

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ESCUELA DE DERECHO

Revista
de
Ciencias Jurídicas



No. 16

Noviembre 1970



Sistema de Bibliotecas - UCR



REV141534

17459

4 DIAS

DIRECTOR:

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO:

La Responsabilidad Internacional del Estado	7
Dr. Francisco Bello	DE
El Proyecto de Código de Familia	21
Lic. Carlos José Gutiérrez	CA
La Debilitación del Concepto Individualista del Dominio y su Modificación Hacia Formas Comunitarias	39
Lic. Rogelio Sotela Montagné	O
Sociedad, Asociación y Cooperativa	51
Dr. Fernando Mora	
La Concepción Cíclica Pragmática de la Historia en Nicolás Maquiavelo	103
Lic. Rose Marie Karpinsky de M.	
La Potestad Reglamentaria en Costa Rica	125
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz	
Los Problemas Tributarios de los Países Centroamericanos y su Relación con el Proceso de la Integración	199
Lic. Rolando Soto Jiménez	
Estado Actual de la Medicina Legal en América Latina	233
Dr. Eduardo Vargas Alvarado	

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

DOCTRINAS CALVO Y DRAGO

DR. FRANCISCO BELLO

Prof. Derecho Internacional Público
Universidad de Buenos Aires.
(Embajador de Argentina en C. R.)

En un sentido general la responsabilidad es la obligación de asumir las consecuencias jurídicas de un acto y, en un sentido particular, el Estado, sujeto específico del Derecho Internacional público, es jurídicamente responsable ante otro cuando ha violado, por acción u omisión, una norma convencional o consuetudinaria que lo obliga, causando de este modo una lesión al derecho ajeno. Incurre, por consiguiente, en la comisión de un delito internacional y responde por las consecuencias del hecho u omisión lesivas, salvo caso fortuito o fuerza mayor. Tal responsabilidad es establecida por tratados o convenciones, por principios y reglas consagradas por la costumbre internacional.

Esta noción moderna de la responsabilidad internacional del Estado, que por ser jurídica excluye las vías de hecho, condensa todo un proceso histórico de superación, que va desde la violencia lisa y llana, ejercida por el más fuerte, hasta el reconocimiento de la necesidad de respetar el orden jurídico para hacer valer derechos cuestionados.

La expresión "responsabilidad del Estado" aparece en la segunda mitad del siglo XIX, como un principio de solución legal para los numerosos conflictos derivados de reclamaciones pecuniaras de un Estado a otro, o de súbditos de diferentes Estados, que no alcanzaban a resolver, por lo menos dentro del Derecho, ni las represalias, ni la intervención armada, ni aún la protección diplomática.

El fundamento de la responsabilidad internacional del Estado reside en que el mismo forma parte de una comunidad inter-

nacional, de una comunidad jurídica, con derechos y obligaciones recíprocas, o más generalmente, como dice Calvo, en que no hay derecho que no lleve consigo el cumplimiento de algún deber.

Esta noción jurídica ha venido a aclarar el panorama internacional y los difíciles problemas de la intervención de un Estado en otro para obtener la satisfacción de ofensas, de indemnizaciones, de perjuicios de toda índole, causados ya sea a la entidad nacional o al individuo en particular, con evidente beneficio para el imperio de la justicia en las relaciones internacionales y para la defensa del derecho de las naciones débiles frente a las más fuertes. Pero no ha resuelto todos los problemas. Todavía el concepto de soberanía e independencia de los Estados impide que la responsabilidad internacional pueda hacerse efectiva sin el uso, a veces, de medidas coercitivas, y que la protección diplomática a que todo individuo tiene derecho por parte de su país, pueda ser ejercida con eficacia, luego de agotada la jurisdicción local o en el caso de denegación de justicia. Por otra parte, la gradación del concepto de responsabilidad es más o menos acentuada, según se trate de países de emigración o de inmigración, de países que exportan o que importan capitales.

En este proceso evolutivo del concepto de responsabilidad internacional, históricamente por lo menos, ha jugado un papel importante la situación de los países americanos con respecto al continente europeo, y dentro de esa situación la presencia de la Argentina se ha hecho sentir casi fundamentalmente por intermedio de los doctores Carlos Calvo y Luis María Drago que, en distintas oportunidades señalaron con claridad normas jurídicas, de innegable justicia, a las que debían sujetarse los Estados en su vida de sociedad.

En 1868, cuando Calvo publicó su famoso "Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América", el continente europeo aplicaba a los países americanos una modalidad política distinta de la que imperaba recíprocamente entre los países de Europa. Fruto de esa distinta significación política eran las frecuentes intervenciones europeas en América, basadas casi siempre más en pretextos que en razones jurídicas, y encubiertas, siempre, bajo la máscara del deseo de imponer orden en las desordenadas repúblicas del nuevo continente.

En su Tratado, Calvo habla de la diferencia establecida por Europa en la aplicación de los principios generales del Derecho Internacional a las relaciones con los Estados de América, y dice: "El más ardiente defensor de tan extrema e injustificada teoría, ha sido Thiers. Sostiene que la república no les ha sido provechosa y que esta forma de gobierno y las turbulencias a que ha dado lugar, han causado inmensos perjuicios a los extranjeros, residentes en ellas. Que sus gobiernos están siempre en completa bancarrota, contrayendo a cada momento empréstitos que no pagan y dando así lugar a constantes reclamaciones. Y que los extraños que las habitan por algún tiempo se ven confundidos con los naturales y obligados, contra su voluntad, a prestar algunas veces el servicio militar y siempre los empréstitos forzosos y los impuestos de guerra. Todos esos agravios se traducen en reclamaciones pecuniarias. De ahí la necesidad de que los Estados de Europa adoptaran las "convenciones extranjeras", que no son otra cosa que demandas de indemnización. Pero estas convenciones no son siempre posibles con pueblos anárquicos y en estos casos ha sido preciso recurrir a otros medios, aplicándose lo que puede llamarse "la regla inglesa", que consiste en el empleo de la fuerza según las circunstancias. Eso significa, según Calvo, el reestablecimiento de la dominación europea en América.

Pero fuera de estas consideraciones de carácter general, dos hechos concretos movieron a Calvo a formular su conocida doctrina. Uno fue la intervención armada de Francia en el Río de la Plata, durante el gobierno del General Rosas, en 1845 y 1850, y el otro la intervención, también de Francia, en México, en 1861. Por razones de brevedad, me referiré sólo a la intervención en México, en 1861.

Gobernaba entonces en Francia Napoleón III, que a pesar de las transformaciones del tiempo y de la historia, procuraba emular las hazañas del primero de su casa. América, donde había fracasado Napoleón I, se le presentaba como un escenario apropiado para su objetivo y, en América, México el dio la oportunidad que ambicionaba. El pretexto invocado, fue el siguiente: Un banquero suizo, llamado Jecker, había efectuado un préstamo al gobierno "de facto" mexicano, presidido por Miramón. Este préstamo estaba garantizado por bonos del gobierno y dichos bonos

constituían el principal haber de la casa comercial de Jecker, que por razones particulares, se presentó en quiebra. Mientras se tramitaba la quiebra de Jecker, Juárez derrotó al gobierno “de facto” de Miramón y anuló la operación, con lo cual los bonos quedaron sin valor y sin posibilidad de cobrar los acreedores de Jecker, que estaban diseminados en Inglaterra, Francia y España.

Representantes de estas tres naciones, se reunieron con el objeto ostensible de lograr una indemnización para sus súbditos, perjudicados por la resolución de Juárez. De esta reunión surgió la Convención de Londres de 1861, que dispuso la intervención armada. Se invitó a los Estados Unidos de Norte América a participar en la intervención, pero este país se limitó a proponer un arreglo amistoso, que no fue aceptado, con lo cual la intervención siguió su curso.

Fuera de las razones generales que caracterizan una intervención ilegítima, en este caso había dos que precisaban aún más la improcedencia de la decisión internacional adoptada. En primer lugar, Jecker era suizo. Los intereses suizos estaban representados en México por los Estados Unidos de América, y Estados Unidos no reclamó. Sólo en 1862, Jecker se hizo ciudadano francés, como para salvar esta deficiencia legal. En segundo lugar, el gobierno de Miramón era un gobierno “efímero” y de acuerdo con el Derecho Internacional, el prestamista de un gobierno “efímero” conoce los riesgos a que se expone y sabe que en caso de ser derrocado ese gobierno, el nuevo puede dejar sin efecto la operación, sin que ello afecte el principio de identidad que rige la personalidad internacional de un Estado a pesar de sus cambios de gobierno, como sucedió en esta ocasión, quedando Jecker obligado a sufrir el riesgo de su propia temeridad.

Iniciando la intervención, Francia, por su cuenta, dirigió un ultimátum a México, exigiendo el pago a Jecker de su reclamación. Esta actitud francesa motivó el retiro de Inglaterra de la empresa, y Lord Palmerston manifestó su formal protesta, en los siguientes términos: “Jamás el gobierno inglés ha tomado medidas, ni las tomará tampoco, para obligar al gobierno de México a satisfacer créditos de particulares que, por un acto espontáneo, hayan facilitado capitales a gobiernos ilegítimos de la República; ni la falta de pago de esos créditos podrá considerarse nunca como un motivo de guerra”.

Esta declaración del gobierno inglés significaba una reacción —sin duda de origen político— contra las decisiones de la Convención de Londres de 1861 y daba, al mismo tiempo, los fundamentos de lo que luego se llamaría la “doctrina Calvo”, según veremos.

Francia prosiguió sola la intervención, porque España se retiró, después de iniciarla, ante los resultados aleatorios de la empresa. Las instrucciones de Thouvenel al jefe de la flota francesa en México, le indicaban la conveniencia de apoyar cualquier partido político que diera seguridad a los extranjeros, pero los verdaderos objetivos de la expedición están expresados en una carta del propio Napoleón III al General Forey, y eran los siguientes: 1) Obtener la indemnización reclamada; 2) Impedir el engrandecimiento de los Estados Unidos de América; 3) Restablecer el prestigio de la raza latina en América; 4) el establecimiento de una monarquía, si ello fuera compatible con la situación política. Esta carta demuestra cuán ambicioso era el proyecto de la intervención armada de Francia en México y cómo el cobro de la deuda a Jecker no era sino un pretexto. Ya sabemos cómo terminó, por otra parte: con la exaltación de Juárez, el desprestigio de Napoleón III y el sacrificio de Maximiliano en Querétaro.

En su libro “Le Droit International Theorique et Pratique”, publicado en París, en 1868, Calvo enunció su conocida doctrina en los siguientes términos: “En Derecho Internacional estricto, el cobro de créditos no justifica de plano la intervención armada de los gobiernos, y como los Estados europeos siguen invariablemente esta regla en sus relaciones recíprocas, no hay ningún motivo para que ellos no se la impongan también en sus relaciones con los Estados del nuevo mundo”.

Esta enunciación abarca solamente “el cobro de créditos”, pero en la edición definitiva de 1896 amplía el concepto, añadiendo junto al cobro de créditos “y las reclamaciones privadas”.

Muchas críticas se han hecho a la doctrina Calvo por la deficiencia de su redacción, deficiencias que sería largo enumerar, pero de todas maneras la doctrina permanece en el Derecho Internacional con un significado preciso: que ni el cobro de créditos, ni las reclamaciones privadas de los gobiernos o de los particulares europeos, justifican de modo alguno la intervención de los

gobiernos en los países del nuevo mundo; principio aceptado por el Derecho Internacional, sancionado parcialmente en cuanto se refiere a las reclamaciones pecuniarias de origen contractual por la convención relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, aprobada en La Haya, en 1907. Curioso es consignar que esa convención se firmó no al discutir la Doctrina Calvo, sino la Doctrina Drago, de la que luego hablaremos.

El concepto de la inmunidad soberana contra toda intervención extraña, cualquiera que sea el grado de estabilidad política o la calidad de sus tribunales, procede de Calvo. La Doctrina Calvo descansaba sobre el principio de la absoluta igualdad de los Estados soberanos, y de la independencia de los Poderes Legislativo y Judicial de cada Estado. De ahí, según Calvo, que los tribunales de un país no están sujetos a apelación en los casos en que intervienen los derechos de los nacionales de otros países. Algunos gobiernos de los Estados Latinoamericanos han incorporado este principio, bajo la denominación de "cláusula Calvo", en los contratos con súbditos extranjeros, estipulando que en caso de que surjan dudas o disputas al interpretar el contrato, la parte contratante extranjera conviene en que dichas dificultades se zanjarán ante los tribunales del país, y renuncia a la facultad de apelar a su propio gobierno para la defensa de su derecho, es decir que renuncia a la protección diplomática o a cualquier otra clase de protección oficial.

Desde Calvo, los juristas latinoamericanos afirman que no es necesario llevar las reclamaciones de extranjeros a otros tribunales que los del país, incluso cuando se alega la negativa a administrar justicia, esto es, que no es necesario someterse a un arbitraje internacional. Esta afirmación ha sido objeto de acerbas críticas por parte de los juristas norteamericanos, en defensa de las inversiones estadounidenses en el exterior. Sin embargo, en casi todos los países de América, siempre se ha aceptado la protección diplomática del extranjero, en caso de retardo o denegación de justicia.

En algunas conferencias y organismos internacionales, se han dictado en diversas oportunidades resoluciones coincidentes con el principio inspirador de la tesis de Calvo. Así, en 1890, la

resolución sobre quejas y protección diplomática: una nación no tiene otras obligaciones con los extranjeros que las que tiene con los nativos. En la Conferencia de Lima, de 1938, Cruchaga Ossa propuso el reconocimiento de la validez de la cláusula Calvo. En el octavo congreso científico de juristas, celebrado en Washington en 1940, el delegado mexicano dijo: "que entre hombres jurídicamente iguales, organizados en Estados semejantes, con cultura análoga, la protección del extranjero no sólo es indebida, sino también anacrónica, y tiene, en cuanto a los intereses económicos, la única misión de establecer indudables e indebidos privilegios".

En la tercera conferencia de la Interamerican Bar Association, reunida en México en 1944, se propuso la abolición lisa y llana de la protección diplomática a los ciudadanos en el extranjero, sustituyéndola con una protección internacional de los derechos del hombre; la protección diplomática sólo correspondería en casos excepcionales de denegación de justicia, taxativamente enumerados en Tratados "ad hoc". En la misma conferencia se recomendó "hacer esfuerzos para la aceptación en el Continente y eventualmente en el mundo, de la cláusula Calvo". Ello significaba, según el Congreso, reconocer la validez integral de la sentencia local y la irresponsabilidad del Estado por daños a residentes extranjeros, provenientes de guerras civiles. La protección diplomática, en aquel congreso de influencia hegeliana, era denunciada como un instrumento totalitario de opresión.

No obstante, cabe dejar constancia de que el argumento de que la última instancia debe ser la Corte local, ha sido rechazado por la jurisprudencia internacional y por los publicistas fuera de Latinoamérica, lo mismo que la igualdad de tratamiento para nacionales y extranjeros. Incluso la Corte Permanente de Justicia Internacional fue de esta opinión. Considera esa corriente científica y judicial, que los extranjeros están protegidos por ciertos derechos especiales y esenciales; que hay un "standard" de justicia civilizada, al cual deben ajustarse las leyes domésticas, y ese "standard" sería la excepción a la cláusula Calvo, de acuerdo con la opinión de los publicistas europeos y norteamericanos.

Más de treinta años pasaron desde que Calvo enunció su doctrina propugnando la igualdad de tratamiento por parte de los Estados europeos a los Estados americanos. Pero su voz había

clamado en el desierto. Por interés o por política, Europa seguía menospreciando "a los países mestizos de Hispanoamérica". A comienzos del siglo XX, Le Bon pronunciaba estas arbitrarias opiniones en sus "Leyes Psicológicas de la Evolución de los Pueblos": "Los pueblos de todas las repúblicas de América Española son ingobernables. No hay educación ni hay institución que puedan surgir de la anarquía. La anarquía de esos países tiene un carácter sangriento. Todos ellos naufragan en la insolvencia. No tienen voluntad ni moralidad. Su inmoralidad excede a cuanto pudiera imaginarse y llega hasta el punto de que las ciudades de aquellas gentes son inhabitables. Si no retrogradan a la pura barbarie, es porque los alemanes y los ingleses se encargan de la industria y del comercio de aquellos países. Su decadencia es espantosa".

Era nada menos que Gustavo Le Bon quien así hablaba. Veamos ahora cómo pensaba Houston Chamberlain, fundador del racismo alemán, en su libro de 1899, "Los fundamentos del siglo XIX": "¿Hay algún espectáculo más lamentable que el de los Estados mestizos de Sud América? Los llamados salvajes del centro de Australia tienen un ideal mucho más armónico, humanamente digno, más sano que el de estos desgraciados peruanos, paraguayos, etc., bastardos de dos y a veces más razas inconciliables, de dos culturas que nada de común tenían, tan distintas en edad y desarrollo que no podían contraer unión; frutos de una lascivia contraria a la naturaleza".

Cierto que los latinoamericanos hemos desobedecido con frecuencia las reglas de las buenas finanzas y que la inestabilidad política fue y sigue siendo una de las características acentuadas de nuestros países, pero esa conducta no autorizaba por sí sola la manifestación de tan injusto parecer. La realidad histórica era que los países de Europa necesitaban cohesionar su política expansionista, su penetración económica, con la propaganda dirigida a crear el ambiente propicio para la realización de las intervenciones armadas, que fueron práctica constante en el siglo XIX. Inglaterra había intervenido en el Plata en 1845; Francia en México, en 1861; Alemania en Haití, en 1897. Ahora, en 1902, se preparaba una nueva intervención armada en América, por parte de Alemania y de Inglaterra. Esta vez le tocaba el turno a Venezuela. Veamos los hechos que la originaban.

En 1899, Cipriano Castro, "el guerrillero de Capacho Viejo" como alguien le llamó, se apodera del gobierno de Caracas luego de una campaña revolucionaria cruenta y difícil. Atraviesa, luchando, el occidente venezolano y a su paso las poblaciones sufren desastres propios de la guerra civil. Súbditos alemanes, ingleses e italianos, formulan reclamaciones al nuevo gobierno por daños que les ha ocasionado la guerra, en su persona y en sus intereses; han sido enrolados por la fuerza, han pagado doble derechos de aduana, a la vez a revolucionarios y a legalistas, sus casas han sido saqueadas, sus ganados confiscados, etc. Con fecha 23 de mayo de 1900 el gobierno dicta un decreto sobre atención de reclamaciones y nombra una junta encargada de examinarlas y clasificarlas.

No obstante estas medidas, el representante diplomático de Alemania formula insistentemente reclamaciones por la demora en satisfacer la indemnización que exigen los residentes alemanes. Mientras se hallan en estas negociaciones, Venezuela es sorprendida por el conocimiento indirecto de un Memorándum que el Embajador de Alemania en los Estados Unidos ha presentado a la Secretaría de Estado de Washington, anunciando que tiene motivos para iniciar una acción coactiva contra Venezuela, por falta de atención a las reclamaciones de sus súbditos y porque duda de la seriedad de los tribunales venezolanos. Venezuela presenta, a su vez, un memorial al gobierno de Washington, estableciendo la correcta doctrina: "Legislar sólo para los naturales y dejar abierta para los extranjeros la práctica de un derecho especial, sería exponer a los países que están llamados a crecer por efecto de la inmigración, a degenerar en simples factorías...".

Meses después, Alemania incorpora un nuevo capítulo en sus reclamaciones: el pago de bonos de la deuda pública venezolana a tenedores alemanes que los han comprado. El mismo día en que Alemania formula esta nueva reclamación, el ministro inglés, evidentemente de acuerdo con el representante alemán, presenta una queja por el daño sufrido por súbditos británicos y exigiendo también un arreglo de la deuda externa, añadiendo bruscamente: "Esta comunicación debe considerarse a la luz de un ultimátum".

Alemania y Gran Bretaña se habían puesto de acuerdo, pues, para la intervención en Venezuela. ¿Qué había inducido a Inglaterra a apoyar la pretensión alemana? Inglaterra debía solu-

cionar en esa misma época su cuestión del Orange y del Transvaal y necesitaba, para ello, el apoyo alemán. Do ut des. A cambio de ese apoyo, acompañaba a Alemania en la cuestión de Venezuela.

Venezuela contestó esta intimación con dignidad. El asunto debe resolverse por los tribunales venezolanos, dijo, y no por vía diplomática. El Presidente Castro creyó que la intervención armada no se produciría, porque el hecho de recurrir a la fuerza por parte de potencias europeas podía significar la ocupación de puertos o territorios venezolanos, a corta distancia del canal de Panamá. La doctrina Monroe se vería amenazada y en el gobierno de los Estados Unidos se hallaba un expansionista de la talla de Teodoro Roosevelt, que no permitiría la adopción de medidas de este carácter. Pero Roosevelt permaneció indiferente y la presión diplomática se convirtió en intervención armada.

A las dos potencias interventoras, se agregó Italia. Roosevelt y Hay dieron a entender a dichas potencias que la doctrina Monroe no protegería a ningún Estado americano que se condujera mal con una potencia europea, siempre que el castigo consiguiente no adoptara la forma de una ocupación. Con esta seguridad, Alemania preparó su intervención y aceptó la proposición británica —que no había solicitado— para una acción conjunta. La intervención se llevó a cabo mediante una expedición naval, desde diciembre de 1902 hasta marzo de 1903.

