyectos más trascendentes pero con menor frecuencia que en el caso del partido mayoritario.

Las deliberaciones de las comisiones fueron notoriamente diferentes a aquellas del plenario. Las sesiones de comisión no se caracterizaron por ningún grado considerable de politiquería o dramatismo político. La mayoría del tiempo se intentó seriamente de discutir los proyectos en forma objetiva y consciente. Aunque la composición de las comisiones estuvo fundamentalmente determinada por consideraciones partidistas, el elemento partidista no surgió con mucha frecuencia. No hay duda, sin embargo, que estaba presente y que en cualquier momento podía ser utilizado.

El Plenario

El hecho de que los proyectos se debatían en tres ocasiones distintas, pareciera sugerir que se da gran énfasis a la discusión cuidadosa de las ventajas y desventajas de los proyectos. La duración de algunos de los debates observados tiende a fortalecer esta impresión. Es tentador asumir que lo que se ventila en el plenario implica un impacto considerable sobre la acción final que se tome con relación a un proyecto.

Sin embargo, la observación cuidadosa de las sesiones del plenario y el análisis detallado de las actas del plenario de la Asamblea, nos hace dudar de la validez de dicho presupuesto. La observación de las actividades de los diputados durante las sesiones del plenario indican que, con la excepción de algún debate ocasional, pocos diputados prestan la menor atención a lo que se dice en el plenario. Durante la mayor parte de los debates, casi todos los diputados se entretienen leyendo los periódicos de la tarde, que se distribuyen antes o durante la sesión del plenario, o se entretienen conversando en los corrillos. Un buen número de ellos puede encontrarse en la cafetería o en las oficinas de fracción. El grado

en el cual los diputados se ausentan del plenario se refleja por el hecho de que las sesiones usualmente se ven interrumpidas una o más veces por falta de quórum, sea, treintiocho de un total de cincuentisiete diputados.⁽⁵⁰⁾

Esto no quiere decir que la única actividad que se lleva a cabo es la de los diputados turnándose para aburrirse los unos a los otros con discursos largos y latosos. Los líderes de las fracciones y los diputados interesados en un proyecto determinado han de estar atentos y preparados para actuar rápidamente a fin de resolver cualquier problema de último momento que se presente en el plenario. Las conversaciones en el recinto de sesiones y en la cafetería son a veces de gran importancia con relación de negociación que caracteriza la aprobación o el rechazo de algunos proyectos. Los grupos de presión a veces llevan a cabo los últimos esfuerzos desesperados para generar apoyo u oposición a los proyectos en esta etapa, y tratar de pescar a los diputados cuando salen del recinto de sesiones a tomar un poco de aire. En general, puede decirse que existe siempre la posibilidad de que en plenario se dé un cambio inesperado y que los diputados especialmente interesados en los proyectos bajo discusión tienen que estar al tanto del pulso de la Asamblea si desean evitar un desenlace inesperado. Pero cabe señalar que estos cambios de último momento se dan con muy poca frecuencia. Para sostener este criterio indicaríamos que de aquellos proyectos que llegaron a tercer debate, el 53% de ellos fueron votados en los tres debates sin que se pidiera la palabra para hacer intervenciones en cuanto a ellos. La naturaleza de los debates relativos a la mayor parte del 47% de los proyectos restantes y la reacción de los diputados hacia la mayoría de dichos debates, nos llevan a concluir que sólo una proporción sumamente pequeña de los proyectos se discute en forma afectiva en el plenario.

Aunque el Reglamento de la Asamblea establece que todo orador debe limitarse al asunto inmediato entre manos, frecuentemente este no es el caso. Todas las sesiones del plenario se transmiten por radio y muchos diputados usan o abusan de esta oportu-

nidad para llegar a sus electores. Uno de los diputados del grupo estudiado, sistemáticamente posponía su intervención, siempre que podía, hasta después de las cuatro y media de la tarde cuando la audiencia de la radio está en lo mejor. Tal vez se deba a esta audiencia difundida el hecho de que muchos diputados den la impresión de estar en una plaza pública más que en un ambiente propicio para la evaluación y discusión de proyectos legislativos. Los ataques partidistas provocan contraataques y muchas horas se consumen de esta manera. Muchos diputados ven este tipo de debate como parte esencial de la fase o función política de la Asamblea. Bajo estas condiciones no debe causar sorpresa alguna el que los diputados le presten poca o ninguna atención al contenido del debate del plenario.