Las fuerzas navales europeas se apoderaron de cuatro cañoneras venezolanas y hundieron tres de ellas. Gran Bretaña ordenó el bloqueo de los cinco puertos más importantes y de la desembocadura del Orinoco, bloqueo al que se unió Italia con dos cruceros. Bombardearon dos fuertes de Puerto Cabello, aduciendo represalias por la captura de un vapor británico y por insultos a la bandera inglesa. Pero no todos fueron triunfos para los interventores. El crucero alemán "Panther", que años más tarde casi originó la primera guerra mundial frente a Agadir, se vio obligado a huir ante el cañoneo de los fuertes de Puerto Cabello.

Mientras se desarrollaba el conflicto armado, Venezuela pidió la mediación norteamericana, mediación que aceptó Roosevelt y que culminó con la firma en Washington, en 1903, de un Protocolo, según el cual se establecían comisiones mixtas para fijar

el monto de las indemnizaciones. El Congreso venezolano aprobó el Protocolo "sin sentar precedente" y con su formal protesta de que se trataba del resultado de una coacción que no significaba, en manera alguna, la voluntad soberana de la nación y de su pueblo.

El resultado de las deliberaciones de las comisiones mixtas formadas, dieron la razón más absoluta a la resistencia del Presidente Castro de Venezuela para aceptar las reclamaciones europeas. De los 147 millones reclamados como indemnización por los países europeos, y por los Estados Unidos, que se había incorporado a ellos, sólo se reconocieron 19 millones de bolívares!

Fue durante esta controversia que el doctor Luis María Drago, Ministro de Relaciones Exteriores de la Argentina, sometió a los Estados Unidos su célebre proposición de que "las deudas públicas no pueden ser motivo de intervención armada, ni menos aún de ocupación efectiva de territorios de las naciones americanas."

Y es también, a raíz de ese episodio ingrato y doloroso de la intervención europea en Venezuela, que Estados Unidos comienza a aplicar con inusitada energía la política del "big stick", con el objeto declarado de garantizar, en cierto modo, los intereses europeos, interviniendo por su propia cuenta, ejerciendo un poder de policía, para imponer orden y estabilidad en América y, especialmente, en los Estados del Caribe.

En plena intervención armada de Alemania, Inglaterra e Italia, el 29 de diciembre de 1902, Drago, en una nota dirigida al ministro argentino en Washington, señor García Merou, enuncia su famosa doctrina y los fundamentos de la misma. "La deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea". "El capitalista —dice— tiene siempre en cuenta cuáles son los recursos del país y la mayor o menor posibilidad de pago. Por ello, los gobiernos tienen diferente crédito y las condiciones de los empréstitos son más o menos onerosas. El acreedor sabe que contrata con una entidad soberana y es condición inherente de toda soberanía que no pueda iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra ella, ya que ese modo de cobro comprometería su existencia misma, haciendo desaparecer la independencia del respectivo gobierno.

El cobro compulsivo traería la absorción de los débiles por los fuertes y sería contrario al principio de igualdad de los Estados. Ello no implica amparar la mala fe o la insolvencia deliberada, sino amparar el decoro que debe imperar entre las naciones, en su tratamiento recíproco.

Drago se alarma ante el origen del conflicto: “si esto sienta precedente —afirma—, significa un peligro para la seguridad y la paz de las naciones de esta parte de América. En los últimos tiempos se ha notado en los publicistas europeos, concluye, tendencia a señalar estos países como campo adecuado para las futuras expansiones territoriales. Lo que quiere ver reconocido la Argentina es el principio de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea”.

La doctrina Drago fue debatida más tarde en la Conferencia de La Haya de 1907. De ese debate surgió el artículo 1º del Convenio II, que recoge en parte la doctrina, pero tan distorsionada, que los países sudamericanos nunca la ratificaron. “Las Potencias Contratantes, dice el artículo, convienen en no recurrir a la fuerza armada para recuperar **deudas contractuales** del gobierno de un país por el gobierno de otro, que se deban a sus nacionales. Este compromiso no es, sin embargo, aplicable, cuando el Estado deudor rechace una oferta de arbitraje, o si, después de aceptarla, hace imposible la liquidación del compromiso, o si, después del arbitraje, no se somete al laudo dictado”.

La redacción definitiva del Convenio retrotraía las cosas al punto de partida, o aun las empeoraba, pues no sólo eludía la denominación de “deudas públicas”, hablando simplemente de “deudas contractuales”, sino que sacaba el caso de sus jueces naturales, esto es, de la jurisdicción local, al permitir el uso de la fuerza por el mero hecho de que una nación se opusiera a aceptar el arbitraje sobre un asunto de reserva doméstica. Para obviar esta dificultad, Drago, que concurrió a la Conferencia como delegado argentino, había propuesto una enmienda que rechazó el Congreso de La Haya, mediante la cual exigía que fuera necesario primero recurrir a los tribunales del Estado deudor, permitiendo el recurso del arbitraje solamente en el caso de que se le hubiera negado

justicia. Esto, en lo que respecta a las deudas contractuales. En lo que respecta a las deudas públicas, en ningún caso podían dar lugar a la intervención armada para su cobro.

Si jurídicamente la doctrina puede ser discutida, como lo ha sido por juristas de la talla del chileno Alvarez, de Ruy Barbosa, de Sáenz Peña, del venezolano Planas Suárez, por lo menos contribuyó por su gravitación política a sentar un principio de derecho —el derecho nace de la política—, que ha sido consagrado en diversos instrumentos americanos. Los hechos dieron a Drago la razón, pues la invocación jurídica de los países europeos para intervenir en América, no era sino un pretexto que cubría propósitos de predominio o de influencia económica o expansionista. Por lo pronto, evitó las reclamaciones europeas armadas para el futuro, con la interposición de los Estados Unidos entre el viejo y el nuevo continente. Claro que provocó, por reacción, la intervención de los Estados Unidos en América Latina, con el pretexto de imponer orden en sus finanzas, pero al fin la voluntad unánime de los países latinoamericanos se impuso con la aceptación por parte del otro Roosevelt, de Franklin Roosevelt, de la política de buena vecindad, que si en un principio pudo interpretarse como un cambio de táctica en el afán expansionista, puede también servir de base para un entendimiento regional sobre fundamentos más serios y prácticos que hasta el presente.

Así dejamos consideradas dos doctrinas argentinas en materia de responsabilidad internacional del Estado, a través de los acontecimientos históricos y del pensamiento jurídico que las originó. Ellas han repercutido, cada una en su hora, más allá de las fronteras nacionales, engrandeciendo el nombre del país a que sus autores pertenecían y sosteniendo, sobre todo, el respeto a la dignidad y a la soberanía doméstica. Es una de las tantas formas de demostrar amor y gratitud a la tierra donde se ha nacido. Teodoro Roosevelt, que a pesar de sus cacerías en Africa y de su “política del garrote” era un rendido padre de familia, solía afirmar su devoción nacionalista con una pintoresca comparación de orden doméstico: “El hombre —decía— que quiere a las otras naciones tanto como a la suya, es lo mismo que el hombre que quiere a las otras mujeres tanto como a la propia”.

EL PROYECTO DE CÓDIGO DE FAMILIA

ANTECEDENTES, BASES Y PRINCIPIOS

CARLOS JOSE GUTIERREZ

Decano de la Facultad de Derecho

1.—EL TRABAJO REALIZADO:

1.—**Integrantes de la Comisión.**—Por Acuerdo N° 2 tomado por el Plenario de la Asamblea Legislativa, el día 13 de noviembre de 1968, se dispuso nombrar una Comisión para revisar la legislación nacional en materia de relaciones familiares y ejecutar una resolución tomada por el Seminario celebrado del 28 al 31 de marzo de 1966, bajo el patrocinio del Patronato Nacional de la Infancia, de la Caja Costarricense de Seguro Social y del Ministerio de Trabajo.

La Comisión se integró dentro del sistema iniciado por la Asamblea en 1968, con un carácter mixto, compuesta de Diputados en ejercicio y técnicos en las materias a tratar. Formaron parte de ella los Licenciados Eladio Vargas Fernández, Profesor de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Luis Casafont Romero, Representante Legal del Patronato Nacional de la Infancia, Nury Vargas Aguilar de Montes de Oca, Directora de Bienestar Social, María Eugenia Vargas Solera, Juez Tutelar de Menores, y el Presbítero don Alberto Izaguirre, Director de Defensa Social.

A dichos expertos se unió un grupo de Diputados compuesto por doña Cecilia González Salazar de Penrod, doña Graciela Morales de Echeverría, don Noel Hernández Madrigal, don Alberto Delgado Bonilla y el que escribe. Se nombró con al carácter de Secretario encargado de las redacciones al Lic. Hernando Arias Gómez.

En el curso del trabajo la integración de la Comisión sufrió varios cambios. Por renuncia de la Lic. Vargas Solera, se nombró en su lugar al Lic. Arias Gómez y para sustituir a éste, asumió la tarea de redacción don Gerardo Trejos Salas.

El Diputado Delgado Bonilla fue sustituido por el Diputado Lindbergh Quesada Alvarez y éste, por el Diputado Ovidio Murillo Murillo, quien cumplió con las funciones encomendadas hasta el final. La Lic. Vargas Aguilar de Montes de Oca fue sustituida en dos ausencias suyas del país por las Licenciadas Grace Rojas Franco la primera vez, y por la Licenciada Flory Saborío de Schmidt la segunda. Los demás componentes de la Comisión trabajaron en ella hasta el final.

2.—**Sistema de Trabajo:**—En la primera parte del trabajo se encargó al grupo de expertos preparar una serie de observaciones a la regulación de las relaciones familiares que aparece en el Libro I del Código Civil. Se pensó inicialmente que de esa manera el trabajo podría llevarse a cabo con gran rapidez. Sin embargo, los problemas surgidos demostraron que era poco lo que podría adelantarse, dado que las discusiones iniciales en el grupo de expertos habrían de repetirse en las reuniones de la Comisión en pleno. Por ese motivo, a partir de enero de 1969, se adoptó el sistema de discutir los temas en reuniones de la Comisión en pleno, preparar luego una redacción que acogiera las tesis que gozaran del favor de la mayoría de sus componentes, para realizar con posterioridad una discusión de los aspectos de forma.

Al tratar los distintos temas se consideró que en materia tan delicada era imposible atender únicamente los aspectos jurídicos o sociales involucrados en el tema y se realizaron consultas y audiencias para oír la opinión de dos psiquiatras, un ginecólogo, y una serie de expertos ajenos a la Comisión cuyo criterio se estimó necesario escuchar. Se utilizaron además una serie de textos de Derecho Comparado, en especial el Código Civil guatemalteco, que por su fecha reciente de promulgación trata algunos puntos, en forma más acorde a la época.

3.—**Autonomía del Derecho de Familia:** Fue el criterio inicial de la Comisión que lo que debía hacerse era revisar el Libro I del Código Civil, dándole una redacción más moderna. Sin embargo pronto se cayó en cuenta que al tratar distintos temas con la amplitud que se deseaba, se introduciría una gran confusión en el número de los artículos, con grandes trastornos en la numeración de los otros libros del Código.

Por otra parte, discutida con amplitud, privó en la Comisión una tesis que hoy se afirma en el campo doctrinario: la auto-

nomía del Derecho de Familia. La tesis tradicional de que éste es una parte del Derecho Civil, y, en consecuencia, materia regulada en los códigos de la materia, encuentra su inspiración en la circunstancia de haber sido la familia la unidad económica básica de las sociedades rurales anteriores a la revolución industrial, y en que se considerasen las relaciones familiares como materia en la cual no cabe supervisión estatal alguna. Contra esos postulados se alzan circunstancias actuales como el hecho de que sea hoy la empresa la unidad económica básica del mundo de los negocios, y la necesidad, sentida cada vez con mayor fuerza, de que entidades estatales especializadas ejerzan la debida vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones familiares, en salvaguarda, primordialmente, del interés de los hijos menores. Se afirma entonces la separación del Derecho de Familia del Derecho Civil, sus características propias de una disciplina autónoma, orientadas con finalidades en las cuales el espíritu de lucro no juega papel alguno, y sí lo tienen, en forma muy especial, la protección de los hijos, el mantenimiento de la familia, y el desarrollo armónico de las relaciones entre sus miembros, en forma que hagan posible el desenvolvimiento de la sociedad.

Dentro de esos postulados, la Comisión abandonó totalmente la idea de una simple revisión del Libro I del Código Civil y se fijó como meta la preparación de un Código de Familia que comprendiera tres partes o Libros: I: Normas Sustantivas; II: Procedimientos Administrativos; III: Procedimientos Judiciales. Imaginamos que en la segunda parte debería efectuarse una regulación en detalle de las actividades encomendadas al Patronato Nacional de la Infancia y a la Dirección de Bienestar Social, en relación tanto con los problemas familiares, como con los niños abandonados o carentes de protección. En la tercera, debía establecerse el procedimiento judicial a llevarse a cabo por los Tribunales de Familia, cuya composición y actividad debe diferir en múltiples aspectos de la que hoy cumplen los tribunales civiles, dado que en aquellos, los procedimientos conciliatorios primero, y las investigaciones de orden psicológico, médico y social, deben influir de manera importante en las opiniones de los tribunales, puesto que sus decisiones no están destinadas a dirimir un conflicto de intereses económicos sino que tienen una influencia muchas veces decisiva en la suerte de una familia y en la formación de los hijos de ella, con resultados que trascienden aún el límite de las generaciones.

Infortunadamente, la fecha fatal del 30 de abril en que cesaban las funciones de la Asamblea Legislativa que le había encomendado este trabajo, impidió a la Comisión ir más allá de la formulación de la parte sustantiva del Código de Familia, con separación de los artículos que deben seguir formando parte del Código Civil y aquellas que habrán de pertenecer al nuevo ordenamiento. Se forma éste con materia que hoy está regulada por el Código Civil, la Ley de Adopción, las disposiciones sustantivas que se encuentran en la Ley de Pensiones Alimenticias y algunos aspectos hoy cubiertos por el Código de la Infancia.

2.—LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES:

Para formular la nueva legislación la Comisión estimó que había tres principios fundamentales a tomar en cuenta: la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, la unidad de la familia y el interés de los hijos. Así quedó consagrado en el artículo 2º del proyecto, en que se dice expresamente:

"Artículo 2º.—La igualdad de derechos y deberes de los cónyuges, la unidad de la familia, y el interés de los hijos, han de ser los principios fundamentales para la aplicación e interpretación de este Código".

Para ello, la Comisión tomó en cuenta que la Constitución Política contiene disposiciones claras y taxativas sobre la materia, cuales son los artículos 51 a 55 que disponen:

"Artículo 51.—La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido".

"Artículo 52.—El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges".

"Artículo 53.—Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley".

"Artículo 54.—Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación".

"Artículo 55.—La protección especial de la madre y del menor estará a cargo de una institución autónoma denominada Patronato Nacional de la Infancia, con la colaboración de las otras instituciones del Estado".

Es cierto que en las reformas llevadas a cabo al Libro I del Código Civil por Ley N° 1443 de 21 de mayo de 1952, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, se redujo el número de desigualdades existentes entre los cónyuges. Pero es igualmente cierto que la realización del principio constitucional no fue pleno, como no podía ser en una reforma de carácter parcial. Como ejemplos no exahustivos de la realización de los tres principios en el proyecto, podemos citar los siguientes:

1.—**Igualdad Entre los Cónyuges:**—La sustitución del texto del artículo 74 del Código Civil por la del artículo 35 del proyecto. Dice el primero:

"Artículo 74.—El marido es obligado a hacer los gastos de alimentos de la familia. La mujer es subsidiariamente obligada, si el marido no puede hacerlos en todo o en parte".

En cambio, el texto del segundo es así:

"Artículo 35.—El marido es el principal obligado a sufragar los gastos de alimentos que demande la familia. La esposa está obligada a ellos en forma solidaria y proporcional, cuando cuente con recursos propios".

Al igual de ese caso, en el cual puede decirse que se aumentan las obligaciones de la esposa, puede citarse el cambio que va de los incisos 1) y 21 del artículo 80 del Código Civil al artículo 41 del proyecto. Mientras el primero señala como causales de divorcio:

"1.—El adulterio de la mujer";

"2.—El concubinato escandaloso del marido".

El segundo reduce ambas causales a una sola:

"1.—El adulterio de cualquiera de los cónyuges".⁽¹⁾

Igualmente patente queda el principio de igualdad en la diferencia entre el artículo 84 del Código Civil y el 46 del proyecto. Dice el primero:

(1) Dicha proposición no gozó del favor de la mayoría de los abogados asistentes al Congreso Jurídico Nacional que votaron por pedir la vuelta al régimen de desigualdad anterior.

"Artículo 84.—Pedido el divorcio, el juez autoriza a la mujer para que abandone el domicilio conyugal u ordenar al marido que lo abandone. En el primer caso señalará la casa donde deberá residir la mujer".

"También señalará el juez la pensión alimenticia que el marido deberá pagar a la mujer cuando ésta no tenga rentas bastantes a cubrir sus necesidades.

"Si la mujer abandona maliciosamente la casa que le ha sido señalada, el marido podrá rehusar el pago de la pensión alimenticia, y si la mujer es la actora del divorcio se declarará éste sin lugar".

En cambio, en el proyecto se dispone:

"Artículo 46.—Pedido el divorcio, el Tribunal puede autorizar u ordenar a cualquiera de los cónyuges la salida del domicilio conyugal".

2.—**La Unidad de la Familia:**—El propósito del mantenimiento del vínculo familiar puede ser ejemplificado con el texto de la causal de divorcio, con base en una separación judicial. Dicho texto es el siguiente:

"Artículo 41.—Será motivo para decretar el divorcio:

1

2

3

4

5) La separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges.

Durante dicho lapso el Tribunal, a solicitud de los interesados, y con un intervalo mínimo de tres meses, celebrará no menos de dos comparecencias para intentar la reconciliación entre los cónyuges.

Si alguno de los cónyuges no asistiere a las comparecencias, si éstas no se solicitan, o si las conclusiones a que llegue el Tribunal así lo aconsejan, el plazo para decretar el divorcio será de dos años".

Se introduce así un elemento totalmente nuevo en la fisonomía de nuestro procedimiento de divorcio: la conciliación obligada como medio para que los esposos que han tomado la decisión de divorciarse tengan oportunidad de meditar y analizar, con el auxilio del Tribunal, el paso que piensan dar.

3.—**El Interés de los Menores:**—En nuestra legislación civil, la patria potestad sobre los hijos se pierde como resultado de la condición que se tenga o no de cónyuge culpable en un procedimiento de divorcio. Así lo estipula el artículo 87 del Código Civil que dispone de una manera taxativa:

"Artículo 87.—Al cónyuge que ha obtenido el divorcio se confiarán la guarda, crianza y educación de los hijos".

En sustitución de dicho texto, el proyecto propone una fórmula mucho más flexible e inspirada en el interés de los menores:

"Artículo 43.—Al declarar el divorcio, el Tribunal, tomando en cuenta el interés de los hijos menores y las aptitudes física y moral de los padres, determinará a cuál de los cónyuges confía la guarda, crianza y educación de aquellos. Sin embargo, si ninguno de los progenitores está en capacidad de ejercerla, los hijos se confiarán a cualquier otro pariente, institución o persona.

Cualquiera que sea la persona o institución a cuyo cargo queden los hijos, los padres quedan obligados a sufragar los gastos que demanden sus alimentos.

Lo resuelto conforme a las disposiciones anteriores no constituye cosa juzgada, y el Tribunal podrá modificarlo de acuerdo con la conveniencia de los hijos o un cambio de circunstancias".

Fuera de los principios citados, contiene el proyecto una serie de innovaciones, dos de las cuales, por su importancia, merecen mencionarse: una exoneración de impuestos sobre todos los actos jurídicos, solicitudes y actuaciones de cualquier clase que se tramiten en los órganos administrativos o judiciales con motivo de la aplicación de las normas del Código, y la obligación del Estado de suministrar asistencia legal, a quien lo requiera, para hacer valer los derechos consagrados en el Código. (Artículo 6º y 7º).

Con respecto al primero cabe reiterar lo dicho al hablar de la autonomía del Derecho de Familia. Si en las relaciones familiares son los aspectos humanos los que tienen primacía, y deben ser contemplados ellos con un espíritu totalmente alejado del lucro, mal puede pensarse que el Estado obtenga beneficios de su intervención regulatoria en este campo.

En cuanto al segundo, es producto de la convicción de los redactores de que, dada la complicación de los problemas jurídicos, es imposible para el simple ciudadano hacer valer sus derechos si no cuenta con ayuda legal. La obligación de retribuirle los servicios a un profesional en Derecho si bien puede ser satisfecha por quienes tienen medios económicos adecuados se encuentra lejos de las posibilidades de una persona de escasos recursos. Fuera del servicio que prestan los Consultorios Jurídicos de la Universidad limitado al Área Metropolitana, el Estado ha reconocido la obligación de suministrar servicios legales a las personas de escasos recursos en el campo penal, al crearse los Defensores Públicos como una institución administrativa por la Corte Suprema de Justicia. La disposición que se incluye en el proyecto tiende a reconocer que las relaciones familiares son materia tan vital para el individuo como el problema de su libertad individual, y que, en consecuencia, es igual que en éste, debe contar con la ayuda legal adecuada para hacer valer sus derechos.

3.—NOVEDADES PRINCIPALES:

1.—**La Celebración de Matrimonios:**—La Comisión creyó que el matrimonio, como medio jurídico que da nacimiento a la familia, debe conservar los requisitos de autenticidad y legalidad que permiten evitar los fraudes y nulidades, pero que, además de ello, se hace imperativo facilitar su celebración.