La impresión de que pocas de las decisiones se ven afectadas por los debates en el plenario es apoyada por la información obtenida de los mismos diputados. Conversaciones llevadas a cabo con la mayoría de ellos indican que, a excepción de un número reducido de proyectos, sus decisiones no fueron influenciadas por el debate en el plenario. En la mayoría de los casos indicaron que se apoyaban en los dictámenes rendidos por las comisiones dado el hecho de que en muchos casos no estaban familiarizados con el contenido de los proyectos que se estaban considerando. Este apego a los dictámenes pareciera confirmarse por el hecho de que los dictámenes presentados por las comisiones, sobre los cuales existían datos adecuados disponibles, 82.6% fueron aprobados sin la menor modificación.

Los diputados entrevistados indicaron que sí había ciertos casos contados en los cuales sus decisiones habían sido influenciadas por los debates en el plenario. Cuando se les preguntó que si había algunos diputados específicos a cuyas exposiciones se les había prestado atención especial, muchos indicaron que efectivamente era así. Los nombres de un grupo bipartidista de diputados se mencionó repetidamente. La evidencia disponible no garantiza la conclusión definitiva de que en aquellos casos en que el contenido de los debates se tomó en cuenta, haya sido un grupo recurrente de diputados el que influyó en las decisiones de los otros diputados. Sólo puede afirmarse que esto pareciera ser una posibilidad considerable. Esto no se aplicaría por igual a las decisiones relacionadas con mociones de trámite.

(50) Según el Reglamento de la Asamblea, es necesario que haya un quórum cada vez que se tome una votación. Debido al hecho que las mociones de prórroga, para que se le conceda al que está en el uso de la palabra un período adicional de media hora, necesitan ser sometidas a una votación, en el plenario de la Asamblea Legislativa de Costa Rica se dan muchos más votos que en otros países. Y por lo dicho, se evidencia la ruptura del quórum con mayor frecuencia que en el caso de muchas otras instituciones legislativas.

Según se indicó previamente, las decisiones de naturaleza procesal son muy importantes dentro de la Asamblea Legislativa puesto que éstas determinan la velocidad a la que un proyecto se tramita. La atención que se le da a este factor y a su importancia se encuentra bien ilustrado por el hecho de que durante el período estudiado, 84% de aquellos proyectos que llegaron a la etapa de trámite en el plenario fueron protegidos por mociones de trámite. Algunos proyectos que no fueron apoyados por tales mociones, no se tramitaron en su totalidad sino al cabo de más de dos años, y en algunos casos hubo proyectos que nunca alcanzaron el tercer debate. Durante el período estudiado se descubrió que, las decisiones relacionadas con el tratamiento preferencial de proyectos específicos en el plenario, eran objeto de discusiones informales y de negociaciones por parte de todos los diputados. El procedimiento general seguido consistía en presentar una moción relativa a un grupo de proyectos no controversiales, conocida usualmente como moción-paquete. Fue usual encontrar mociones de esta índole que incorporaban hasta cuarenta proyectos que esperaban su turno para el primer debate. Estas mociones originalmente habrían incluido menor cantidad de proyectos, pero el proceso de regateo entre los diputados a menudo requería el que se sumaran otros proyectos para poder asegurarse votos que apoyaran la moción. Estas mociones las iniciaban diputados individuales y no las fracciones, aunque a menudo eran aprobadas conjuntamente por todos los jefes de fracción. La ausencia de iniciativa por parte de los partidos en dichos asuntos se explica por el hecho de que los proyectos de interés específico para los partidos tendían a ser controversiales y por lo tanto era difícil incluirlos en mociones-paquete. Los diputados individuales, y especialmente los diputados rurales o maieros, tendían a iniciarlas porque la mayoría de los proyectos de interés específico para sus electores no eran controversiales. Su interés en estas mociones también se explica por el hecho de que sus proyectos con frecuencia se veían detenidos debido a los debates acalorados sobre proyectos controversiales que a menudo monopolizaban el tiempo del plenario. La manera de evitar que dichos proyectos controversiales paralizaran la producción de la Asamblea consistía en presentar una moción-paquete que por lo menos permitía que fuesen aprobados los proyectos no controversiales.

En conclusión, pareciera que el compartimiento en el plenario tiene poco impacto en la votación final sobre un proyecto. En aquellos casos en los que dicho comportamiento tiene impacto, pareciera que es un grupo limitado y recurrente de diputados el que tiene mayor influencia en el resultado del voto. Es aparente que la forma más frecuente de tomar decisiones, independientemente de la acción de la comisión, es aquella relacionada con las mociones de trámite que determinan si un proyecto habrá de tratarse en forma preferencial o no.

Los Partidos

Al momento de la investigación, la Asamblea Legislativa estaba compuesta por diputados que representaban a cuatro partidos diferentes. El Partido Liberación Nacional (PLN) había ganado veintinueve curules y por lo tanto tenía una mayoría absoluta. A pesar del hecho de que el Partido Republicano (PR) y el Partido Unión Nacional (PUN) habían compartido una papeleta común en las elecciones, estaban organizados como grupos políticos separados dentro de la Asamblea. El PR tenía un total de dieciocho curules y el PUN tenía ocho. El cuarto partido, Unión Cívica Revolucionaria (UCR), estaba representado por dos diputados.

El papel que juegan las agrupaciones partidistas en el proceso decisorio es considerado por algunos como determinante. Si uno aceptara lo que la prensa de Costa Rica informa, uno concluiría que los diputados se comportan como un rebaño de ovejas y que votan en todo momento de acuerdo con las líneas de partido trazadas por un grupo misterioso de individuos de mentalidad estrecha. La investigación llevada a cabo nos lleva a una conclusión bastante diferente.

Los tres partidos principales se organizaron en mayor o menor grado en grupos de fracción dentro de la Asamblea. El UCR no tenía una estructura semejante debido al hecho de que sólo tenía dos diputados. Un examen de las características de los tres grupos de fracción aclarará el grado en el que los lazos de partido jugaron un papel en el proceso legislativo de toma de decisiones.

Los diputados del PLN se reunían en sesión de fracción por lo menos una vez al mes⁽⁵¹⁾ aunque reuniones más frecuentes se efectuaban cuando asuntos de interés específico surgían. En la mayoría de los casos, las discusiones de la fracción giraban alrededor de proyectos específicos que habían sido presentados y asignados a comisión. El jefe de fracción convocaba a estas sesiones discrecionalmente o en virtud de la solicitud de uno o más diputados del partido. Sesiones similares se efectuaban a veces, después de que un proyecto había salido de comisión. Normalmente, el propósito de las discusiones era: (1) examinar las implicaciones socio-económicas y políticas del proyecto y (2) determinar la estrategia a seguir a fin de proporcionar apoyo u oposición efectivos al proyecto. Con frecuencia se invitaban expertos de afuera que estaban asociados formal o informalmente con el partido para que presentaran sus puntos de vista en cuanto a las ventajas o desventajas de determinado proyecto. En tres o cuatro casos, las discusiones de fracción condujeron a una línea de partido, sea, que los dos tercios de los diputados del partido votaron por obligar a los miembros de la fracción a votar a favor o en contra de un proyecto. Pero aún en aquellos casos en que se optó por la línea de partido, a aquellos diputados que presentaron argumentos considerados válidos por la fracción de por qué no sería deseable o de por qué sería difícil para ellos apoyar públicamente dicha línea de partido, se les permitió votar en contra de ellas. Como ejemplo de tal situación podemos citar el caso de los diputados que representan a un cantón que también tiene representación a través de un diputado de otro partido, o sea, el caso de los llamados diputados guápiles. Si el otro diputado va a votar en sentido contrario, y tal voto pudiese traer repercusiones negativas para el diputado cuya fracción ha establecido línea de partido, se le permite generalmente a este votar en sentido contrario a la línea de partido. Vale señalar también el caso bajo el cual la fracción como estrategia establece que uno o más de sus diputados no han de apegarse a la línea establecida para así tratar de lograr lo mejor de dos mundos. Como ejemplo de este fenómeno podemos citar el caso del voto sobre el proyecto de impuesto de ventas. En este caso se estableció la línea de partido contra el proyecto dado el hecho de que el PLN había prome-

(51) Según los estatutos de la fracción, tales reuniones deben de darse cada dos semanas.

tido no votar a favor de impuestos nuevos. Pero el rechazo del proyecto, que se podía lograr si se seguía una línea firme, tenía implicaciones graves para el partido debido a que le permitiría al Ejecutivo achacarle al PLN casi cualquier dificultad fiscal u económica que fuese a surgir en el futuro si rechazaban el proyecto. Para prevenir tal posibilidad se le obligó a por lo menos un diputado de la fracción a que votara favorablemente el proyecto para así asegurar su promulgación, pero se trató de hacer pensar a la opinión pública que en realidad la fracción había fijado una línea contra el proyecto.