En atención a la necesidad mencionada, en materia de requisitos legales, se ha dado la jurisdicción en materia de matrimonios civiles a los jueces y alcaldes, y sólo en defecto de estos últimos se ha admitido que se lleve a cabo por los Jefes Políticos. La razón fundamental para ello es la circunstancia de que los dos primeros grupos de funcionarios son en su mayoría profesionales en derecho y se encuentran, por lo tanto, en mejor capacidad de cumplir con todas las formalidades legales que los Jefes Políticos.

Para facilitar el matrimonio, se ha señalado además la validez del matrimonio celebrado por religiones distintas de la Católica, Apostólica, Romana, y la posibilidad de que se lleve a cabo por medio de Notarios Públicos. Ambas posibilidades se han estipulado, rodeadas de los requisitos que se estiman indispensables. Con respecto a la primera, señala el artículo 23 en su párrafo segundo que ello es posible:

"siempre y cuando demuestren que las normas que regulan sus ceremonias no están en pugna con las solemnidades y exigencias de la ley costarricense".

Por medio de autorización que otorgará el Poder Ejecutivo, previa información, después de obtener suficientes garantías de cumplimiento y promesa de absoluto respeto a las normas vigentes. Estimó la Comisión que con ello no ofendía el mayoritario sentimiento católico de los costarricenses sino que se reconocía la circunstancia de haber aumentado en el país los grupos religiosos, tener muchos de ellos procedimientos para la celebración del matrimonio que observan requisitos de autenticidad y legalidad similares o equivalentes a los que se dan en la legislación costarricense o en el Derecho Canónico, y la preferencia que existe en toda persona de convicciones religiosas por el matrimonio celebrado de acuerdo con sus creencias.

La autorización dada a los Notarios se fundamenta en la circunstancia de encontrarse ellos en plena capacidad para dar fe de la celebración de un matrimonio civil. Se creyó además necesario fijar expresamente la responsabilidad por medio del párrafo siguiente que se incluye al final del artículo 24:

"El Notario que celebre un matrimonio sin cumplir las formalidades de este Código, o un matrimonio simulado, será suspendido del ejercicio de sus funciones por el término de un año".

En materia de procedimiento matrimonial se ha hecho imperativa la publicación de los edictos y el certificado médico prenupcial. El primer requisito se ha indicado con el criterio de que es por su medio que se cumple con el requisito de publicidad y que la actual redacción del artículo 69 del Código Civil, mediante el pago de una pequeña suma ha hecho inoperante dicho requisito.

De conformidad con el artículo 33 del proyecto se admite la dispensa pero sólo:

"Por justa causa, que debe constar en resolución motivada del funcionario encargado de la celebración".

Respecto al certificado médico prenupcial se da la circunstancia de que, pese a encontrarse establecido en la legislación sanitaria, no se cumple por no haberse tenido el cuidado de incluir una referencia a él dentro del capítulo de matrimonio del Código Civil. Dicha omisión se remedia, haciendo expresa mención de él, en el artículo 28 del proyecto, con carácter general. Sólo por Decreto Ejecutivo podrá establecerse dispensa de él:

"En aquellos lugares en donde sea imposible obtenerlo".

Dentro de la idea de que todos los actos referentes al Derecho de Familia deben ser gratuitos y de que esos certificados para tener verdadero valor deben ser emitidos por entidades oficiales, se señala la obligación de laboratorios y médicos oficiales de llevarlos a cabo en forma gratuita.

2.—Bienes Comunes:—En materia de bienes comunes del matrimonio se ha ido más allá de la reforma hecha a los artículos 76 y 77 del Código Civil por Ley N° 4277 de 16 de diciembre de 1968. Esta, a imitación del Código Civil francés, demanda el mutuo consentimiento para la disposición o gravamen del inmueble que sirva de habitación familiar o los muebles de éste.⁽²⁾ En un reconocimiento de la importancia del acuerdo entre los cónyuges en materia de bienes, en el artículo 39, párrafo segundo, se dispone:

"Aquellos bienes que a la disolución del matrimonio deban considerarse comunes, no podrán ser arrendados por más de cinco años, enajenados ni gravados sin el consentimiento del otro cónyuge; y si fueren perseguidos por acreedores personales, sólo podrán ser subastados o adjudicados en la mitad, considerándose desde ese momento que la otra mitad le pertenece al cónyuge no accionado".

(2) Al momento de entregar este artículo, la Asamblea Legislativa aprobaba la vuelta al régimen individualista en materia de bienes conyugales.

Con la norma referente a la posible persecución se ha querido evitar el perjuicio de acreedores que tanto se ha invocado por las instituciones de crédito del Estado, con respecto a la reforma hecha por la Ley N° 4277.

3.—Divorcio y Separación de Cuerpos:—En materia de divorcio no se ha señalado como nueva causal de divorcio más que "la ausencia y la presunción de muerte judicialmente declarada" (inciso 6) del artículo 42). Dentro del principio de unidad familiar se ha pensado que toda disolución debe llevarse a cabo en forma gradual, por lo cual el aumento de causales se ha producido en las causales de separación de cuerpos.

En referencia a éstas se ha adoptado un sistema mixto que incluye además de las causales ya existentes y que corresponden a la figura de la separación de cuerpos como resultado de actos en contra de la vida en común, que hacen merecer al cónyuge culpable una sanción, otras que tienen el propósito de remediar situaciones de hecho que hacen imposible la vida conyugal.

Dicho carácter lo tienen ya, en el artículo 91 del Código Civil, las causales que se estipulan en el inciso 4 ("El mutuo consentimiento de los cónyuges") y el inciso 7 ("La separación de hecho de los cónyuges durante dos años consecutivos, ocurrida después de dos años de verificado el matrimonio").

A ellas la Comisión ha agregado las que constan en los incisos 5, 6 y 7 del artículo 51:

"5)—La enajenación mental u otra enfermedad o los trastornos graves de conducta de uno de los cónyuges que hagan imposible o peligrosa la vida en común;

"6)—La impotencia absoluta o relativa, siempre que por su naturaleza sea incurable y posterior al matrimonio;

"7)—El haber sido sentenciado cualquiera de los cónyuges a sufrir una pena de prisión durante tres o más años por delito que no sea político. La acción sólo podrá efectuarse siempre que el sentenciado haya permanecido preso durante un lapso consecutivo no menor de dos años".

Es conveniente apuntar que la Comisión tuvo en mente incluir dentro de las causales de separación, en forma específica,

la homosexualidad de alguno de los cónyuges pero con mejor criterio, prefirió utilizar una forma genérica como la que aparece en el inciso 5, sean "trastornos graves de conducta que hagan imposible... la vida en común".

4.—Impugnación de la Paternidad:—En materia de impugnación de paternidad, la Comisión considera necesario ampliar los términos del artículo 104 del Código Civil, que permiten la impugnación sólo al marido, personalmente o por apoderado especialísimo, y a sus herederos, en el caso de su muerte. A esa estricta enumeración se agregan en el artículo 65 del proyecto, dos más:

"El curador, en los casos de incapacidad mental del esposo, así como el Patronato Nacional de la Infancia cuando el padre no pueda ser habido y las circunstancias lo ameriten, podrá ejercer la acción de impugnación, previo estudio médico social donde queda claramente establecido el estado mental del marido".

5.—Posesión Notoria del Estado:—La Comisión ha considerado necesario introducir en la ley, la distinción aceptada por nuestra jurisprudencia entre la posesión notoria de estado de los hijos de matrimonio y la que poseen los hijos extramatrimoniales. Se mantiene con ligeras variantes de redacción el texto del artículo 113 del Código Civil que se transforma en el 74 del proyecto. Pero se incluye en el artículo 87 de éste, una fórmula un poco más flexible para la posesión de estado del hijo extramatrimonial, en los siguientes términos:

"Artículo 87.—La posesión de estado del hijo extramatrimonial resulta de varios hechos que en su conjunto constituyen grave indicio de la relación de filiación entre una persona y aquél a quien su paternidad se atribuye".

"Esta posesión podrá aplicarse, en lo pertinente al hijo por nacer con base en la relación de hecho de la madre con el presunto padre".

6.—Adopción:—La adopción es una de las materias que comprenden el Derecho de Familia no reguladas por el Código Civil sino por una ley especial (Ley N° 140 del 1° de agosto de 1939). El esfuerzo realizado por la Comisión en este sentido puede decirse que ha tenido dos direcciones: 1) Reunir la legislación sobre la materia para incorporarlo donde corresponde; 2) Facilitar más la

adopción por considerarla una institución que permite a los menores de edad obtener una familia.

Dentro de las medidas tomadas en el segundo sentido puede citarse la contenida en el artículo 94 que permite el consentimiento del Patronato Nacional de la Infancia se otorgue antes o después del otorgamiento de la escritura.

7.—Poder de Corrección:—Dentro del criterio de buscar, como criterio fundamental, el interés de los menores, la Comisión creyó necesario limitar la autoridad paterna, contenida en el artículo 131 del Código Civil, "para pedir al Patronato Nacional de la Infancia que acuerde su internación en un establecimiento dedicado exclusivamente a la corrección de menores".

A diferencia del texto actual, el artículo 112 habla de que se puede pedir al Patronato Nacional de la Infancia:

"Que lleve a cabo las investigaciones pertinentes y tome las medidas necesarias para coadyuvar a la orientación del menor, que puede incluir su internamiento en un establecimiento adecuado por un tiempo prudencial, de acuerdo con las necesidades educativas correspondientes".

8.—Intervenciones Médicas:—Dentro del mismo espíritu de buscar de manera primordial el interés de los menores y después de recibir en audiencia al señor Director del Hospital de Niños, Dr. Carlos Sáenz Herrera, la Comisión estimó indispensable introducir las disposiciones que aparecen contenidas en el artículo 113 del Proyecto que permiten al director de un hospital, aún contra el criterio expreso de los padres, autorizar una hospitalización; tratamiento o intervención quirúrgica decisiva, indispensable o emergente, para resguardar la salud o vida de un menor, y a los médicos que presten servicios profesionales en unidades sanitarias o dispensarios de la Caja Costarricense de Seguro Social, decretar el traslado de un menor a un centro hospitalario.

De acuerdo con las manifestaciones del Dr. Sáenz Herrera, hay multiplicidad de casos en los cuales, por temor o ignorancia, los padres ponen en peligro la vida de sus hijos al negarse a dar su consentimiento para que reciban el tratamiento adecuado o se les haga objeto de una intervención quirúrgica necesaria. Dentro del

critorio tradicional que considera las relaciones familiares como absolutamente privadas y de imposible interferencia por extraños el poder de decisión de los padres en este campo no puede discutirse. Sin embargo, si se concibe la legislación de familia, con la finalidad básica de proteger el interés de los menores, es indudable que la disposición en referencia tiene una justificación plena.

9.—Recuperación de la Patria Potestad:—El mismo espíritu de la disposición anteriormente citada y de la ya comentada de 121 del proyecto, anima la del 122 que, en radical contraposición con el 140 del Código Civil, permite que:

“Por muerte o por incapacidad física, legal o moral del padre a quien se ha otorgado la patria potestad, guarda, crianza y educación de los hijos, podrán confiarse al otro progenitor, siempre que el Tribunal con pruebe su aptitud para ejercerlas”.

10.—Participación del Padre en la Patria Potestad de los Hijos Extramatrimoniales:—En cumplimiento del principio de igualdad entre los padres, se ha ampliado el concepto del artículo 140 del Código Civil que autoriza a los padres a participar en la patria potestad de los hijos extramatrimoniales, sólo en el caso de reconocimiento otorgado con el consentimiento de la madre o de que hayan dado alimentos al hijo en los años anteriores al reconocimiento. En lugar de esa disposición, el artículo 124 concede al Tribunal la facultad de conferir la patria potestad al padre, en forma conjunta con la madre “en casos especiales, a juicio suyo... atendiendo exclusivamente el interés de los menores”.

11.—Pérdida de la Patria Potestad:—Las causales enumeradas en el artículo 148 y 149 del Código Civil sobre pérdida de la patria potestad aparecen ampliadas en el artículo 128 del proyecto que autoriza al Tribunal para suspenderla, modificarla o declararla terminada, no sólo por favorecer la corrupción o prostitución de la hija, la mala conducta notoria, el abuso del poder paterno y el incumplimiento de la obligación de alimentar o educar a los hijos sino también por:

“1.—La ebriedad consuetudinaria, el uso indebido de drogas estupefacientes, el hábito del juego en forma que perjudique el patrimonio de los hijos menores, las costumbres depravadas y la vagancia comprobada de los padres;

- “2.—La dureza excesiva en el trato a las órdenes, consejos, instrucciones o ejemplos corruptores que los padres dieran a sus hijos;
- “3.—La negativa de los padres de dar alimentos a sus hijos, o el dedicarlos a la mendicidad y permitir que deambulen por las calles;
- “4.—El delito cometido por uno de los padres contra el otro o contra la persona de alguno de sus hijos y la condenatoria a prisión por cualquier hecho punible”.

“También podrá suspenderse, modificarse o perderse la patria potestad, por cualquier otra forma de mala conducta notoria de los padres, abuso del poder paterno, incumplimiento de los deberes o abandono de los hijos”.

12.—Alimentos:—En esta materia se ha aumentado el número de personas a quienes se deben alimentos para incluir al hijo inválido aún cuando fuere mayor de edad y a los hermanos menores o inválidos. Se ha incorporado además el postulado, que ahora aparece en la Ley de Pensiones Alimenticias de que, quien se ausente del país, debe garantizar los alimentos en favor de sus alimentarios por el término de un año y se han incorporado a las causales de cesación que aparecen en el artículo 169 del Código Civil tres causales tomadas de la Ley de Pensiones Alimenticias y de la legislación extranjera que constituyen los incisos 4, 5 y 6 del artículo 150 del Proyecto y que dicen:

- “4.—Cuando el cónyuge que los recibe hubiere incurrido en abandono voluntario y malicioso del hogar o se comprobare que incurre en adulterio;
- “5.—Cuando el alimentario observare mala conducta, fuere un vago declarado o hiciere vida dispendiosa, o no emplee con ese fin los provechos que recibe, o cuando adolezca de embriaguez habitual escandalosa; y
- “6.—Cuando los alimentarios menores de edad alcanzaren su mayoría, salvo que el alimentario no hubiere terminado sus estudios superiores, iniciados durante la minoridad, siempre y cuando obtenga buenos rendimientos en ellos”.

4.—LAS MODIFICACIONES AL CODIGO CIVIL:

Además del Código de Familia la Comisión elaboró una serie de reformas a los artículos que han de quedar en el Código Civil, atinentes a la capacidad, domicilio y ausencia de las personas. Se propone, también, un Capítulo referente al derecho al nombre y a los derechos de la personalidad, y una variación al límite de mayoría. Me referiré tan solo, a las dos últimas.

1.—**Derechos a la Personalidad:**—Nuestras leyes civiles, de perfiles napoleónicos y un tanto obsoletas, no regulan los derechos a la personalidad, como lo hace por ejemplo el Código Civil italiano en sus disposiciones relativas a las personas físicas (artículos 5 a 10).

Aparte del Código Civil italiano, algunos códigos como el etíope de 1960 regulan entre los derechos de la personalidad aquellas libertades como la de creencias, libertad de pensamiento, de inviolabilidad del domicilio, que entre nosotros forman parte del Capítulo de Garantías Individuales de nuestra Constitución.

Por ello, en el proyecto incluimos únicamente aquellos que tienen un tinte más privado, es decir, los que sirven para realzar la condición y la dignidad de la persona humana, a la que deben respeto no sólo el Estado sino todos los individuos. Ellos son el derecho al nombre o derecho a la identidad de la persona, el derecho que cada uno tiene sobre su propio cuerpo tanto para ser respetado por los demás como para disponer de él después de la muerte; el derecho a la imagen; a la reserva y al decoro y el derecho al secreto epistolar. Los preceptos correspondientes que se incluyeron, fueron tomados indistintamente del Código Civil italiano, del Código Civil etíope, del capítulo que sobre el nombre de las personas redactó el Licenciado Julio Derbez Muro para el anteproyecto del Código Civil del Estado de Guanajuato (México) y de las Bases para un anteproyecto de Código Civil uniforme para la República de México, preparado por el Licenciado Antonio Aguilar Gutiérrez.

Los derechos de la personalidad constituyen una categoría desconocida de los ordenamientos jurídicos antiguos y son una conquista de la ciencia jurídica del último siglo. Trátase de derechos absolutos en cuanto implican para terceros un deber general de abstención, pero no son derechos reales; no se puede disponer de ellos, ni renunciarse, y no prescriben. Se adquieren por el hecho

mismo de ser sujetos de derecho y casi todos ellos nacen y se extinguen con la persona. Son derechos subjetivos que asumen como objeto propio algunos atributos esenciales de la persona y los que, al asegurar un sujeto la exclusión de otros en el uso y apropiación de aquellos atributos, sirven para integrar la tutela de su individualidad.

Con el reconocimiento de estos derechos el ordenamiento jurídico costarricense se hará efectivo el compromiso internacional que adquirió al ratificar la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en el sentido de tutelar al máximo la dignidad de la persona humana.

2.—**Variación de Límite de la Mayoridad:**—El proyecto varía el límite de edad necesario para alcanzar la mayoría civil y lo fija en veinte años. El propósito es el mismo tenido en mente en el proyecto de Código Electoral que presentó la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea en 1966; equiparar las edades para la adquisición de los derechos civiles y de los políticos. Se discutió en la Comisión bastante sobre si dicho límite debía rebajarse o no hasta los dieciocho años, pero privó la tesis de la equiparación por considerar que debe ser una la edad tanto para el ejercicio de las funciones de ciudadano como para actuar y contratar libremente en las distintas actividades civiles de una persona. Bueno es notar que este punto deberá ser modificado al pasar la reforma Constitucional que fija los dieciocho años como mayoría política, ahora en trámite, si se quiere mantener el principio de unificación.

LA DEBILITACIÓN DEL CONCEPTO INDIVIDUALISTA DEL DOMINIO Y SU MODIFICACIÓN HACIA FORMAS COMUNITARIAS

Por ROGELIO SOTELA MONTAGNÉ
Profesor de Derecho Civil, Facultad
de Derecho de la Universidad de
Costa Rica.

Cuando el Código de Napoleón definió en su artículo 544 la propiedad como "el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto con tal de que no se haga de ellas un uso prohibido por la ley o por los reglamentos", concretaba en términos bastante sobrios, la concepción que del derecho de dominio había proclamado la Asamblea Constituyente en su famosa declaración del 26 de agosto de 1789, llamada de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; ella fue la continuación de los pronunciamientos que se tomaron en la célebre noche del 4 de agosto de ese año, en la que a propuesta del Vizconde de Noailles y del Duque de Aiguillon, fueron suprimidos los derechos feudales que tenían carácter personal, declarándose "redimibles" los establecidos sobre las tierras mediante una compensación económica al señor por parte de los campesinos;⁽¹⁾ en dicha declaración se proclamó la propiedad como "un derecho inviolable y sagrado"; declaración que en el sentir de algunos se inspiró más en el deseo de afianzar la nueva concepción del dominio ante la amenaza que representaba el régimen feudal anterior, que en el de postular una concepción individualista.⁽²⁾ Lo cierto es que los autores se encargaron después de reforzar el concepto individualista del citado código; Aubry y Rau definieron la propiedad como "el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de una manera absoluta y exclusiva a la acción y voluntad de una persona". Pronto se perdió de vista que el carácter de "absoluto"

(1) Francisco Vicens. "Cómo se Desarrolló la Revolución Francesa. Editorial Rauter S.A., Barcelona 1958. Pág. 58.

(2) J. Macqueron. "Le evolution de la propriété a Rome", París 1947. Pág. 107. Citado por Lino Rodríguez-Arias en "De la Propiedad Privada a la Propiedad Comunitaria". Anuario de Derecho. Panamá 1967.

con que se calificaba el derecho de dominio lo era, como dicen Colin y Capitant,⁽³⁾ en referencia a la independencia actual del derecho de propiedad y en oposición al carácter dependiente y subordinado que tenía la propiedad territorial antes de la Revolución.

El derecho de propiedad vino a considerarse, en hipertrofiada concepción, fundamentada en los antecedentes del derecho romano, olvidándose, como apunta Lafaille, que en Roma el derecho de propiedad era "civiliter", significándose con ello que el ejercicio de las facultades derivadas del dominio debía realizarse conforme a lo determinado por las leyes, dentro de sus límites, inspirándose también en el bien común.⁽⁴⁾

Los códigos americanos, inspirados especialmente por el francés de 1804, recogieron en su articulado conceptos similares, aún cuando fueron promulgados varios años después. El nuestro no fue una excepción a la regla: el artículo 264 califica el dominio como "propiedad absoluta" y el 226 señala que "no tiene más límites que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposición de la ley".

Hubo de correr bastante tiempo para poder enmarcar el derecho de dominio fuera del exclusivista campo del interés particular y acercarlo al servicio de la comunidad. Las encíclicas papales, de León XIII de 15 de mayo de 1891 denominada *Rerum Novarum*, y la de Pío XI del año 1931 *Quadragesimo Anno*, impulsadas por el contenido del llamado Código Social de Malinas, vinieron a abrir la espita de una franca evolución sobre el concepto del derecho de propiedad, acentuando a la par de su carácter individual, su aspecto social; en esa larga carrera que ha sido ya analizada en anteriores publicaciones, se llega a la culminación que impone la expresión de la encíclica *Populorum Progressio* de Paulo VI; en ella se niega que la propiedad tenga un carácter incondicional y absoluto y se preconiza contra el concepto de exclusividad en los casos en que el uso supera a la necesidad; un cambio de concepción totalmente diversa de aquel criterio de principios del siglo anterior. Son estas las palabras del Pontífice: "... Es decir, que la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto. No

(3) Curso Elemental de Derecho Civil Francés. Editorial Reus. Tomo II, Pág. 544.