Aunque todos los diputados del PLN participaron en alguna medida en las deliberaciones de fracción, un grupo de siete u ocho diputados no sólo plantearon la mayoría de los asuntos que se discutieron, sino que también fueron los partícipes más frecuentes y recurrentes. La coherencia de la fracción, cuando la hubo, fue en la mayoría de los casos el producto de la influencia normal de los mejor versados sobre los relativamente inexpertos y menos entrenados, y no el producto de la imposición del jefe de fracción y sus lugartenientes.

No faltan los que argumentan que la imposición proviene de los líderes nacionales de partido que no son diputados. Ello no sería sorprendente dada la naturaleza marcadamente personalista de los partidos políticos de Costa Rica. En el caso del PLN, sin embargo, este servilismo hacia los líderes externos del partido no fue evidente. Acontecimientos ocurridos durante el periodo en estudio indican que la fracción no se componía de hombres perennemente obedientes, y que en algunos casos apoyaban el criterio independiente de sus miembros ante las presiones de los líderes externos del partido. Aunque es cierto que José Figueres logró presionar a suficientes diputados de partido que eran neutrales o que se habían opuesto a la aprobación del contrato del Estado con ALCOA para que éste contrato fuera aprobado a fines de 1969, hay que recordar que esfuerzos similares de su parte a favor del Protocolo de San José fracasaron en esta Asamblea. La independencia de la fracción hubiera podido verse limitada si el partido hubiera tenido una organización permanente efectiva o por lo menos una organización sin grandes cismas internos. Pero los estratos superiores de la estructura externa del PLN estuvieron adormecidos o en letargo durante los primeros dos años después de la derrota electoral de 1966 y cuando al fin se organizaron, no mostraron ser particularmente coherentes.

En conclusión, durante el período estudiado la fracción del PLN ejerció un grado relativo de independencia con respecto a los líderes externos del partido. No hay duda de que estos líderes podían ejercer una presión considerable sobre los diputados de partido pero no hasta el punto de reducir a la fracción a jugar un papel servil. Dentro de la fracción, la mayoría de los diputados individuales estaban claramente influenciados por los diputados principales del partido. Los lazos de partido tuvieron un impacto considerable sobre el comportamiento relativo a ciertos proyectos. Estos proyectos tendieron a ser de los más importantes, pero numéricamente hablando, los proyectos sometidos a discusión de fracción constituyeron una muy pequeña minoría de la totalidad de los proyectos.

PARTIDO REPUBLICANO (PR) ⁽⁵²⁾

Durante el período observado, los diputados del PR se reunieron con menos frecuencia que los del PLN. Se convocaba a sesiones de fracción únicamente cuando surgían necesidades muy calificadas de coordinación. En la mayoría de los casos, los proyectos discutidos en la fracción hacían su aparición cuando estaban en las etapas finales de su tramitación, o sea, después de que habían salido de comisión. Como en el caso del PLN, las reuniones normalmente eran convocadas por el jefe de fracción discrecionalmente. Si se le compara con el PLN, pareciera que se convocó a menos reuniones a solicitud de diputados individuales. Normalmente estas reuniones se efectuaban para lograr consenso con relación a ciertos proyectos cuando estaban por entrar al plenario. De acuerdo con informes recibidos de algunos de los diputados del PR, raras veces surgían discusiones sobre estrategia. También dentro del grupo del PR podía establecerse una línea de partido mediante el voto de los dos tercios, pero los casos en que ello ocurrió fueron tan flexibles y tan poco frecuentes como dentro del grupo del PLN. Se acudió con mucho menos frecuencia que en el caso del PLN a la asesoría de peritos partidistas de afuera.

(52) Fue imposible conseguir el permiso necesario para observar las sesiones de fracción del RP y del PUN. Por lo tanto la información que se presenta en cuanto a estos no está tan bien fundamentada ni es tan completa como en el caso de la información sobre el PLN, ya que estos permitieron que el autor fuese testigo de todas las sesiones de ellos. Pero las fuentes de la información en cuanto a los otros dos partidos fueron confiables.