(4) Héctor Lafaille. Derecho Civil. Tomo III. Tratado de los Derechos Reales. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1943. Pág. 357.

hay ninguna razón para reservarse en uso exclusivo lo que supera a la propia necesidad, cuando a los demás les falta lo necesario. En una palabra: el derecho de propiedad no debe ejercitarse jamás con detrimento de la utilidad común..."⁽⁵⁾

La manera como el mundo contemporáneo se desenvuelve, utilizando cada vez más servicios de uso común, quizás por un imperativo del crecimiento de la humanidad y de la elevación de los niveles cultural y de vida de los pueblos, hacen sentir en forma patente, que la exclusividad y absolutez del derecho de dominio no puede tener ahora los alcances que se le dieron hace cien años. Cabe comentar que la independencia que el Código Social de Malinas pedía para los profesionales,⁽⁶⁾ hoy día es cada vez más difícil de realizar si no se entiende por ella la del fuero de la propia conciencia.

El mundo se ha organizado de tal forma, que cada vez son más los asalariados y menos los propietarios, los cuales han sido paulatinamente sustituidos por las grandes compañías. Una consecuencia de este crecimiento humano que hoy se despliega sobre nuestras ciudades, es el uso colectivo de muchos servicios que antes estaban al alcance de unos pocos y que ahora se extienden a la gran comunidad de las urbes, tales como: el uso de clínicas y hospitales, donde es más difícil cada vez, encontrar una habitación privada exclusiva, ya que las que suelen encontrarse hay que compartirlas usualmente cuando se trata de clínicas dentro de grandes ciudades; los teatros populares, incluyendo los que realizan representaciones cinematográficas en lugares abiertos donde se mira desde el automóvil; la televisión, que se disfruta generalizadamente desde el apacible rincón del hogar; lo mismo que la radio que se oye hasta en cada uno de los automóviles que circulan por las calles; las cadenas de hoteles, de moteles, de restaurantes, con que se surten las carreteras importantes de todo el mundo; los servicios colectivos de transporte, cada vez más utilizados, incluyendo los grandes Jets aéreos que ahora empiezan a transportar hasta 400 pasajeros en cada viaje. Toda esta situación ha venido incidiendo sobre el clásico concepto de derecho de propiedad en forma notoria; consecuencia de ello es que ya no se conciba dentro de los mismos límites de hace algunos años el derecho que se tiene sobre el menaje de casa en relación

(5) Carta Encíclica. Tipografía Poliglota Vaticana. Capítulo 3, número 23. Marzo 1967.

(6) Código Social de Malinas. Nº 107. Pág. 51. Ediciones del Atlántico. Buenos Aires, 1957.

al que se tiene sobre un fundo no edificado; o el derecho sobre uno de los llamados "derechos intelectuales" que son las obras del talento humano, en comparación con el que se pueda tener sobre un bien mueble de otra naturaleza. En razón del interés social se constriñe la acción del propietario, que siente cada vez como limitante de su derecho, el derecho de los demás; el propietario de un vehículo está obligado a acatar las restricciones que señalan el uso de vías de una sola dirección, el máximo de velocidad que puede utilizar en ciertos caminos, a realizar una periódica revisión de su automóvil para poder obtener el derecho a las placas de circulación. Esto nos hace ver con suma claridad la diferencia que existe entre el poseedor o propietario de un vehículo y el de un caballo, por ejemplo. Por eso llegó a afirmar Jossierand que no puede hablarse de propiedad, sino de propiedades.⁽⁷⁾ Este autor, se expresa de la siguiente manera sobre la intensificación de la vida colectiva a que hemos aludido: "Se van multiplicando a medida que la vida colectiva va siendo más intensa. (Se refiere a las limitaciones al dominio). Los derechos del individuo están limitados por los de la comunidad, y, si el propietario territorial no es todavía un **funcionario social** soñado por Stuart Mill, resulta por lo menos cierto que la propiedad individual ha dejado de merecer los epítetos que le prodigaba Ihering, que veía en ella la afirmación de un egoísmo insaciable. Este movimiento social comenzó el día en que se estableció el primer impuesto a la propiedad inmueble. Continuó después y continúa en nuestros días, revistiendo las más diversas manifestaciones; encuentra su realización más notable en el artículo 153 de la Constitución de Weimar, según el cual: "Propiedad obliga, su uso debe ser al mismo tiempo un servicio prestado al interés general". Y el artículo 155: "El aumento de valor del suelo que muchos fundos obtienen sin gasto de trabajo o de capital, aprovecha a la comunidad".—(Obra citada página 108).

El Derecho ha venido buscando nuevas formas en las que cada vez pierde un poco de su carácter absoluto y exclusivo el derecho de propiedad. Las reformas agrarias imperantes en el mundo, originadas en su mayor parte por el concepto del carácter social impuesto por la Iglesia a la propiedad⁽⁸⁾ ha venido a difundir

(7) Jossierand, Derecho Civil, Tomo I, Volumen 3. Editorial Ejea. Pág. 139.

(8) Véase Código Social de Malinas. N° 106. Pág. 50, que dice: "En particular se plantea en ciertos países, un problema agrario que se refiere a las circunstancias siguientes: existencia

el uso de la institución jurídica de la expropiación para dar la tierra a quienes puedan trabajarla. El criterio de que la indemnización ha de ser previa, como lo consigna nuestro artículo 45 de la Constitución ha tendido a debilitarse. No se puede concebir que se expropian grandes latifundios y que el Estado tenga que pagar de contado para poder iniciar una reforma que permita la explotación racional y técnicamente recomendable de tierras que nada producían o que producían mal. Por eso, en la reforma agraria que se dio en Chile con base en la Ley N° 16640 de 28 de julio de 1967 y en la reforma que modificó el artículo 10 de la Constitución Política chilena se estatuyó la indemnización en los casos de expropiación, sin hablar de su carácter previo, disponiéndose simplemente la obligación de pagar "una parte al contado".

La ley chilena obliga al Estado únicamente a dar un 10% en efectivo del valor fijado al inmueble, según la declaración oficial de ese valor, y el resto en bonos de diversos plazos.

El Presidente Frei refiriéndose al problema ha dicho: "En lo que respecta a los pagos a plazos, vale la pena observar que ésta es una forma de pago que no se puede evitar cuando se trata de realizar reformas agrarias de carácter distributivo. Ningún país que ha necesitado realizar este tipo de reformas, que son precisamente, en general, países que se encuentran en vías de desarrollo, ha estado en condiciones financieras que les permitan el pago inmediato del monto total de la indemnización de expropiación. Por esto, los textos legales de muchos países que tratan de la expropiación, incluso las constituciones políticas, han debido ir adaptándose a esta necesidad..."⁽⁹⁾

Esta ley de Reforma Agraria chilena concibe la propiedad comunitaria y la define en su artículo 1° inciso o literal (r) de la siguiente manera: "**Propiedad Comunitaria:** aquella que pertenece

de dominios incultos o sometidos a métodos de cultivo inferiores, cuyo aprovechamiento y mejora son indispensables al bien de la comunidad; explotación técnicamente satisfactoria, pero que provoca, por su excesiva concentración, el nacimiento y desarrollo de un proletariado rural presa de la miseria y obligado, ya a la deserción de los campos, ya a la emigración, ya a cualquier otra alternativa perjudicial al bien general. En todos estos casos, el Estado tiene derecho, después de comprobar el fracaso de soluciones menos radicales, a decretar la partición de los cultivos, y, en caso necesario, de las propiedades. El ejercicio de este derecho se halla siempre subordinado a la concesión de una justa y previa indemnización a todos los que resultasen lesionados en sus intereses legítimos por las medidas de partición".

(9) Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del proyecto de ley de Reforma Agraria. Publicación de la Editorial Nascimento. Santiago, Chile, 1967, Pág. 25.

en común a todos los que la trabajan personalmente, o a una cooperativa formada por éstos, constituyendo una comunidad humana y económica. Cada miembro contribuye con su esfuerzo personal al trabajo común y participa del producto que se obtenga en función de la naturaleza y aporte del trabajo que realice”.

No quiere decir que se excluya en la reforma mencionada la propiedad individual, sino que a la par de ésta, se crea la propiedad comunitaria, la mixta que comprende la propiedad individual o familiar por una parte, y una área comunitaria por otra, sea en copropiedad o como propiedad cooperativa. Dice el artículo 67 de la ley en referencia: “Las tierras adquiridas por la Corporación de la Reforma Agraria se constituirán en unidades agrícolas familiares⁽¹⁰⁾ en conformidad a la letra h) del artículo 1º y serán asignadas a campesinos en **dominio individual**. Sin embargo cuando a juicio del Consejo de la Corporación de la Reforma Agraria, no fuera posible este tipo de asignaciones por razones de orden técnico debido a la naturaleza de la explotación, como puede suceder con los terrenos de aptitud exclusivamente forestal, con los terrenos de pastoreos, las plantaciones frutales, los viñedos u otros terrenos que por sus condiciones naturales no sean susceptibles de dividirse sin deterioro del suelo o de sus posibilidades de manejo económico, las tierras podrán asignarse en dominio exclusivo a cooperativas campesinas o de reforma agraria o en copropiedad a campesinos o a cooperativas campesinas o de reforma agraria . . .”

Explicando los alcances de la reforma, el Presidente Frei dijo: “. . . Por el contrario, no se pretende con este proyecto de ley desconocer, suprimir o lesionar el derecho de propiedad, sino que quiere extenderlo, reforzarlo y perfeccionarlo sustituyendo un concepto individualista y excluyente que no permite el pleno aprovechamiento de los recursos naturales y el desarrollo social de los campesinos, por un derecho de propiedad con sentido social que garantice el uso de esos bienes en un marco de dignidad y justicia, con plena realización del bien común”. (Véase la comentada publicación de la Editorial Nascimento de 1967).

* * * *

(10) Esta dice: “Unidad agrícola familiar: la superficie de tierras que, dada la calidad del suelo, ubicación, topografía, clima, posibilidades de explotación y otras características, en particular la capacidad de uso de los terrenos y siendo explotada personalmente por el productor, permite al grupo familiar vivir y prosperar merced a su racional aprovechamiento . . .”

Otra situación interesante de propiedad no individual es la que se presenta con los casos de comunidad de bienes originados en el matrimonio. Sabemos que nuestro derecho concibe una “sociedad conyugal” sui generis, por nacer esta al momento de la disolución del vínculo según la doctrina del artículo 77 del Código Civil; pero lo usual es que el régimen de sociedad conyugal exista mientras dura el matrimonio; así por ejemplo según el Código Civil de Italia, en ese país el destino de los bienes que configuran la comunidad es el de ser dedicados al mantenimiento de la familia, preferentemente, y además a satisfacer la obligación alimentaria que los cónyuges se deben entre sí; se dedica a sostener los gastos de administración de esos bienes y a los gravámenes que se contraigan durante la comunidad.⁽¹¹⁾ Los bienes de la comunidad no responden por obligaciones de los cónyuges anteriores a su constitución; esta comunidad es administrada por el marido como Jefe de Familia el cual se asimila a un usufructuario; en casos de excepción puede ser administrada por la esposa. Quien administre, carece de la facultad de enajenar a título gratuito y de hipotecar los bienes.⁽¹²⁾ Las utilidades que ingresan en la comunidad deben dividirse en partes iguales entre los cónyuges si no hay pacto en contrario.⁽¹³⁾

Otro régimen similar al comentado es el llamado “patrimonio familiar”; en el anterior la comunidad era entre cónyuges, en éste se extiende a otros miembros de la familia; sobre este sistema ha dicho Messineo: “es una forma de gestión colectiva de bienes, que pertenecen indivisamente a todos los miembros de la familia.”⁽¹⁴⁾

En el “Tratado de los Bienes” de Brenes Córdoba, con notas de Sotela, puede verse en la nota número 4 una referencia a la regulación que en el Código Civil del Distrito y Territorios Federales de México se da a la institución del Patrimonio Familiar en dicho país según artículos 723 y siguientes.

Conforme a la legislación italiana el nombre de patrimonio familiar se le asigna a esta institución porque ella beneficia a la familia, no porque la familia sea propiamente el titular del derecho.⁽¹⁵⁾

(11) Art. 223, Código Civil Italiano.

(12) Art. 220 ibídem.

(13) Art. 219 ibídem.

(14) Derecho Civil y Comercial. Tomo III. Editorial Ejea. Pág. 109.

(15) Véase Messineo ob. citada. Tomo III. Pág. 110.

Persigue asegurar a la familia un patrimonio inalienable. Su objeto serán bienes inmuebles o títulos de crédito. Se constituye por cualquiera de los cónyuges o por un tercero. La administración corresponde al cónyuge propietario usualmente. Vuelven al cónyuge o al tercero constituyente los bienes al momento de la disolución del matrimonio, excepto en el caso de que haya hijos menores en el cual habrá que esperar que adquiera la mayoría el menor de ellos. Tiene todas las características de "un patrimonio separado".

En nuestro derecho, en virtud de la reforma introducida a los artículos 76 y 77 del Código Civil por la ley N° 4277 de 16 de diciembre de 1968, se cambió el régimen de comunidad de bienes entre cónyuges a que hemos hecho referencia, en el sentido de que sin el consentimiento del otro no puede el cónyuge propietario gravar ni disponer del inmueble que al momento del acto o contrato sirva de habitación familiar, siempre que haya sido adquirido durante el matrimonio a título oneroso; la misma situación se dará en el caso del mobiliario del hogar. Esta ley se ha dado en llamar de "patrimonio familiar", pero si bien se mira no tiene realmente ese carácter, ya que no es para la familia el beneficio que de ella se deriva, sino para los cónyuges; es más una modalidad de "sociedad conyugal" que patrimonio familiar propiamente dicho. Criticando este concepto dijo nuestro distinguido jurista Lic. Pablo Casafont Romero: "No configura ciertamente, en presencia de los términos de la reforma, un verdadero "patrimonio familiar", con la particular naturaleza de éste como patrimonio de destino formado por bienes que tienen por titular una pluralidad de sujetos, con carácter autónomo..." (La Nación, enero 19 de 1969).

Es importante estudiar el aporte que ha hecho la legislación guatemalteca sobre la institución del patrimonio familiar. En su Código Civil de 1933, la legislación guatemalteca reguló esta institución bajo el nombre de "Asilo de Familia" en sus artículos 548 y siguientes. De acuerdo con aquellas normas era posible dedicar "un bien" urbano o rústico "a la protección del hogar y mantenimiento de los lazos familiares". El inmueble constituido en asilo de familia era indivisible, inalienable, inembargable y no podía gravarse, a excepción de servidumbres. Una vez constituido por la declaración judicial se consideraba irrevocable.

En el reciente Código Civil que aprobara la legislatura guatemalteca por ley N° 106 de 14 de setiembre de 1963, se ordenó

esta institución jurídica en mejor forma aún, tomando como base el precedente de la legislación de 1933. El nuevo Código destina el Capítulo X del Título II, artículos 352 y siguientes, al ordenamiento del "Patrimonio Familiar", nombre con que ahora se le distingue en vez de la antigua denominación. Las nuevas reglas indican que el patrimonio familiar estará constituido por uno o "más" bienes destinados a la protección del hogar y sostenimiento de la familia. Estos bienes pueden ser: las casas de habitación, los predios o parcelas cultivables, los establecimientos industriales y comerciales, "que sean objeto de explotación familiar". Como puede notarse es requisito básico que la familia tenga en uso o explotación los bienes que constituyen el referido patrimonio. Cada familia sólo puede tener un patrimonio familiar que se establece por cualquiera de los cónyuges sobre sus propios bienes o por ambos sobre los que les son comunes en la sociedad conyugal, o por un tercero, a título de donación o legado.

El máximo de valor que pueden tener los bienes destinados al patrimonio familiar es de diez mil quetzales, pudiendo ampliarse o restringirse para llegar a ese valor. La ley califica el patrimonio mencionado en cuanto a sus bienes como "indivisibles, inalienables, inembargables" y no sujetos a gravámenes excepto el caso de servidumbre. Para evitar la constitución del patrimonio en fraude de acreedores, se publica la gestión del instituyente para oír oposiciones.

Señala la ley que el inmueble puede constituirse en patrimonio familiar bien a nombre del "cabeza de familia" o bien a nombre de la familia; esto surge a contrario sensu de lo que dispone el artículo 359 en relación con el 365. Muy importante es la posibilidad legal de "obligar a constituir el patrimonio", lo cual puede darse en el caso de que "haya peligro de que la persona que tiene obligación de dar alimentos, pierda sus bienes por mala administración o porque los esté dilapidando"; en estos casos conforme a las disposiciones del artículo 360 los acreedores alimentarios pueden exigir judicialmente la constitución del referido patrimonio sobre un determinado bien del obligado.

Es también muy interesante disposición la que faculta al Estado, en casos de parcelamiento y distribuciones de bienes nacionales a darle a cada parcela el carácter de patrimonio familiar, basando, dice el artículo 361, esa calificación legal para su constitución y registro.

El representante legal de la familia es considerado como el "administrador" del patrimonio familiar y a la vez representante de los beneficiarios en todo lo que a él se refiera.

La terminación del patrimonio familiar se produce: a) cuando todos los beneficiarios cesan de tener derecho a percibir alimentos; b) cuando la familia deja de habitar la morada o de cultivar por su cuenta la parcela o predio; c) en caso de utilidad y necesidad para la familia. En estos casos indudablemente que tendrá esa utilidad y necesidad que ser declarada previamente por las autoridades competentes; d) en los casos de expropiación; e) por el advenimiento del plazo por el cual fue constituido.

El patrimonio no puede constituirse por un término menor de 10 años y debe comprender el plazo indispensable para que el menor de los miembros de la familia al momento de su constitución alcance la mayoría de edad.

Al concluir el patrimonio los bienes sobre que fue constituido vuelven a poder de quien lo constituyó o de sus herederos; y se advierte que si corresponde a los beneficiarios —por haber sido constituido a su nombre— ellos tendrán derecho de cesar la indivisión.

En los casos de expropiación, la suma resultante de la indemnización servirá para constituir un nuevo patrimonio familiar, y entretanto debe depositarse en una institución bancaria.

El Lic. Federico O. Salazar, autor del proyecto de ley que fue aprobado como Código Civil de Guatemala nos da interesante información sobre algunas legislaciones extranjeras en la regulación de esta institución jurídica; los siguientes son datos tomados de la exposición de motivos del Código:

"Francia. Puede recaer sobre una casa indivisa o una parte divisa de la misma. Puede englobar tierras colindantes a la casa o simplemente vecina. "Por ley posterior (1937) admite que puede recaer sobre una casa, con tienda o taller, y sobre el material, máquinas e instrumentos dedicados al comercio o industria de la explotación, directamente realizada por una familia de artesanos. El valor no puede pasar de 40.000 francos.

Suiza. La institución la designa con el nombre de Asilo de Familia. Puede constituirse sobre bienes inmuebles destinados a

explotación agrícola o industrial, en cuanto lo exijan el sostenimiento o la habitación de una familia y explotada por el mismo propietario o su familia. Termina al morir el propietario".

Brasil. Se establece sobre un predio para domicilio de la familia y durará mientras vivan los cónyuges o hasta que los hijos sean mayores.

Colombia. Se permite sobre un inmueble cuyo valor no exceda de \$ 10.000.

Uruguay. Se le llama Bien de Familia. Se constituye sobre una casa de habitación, o una finca rústica, ocupada o cultivada por las personas de la familia, con los accesorios para la explotación consistentes en maquinaria, herramienta, animales y artículos de alimento y combustible. Su valor no puede pasar de \$ 5.000.

Perú. El jefe de una familia puede destinar un predio para hogar de ella. También pueden ser constituidos los predios destinados a la agricultura, a la industria o a la habitación, siempre que no excedan de lo necesario para el sustento o la morada de la familia, pero sus miembros están obligados a habitar la casa o a explotar personalmente el predio agrícola o industrial, salvo permiso temporal otorgado por el juez.

Venezuela. Hogar de Familia. Puede ser una casa sola en poblado o fuera de él, o una casa con tierras de labor o cría, siempre que no exceda de 40.000 bolívares.

Ecuador. El patrimonio familiar, como le llama, no puede exceder de 20.000 sucres. Los beneficiarios y el instituyente tendrán derecho a vivir en la casa, cultivar el campo y aprovechar en común los frutos del inmueble. El acto constituido del patrimonio familiar no significa enajenación, sino tan sólo limitación del dominio.⁽¹⁶⁾

* * * *

Pietro Bonfante, el ilustre jurista italiano, tuvo una clara visión de la imprecisión que se cometía al conceptuar la propiedad como un bloque unitario, sin discernir las diferencias que puede haber en relación al dominio según la naturaleza de las cosas

(16) Código Civil y exposición de Motivos. Imprenta Hispana. 1966. Pág. 63.

sometidas a este señorío; se expresó así el maestro italiano en frase que releva de todo comentario: "La propiedad es una simple generalización elaborada por encima de señoríos radicalmente diferenciados por su objeto".⁽¹⁷⁾

Configura también formas diferentes del clásico dominio, la moderna legislación sobre "propiedad horizontal". En ella no puede prescindirse del uso en común de ciertas partes del edificio, derivado del ejercicio conjunto de las facultades dominiales efectuado por los integrantes de la comunidad que constituyen los dueños de un edificio de propiedad horizontal. Trataremos en otra oportunidad los detalles de esta institución.

Como puede verse de lo que llevamos expuesto, el concepto tradicional sobre el derecho de propiedad tiene hoy otras dimensiones; se debilita la figura del dominio exclusivista y autónomo y cobran cada día mayor vigor las formas de su ejercicio colectivo o comunitario.

SOCIEDAD, ASOCIACIÓN Y COOPERATIVA

Dr. FERNANDO MORA
Prof. de Derecho Comercial de la
Universidad de Costa Rica

El hito de partida lógico de un estudio sistemático de la cooperativa, desde el punto de vista jurídico, es la comprobación de la naturaleza de la cooperativa misma. ¿La cooperativa es una sociedad, o una asociación? Problema a resolver, en manera alguna banal, por cuanto la respuesta, en un sentido o en otro, implica la aplicación de principios absolutamente diversos entre los cuales el principal es la realización de la "par condicio creditorum" que a su vez desemboca en la posibilidad de ejercicio de la acción pauliana contra actos que en alguna forma hayan dañado a los acreedores.⁽¹⁾

A primera vista el problema no existe en nuestro derecho, por cuanto el legislador ha denominado la ley que regula la cooperativa, "Ley de Asociaciones Cooperativas".⁽²⁾ Sin embargo, las cooperativas actúan sobre un plano eminentemente empresarial frente a terceros y en un volumen de actividades que alcanzan a veces el carácter de monopolio, lo que hace pensar en la existencia no de una asociación, sino de una verdadera sociedad comercial, sujeta a quiebra en caso de existencia de los presupuestos: objetivo, la suspensión de pagos o la presunción de su existencia (art. 851 C. de c.) y: subjetivo, la calidad de empresario comercial del fallido. Es lógico que se hace indispensable establecer con claridad la naturaleza de la institución, en protección de los acreedores que verán salvaguardados legítimamente sus derechos con la aplicación de la "par condicio creditorum" por medio de la quiebra.

Por otra parte, tendencia bastante extendida en las legislaciones extranjeras es la de considerar la cooperativa como sociedad. Se hace necesario pues comprobar si en efecto, lo que nuestro le-

(17) Res Mancipi e nec Mancipi. Roma 188-89, citado por Fairen Martínez en su trabajo "La propiedad teoría de errores". Revista de Derecho Privado. Tomo XLVII. 1963. Pág. 126.

(1) Piero Verrucoli, Société et Association, en "Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales", ed. Giuffrè, Milano, 1968, pág. 224.

(2) Ley N° 4. 179 de 22 de agosto de 1968: esta ley, se refiere constantemente a la cooperativa como asociación.

gislador ha llamado asociación es tal o si más bien es una sociedad: sociedad cooperativa; o si, en cambio, no es ni lo uno ni lo otro.

Previamente al establecimiento de la naturaleza jurídica de la cooperativa (asociación, sociedad, tercer genus) es necesario, en consecuencia, sentar la base de la investigación: conforme a nuestro derecho vigente, ¿cuándo existe una asociación y cuándo una sociedad? O en otros términos: ¿cuál es la naturaleza de una y otra, en qué se diferencian ambos negocios, la asociación y la sociedad? Aclarado lo cual se puede intentar el encuadramiento de la cooperativa —conforme a sus propias características, dadas por el legislador— en la una o en la otra categorías o, de no ser esto posible, delinear un tercer tipo de negocio asociativo, distinguible tanto de la asociación como de la sociedad.

Asociación en sentido amplio y en sentido estricto.—

El artículo 25 de la Constitución Política afirma que “los habitantes de la República tienen derecho de asociarse para fines lícitos”. Esta garantía individual de asociación ha sido particularmente tratada en la Ley de Asociaciones citada, la que establece que “el derecho de asociación puede ejercitarse libremente: conforme a lo que preceptúa esta ley”. En otros términos la Ley de Asociaciones reglamenta —en sentido no técnico— el derecho de asociación garantizado por la constitución y se refiere, en consecuencia, y en su más amplio sentido al grupo formado por dos o más sujetos con una finalidad común. Asociación, conforme a este concepto es tanto la sociedad regulada por el Código Civil, como la considerada en el Código de Comercio, como el sindicato, como la cooperativa, como el club deportivo, o social, etc. En esta acepción genérica de asociación entra el concepto de sociedad como species.

Otra species del genus asociación —en sentido amplio—, viene a ser la “asociación en sentido estricto” a la que la Ley de Asociaciones se refiere diciendo (artículo 1º): “En consecuencia, quedan sometidas al presente texto las asociaciones para fines científicos, artísticos, deportivos, benéficos, de recreo y cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia”. Las asociaciones (en sentido amplio) cuyo “objeto único y

exclusivo sea el “lucro o la ganancia”, no pueden por lo tanto organizarse como asociaciones stricto sensu. Se organizarán como sociedades civiles (arts. 1196 y ss. del C. c.), o como sociedades mercantiles (arts. 17 y ss. del C. de c.), como en efecto reza el artículo 2º de la Ley de Asociaciones: “Las asociaciones que no siendo de las enumeradas en el artículo anterior se propongan un objeto meramente comercial o civil se registrarán por las leyes comerciales o civiles, según el caso”.⁽³⁾

Dentro de este amplio cuadro de la asociación en sentido lato deberemos ubicar el problema de la naturaleza de la cooperativa, como se ha dicho, pero, previamente resultará conveniente hacer otras consideraciones que creo básicas para una mejor comprensión, sea de la importancia del tema, sea de las propias tesis.

Sociedad y asociación en el Derecho comparado.—

La mejor manera de introducir el problema doméstico creo que es el dar una ojeada de síntesis a los derechos de los países occidentales de economía capitalista.⁽⁴⁾

(3) Las species del genus asociación no son solamente la sociedad y la asociación stricto sensu: otras species vienen a ser las enumeradas en el artículo 3º de la Ley de Asociaciones.

(4) Si bien los derechos socialistas han conservado la terminología y aun la estructura de los derechos romanistas, así como una aparente concepción igual de la regla de Derecho, en realidad su contenido es absolutamente diverso (René David, “Les grands systèmes de droit contemporains”, Ed. Dalloz, Paris, 1969, pág. 152). La libertad de asociación existe bajo condiciones absolutamente particulares y propias de los sistemas socialistas (Ver “Le Droit Constitutionnel”, por M.A. Krutogolov y V. Toumanov, ambos profesores en el Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la U.R.S.S., policopiado Faculté Internationale pour l’Enseignement du Droit Comparé, Strasbourg, 1968, pág. 15) que podemos deducir del artículo 87 de la Constitución de la República Popular de Bulgaria; “Los ciudadanos búlgaros tienen el derecho de fundar sociedades, asociaciones y organizaciones a condición que ellas no sean dirigidas contra el orden público y el Estado y que no se encuentren en contradicción con la presente constitución. Son prohibidas y castigadas por la ley la formación y la participación en organizaciones cuyo objeto sea confiscar o dañar los derechos o las libertades del pueblo búlgaro, conquistadas después de la insurrección popular del 9 de setiembre del 1944 y garantizadas por la presente constitución, amenazar la independencia nacional y la soberanía del Estado, o que profesen activa o clandestinamente una ideología fascista o antidemocrática o faciliten la agresión imperialista”. En los demás países socialistas la situación es más o menos igual. Krutogolov y Toumanov (op. cit. pág. 15) comentando los derechos y libertades políticas ejercitables a través de organizaciones sociales y políticas, dicen “ce sont, d’une part les organisations syndicales, de la jeunesse, des femmes, les organisations sportives, les unions cooperatives, les organismes culturels, techniques et scientifiques, etc., et, d’autre part les partis politiques”. En cuanto a los partidos la libertad alcanza a la escogencia o del partido comunista o de un partido obrero ambas estructuras de alta jerarquía y no de iniciativa popular. Asimismo, en cuanto a los otros tipos de organismos, se trata de aquellos creados o controlados por el Estado o por el Partido Comunista. Todo en perfecta lógica con las ideas básicas del sistema como lo dicen Krutogolov y

Una rápida visión de las diversas tendencias o, más bien, posiciones doctrinario-legislativas, sobre el binomio sociedad-asociación se puede realizar a través de tres grandes grupos: uno, el de los países de la common law, otro, el del Derecho francés y sus seguidores y, tercero, el del Derecho alemán y sus seguidores.

Sistema de common law.—

No se puede, en la common law, hablar propiamente de sociedad contrapuesta a asociación, ni de sociedad como species del genus asociación. Creo que no se debe hablar, en la common law,

Toumanov: "En assurant la pleine liberté de création et de fonctionnement des partis et organisations démocratiques et en assurant ainsi la plénitude des droits civiques des travailleurs le droit d'Etat des pays socialistes ne permet pas l'utilisation de ces droits au détriment des intérêts des travailleurs. Il interdit les associations dirigées contre le pouvoir populaire" (op. cit. pág. 15). En cuanto a la actividad empresarial, elementos particulares de los sistemas socialistas harían excesivamente largo este punto introductorio de Derecho comparado. Estos elementos particulares son, por ejemplo: la propiedad del Estado (propiedad social, en Yugoslavia) sobre todos los medios de producción; sujeción de las empresas al "plan económico"; contenido de la actividad empresarial constituido, en gran parte, por los así llamados "contratos económicos" en los que se mezclan, íntimamente, fines económicos y políticos; etc. (B.T. Blagojevic, "Les formes juridiques de la direction de l'économie nationale", policopia della Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, Strasbourg, 1968, págs. 2 y ss.). En consecuencia "el interés material de la empresa "tendiente a una su mayor rentabilidad se confunde con intereses extraeconómicos de superestructura, lo que necesariamente lleva a conceptos no especiales acerca del ejercicio colectivo de la actividad empresarial y su naturaleza (Ver Riv. Dir. Comm. Vol. II, 1969, Vol. I, págs. 116 y ss. "Problemi giuridici dell'impresa di stato nei paesi socialisti", esp. intervenciones de Heinz Such, pág. 137 y ss. y de Georg Geibe, pág. 142). De otra parte, en la U.R.S.S., después del Código Civil de 1964, ya no existe, prácticamente, el esquema societario que el Derecho soviético había heredado de la época prerrevolucionaria y de las primeras codificaciones revolucionarias. Actualmente existe (arts. 434-438 Grazdanskij Kodeks, (Código civil) la "actividad combinada", conjunta o colectiva (sovmestnaja dejatel'nost') por medio de la cual las partes se obligan "a actuar conjuntamente a fin de alcanzar una común finalidad", por ejemplo "la construcción, organización o explotación de una hacienda o de un servicio interkolhoziano o estatal-kolhoziano, construcción de obras hídricas, o deportivas, calles, escuelas, casas de maternidad o de habitación". Este contrato puede ser estipulado entre particulares (nunca para empresas de economía mixta) pero con objeto de satisfacer únicamente necesidades personales diarias: construcción de una casa en condominio, por ejemplo: es decir para el manejo de la así llamada "propiedad personal" (y la privada en los casos en que ésta sea permitida). Existen, además, en la U.R.S.S., las sociedades por acciones, que después de la segunda guerra mundial fueron empleadas como formas para el desarrollo de empresas comunes entre los países socialistas. Sin embargo, paulatinamente, este esquema ha ido dejando el lugar a elaboraciones más modernas y aptas para el desarrollo económico comunitario, dentro de concepciones como el COMECON. Sin embargo, empresas de interés federal siguen organizadas según el esquema de la sociedad por acciones, lo mismo que algunas actividades al interno de la Unión Soviética, con participación de diversos órganos del Estado: Inturist, Unestorgvbank (Agencia internacional del turismo, banco para el comercio exterior). (Sobre todos los aspectos anotados, del Derecho soviético, ver "L'impresa nel Diritto Sovietico", Gabriele Crespi Reghizzi, Cedam, Padova, 1969, esp. Cap. III "L'impresa in forma societaria", págs. 207-223). Más o menos el mismo camino han seguido los demás países socialistas, adaptándose al modelo ruso. Por ello, es claro que, en el estado actual de su legislación, es ilógico encontrar, substancialmente, un parangón entre sociedad y asociación capitalistas y sociedad y asociación socialistas.

ni siquiera de sociedad o asociación con respecto al tema que nos interesa, pues técnicamente ninguno de estos términos tiene un sentido jurídico. El "Diccionario de Términos Legales" de Robb,⁽⁵⁾ traduce la palabra sociedad por "society, association, company, corporation, partnership" y asociación por "association, company, union, partnership". Society tiene aquí un sentido sociológico; association el sentido más amplio que se le da en nuestro sistema jurídico, de reunión de individuos para un fin común;⁽⁶⁾ company, no tiene, en la common law, un sentido legal;⁽⁷⁾ corporation es, quizá, un término más cercano al de la civil law, sociedad, como veremos;⁽⁸⁾ partnership "is the relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit" (Partnership Act 1890, s. 1 (1): es muy similar, dice Parker,⁽⁹⁾ a la "French société en nom collectif, however, whereas in French law the société en nom collectif is a société possessing, as I understand it a separate juridical existence, in English law, as I have emphasised, a partnership, being unincorporated has no separate legal existence, but is simply the totality of its members."⁽¹⁰⁾ "In

(5) Louis A. Robb, Ed. Limusa Wiley México, 1967.

(6) E. Album y R. Samuels, "Company Law" (Nutshell Series), Ed. Sweet & Maxwell, London, 1968, pág. 1.

(7) Album y Samuels, op. cit. Pág. 1. El sentido que se quiere dar a tal afirmación, "company no tiene un sentido legal", es el de que no tiene un sentido técnico bien delimitado, en cuanto es una especie de gran caldero en el que caben la corporation y la partnership (unincorporated) por igual (Cain, "Company law", Stevens & Sons London, 1968, p. 1) entrando entre las primeras o sea las "registered companies" o "incorporated companies" la company limited by shares, en la que la responsabilidad del socio en caso de insolvencia de la company se limita al monto que aún adeude a la company por sus acciones, la company limited by guarantee, en la que la responsabilidad abarca la suma que el socio se obligó a cubrir en caso de insolvencia de la company; la unlimited company, en la que la responsabilidad del socio será ilimitada; las dos últimas figuras pueden tener o no un share capital, es decir un capital accionario. En un cierto sentido company equivaldría a nuestro término sociedad; Naturalmente, con reservas pues incluye la partnership, especie de sociedad colectiva sólo que, por definición carece de personalidad jurídica diversa de la de sus miembros.

(8) No siendo hoy en día posible para algunos autores la creación de "unincorporated company", cuando se habla de "Company" se entiende en el sentido de "incorporated company" y por ello Parker, traduce "Société et association" por "Company and association" ("Companies and associations in english law: historical development", en "Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés", cit., págs. 121 y ss.); igualmente Album y Samuels, op. cit. págs. 1 a 4. Sin embargo ver nota trasanterior.

(9) Op. cit., pág. 127.

(10) Op. cit., pág. 128. Sin duda, más cercana a la "partnership", está la "società in nome collettivo", en cuanto ésta, siendo "il tipo normale per l'esercizio in comune di una attività commerciale", carece además de la personalidad jurídica.

the French version" —dice siempre Parker⁽¹¹⁾ —"the programme" — se refiere al programa del curso en el que desarrolló su trabajo aquí citado —"contains four main subjects, the first of which is "Société et association; société et entreprise". If one were to translate these titles directly into English, one might say "Company and association, company and business enterprise". But such titles would have very little significance for a domestic English lawyer— by "domestic" I mean an English lawyer who is unfamiliar with this Continental conceptual distinctions".

Y en efecto, la terminología de la common law es absolutamente diversa: en ella se habla, más propiamente, de "incorporated groups and unincorporated groups"⁽¹²⁾ o "corporations and unincorporated groups". Las primeras gozan de personalidad jurídica (claramente establecida como separada de la de sus miembros en la famosa sentencia Salomon v. Salomon & Co., (1897), A.C.22); no así los segundos.⁽¹³⁾ Entre estos, como hemos visto, se encuentra la partnership, cuya definición ya adelantamos y que se asemeja a la "società in nome collettivo."⁽¹⁴⁾ Sin embargo, lo que reviste especial interés para el jurista de la civil law es el hecho que la corporation no necesariamente debe tener como objetivo la realización de utilidades o ganancias.⁽¹⁵⁾

"Société et association" — dice Parker⁽¹⁶⁾ "... if we were to develop the same distinction which these titles suggest to, for exemple, the French and Italian lawyer, we would have to place on the one hand those groups having as their purpose the making of profit or gain i.e. partnerships from among the unincorporated groups, together with those incorporated companies which have such a purpose — these would be the sociétés; while on the other hand, as associations, we would have to place all those groups, incorporated

(11) Op. cit., pág. 124.

(12) Parker, op. cit., pág. 124.

(13) "In English law an unincorporated group can have, as a group no rights and obligations; it cannot own property in its own right with certain exceptions, some of which we shall mention here after, it cannot sue or be sued as a group; it has as a group, no debts or liabilities apart from those of its members" (Parker, op. cit. pág. 125).

(14) Ver nota 10.

(15) Parker, op. cit., pág. 128.

(16) Op. cit., pág. 129.

und unincorporated, which did not have as their purpose the making of profit or gain. But the resultant classification would be a very strange one to the English lawyer, who is accustomed to the basic distinction being drawn between groups which are incorporated, on the one hand, whether for profit-making or not, and on the other hand, unincorporated groups, again whether for profit-making or not, but including all partnerships, which, as we have seen, must have such a purpose".

En definitiva, la diferencia fundamental nace de la tenencia o no tenencia de la "incorporation",⁽¹⁷⁾ es decir la "corporate personality" o "legal personality", vale, personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, independientemente de la finalidad o naturaleza de la actividad a desarrollar. Pertenece, pues, el sistema inglés a la corriente de la "estructuración formal" de los grupos sociales, caracterizada por la neutralidad en cuanto al fin perseguido con la forma jurídica de organización social que se escoja o en cuanto a la naturaleza de la actividad que con tal forma se quiera desarrollar. Es, como veremos, la tendencia reflejada por nuestro vigente Código de Comercio (arts. 5 y 17).

Sistema francés.—

La "civil law" podemos subdividirla en dos categorías: el sistema francés y el sistema alemán, cada uno de los cuales tiene su séquito numeroso de prosélitos.

Es en el sistema francés donde la dicotomía sociedad-asociación adquiere sus más marcadas características, desde el punto de vista de fondo. Y aun se podría afirmar que el problema nació, o se generó, con la elaboración doctrinaria de los juristas franceses que orientaron el Código Napoleón. Y donde aquella no tuvo influencia — como en la common law — o donde ha sido superada — como en el Derecho alemán — la dicotomía no ha tenido, o ha per-

(17) La "incorporation" (personalidad jurídica) puede originarse en tres fenómenos diversos:
a) la Charter: personalidad otorgada directamente por la "Crown", especialmente a "charitable or public bodies": por ejemplo, la B.B.C. Estas serán las "chartered companies".
b) la Private Act of Parliament: esta forma se usó en el siglo XIX y autorizó "corporations" con fines de desarrollo y explotación de servicios de utilidad pública (gas, electricidad, agua, etc.) y que actualmente han casi totalmente desaparecido como efecto de la nacionalización. Se trata de las "Statutory companies" que actualmente explotan casi sólo el servicio de agua.
c) la registration: se trata de la registración según las formas de la Companies Act 1948 y de la Companies Act 1967 y es la usada mayormente hoy en día. (Ver Album and Samuels, op. cit., pág. 2.).

didado, respectivamente, un valor substancial, para convertirse en una elección de forma, de estructura, de esquema, realizada según las necesidades prácticas económicas de la actividad a desarrollar.⁽¹⁸⁾

Domat definía la sociedad, "convention entre deux ou plusieurs personnes, par laquelle elles mettent en commun entre elles ou tous leurs biens ou une partie, ou quelque commerce, quelque ouvrage, ou quelque autre affaire pour partager tout ce qu'elles pourront avoir de gain ou souffrir de perte de ce qu'elles auront mis en société".⁽¹⁹⁾ Siguiendo tales conceptos el artículo 1832 del Código Napoleón definía la sociedad como el contrato "par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en resultar". Considerando que tanto como en la sociedad, en la asociación se encontraba una agrupación de sujetos, cada uno de los cuales hacía una aportación, quedaba por establecer en qué consistía la diferencia entre ambos tipos de organización colectiva. Sin duda, el elemento diferenciador pareció a la doctrina ser la persecución del reparto de beneficios. Y, así, en 1898 se establecía que "l'association est une reunion se proposant une fin, materielle ou simplement moral, d'ordre général dépassant l'intérêt de ceux qui la fondent et que l'alimentent de leurs ressources. On dit qu'elle poursuit un but idéal".⁽²⁰⁾ La asociación, se afirmaba,⁽²¹⁾ es creada por sus fundadores a fin de servir los intereses de una categoría social de la que ellos, no necesariamente, forman parte. En cambio la sociedad se propone un fin pecuniario restringido a quienes la forman, y conforme al artículo 1832 del Código Civil, la característica de la sociedad consiste en la persecución de un "bénéfice á partager" entre los miembros: se dice entonces que la sociedad debe tener un fin lucrativo.⁽²²⁾

(18) A la larga, como se afirmará, el sistema francés ha arribado también a un criterio formal que por ahora resuelve sólo el conflicto entre sociedad civil y comercial, pero no entre sociedad y asociación.