Dentro de la fracción del PR pareciera que la participación en las discusiones era bastante limitada. Normalmente los mismos tres o cuatro diputados presentaban las argumentaciones. La relación entre la fracción y los líderes de partido aparentemente fue menos beligerante que la del PLN. En realidad, parecía que una palabra emanada de uno o dos líderes nacionales era suficiente para obtener un consenso sobre cualquier punto determinado. Los diputados del PR argumentaron que los puntos de vista de estos individuos nunca les fueron impuestos, pero por lo menos puede decirse que estos diputados se encontraban menos inclinados a analizar y evaluar los "consejos" de los líderes nacionales de su partido en una forma crítica. Realmente, en varias ocasiones se dieron indicios de que todo lo que se necesitaba para establecer la línea a seguir por la fracción durante determinada sesión de plenario, era una llamada telefónica de uno de los grandes del partido. El elemento personalista se destacó más en el PR que en el PLN.

La relación entre la fracción y el Poder Ejecutivo, dominada por su partido de coalición, fue de naturaleza tirante. Se evidenció una poca coordinación entre el Ejecutivo y la fracción en el caso de proyectos patrocinados por el Ejecutivo. Los contactos que existían tendieron a darse a un nivel individual. Esta relación tan pobre parece haber sido el producto del hecho de que el Presidente y sus Ministros no mantuvieron un contacto estrecho con los diputados del partido y que a veces, más bien parecían actuar sin tomar en cuenta los intereses de estos diputados. La actitud predominante de parte de los diputados del PR hacia el Ejecutivo fue el de que este sacase adelante sus proyectos y resolviere sus problemas por cuenta propia. No se consideraban a sí mismos como aliados del Ejecutivo en la Asamblea. Resultaba a veces extraño observar a los diputados del PLN en lugar de a los de gobierno, actuando como los defensores principales de algunos de los proyectos del Ejecutivo en comisión y en plenario.

PARTIDO UNION NACIONAL (PUN)

Resultó difícil determinar con cuánta frecuencia se reunían los diputados del PUN en sesiones de fracción. Según ellos se reunían semanalmente en la casa del presidente del comité ejecutivo del partido. La impresión obtenida a través de indagaciones fue la de que no se llevaban a cabo reuniones con tanta frecuencia.

Una estimación bastante optimista por parte del autor fija estas reuniones una vez cada tres o cuatro semanas. Las agendas de estas reuniones eran mucho menos específicas que las de los otros dos partidos. Pareciera que la mayoría de las sesiones no estaba bien estructurada y que sólo ocasionalmente se discutían proyectos específicos. No pudo establecerse quién convocaba a las reuniones o quién confeccionaba la agenda, si es que del todo había una. Pareciera que la participación de especialistas de fuera no existía, y que las discusiones sobre estrategias tampoco. Se podía definir una línea de partido mediante votación, pero todos los diputados de la fracción argumentaron que ellos no creían en la imposición de una determinada posición a nadie; argumentaron que la libertad de opción del individuo era fundamental dentro de su grupo. Dada la relativa inaccesibilidad de información sobre los procedimientos de las sesiones de esta fracción, se dificulta afirmar si en el PUN se presentaron los mismos tipos de patrones de influencia que en el PR y en el PLN. A pesar del hecho de que los diputados del PR y del PUN habían sido elegidos en las mismas papeletas de coalición, no existía coordinación real entre sus respectivas fracciones.

INFLUENCIA DE PARTIDO

El partidismo es sin duda alguna una variable clave en el proceso de toma de decisiones de la Asamblea Legislativa costarricense. Algunos de los proyectos más importantes se benefician o menoscaban debido a fuertes posiciones y presiones de tipo partidista. No obstante, sería error concluir con base en lo observado, que todo o casi todo el comportamiento dentro de la Asamblea puede explicarse por este único factor. Para llegar a esa conclusión habría que ignorar el hecho de que muchos proyectos importantes no están sujetos a la política de partidos. Los partidos en Costa Rica no tienen programas ni propósitos tan inclusivos como para que todos los asuntos, o siquiera la mayoría de ellos, se vean referidos al contexto partidista. Un análisis mucho más profundo se hace necesario a fin de poder identificar todas las demás variables significativas que entran en juego en el proceso de toma de decisiones, pero se podría sugerir que existe por lo menos otro factor, el de la representación cantonal, que explica una gran parte del comportamiento de los diputados en la Asamblea.