(19)

(20) Thaller, "Traité Élémentaire de Droit Commercial", Ed. Rousseau, Paris, 1898, pág. 116. El concepto de asociación no fue sino una elaboración doctrinaria pues, como se ha afirmado, el Código Napoleón "ne connaissait pas l'association" (Jean Bagniet, "Société et Association en Droit Belge", en "Evolution et perspectives..." Op. cit., Vol. I, pág. 33.

(21) Thaller, op. cit., pág. 116.

(22) Thaller, op. cit., pág. 117.

La distinción se afirmará más claramente con la ley de asociaciones de 1º de julio de 1901 conforme a la cual una asociación es toda reunión de dos o más personas formada con cualquier fin menos el de "partager des bénéfices".

Sin embargo, la construcción concebida sobre la base del artículo 1832 del Código Civil y de la ley de 1901 seguía prestando problemas, concretamente en cuanto a la delimitación precisa de los respectivos campos, puesto que el elemento diferenciador, "les bénéfices á partager", creaba serios conflictos de interpretación. Indudablemente era necesario establecer ahora, con claridad, en qué consistían los beneficios cuyo reparto diferenciaba la sociedad de la asociación. ¿Consistía el beneficio en cualquier ventaja patrimonial obtenida por los socios o debía ser, necesariamente una ganancia pecuniaria? Completando la elaboración doctrinaria y legislativa, el conflicto fue resuelto por la célebre sentencia de las Salas Reunidas de la Corte de Casación, de 11 de marzo de 1914 (D. 1914, I, 257) que estableció como "bénéfice": "un gain pecuniaire ou un gain materiel qui ajouterait á la fortune des associés".⁽²³⁾ Es decir, una utilidad neta que, realizada por el ente, aumenta, por sucesivo reparto la fortuna de los miembros de éste. Este concepto de "bénéfice" aceptado por la sentencia citada era, prácticamente, el de mayor prestigio en la doctrina y había sido elaborado, ilustremente, ya en 1872.⁽²⁴⁾

La construcción francesa anterior ha influido en gran parte de las legislaciones occidentales — como, del resto, lo ha hecho toda la elaboración jurídica francesa a partir de la codificación — dando como resultado la aceptación de la tesis teleológico - lucrativa como elemento diferenciador entre sociedad y asociación. Así, en el Derecho argentino "el propósito de obtener ganancias y de aumentar con ellas el patrimonio es de la esencia de la sociedad".⁽²⁵⁾ Y "es sobre esta base que se distingue, tradicionalmente también, entre

(23) "Cette définition, si claire qu'elle soit à première vue, laisse quand même subsister des doutes considérables. Son manque de précision est devenue manifeste lorsque, par exemple, il s'est agit de traiter des sociétés d'indivision et des sociétés de chasse qui ensemble avec une série d'autres groupements on fait naître des questions fameuses de droit et commercial" (O. Sandrock, "Evolution et Perspectives..." cit., pág. 172.

(24) Paul et Pont, "Commentaire-Traité des sociétés civiles et commerciales", Paris, 1872, Vol. VII, N° 69.

(25) Carlos Malagarriga, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", T.E.A., Buenos Aires, 1958, T. 1º, pág. 143.

las sociedades y las asociaciones. Hay sociedad, se dice, cuando los socios se proponen obtener beneficios pecuniarios a distribuir entre sí y hay asociación cuando la finalidad que persiguen es otra cualquiera".⁽²⁶⁾ ⁽²⁷⁾ En el Derecho mexicano, evolucionando a partir de los mismos conceptos, se afirma que la finalidad de la sociedad ha de ser "preponderantemente económica" (concepto más amplio que el de lucro) y que cuando falte tal finalidad estaremos en presencia de una asociación civil".⁽²⁸⁾ En el Derecho francés una utilidad o ganancia puede ser perseguida tanto por una sociedad como por una asociación. Lo que diferencia la una de la otra es que en aquella la utilidad obtenida está destinada a pasar al patrimonio de los socios, sea en numerario sea en cualquier otra forma material, mientras que en ésta ese traspaso no se produce.

El Derecho mexicano, no compartiendo la tesis de la repartición de utilidades como elemento diferenciador, recurre — diríamos necesariamente — al argumento de la finalidad económica "preponderante": todo el problema se resuelve en una cuestión de equilibrio: cuando la balanza se incline hacia la finalidad económica tendremos una sociedad; en el caso contrario, tendremos una "asociación civil". La dificultad nace en el momento en que se quiera establecer ¿cuándo la finalidad económica es "preponderante" y cuándo no: ¿cuál será el criterio? ¿El de la apariencia frente a terceros? ¿El del volumen de actividad económica conforme a los datos contables? ¿El de un cierto giro de negocios en un periodo determinado? ¿El del capital

(26) Malagarriga, op. cit., T. 1º, pág. 144.

(27) Malagarriga, op. cit., T. 1º, pág. 145: "Por nuestra parte entendemos, ahora, que lo fundamental no es el fin perseguido en la agrupación sino el medio elegido para conseguirlo y que si este medio es la formación de una sociedad de alguno de los tipos previstos en la legislación nos hallaremos ante una sociedad y no ante una asociación". . . . Con las afirmaciones anteriores Malagarriga se inclina hacia el criterio formal de caracterización de la sociedad, pero ya no según el esquema, por ejemplo, de la nueva legislación francesa sobre sociedades, sino según un planteamiento diverso. En efecto si bien el nuevo derecho societario francés es "formalista", lo es dentro del campo de las sociedades, en general (civiles o comerciales) y considera comercial toda sociedad estructurada conforme a alguna de las formas consideradas en la ley, independientemente de la naturaleza del objeto de la sociedad misma. Pero, en el nuevo derecho societario francés una sociedad, necesariamente debe ser establecida con el fin de "partager les bénéfices". De lo contrario se tratará de una asociación. Malagarriga, en cambio, parece ignorar este formalismo, que elimina el conflicto de la determinación entre sociedad civil y sociedad mercantil y propugna un formalismo que, más bien, eliminaría el problema de la determinación entre sociedad y asociación, dejando subsistir el conflicto eliminado, por ejemplo, por el Derecho francés. Como veremos, nuestro Derecho vigente ha creado un doble formalismo: frente a la naturaleza de la actividad y en frente a la finalidad.

(28) Roberto Mantilla Molina, "Derecho Mercantil", Porrúa, México, 1953, pág. 158.

movilizado? ¿El del patrimonio social? ¿El del índice del crecimiento económico?⁽²⁹⁾ El Derecho italiano (artículo 2247 del Código Civil) considera que con el contrato de sociedad dos o más personas confieren bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica con el fin de dividirse las utilidades. A causa de este fin específico de la repartición del lucro entre los socios las sociedades se distinguen de las asociaciones, reconocidas o no reconocidas, las que persiguen fines ideales.⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾ El Derecho belga, que se mantiene más fiel a la tradición francesa, sigue paso a paso el sistema de la finalidad: "se puede así distinguir dos grandes especies de asociaciones lato sensu: las asociaciones con fin de lucro y las asociaciones sin fin de lucro. Las asociaciones con fin de lucro llevan el nombre de sociedades . . ."⁽³²⁾

(29) El mismo Mantilla Molina, op. cit., pág. 158 cita la siguiente afirmación de Joaquín Rodríguez Rodríguez: "En el Derecho mexicano no puede existir una sociedad mercantil, ni aún civil, sin carácter lucrativo". Como se puede ver según Rodríguez, el Derecho mexicano estaría bastante vecino al sistema francés. En efecto, Rodríguez reduce el "fin común de carácter económico" a una "participación en los beneficios y pérdidas" (Derecho mercantil, Ed. Porrúa, México, 1960, Vol. I, pág. 47.)

(30) Andrea Torrente, "Manuale di Diritto Privato", Giuffrè, Milano, 1968, pág. 661.

(31) Baste por ahora, y a nuestro fin, lo dicho, aunque el problema en Italia ha producido y produce una avalancha constante de literatura que ha querido ver un elemento esencial de la sociedad, no ya en la persecución de utilidades a repartir, sino en la normal variación (entrada y salida) de sus miembros (Ferrara, "Le persone giuridiche", 2ª ed. puesta al día por Ferrara Jr., Torino, 1958, Nº 26, pág. 74 y ss.); o en la finalidad económico-lucrativa de la sociedad frente a los fines no patrimoniales de la asociación (Messineo, "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", 9ª edición, Milano, 1957, Vol. I, parº 22, n. I bis, pág. 340 y ss. y en el cortante artículo contra Bigiavi, "Società e scopo di lucro", en "Studi di Diritto delle Società", Giuffrè, Milano, 1958, pág. 3 y ss, que el autor cierra con esta afirmación "El fin de la sociedad — desde la sociedad simple hasta la sociedad por acciones y la sociedad cooperativa— es siempre uno y solamente uno, la producción de las utilidades"... (op. cit., pág. 14); otros han afirmado que basta un fin lucrativo abstracto (Bigiavi, "La professionalità dell'imprenditore", Padova, 1948, pág. 55 y ss.; Graziani, "Diritto delle Società", 5ª ed., Napoli, 1962, pág. 69 y ss.) o que el aspecto diferenciador de la sociedad lo constituye no simplemente la distribución de utilidades sino la distribución en proporciones de antemano establecidas (Rubino, "Le associazioni non riconosciute", 2ª ed., Milano, 1957, pág. 1, y ss.); recientemente Verrucoli y Casanova ("Evolution et perspectives..." cit., Vol. I, págs. 47 y ss y 209 y ss.) abandonando la tendencia a colocar al centro del problema la repartición de utilidades, han impuesto el problema alrededor del concepto de empresa — que como se sabe, reviste primordial importancia en la construcción jurídica italiana— considerando que el ejercicio profesional de una actividad económica organizada para la producción o el cambio de bienes o servicios (noción de empresa), si es colectiva, implica, necesariamente la existencia de una sociedad, cualquiera sea la forma de que se haya revestido el organismo.

La empresa — dice Verrucoli — es sin embargo el verdadero rasgo distintivo entre la sociedad y la asociación y una asociación (formalmente) que aún con carácter secundario realice actividad empresarial debe ser considerada sociedad (op. cit., Vol. I, pág. 226).

(32) J. Baugniet, "Société, association, entreprise en droit belge", en "Evolution et perspectives..." cit., pág. 34.

Sistema alemán.—

El sistema alemán implica un abandono de la tesis finalista, o, más bien, un cambio de ésta por una tesis estructural. Sociedad y asociación se diferencian no ya porque una persiga el reparto de utilidades y la otra no, sino por un diverso elemento organizativo: si la organización es de naturaleza corporativa o colectiva (Körperschaftliche Verfassung) tenemos una asociación; si por el contrario, la organización se sustenta en una base individualista (Verfassung mitgliedschaftlicher Verbundenheit), tenemos una sociedad. Este criterio, como veremos dentro de poco, lleva a una ubicación de las diversas figuras completamente opuesta al del sistema francés.

En la asociación (Verein) la desaparición de los fundadores, y en general el cambio de los sujetos, no implica la desaparición de la persona moral, ni la disolución, y consecuente liquidación, de la misma. En cambio, en las sociedades (Gesellschaft im engeren Sinne: sociedad en estricto sentido) es inactuable la intercambiabilidad de los socios, sin que esto produzca un proceso degenerativo de disolución, liquidación y muerte de la persona moral, pues el socio es aceptado intuitu personae.

En consecuencia, son asociaciones en el sistema alemán la sociedad por acciones, la sociedad en comandita por acciones, la sociedad a responsabilidad limitada, la sociedad cooperativa y la de seguros mutuos. Y son sociedades (im engeren Sinne) la de "derecho común", la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple y la sociedad en participación.⁽³³⁾

Sociedades formales y tipología.—

Nuestro Código de Comercio no da una definición de sociedad comercial. Se limita a enumerar, en el artículo 17, los cuatro tipos de sociedad que, independientemente de su finalidad, considera mercantiles. Ya en el artículo 5º inciso c) había establecido que son comerciantes, es decir sociedades comerciales, aquellas sociedades que se constituyan de conformidad con las disposiciones del Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen. O

(33) Sobre la construcción alemana ver, O. Sandrock, "Société, association, entreprise en Droit Allemand", en "Evolution et perspectives..." cit., pág. 169 y ss.

sea que, en síntesis, las sociedades que formalmente sean o en nombre colectivo, o en comandita simple, o a responsabilidad limitada, o, en fin, anónimas serán siempre y necesariamente, sociedades mercantiles, independientemente de la naturaleza de la actividad desarrollada e independientemente de la finalidad perseguida.

En la nueva ley francesa sobre las sociedades comerciales, de 1966⁽³⁴⁾ el carácter comercial de una sociedad está determinado por su forma o por su objeto y son comerciales en razón de su forma y cualquiera sea su objeto, las sociedades en nombre colectivo, las sociedades en comandita simple, las sociedades a responsabilidad limitada y las sociedades por acciones (anónimas y en comandita). El carácter formal, pues, se confronta a la naturaleza de la actividad, es decir, del objeto; no así a la finalidad, por lo que una actividad no lucrativa desarrollada bajo la forma de sociedad comercial (si se arribase a tal fenómeno en el Derecho francés) sigue siendo, substancialmente, una asociación. En cambio, en nuestro sistema, conforme al artículo 5º inciso c) del Código de Comercio, la comercialidad por la forma de las sociedades se confronta al objeto, como en el Derecho francés, pero además y según el artículo 17 del C. de c. la comercialidad por la forma se confronta también a la finalidad perseguida con la sociedad.

* De modo que, si en el Derecho francés la diferencia entre sociedad y asociación se puede hacer siempre sobre la base de la finalidad — división de beneficios en aquella; cualquier fin excepto la división de beneficios en ésta⁽³⁵⁾ — por cuanto la caracterización formal de las sociedades en ese Derecho se confronta únicamente a la naturaleza de la actividad u objeto y no así a la finalidad, en nuestro Derecho esto no es posible: el artículo 5º inciso c) del Código de Comercio postula, como hemos ya visto, el formalismo frente al substancialismo del objeto, pero, además, el artículo 17 del Código de Comercio postula también el formalismo frente a la finalidad. En consecuencia, como hemos dicho, mientras en el De-

(34) Ley Nº 66-537 de 24 de julio de 1966.

(35) Comentando la nueva ley sobre sociedades comerciales afirma Trouillat que la búsqueda de beneficios que permite diferenciar las asociaciones sometidas a la ley de 1º de julio de 1901, de las sociedades, no puede servir útilmente de criterio para la distinción entre las sociedades comerciales y las sociedades civiles que tienen, ambas el mismo fin. Robert Trouillat, "Le Droit Nouveau des Sociétés Commerciales", Entreprise Moderne d'Édition, Paris, 1967, pág. 57.

recho francés la finalidad lucrativa sirve siempre para separar asociación de sociedad, en nuestro Derecho esta posibilidad — si alguna vez existió puesto que, como oportunamente veremos, nuestro mismo concepto de asociación abarca un ámbito aparentemente más amplio que el abarcado por el correspondiente francés — ha desaparecido con el Código de Comercio de 1964: cualquier actividad con independencia de su finalidad puede ser ejercida bajo la forma de sociedad mercantil y toda sociedad en forma mercantil es mercantil con independencia de su finalidad.

En síntesis: toda actividad, independientemente de su naturaleza — civil o comercial — e independientemente de su finalidad — lucrativa o no — siempre que sea ejercida por medio de una de las formas enumeradas en el artículo 17 del Código de Comercio, pierde importancia en la clasificación del ente colectivo que la ejerce, frente a la dicha forma. El criterio formal prevalece, indiscutiblemente, sobre el substancial y el teleológico: una sociedad en nombre colectivo, o una sociedad en comandita simple, con un objeto civil, una sociedad de estudios, por ejemplo, es siempre comercial.⁽³⁶⁾ igualmente serán siempre comerciales una sociedad a responsabilidad limitada que explota una empresa agrícola o una sociedad anónima cuyo objeto sea un club de lectura o un club social, con fines ideales.

✕ Pero el criterio formal no basta a resolver el problema en toda su magnitud. Por una parte, las figuras de sociedad civil y de asociación en cuanto reguladas, la una por el Código Civil y la otra por la ley respectiva ya citada, siguen existiendo. Por otra parte, lo que es aun más importante, la figura de la sociedad comercial no queda agotada con las cuatro formas enumeradas por el artículo 17 citado. De un lado, la ley no dice que el ejercicio colectivo de empresa comercial deba, única y necesariamente, realizarse a través de una de las formas del dicho artículo 17,⁽³⁷⁾ lo que hace pensar en la posibilidad de entes distintos de tales tipos sociales, que

(36) El ejemplo lo he tomado de Jackes Richard, "Le droit des sociétés commerciales", Librairies Techniques, Paris, 1967, pág. 9.

(37) Como si lo dice, por ejemplo el Código Civil italiano, artículo 2249: "Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo". En Francia, las sociedades comerciales, dice Trouillat, (op. cit., pág. 58), deben adoptar alguna de las formas previstas por la ley a tal efecto; bajo pena de nulidad, según Ripert y Roblot ("Les sociétés commerciales", Ed. Durand et Pichon, Paris, 1968, pág. 383, N° 706, del extracto del Traité Elementaire).

podrían —y deberían, sin duda— ser sometidos a quiebra en caso de comparecer los presupuestos de ley. De otro lado no se puede ignorar que el Código de Comercio contempla al menos dos tipos más, además de los del artículo 17 dicho, de sociedad mercantil: la sociedad en participación (artículos 21 y 663 a 666 del C. de c.) y la sociedad de hecho (artículo 23 del C. de c.). En cierta forma, un tercer tipo se podría encontrar en la sociedad irregular, reconocida por los artículos 22 y 27 del Código de Comercio.^{(38) (39)}

⊗ En consecuencia, creo que se puede afirmar con certeza que: a) el criterio formal de los artículos 5° inciso c) y 17 del Código de Comercio no implica que no exista y se pueda establecer, un criterio substancial de sociedad comercial y b) la clasificación del artículo 17 citado, no es taxativa, sino en cuanto a las sociedades que son formalmente comerciales, no así en cuanto a las sociedades que son, o mejor, que pueden ser consideradas comerciales substancialmente.⁽⁴⁰⁾

(38) "Es inexacto afirmar, como suelen hacerlo algunos autores patrios, que toda sociedad lleva consigo la formación de una personalidad jurídica nueva y que las sociedades que no llegan a adquirir ésta por faltarles las condiciones que exige el párrafo 1° del artículo 1669 no tienen validez ni existencia legal. Lejos de esto hay que reconocer, como apunta De Buen que en el Código, al lado de sociedades con personalidad, existen otras desprovistas de ella. El artículo 1669 no dice que las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios no son sociedades; dice que no tienen personalidad jurídica. La prueba es que añade el mismo artículo que esta clase de sociedades se registrá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes." (Comentario de Castán citado por J. Girón Tena, "Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones", extracto de las publicaciones del Centenario de la Ley de Notariado, Sección tercera, Est. Jurídicos varios, Vol. IV, Madrid, 1963, pág. 35.

(39) Prescindo, ahora, de indagar sobre el tema puesto que obligaría a una argumentación amplia y extensa que considero fuera de nuestro interés directo. Un excelente estudio —suscinto y claro— sobre el problema de la tipología y las sociedades imperfectas, para quien tenga interés, es el citado en la nota anterior, de Girón Tena. Todo sin perjuicio de volver sobre el asunto ya que nuestra doctrina de casación, con una intención práctica tal vez laudable pero alejada de un exacto análisis de las figuras ha llevado a asimilarlas, en cierta forma, o, al menos, a no diferenciarlas claramente, como se puede ver, entre otras, en la sentencia de Montero Gómez vs Nigro Borbón y otra, de 13 hs. del 2 de Dic., 2° Sem., 1949, pág. 939, especialmente el considerando IV de la sentencia. Ver también doctrina de la sentencia Reimers & Co. vs. Sajem Sacre y otra, de 2 p.m., 9 marzo, 1er Sem., 1932, pág. 287.

(40) Estas conclusiones, que hemos conseguido a través de la anterior elaboración son fácilmente alcanzables en el nuevo Derecho francés de sociedades, en cuanto, como se ha visto, el artículo 1° de la ley de 1966 expresamente afirma que el carácter comercial de una sociedad puede determinarse tanto por la forma como por su objeto (actividad), prevaleciendo siempre aquella sobre éste cuando se trate de sociedades colectivas, en comandita simple, a responsabilidad limitada, o por acciones (anónimas o en comandita). A contrario, cuando no se trate de estos tipos enumerados el objeto es esencial a fin de establecer la naturaleza de la sociedad: civil o comercial; así, por ejemplo, con la sociedad en participación (arts. 419 a 422 de la Ley de reforma citada).

Los tipos formales de sociedad comercial no nos interesan en adelante, puesto que, absorbiendo los conceptos de asociación y sociedad civil cierran la puerta a una posterior investigación de la naturaleza de la sociedad frente a la asociación y de la sociedad comercial frente a la civil. Nos interesan más bien los tipos "imperfectos" — como los hemos llamado⁽⁴¹⁾ — puesto que, según el criterio que esté a la base del concepto, podrían no ser tales — tipos imperfectos de sociedad — sino asociaciones o siendo sociedades podrían serlo civiles tanto como comerciales: una sociedad en participación tiene carácter civil o comercial según su objeto;⁽⁴²⁾ una sociedad de hecho puede ser comercial (art. 23 del C. de c.), o civil (art. 1198 del C. c.). Veamos, pues, qué elementos caracterizan la sociedad, como figura general (civil o comercial), caracterización que en definitiva nos dará el concepto substancial (ya no formal) de sociedad confrontable con el de asociación. Oportunamente indagaremos la diversa naturaleza de la sociedad civil y de la comercial. Creo conveniente empezar con las asociaciones.

Elementos de la asociación (en sentido amplio).—

Sociedad y asociación stricto sensu son especies del género asociación en sentido amplio. Este último sentido es el que encontramos, como se ha visto, garantizado por el artículo 25 de la Constitución Política y se reduce al mínimo de elementos: uno subjetivo y otro teleológico. El subjetivo es consecuencia misma de la palabra asociación pues, en efecto, no podríamos imaginar una asociación — al menos en su momento inicial — sino con dos o más personas. El teleológico implica la existencia de una finalidad — lícita — común. Hasta este momento todo lo que tenemos es una "solidaridad de intereses" entre los socios.⁽⁴³⁾

(41) "Sociétés imparfaites" llama en efecto Trouillat (op. cit. pág. 60) a los tipos de sociedad oculta o privada de la personalidad jurídica.

(42) Trouillat, (op. cit., pág. 60.) Opinión contraria expone Girón Tena, op. cit., pág. 72: "Una sociedad interna que no se dedique al tráfico mercantil no puede ser subsumida bajo el concepto de cuenta en participación", con lo que parece afirmar que la cuenta en participación es una figura exclusivamente mercantil.

(43) Girón Tena, (op. cit., pág. 28) considera que "la idea central (en el concepto de sociedad) es la solidaridad de los intereses de los socios en el fin u objeto social lo que, a su vez, implica que todos contribuyan a su obtención, que a todos les afecten los resultados y que de una u otra manera técnica todos puedan exigirse que sea así".

La solidaridad de intereses entre los socios no significa simplemente la existencia de obligaciones de socio a socio sin que intervenga un elemento aglutinante legitimado para exigir, a través de ciertos mecanismos pero independientemente de la voluntad de este o de aquel socio una cierta prestación. Por lo contrario, una entidad exterior a los socios — la asociación misma — puede exigir el cumplimiento de prestaciones pactadas. Por otra parte es difícil pensar en una asociación en que los socios no contribuyan con algo: bienes muebles o inmuebles, trabajo, etc. que permita la realización efectiva del objeto propuesto. De donde el natural requisito de la formación de un patrimonio por medio de los aportes de los socios, como consecuencia de la solidaridad dicha.

La necesidad de formación de un patrimonio y por ende la obligación del aporte a cargo del socio lo presupone nuestra ley cuando en el artículo 7º de la ley de asociaciones citada, entre los aspectos que los estatutos de toda asociación deben expresar enumera: "e) Recursos con que cuenta la asociación y órgano que fija las cuotas de ingreso y periódicas si las hubiere", y en el artículo 11 de la misma ley: "la responsabilidad de los asociados se limitará únicamente al aporte que cada uno haya hecho a la asociación". Debe reconocerse sin embargo, que el patrimonio si bien normalmente es necesario puede no existir aunque prácticamente es muy difícil que se de el caso en la realidad. Por otra parte la esencialidad de un patrimonio en cabeza a la asociación es aun más claro con respecto a la sociedad puesto que el Código Civil (artículo 1196) no solamente considera de esencia de toda sociedad que cada socio ponga en ella alguna parte de capital, ya consista en dinero, créditos o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciables en dinero, sino que hace de cada socio un deudor a la sociedad (y no un deudor a los otros socios) de lo que se ha obligado a aportar a ella (artículo 1220) y regula con bastante detalle las responsabilidades y procedimientos para exigir las, del socio que no cumple. Sostienen, además, los anteriores criterios los artículos 18 inciso 9) y 29 a 32, del Código de Comercio.⁽⁴⁴⁾

En conclusión una asociación (en sentido amplio) es una agrupación de personas que, cooperando cada una con un aporte

(44) Sobre la esencialidad o no esencialidad del patrimonio social ver Girón Tena, op. cit. págs. 28 a 33.

para la formación de un fondo común (aporte que basta que sea estimable en dinero) intentan realizar un fin común.⁽⁴⁵⁾

Los artículos 1 y 2 de la ley de asociaciones.—

“El derecho de asociaciones puede ejercitarse libremente conforme a lo que preceptúa esta ley. En consecuencia, quedan sometidas al presente texto las asociaciones para fines científicos, artísticos, deportivos, benéficos, de recreo y cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia...”.

El anterior es, en lo que nos interesa, el texto del artículo 1º de la Ley de Asociaciones, n. 218 de 8 de agosto de 1939. En primer lugar veamos qué ha querido decir el legislador en este artículo.

El fin perseguido con la asociación puede ser cualquiera que no tenga por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia. ¿Qué sentido tiene aquí la palabra objeto? Sin duda no será el objeto de la obligación (artículo 627, inciso 2 del C. c.) puesto que éste está constituido por el aporte de cada socio, sea el compromiso de cooperar en una cierta manera, de realizar un cierto trabajo, de proporcionar conocimientos, o bienes muebles o inmuebles, etc.⁽⁴⁶⁾ No será tampoco el objeto social, es decir la determinada actividad que la asociación está interesada en desarrollar puesto que carece de sentido decir que un lucro o ganancia sea una actividad. Aquí se trata del objeto de “cualquiera otros (fines) lícitos” por lo que “objeto” no puede significar “actividad desarrollada” puesto que tampoco tiene sentido hablar de una actividad desarrollada por un fin. El fin es un concepto último que a lo sumo podríamos decir que se alcanza mediante una cierta actividad. Me parece que sea claro, casi por exclusión, que objeto en este caso significa “fin”.

Visto lo anterior el artículo habría que leerlo, “quedan sometidas al presente texto las asociaciones para FINES científicos,

(45) Como hemos visto la diversa naturaleza de este fin es lo que ha permitido a la doctrina francesa distinguir entre sociedad y asociación en sentido estricto: si el fin es la división entre los socios, de las utilidades hay sociedad; si el fin es cualesquiera otro menos el de la división de utilidades entre los socios, hay asociación.

(46) Robert Bricbet, “Associations et Syndicats”, Ed. Librairie Techniques, Paris, 1963, pág. 28.

etc. y cualesquiera otros (fines) lícitos que no tengan por único y exclusivo FIN (en vez de objeto) el lucro o la ganancia”. Creo que el ilógico salta a la vista. Se impone, pues, aceptar que tampoco la palabra “fines” fue usada por el legislador en su sentido más inmediato sino con la acepción de “objeto”, como “actividad de una cierta naturaleza” o sea con aquella (acepción) que le damos cuando hablamos del objeto social.

El artículo 1º se debería leer: “El derecho de asociación puede ejercitarse libremente conforme a lo que preceptúa esta ley. En consecuencia, quedan sometidas al presente texto las asociaciones cuyo objeto sea científico, artístico, deportivo, benéfico, de recreo y cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo fin el lucro o la ganancia”. Con esta reestructuración lógica del artículo creo que podemos seguir adelante.

Son asociaciones stricto sensu todas aquellas que se propongan una actividad que no persiga “única y exclusivamente” el lucro: en adelante las llamaremos entonces asociaciones sin fin lucrativo. Además y a mayor razón lo son las que totalmente no persigan lucro. O sea que una asociación sin fin lucrativo debe necesariamente, como mínimo, tener un fin ideal, no lucrativo y además, según el caso, podrá tener un fin lucrativo. No dice la ley si éste debe o no ser instrumental con respecto al primero; al menos no lo dice expresamente. Posteriormente abordaremos este aspecto de la problemática.

Por otra parte queda excluida la posibilidad de considerar como sociedad un ente colectivo con un fin ideal (aún en el caso de fin lucrativo concomitante) por cuanto, salvo el caso de organizarse en alguna de las formas del artículo 17 del C. de c., el artículo 1º de la ley de Asociaciones es imperativo cuando dice: “quedan sometidas al presente texto” las asociaciones que (no) tengan por único y exclusivo fin el lucro o la ganancia. Creo oportuno aquí hacer notar que al admitir el legislador una finalidad lucrativa concomitante con la ideal, en la asociación, revela la razón por la que ha querido someterla a su control y esto es que “el Estado no desconfía de las agrupaciones que se proponen la obtención de beneficios y contribuyen, con su actividad, a la prosperidad general.” Por el contrario, vigila a todas las que se proponen un fin desinteresado, porque pueden invadir las atribuciones del poder público o

contrarrestar su acción,"⁽⁴⁷⁾ o inmovilizar el patrimonio, impidiendo el benéfico efecto de su circulación.⁽⁴⁸⁾

El artículo 1º de la Ley de Asociaciones, lo hemos visto, se refiere a un problema de fin. En cambio el artículo 2º de dicha Ley se refiere al menos aparentemente a un problema de actividad, de objeto: las asociaciones que no siendo de las enumeradas en el artículo anterior (es decir con fin ideal o mixto) se propongan un objeto meramente (vale única y exclusivamente) comercial o civil, se regirán por las leyes comerciales o civiles, según el caso: "He dicho que aparentemente el artículo 2º regula un problema de objeto no porque no sea así sino porque, un análisis a fondo de la disposición demostrará un algo más que el objeto en esa disposición, como en efecto pasamos a ver.

Me parece claro que la redacción del artículo 1º indica que el legislador tuvo en mente eliminar la posibilidad del uso de la figura que creaba, por parte de agrupaciones cuyo fin fuera única y exclusivamente el lucro o la ganancia, pues intentaba controlar precisamente actividades idealistas, siempre sospechosas de subversión o de invasión de zonas en que el Estado considera necesario mantener el monopolio o, en fin, para evitar la inmovilización de "manos muertas" del patrimonio.⁽⁴⁹⁾ Sin embargo, la forma empleada para expresar tal idea deja muchísimo que desear en cuanto a claridad como intentaré de inmediato demostrar.

Al artículo 2º dicho reza: "Las asociaciones que no siendo de las enumeradas en el artículo anterior se propongan un objeto meramente comercial o civil se regirán por las leyes comerciales o civiles, según el caso".

A contrario, las asociaciones que SIENDO de las enumeradas en el artículo 1º se propongan un objeto MERAMENTE comercial o civil NO se regirán por las leyes mercantiles o civiles, según el caso.

(47) Georges Ripert, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Vol. II, TEA, Buenos Aires, 1954, pág. 12.

(48) Dice Castán "Pero todo ello no obsta a que muchas asociaciones puedan ser consideradas como contratos similares o afines al de sociedad y se rijan analógicamente por sus normas, ya que la Ley de Asociaciones sólo se preocupa de regular su aspecto político o de relación con el Estado (esto es el de licitud o capacidad), no su aspecto civil y de desenvolvimiento interno" (el subrayado es mío); citado por Girón Tena, op. cit., pág. 27.

(49) Ver nota 47 y Roger Houin, "Société, association et entreprise en droit français", en "Evolution... etc." cit., Vol. I, págs. 95 y 96.

Se regirán, por fuerza, por la ley de asociaciones. Es indiscutible que una asociación de las enumeradas en el artículo 1º no puede tener un objeto meramente comercial o civil en el sentido que el legislador le ha dado, que sin duda es el de actividad con fin lucrativo, puesto que, en esta coyuntura entraría en los casos excluidos por el mismo artículo 1º; actividades con fin exclusivamente lucrativo. Y afirmo que el legislador ha supuesto en la actividad comercial o civil el fin lucrativo puesto que, de lo contrario, caeríamos en otro contrasentido ya que, si el legislador no presupuso el fin lucrativo de la actividad mercantil y civil, deberíamos preguntarnos forzosamente por qué no prescindió del artículo 2º, puesto que actividad mercantil o civil sin ánimo de lucro cabría perfectamente dentro de "cualesquiera otros (objetos) lícitos que no tengan por único y exclusivo fin (objeto dice el original) el lucro o la ganancia".⁽⁵⁰⁾

En definitiva, creo que para aclarar los contrasentidos contenidos en los dos primeros artículos de la Ley de Asociaciones es necesario establecer estos principios:

I.—Por razones histórico-político-económicas bien conocidas el legislador prohibió el asociarse. Posteriormente comprendió que el asociarse con fines lucrativos no representaba un peligro para el Estado y sí un beneficio económico. Así, permitió la libre organización de asociaciones con fines lucrativos. Y en cambio, si bien cedió ante la presión de ciertas doctrinas políticas, permitiendo la creación de asociaciones con fines no lucrativos no renunció a ejercer un control discrecional sobre la creación y supervivencia de las mismas no permitiéndoles escapar de tal control ni siquiera cuando tienen, además del fin ideal, un fin lucrativo: una asociación que si bien tiene finalidades lucrativas, también las tiene ideales representando por ello un peligro de subversión o una invasión de funciones del Estado o, en fin, una probable inmovilización de riqueza, se consi-

(50) Por otra parte, al considerar el legislador la actividad comercial o civil ejercida colectivamente, como lucrativa era congruente con la doctrina del Código Civil, artículo 1205 inciso 1º, que precisamente postula esa tesis. Era congruente también el legislador con la doctrina aplicable entonces al Derecho mercantil en sentido objetivo (como derecho de los actos objetivos de comercio), corriente a la que pertenece (no sin ciertos titubeos) nuestro Código de Comercio de 1853 y en tal sentido ver Rocco, "Principii di Diritto Commerciale", UTET, Torino, 1928, pág. 260; Ascarelli, "Appunti di Diritto Commerciale", Ed. "Foro Italiano", Roma, 1933, pág. 40; Louis Fredericq, "Principes de Droit Commercial Belge", Ed. Van Rysselberghe & Rombaut, Gand, 1928, pág. 26; Lyon-Caen y Renault, "Traité de Droit Commercial", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1921. T. 1º, págs. 239 y 240.

dera que debe mantenerse bajo control: es más importante el interés general que el económico particular y no se puede permitir una supremacía del estatuto privado (Código de Comercio, Código Civil).

II.—Quedan, necesariamente, sometidas a la Ley de Asociaciones todas aquellas cuya finalidad no sea única y exclusivamente lucrativa, aunque formalmente se organicen como asociaciones de otro tipo (con respecto a los tipos sociales enumerados por el artículo 17 del Código de Comercio, este principio ha perdido aplicación por razones que ya expusimos en otro lugar de este trabajo, salvo excepciones ex legem).

III.—La actividad mercantil o civil, si ejecutada por medio de un negocio asociativo, se presupone lucrativa pues, como hemos visto, de no ser así, sobraría el artículo 2º de la Ley de Asociaciones ya que una actividad asociativa, mercantil o civil no lucrativa, entra en el supuesto "cualesquiera otros lícitos" del artículo 1º de la misma Ley. Con este artículo 2º el legislador ha querido, a criterio mío, recalcar el hecho de que una actividad mercantil o civil la considera necesariamente lucrativa y que en consecuencia carece de interés hacerla pasar por las horcas caudinas de la Ley de Asociaciones. Por otra parte, carecería de sentido ejercer una tal actividad, sin finalidad alguna: algún fin se debe perseguir, lucrativo (en cuyo caso no se aplica la Ley de Asociaciones) o, en caso negativo, no lucrativo y entra en vigencia entonces, de pleno derecho, la Ley de Asociaciones.⁽⁵¹⁾

IV.—Cualquier asociación que se proponga un objeto meramente mercantil o civil no debe ser considerada como asociación en sentido estricto.

Subordinación del fin lucrativo al ideal.—

Sin duda el hecho que del texto del artículo 1º de la Ley de Asociaciones se deduzca que una asociación stricto sensu puede tener, además de un fin ideal uno lucrativo, nos plantea otro problema que aunque sea solo rápidamente, creo se deba afrontar. Esto es, si en la asociación mixta (fin ideal y fin lucrativo) ambos

(51) En este último caso si queremos ser congruentes con lo dicho en la nota anterior, es necesario reconocer que "no lucrativo" se refiere no a la actividad misma sino al destino que se dará al producto de tal actividad la que, como vimos, es siempre abstractamente lucrativa. Ver Ascarelli, op. y loc. cit.

finas puedan existir independientemente, sin que medie ninguna conexión o subordinación entre ellos o si el uso deba estar subordinado al otro, conectados ambos en un orden de medio a fin.

No parece difícil comprender que el fin ideal tiene el carácter de esencial pues como se ha visto es la asociación con fin ideal la que el legislador ha querido someter, por razones que ya anotamos, a un cierto control de nacimiento y desarrollo.

En cuanto al fin lucrativo me parece ilógico afirmar que el Estado haya pensado en permitir que actividades asociativas lucrativas pudieran escapar a la normativa que, en protección de terceros y de sus propios intereses fiscales, ha establecido; y ello por el hecho solo de realizarse contemporáneamente con un fin ideal y en cabeza de un mismo sujeto jurídico. Por fuerza de razón la actividad lucrativa de una asociación sin finalidad lucrativa es accesoria al fin ideal y funciona como medio para sostener económicamente la existencia y realización del fin ideal.

En efecto, este es el criterio de la doctrina más extendida en los países en que se atribuye a la asociación sin fin lucrativo la posibilidad de realizar actividades lucrativas, particularmente Francia y Bélgica.⁽⁵²⁾

El fin lucrativo.—

¿Cuál es el fin lucrativo que la asociación no debe tener? Porque una asociación con fin mixto, sin duda alguna tiene un fin lucrativo, solo que instrumentalizado como medio de financiamiento de un fin ideal. En consecuencia no es este último el fin lucrativo que la asociación no debe tener.

(52) "Se notará que la búsqueda de beneficios no es por sí misma un elemento de criterio: es necesario que una asociación cuente con recursos que le permitan realizar su objeto y puede intentar procurárselos gracias a la obtención de beneficios. Asimismo, el objeto de la actividad de la asociación o de la sociedad, no es suficiente para distinguir estos grupos: una asociación puede perfectamente tener una actividad de carácter económico, por ejemplo la gestión de clínicas médicas, pensiones, restaurantes, etc.", R. Houin, op. cit., págs. 99 y 100; ver también René Chauveau, "Constitution et fonctionnement des Associations & Syndacats", Ed. J. Delmas et Cie, Paris, 1965, págs. 4 y ss.; para el Derecho belga ver A. Buisseret, "Associations sans but lucratif", Librairie Universitaire, Louvain, 1967, págs. 18 y ss. y Jacques't Kint, "Les association sans but lucratif", Maison Ferd. Larcier S.A., Bruxelles, 1961, págs. 54 y ss. Como ya lo hice notar en otra parte de este trabajo, la más moderna posición de la doctrina italiana al respecto, ha sido expuesta por Verrucoli en "Société et Association" ("Evolution... etc." cit., págs. 223 y ss.) quien, viendo en una actividad lucrativa accesoria una actividad empresarial, en protección de terceros acreedores, afirma la necesidad de aceptar que tal asociación, en cuanto es un empresario comercial, —aunque accesoriamente— puede ser sometida a quiebra.

No parece difícil encontrar la respuesta correcta. En efecto hemos admitido que el aspecto esencial en la actividad de una asociación sin fin lucrativo, es la finalidad ideal que con ella se persigue y que una actividad lucrativa, por aquella realizada, tiene como fin a su vez proporcionar medios económicos para hacer posible la realización del fin ideal.

Es un hecho que si las utilidades obtenidas con la actividad lucrativa de la asociación terminaran por "aumentar el patrimonio" de los asociados, se habría con ello desnaturalizado el fin último de la actividad lucrativa, esto es financiar la realización del fin ideal, y no estaríamos ya en presencia de una asociación sin fin lucrativo.

Concluyendo. El concepto de asociación sin fin lucrativo (o sea la regulada por la Ley de Asociaciones citada) en nuestro Derecho se puede concebir en estos términos: "Convención por la que una pluralidad de personas (ver artículos 10 inciso 1º y 13 inciso a) de la Ley de Asociaciones) aportando cada una de ellas cualesquiera bienes estimables en dinero, pretenden realizar cualquier fin lícito y común excepto el de dividirse beneficios".⁽⁵³⁾ Y no tendría sentido pensar que el fin lícito y común sea realizar una actividad lucrativa, exclusivamente, sólo para atesorar utilidades irrepartibles.

Concepto substancial de sociedad.—

Establecido el anterior concepto substancial de asociación sin fin lucrativo veamos de hacer otro tanto con la sociedad: indagar su naturaleza substancial.

Como se vio, asociación en sentido amplio es una agrupación de personas que normalmente cooperando cada una con un aporte para la formación de un fondo común (aporte que basta que sea

(53) Este principio de la no persecución de beneficios por parte de los asociados, esencial en la Ley Francesa, está garantizado en ella por el artículo 15 del decreto de 1901, (de 16 de agosto, que reglamenta la aplicación de la Ley de Asociaciones de 1º de julio de 1901), que prohíbe a la Asamblea General, en caso de disolución, otorgar a los asociados bienes más allá del monto del aporte de cada uno. Es claro que se quiere evitar una división de beneficios final. Nuestra Ley, en cambio, aparentemente prohija solución contraria en el artículo 14. Creo sin embargo que es una "apariciencia". Y que una continuación del análisis aquí ya hecho nos llevaría, necesariamente, a admitir que los bienes a repartir entre los asociados a que se refiere el artículo 14, son solo y únicamente los por ellos mismos aportados, o su valor: admitir la tesis contraria significaría admitir, visto que el artículo 1º permite realizar actividades lucrativas, que en definitiva ninguna diferencia existe entre asociación y sociedad en cuanto a la finalidad. Tesis en muchos sentidos sugestiva pero que no creo práctico abordar aquí.

estimable en dinero) intentan realizar un fin común. Por otra parte la asociación sin fin lucrativo es la convención por la que una agrupación de personas, aportando cada una de ellas un bien o bienes estimables en dinero, intentan realizar cualquier fin lícito y común excepto el de dividirse beneficios. Y cuando la finalidad sea la reparación a los socios de los beneficios obtenidos por el ente, por exclusión nos encontraremos necesariamente frente a una sociedad.⁽⁵⁴⁾ O al menos así parece. Sin embargo, falta comprobarlo en los textos legales. Máxime si, como dije, nuestro legislador "omitió" una definición de sociedad.