PATRONES DE COMPORTAMIENTO EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE COSTA RICA

Los asuntos que conoce la Asamblea pueden clasificarse en dos grupos generales, los "locales" y los "nacionales". Los primeros se relacionan con las decisiones respecto de los intereses particularistas y locales de las comunidades locales, y corresponden al 46% de los proyectos presentados a la Asamblea durante el período bajo estudio. Los segundos están relacionados con decisiones que afectan ya a conglomerados nacionales. A este grupo corresponde el 54% restante de dichos proyectos. Los procesos de toma de decisiones involucrados en la resolución de cada tipo de asunto difieren entre sí de la siguiente manera.

Los asuntos locales tienden a estar desprovistos de controversia y de implicaciones partidistas. En consecuencia, los diputados que dedican la mayor parte de su atención al desenlace de dichos proyectos tienden a desplegar una actividad libre de presión partidistas, y no necesitan recurrir a especialistas internos o externos para respaldar sus posiciones.

Los asuntos nacionales, por otra parte, tienden a ser más controversiales y partidistas. Las presiones del partido, de grupos de interés así como las opiniones de diputados claves, tienden a producir un impacto sobre el comportamiento decisorio de los otros diputados con respecto a estos asuntos. La mayoría de los diputados tienden a fundamentar sus decisiones con relación a dichos proyectos en las opiniones de otros más que en su evaluación independiente de los méritos y desventajas del proyecto.

Las conclusiones obtenidas con relación al comportamiento en las fracciones, comisiones y en el plenario, apoyan la proposición general de que un número pequeño de diputados juega un papel preponderante en la toma de decisiones relacionada con asuntos controversiales. Las estrategias directas visibles de la mayoría de los grupos de interés, apoyan más aún la importancia de este grupo de diputados. Resultó imposible completar un estudio sistemático sobre las actividades de los grupos de presión debido a la reticencia de la mayoría de los diputados en admitir que ellos podían ser sujetos a presiones externas. Pero las conversaciones con algunos de los diputados menos reticentes revelaron que los grupos de

presión tienden a concentrar su atención en unos cuantos diputados claves en una comisión o una fracción. Pareciera asumirse que el éxito de un proyecto generalmente puede garantizarse si se obtiene el apoyo de un número relativamente pequeño de diputados de cada comisión y fracción.

Sugerimos que la pauta de influencia señalada es el resultado de un sistema de representación complejo y de las limitaciones impuestas al sistema legislativo por la ausencia de experiencia y de conocimiento especializado; que a su vez son el producto de la inhabilidad de los diputados de fungir términos sucesivos y del sistema rotativo de comisiones.

Se ha indicado que los diputados son elegidos por provincias. Esta es una afirmación formal reflejo de un precepto constitucional. Según se indicó previamente, a pesar del hecho de que los diputados son elegidos a nivel provincial, la mayoría de los diputados en la realidad, son nombrados como representantes cantonales y operan como tales. Popularmente se refiere a estos diputados como los diputados maiceros. Estos individuos normalmente tienen poca experiencia y en la mayoría de los casos carecen de educación universitaria o de adiestramiento especializado. Sin embargo, cada uno de los partidos principales proporciona un núcleo de expertos y líderes para sus fracciones. Tradicionalmente los primeros cinco lugares de la lista de candidatos de la papeleta de cada partido de la Provincia de San José se han distribuido entre líderes nacionales de partido y especialistas en determinadas ramas. No se espera que estos diputados actúen como voceros de los pequeños intereses cantonales como es el caso de los otros diputados. Dada la diferencia en preparación y experiencia, no es extraño encontrar la pauta de influencia descrita previamente.

La evidencia disponible indica que los estudios que busquen una mejor comprensión del proceso decisorio de la Asamblea Legislativa de Costa Rica deberían prestar mayor atención al papel que juega este pequeño grupo de personas influyentes. Así, sería útil caracterizar a estos individuos en términos más concretos. A este efecto indicaríamos que la participación afectiva en los procesos de toma de decisiones pareciera estar estrechamente relacionada con la siguiente tipología de diputados.

Los diputados de Costa Rica pueden dividirse en tres grupos. Cada uno puede identificarse por un patrón distinto de comportamiento, que a su vez puede relacionarse con un conjunto de variables independientes.

El primer grupo es el de los "locales" (maiceros). La mayor parte de sus actividades dentro de la Asamblea se relacionan con la presentación u apoyo a proyectos que reflejan las necesidades y los intereses del cantón que representan. Los diputados de este grupo se caracterizan normalmente por los siguientes rasgos adicionales: (1) la orientación normativa hacia la posición que ocupan se encuentra matizado por un enfoque localista marcado; (2) se les postula para representar cantones específicos; (3) los cantones que representan están situados, ya sea más allá de los principales centros de población de la Meseta Central o constituyen centros menores de población dentro de esta área; y (4) carecen de entrenamiento profesional en la mayoría de los casos y de entrenamiento legal en todos.

El segundo grupo de diputados es el de los "nacionales". La mayor parte de sus actividades dentro de la Asamblea se relacionan con la presentación o apoyo a proyectos con implicaciones nacionales. Las otras características generales de este grupo son: (1) su orientación normativa conlleva un enfoque nacional marcado; (2) a la gran mayoría de ellos se les postula para llenar lugares en las posiciones nacionales de las papeletas de la Provincia de San José y a los que no, se les postula para que representen a uno de los centros de población principales de la Meseta Central; y (3) la mayoría posee preparación profesional y los más se han preparado como abogados.

El último grupo lo componen aquellos diputados que participan en ambos tipos de actividades. Nos referiremos a ellos como a los "nacionales-locales". Las características generales de este grupo son las siguientes: (1) su orientación normativa refleja un enfoque dual; (2) a ninguno de ellos se le postuló en las primeras posiciones de las papeletas de la Provincia de San José; (3) casi invariablemente representan áreas fuera de los centros principales de población de la Meseta Central; y (4) la gran mayoría de ellos ha recibido entrenamiento profesional, y de estos la gran mayoría ha recibido preparación legal.

La investigación llevada a cabo sugiere que aquellos influ-
yentes que no se les puede identificar claramente por la posición
que ocupan, sea, el Presidente de la Asamblea, los jefes de comisión
y jefes de fracción, pertenecen al grupo de los "nacionales" o al de
los "nacionales-locales". Estos diputados son los que parecieran ser
más relevantes para efectos de estudios sobre la toma de decisiones
controversiales en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.



254531

Cartas	345
Entrevistas	345
Conferencias	345
Tesis	345
Periódicos	346
Revistas	346
Diarios	346
Referencias dentro de la misma obra que se está escribiendo	347
<i>Supra</i>	347
<i>Ibid.</i>	348
<i>Infra</i>	348
Paginación	348
Tipos itálicos	349
Orden dentro de una cita	350
Abreviaturas	351
Códigos	351
Cortes o Tribunales	351
Meses	351
Países	352
Otros	352

Las letras negrillas que aparecen en el texto de la guía reemplazan los tipos itálicos (letras bastardillas) que figuraban en el original, por no contar la imprenta con tipos itálicos de la clase de letras utilizadas en la impresión de la revista.

FE DE ERRATAS:

El Índice para la Guía Uniforme que se refiere al artículo: "UN SISTEMA UNIFORME DE NOTAS AL PIE PARA ESCRITOS JURIDICOS", del Lic. Timothy Todd, debe leerse como sigue:

INDICE PARA LA GUIA UNIFORME

Leyes corrientes	338
Vigentes	338
No vigentes	339
Códigos	339
Vigentes	339
No vigentes	340
Abreviaturas	351
Antecedentes en la Asamblea Legislativa	340
<i>Actas de la Asamblea Legislativa</i>	340
Expedientes o legajos	340
Decretos	340
Decisiones Judiciales	341
Publicadas	341
Sentencias de Casación	341
Decisiones y Sentencias del <i>Boletín Judicial</i>	342
No publicadas	342
Sentencias	342
Resoluciones Judiciales	342
Constituciones	342
Vigentes	342
Derogadas	343
Artículos reformados o derogados	343
Libros y Folletos	343
Datos siempre incluidos	343
Datos especiales	344
Volumen y tomo	344
Ediciones	344
Traducciones	344
Comentarios y anotaciones	345