Que la sociedad es una agrupación de personas que cooperan a la formación de un capital social (el legislador ha empleado en el artículo 1196 del Código Civil el término capital en un sentido muy amplio) con miras a la realización de un fin común lícito, ya lo demostré al elaborar el concepto amplio de asociación.

Se trata ahora de ver en qué consiste el fin común en una sociedad.

En efecto. De los elementos que la sociedad en cuanto negocio asociativo puede tener (pluralidad de sujetos, formación de un fondo único y persecución de un fin común) solamente el fin común permite una probable argumentación que nos pueda llevar a la di-

(54) Romano Pavoni, "Teoria delle Società", Giuffrè, Milano, 1953, pág. 168, lo dice para el Derecho italiano: "... el ejercicio de una actividad económica con el fin de dividirse las utilidades es suficiente a excluir la existencia de una asociación, mientras la ausencia de tal elemento excluye la existencia de la sociedad, a menos que el respectivo negocio constituido sea indirectamente usado". Para la doctrina francesa afirma Houin, "Evolution et perspective, ... cit., T. I, pág. 95, que la sociedad y la asociación constituyen en el Derecho francés moderno, las dos grandes categorías de agrupaciones reguladas por el Derecho privado siendo la summa divisio puesto que no existe una tercer categoría. Sin embargo, no han faltado ni faltan en la doctrina voces de autorizados juristas que consideran la cooperativa como una tercer categoría, pudiéndose citar entre ellos, Bolaffi, "La Società Semplice" Giuffrè, Milano, 1947, pág. 169, nota 38, Brunetti, "Trattato del Diritto delle Società", Giuffrè, Milano, 1950, T. III, págs. 333 a 335, Berto, "Studi preliminari sulla trasformazione delle società", Ed. Libreria Scientifica Giappichelli, Torino, 1945, págs. 95 y 96 y especialmente el 97, así como 99 y ss. y nota 1 de la 99. En Italia la misma explicación de motivos al Código de 1942, nn. 217 y 218, establecía que "las sociedades cooperativas han sido netamente diferenciadas de las otras empresas sociales o sociedades propiamente dichas... ellas forman una categoría en sí misma, subdividida a su vez en diversos tipos...". En todo caso, la doctrina italiana prevalentemente, ha hecho de sociedades ordinarias y cooperativas una sola categoría, fundamentalmente por razones de seguridad jurídica. No se puede ignorar, sin embargo, como antes creo haber dicho, que la tipicidad de los negocios asociativos es siempre un problema de cada sistema jurídico particular. A lo sumo, a la base de cada sistema positivo hay una corriente doctrinaria y es ésta la que necesariamente se debe buscar en las disposiciones de la ley, a fin de explicar con claridad el sistema mismo y no al contrario.

ferencia de sociedad y asociación sin fin lucrativo desde un punto de vista substancial como paso a demostrar. Tanto la una como la otra —la sociedad y la asociación— son agrupaciones de personas y si la última, conforme a la ley, debe necesariamente ser plurilateral (arts. 10 inciso 1º, y 13 de la Ley de Asociaciones) mientras la sociedad basta que sea bilateral (al menos al momento de su creación puesto que para la sociedad anónima ya en pleno desarrollo, aún la bilateralidad deja de ser necesaria, arts. 104 inciso a, 202, C. de c.), ello no obsta para que los socios convengan en la plurilateralidad, sin la cual se produzca la disolución (arts. 18 incisos 15 y 18, 201 inciso d, C. de c.). Queda demostrado que la bilateralidad o plurilateralidad no son criterio útil de diferenciación. Otro tanto se puede decir en cuanto al aporte: si bien no es elemento esencial (aunque sí normal) sino accidental en la asociación sin fin lucrativo, mientras sí lo es en la sociedad (arts. 1196 del C. de c. y 29 y ss. del C. de c.), nada impide, que los asociados convengan en crear como requisito indispensable de ingreso un aporte (entre otros, art. 7º inciso e, Ley de Asociaciones). Nos queda por analizar el fin común.

Hemos visto que la asociación sin fin lucrativo no puede tener como finalidad una repartición de los beneficios obtenidos, entre sus asociados (retro, págs. 14 y 17). También vimos que, aparte los tipos del artículo 17 del Código de Comercio, no puede considerarse como sociedad un ente asociativo privado con un fin ideal puesto que automáticamente, por el carácter imperativo del artículo 1º de la Ley de Asociaciones, viene a ser considerado como asociación sin fin lucrativo, al menos en cuanto a tal finalidad se refiere (retro, pág. 14). Resta sólo comprobar si efectivamente la sociedad deba tener como finalidad la repartición directa o indirecta, mediata o inmediata, a los socios, de los beneficios que en sus operaciones obtenga.

A fin de organizar correctamente el planteamiento del asunto debemos establecer qué tipo de negocio jurídico es la sociedad en nuestro Derecho.

En primer término se debe tener claro que la sociedad en nuestro sistema legal es concebida como un contrato (convención, convenio y otras denominaciones equivalentes se le suelen dar). A tal contrato se refieren los artículos 1199, 1200, 1204, 1208, 1209

y otros, del Código Civil y 18 inciso 1, 23, 27, 117 y otros del Código de Comercio.⁽⁵⁵⁾

La mayor parte de la doctrina considera la sociedad como un contrato y en algunos casos como un contrato sinalagmático.⁽⁵⁶⁾ Veamos si el contrato de sociedad es sinalagmático y de serlo, en qué sentido.

Como sabemos el negocio jurídico es una manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico y que consiste en la creación, modificación o extinción de una situación de relevancia jurídica. El negocio jurídico puede ser unilateral si la manifestación de voluntad proviene de un solo centro de interés, normalmente llamado parte (la parte puede estar constituida de uno, dos o varios sujetos) y son considerados unilaterales la aceptación de la herencia, el testamento, la ratificación, la procura. También puede al negocio jurídico ser bilateral o plurilateral, —si se trata de manifestaciones de voluntad (dos o más) de diversos centros de interés o partes (dos o más). Son negocios bilaterales casi todos los contratos (compraventa, mandato, etc.) y plurilaterales por ejemplo la constitución de dote por un tercero, pues intervienen el marido, la esposa y quien constituye la dote.

Los negocios bilaterales (o plurilaterales) con contenido patrimonial se denominan "contratos" (por ello, el matrimonio, por ejemplo, no es un contrato, como no lo son tantos otros negocios jurídicos del derecho de familia).

(55) Niegan que la sociedad sea un contrato, entre otros, Roberto Mantilla Molina, op. cit., págs. 195 a 197; Rocco, op. cit., pág. 368; al menos para aquellas con personalidad jurídica; Kuntze y Gierke citados por Mantilla Molina, loc. cit.; Messineo, "Studi di Diritto delle Società", Giuffrè, Milano, 1949, n. 15, aunque en la voz "contratto plurilaterale" en la "Enciclopedia del Diritto", Giuffrè, Milano, 1962, Vol. X, pág. 161 nº 19, pareciera reducir su tesis de que la sociedad no es un contrato (sino un acto colectivo) a un problema teórico, al margen del derecho positivo italiano y en efecto dice el autor: "El caso de la sociedad, aparte la duda expuesta en otra ocasión por mí, de si la sociedad sea en realidad un acto colectivo (duda que, prescindiendo de la obligada solución conforme al Derecho positivo italiano, resta legítima)" con lo cual reconoce que, conforme al Derecho italiano, la sociedad es un contrato.

(56) Juglart e Ippolito, "Cours de Droit Commercial", Montchrestien, Paris, 1967, pág. 39; en cierto modo Branca, "Istituzioni di Diritto Privato", Zanichelli, Bologna, 1961, pág. 81, que tratando los contratos onerosos argumenta sobre el sinalagma y dice poseerlo, entre otros, el contrato de sociedad; De Casso y Cervera, "Diccionario de Derecho Privado", Labor, Barcelona, 1960, pág. 3637. Niegan que la sociedad sea un contrato sinalagmático, entre otros Garrigues, op. cit., pág. 275, Wieland, seguido y citado por el primero, loc. cit.

Los contratos a su vez, pueden ser unilaterales o bilaterales (y plurilaterales)⁽⁵⁷⁾ según, no ya el número de partes, de centros de interés que intervienen en su formación, sino la comparecencia o menos de obligaciones recíprocas (y, lógicamente, derechos que surjan de él).

Es unilateral el préstamo civil, (que según el C. c. es siempre gratuito, art. 1334) puesto que surgen obligaciones sólo para el prestatario (mutuario o comodatario). Es bilateral el contrato de compraventa puesto que de él nacen obligaciones para ambas partes: el vendedor está obligado, esencialmente, a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio. Como se puede ver, tanto el préstamo civil, contrato unilateral, como la compraventa, contrato bilateral, son negocios bilaterales en cuanto para su formación se requieren las manifestaciones de voluntad de dos diversos centros de interés. (Es plurilateral el contrato de constitución de dote por parte de un tercero, como vimos).

En los contratos bilaterales (o plurilaterales)⁽⁵⁸⁾ se crea un ligamen entre las prestaciones recíprocas de las partes que corresponde al sinalagma por lo que los contratos bilaterales son llamados sinalagmáticos.

El sinalagma es genético y funcional. El sinalagma genético se refiere a la recíproca interdependencia causal entre las prestaciones de las partes, o sea que se refiere a la causa del contrato (cur contractum est?) El sinalagma funcional hace relación con la supervivencia de las recíprocas obligaciones generadas por el contrato, durante todo el tiempo en que se deben desarrollar los efectos del mismo (cur debetur?).

(57) "Con el término "bilateral" — dice Ascarelli, "Saggi Giuridici", Giuffrè, Milano, 1949, nota 27, pág. 272 — "(en contraposición a "unilateral"), aplicado a los contratos, se hace referencia al hecho que, del contrato, surgen obligaciones corresponsivas para todas las (dos) partes. El término "plurilateral" puede aplicarse al contrato del que se habla, en sentido análogo... considerándose así el contrato plurilateral como variedad (sottospecie) del bilateral y puede aplicarse además para indicar (lo que en cambio corresponde al significado del término bilateral en relación con el negocio jurídico) la participación de más de dos partes a su formación".

(58) Ver sobre el contrato plurilateral, Cariota Ferrara, op. cit., págs. 163 y ss. en especial acerca de la diferenciación entre contrato plurilateral y negocio plurilateral; Messineo, "Studi di Diritto delle Società", Giuffrè, Milano, 1949, págs. 15 y ss. y en especial la nota 59 en la pág. 55; comentario de Girón Tena a op. cit. de Messineo, "Derecho de Sociedades Anónimas", Publicaciones del Seminario de la Fac. de Derecho, Valladolid, 1952, págs. 86 a 87.

La reciprocidad e interdependencia de las prestaciones de las partes trae como consecuencia algunos particulares aspectos del contrato sinalagmático entre los que se puede enumerar: la exceptio non adimpleti contractus, defensa de la parte que cumple o demuestra estar en condiciones y dispuesta a cumplir, contra la acción del contratante que no ofrece garantía (en sentido no técnico) de ejecutar sus propias obligaciones; la condición resolutoria tácita que permite solicitar al Tribunal la resolución del contrato en caso de incumplimiento de la otra parte; la posibilidad de solicitar el cumplimiento forzoso de la parte morosa (todos los casos anteriores están regulados por el artículo 692 del C. c. y considerados también en el C. de c. artículos 425, 463, 467); la imposibilidad de cumplimiento en una parte, que desliga la otra (ver artículos 830, 831, 834 todos del C. c.)). Tales consecuencias del contrato sinalagmático no se cumplen como pasamos a ver, con el contrato de sociedad.

En primer lugar, no puede un socio negarse al cumplimiento de su obligación excepcionándose con base en el incumplimiento de otro socio pues la ley, antes que aceptar tal conducta, lo somete a severas medidas, y dotando al respecto a la sociedad de acciones efectivas: cobro por la vía ejecutiva de la parte insoluble de la cuota en la sociedad a responsabilidad limitada (artículo 80 C. de c.) y lo mismo para la sociedad anónima (artículos 102, 112, 125 C. de c.) con respecto a la acción no pagada. Tampoco tiene aplicación la condición resolutoria tácita pues en la sociedad está ventajosamente sustituida con otros procedimientos como la exclusión, que permite eliminar el fruto dañado sin perjudicar toda la planta: exclusión del socio, en caso de aporte con créditos o valores que luego no son cubiertos por el deudor, si aquél no paga en efectivo el valor de su aporte (artículo 32 C. de c.); sustitución de la cosa aportada en usufructo y que se pierde, con otra que dé el mismo servicio a la sociedad, estando los demás socios obligados a aceptarla salvo que aquella fuera el objeto exclusivo que la sociedad se proponía explotar (artículo 31 C. de c.).

Esta sustitución de consecuencias ha sido producida por razones prácticas,⁽⁵⁹⁾ de certeza y seguridad jurídicas, especialmente considerando ciertos tipos de sociedades que dan lugar a la entrada de miles de partes contratantes a través, no de un examen detenido

(59) "...obvias exigencias prácticas" como ha dicho Ascarelli, "Saggi Giuridici", Giuffrè, Milano, 1949, pág. 260.

de todos los elementos subjetivos y objetivos que intervienen en el contrato, sino por la simple adquisición de un título que, bajo ciertas circunstancias, circula como circula un billete de banca. En la sociedad, sin duda, no estamos frente a un contrato de cambio (necesariamente bilateral), en que las partes acomodan sus intereses opuestos mediante recíprocas prestaciones, más o menos equivalentes desde el punto de vista económico, en una forma amplia. En la sociedad, en muchísimos casos, lo segundo es imposible, por el número de partes, desde un punto de vista material y lo primero irrelevante pues el interés económico de una parte que aporta por ejemplo ciento no será satisfecho con ciento que aportarán cada una de las demás partes y que no engrosarán su patrimonio sino con un probable beneficio que obtendrá la sociedad, trasladándosele en proporción a ciento. Quede claro también que, a diferencia de lo que sucede en los contratos de cambio, en la sociedad el aporte de los demás socios no viene a acrecentar el patrimonio particular de un socio como dije y creo oportuno recalcar, sino que todas las partes constituyen la base patrimonial de la nueva estructura creada, sea la sociedad.

En fin, que en la sociedad no aparece clara la reciprocidad de prestaciones ni su equivalencia: no existe acreedor ni deudor directo propiamente, entre las partes, por lo que se ha pensado que no es un contrato.⁽⁶⁰⁾

Algunos autores, reconociendo en la sociedad un contrato le niegan sin embargo el carácter de sinalagmático.⁽⁶¹⁾ En todo caso, como vimos,⁽⁶²⁾ no falta doctrina que se incline hacia la sinalagmaticidad del contrato de sociedad insistiendo, en el caso de un conocido jurista⁽⁶³⁾ en el carácter contractual de la sociedad y precisamente como contrato sinalagmático, en cuanto cada socio se obliga a una prestación sobre la base de que los demás se obliguen también a efectuar las suyas, si bien las prestaciones no son recibidas por los otros socios, sino que entran a estructurar el patrimonio social y a través de éste se traducen en una ventaja para quien la ha realizado (la prestación) y para sus cocontratantes.

(60) Mantilla Molina, op. cit., pág. 195, y ver nota (55).

(61) Ver nota (56).

(62) Ver nota (56).

(63) Langle, "Manual de Derecho Mercantil Español", Bosch, Barcelona, T. I, págs. 395 y ss.

Con la tesis última (que supone una reciprocidad indirecta, a través del ente creado y pone en luz la importancia de la función económica con reflejos colectivos, de la prestación) nos encontramos prácticamente en la vía hacia la concepción acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad hoy mayormente compartida y producto de una laboriosa construcción del fenómeno, realizada principalmente por la doctrina alemana e italiana y en sus últimas implicaciones — las más "penetrantes", como se ha dicho⁽⁶⁴⁾ — patrimonio de esta última y que sigue los siguientes pasos esenciales (cuyos elementos básicos, más o menos expresamente, hemos ya apuntado).

En primer lugar la sociedad no es un contrato plurilateral desde el punto de vista esencial puesto que puede ser bilateral.⁽⁶⁵⁾ En segundo término la sociedad es un contrato (bilateral o plurilateral) en el que las prestaciones de las partes se orientan hacia la realización de un fin común, como se vio,⁽⁶⁶⁾ lo que no niega la contraposición de intereses, inherente a la naturaleza del contrato, que existe siempre en las fases de formación y ejecución de éste.⁽⁶⁷⁾ En tercer lugar, se puede en consecuencia afirmar que la sociedad es un contrato con comunión de fin, es decir con finalidad común, que se opone a los contratos de cambio. En cuarto lugar, no siendo un contrato de cambio no existe interdependencia y correlación directa entre las prestaciones de las partes por lo que en este sentido y sólo en este sentido, se puede afirmar que no existe sinalagma (y por ello no se producen las consecuencias de un tal sinalagma) y

(64) Girón Tena, op. cit., pág. 86.

(65) Sobre la sociedad como contrato plurilateral, esencialmente, Ascarelli, "Saggi Giuridici", Giuffrè, 1949, págs. 259 y ss. y en especial nota 24 bis; Messineo, que la critica, "Studi di Diritto delle Società", Giuffrè 1949, págs. 43 y ss. El mismo Ascarelli considera el contrato plurilateral no como una categoría independiente sino como una variedad del contrato bilateral. Por ello es más conveniente la denominación contrato asociativo, que hemos venido dando al fenómeno, o *contrato con fin común* como en adelante lo llamaremos; Ascarelli opone a esta última denominación el hecho de que lesiona su buen gusto léxico, argumento, a mi flaco entender, poco jurídico (op. cit., nota 24, pág. 271): si expresa claramente el fenómeno, no veo por qué se deban hacer intervenir problemas estilísticos o léxicos.

(66) Ver pág. 2.

(67) En efecto, no se puede sostener como lo ha hecho parte de la doctrina, que en la sociedad exista una coincidencia de intereses de los socios: y en el proceso de formación cada socio pretende, con el mínimo de aporte obtener el máximo de utilidades; y a través de la ejecución del contrato los tenedores de títulos de distinta naturaleza permanecen contrapuestos: acciones ordinarias, privilegiadas, de goce. (Véase Rodríguez Rodríguez, "Tratado" cit. Vol. I, pág. 18). Como se ha dicho, si es cierto que todos los que concurren a la formación del negocio de sociedad adquieren el estado de socio, esto no quiere decir que todos adquieran el mismo estado (Graziani, op. cit., pág. 27).

que el contrato no es sinalagmático.⁽⁶⁸⁾ Y finalmente, si bien no existe sinalagma en el sentido dicho, si existe en cuanto se crea una interdependencia y correlación entre la prestación de cada contratante y su participación en los perseguidos beneficios, como finalidad común.⁽⁶⁹⁾ Tanto es así que, en cuanto el vínculo de algún socio o la prestación de alguna parte vengan a menos, la ley ha previsto la posibilidad de disolución del contrato, si aquéllos eran esenciales para la realización del fin inmediato (medio-fin) representado por la actividad propia de la sociedad, u objeto social, vehículo necesario para alcanzar el fin mediato, el beneficio a repartir entre los socios (artículos 1237 y ss. C. c. y 31 y 21 ss. C. de c.), dejando a los socios la facultad de decidir cuándo el vínculo decaído o la prestación incumplida, sean o no esenciales a la realización del fin perseguido (puesto que entra en juego incluso un elemento de oportunidad).⁽⁷⁰⁾

Visto que el sinalagma en la sociedad se crea entre la prestación y el fin común y recordando que el sinalagma se refiere a la causa del contrato (como de la obligación) se puede afirmar que el fin común perseguido viene a ser la causa jurídica del contrato de sociedad y de las obligaciones que de él surgen para las partes contratantes.

Hablando de las asociaciones sin fin lucrativo decíamos que pueden perseguir todo fin menos el reparto a los asociados de las eventuales utilidades que llegaren a obtener, quedando este reparto, por exclusión, como fin particular de la sociedad.

(68) Lo que no implica que todas partes no adquieran derechos y contraigan obligaciones frente a las demás como lo reconoce Ascarelli (op. cit. pág. 276). "Cada una de las partes se obliga en efecto, hacia todas las demás y frente a todas las demás adquiere derechos; es por ello natural la coordinación hacia un fin común". Sólo que estas recíprocas relaciones no se realizan directamente (de ahí también la no aplicación de la exceptio inadimplti contractus y de la condición resolutoria tácita) sino indirectamente, pasando a través, de la finalidad común que, constituido el ente, deviene tarea de éste concretar (de ahí el ejercicio diverso de derechos y obligaciones a través del ente, mediante acción ejecutiva o exclusión del socio). Por ello bien se afirma (Rodríguez Rodríguez, op. cit., T. I, pág. 22) que el sinalagma se crea entre la conducta objeto de la prestación a que el socio está obligado y el derecho a participar en los beneficios probables y de ahí que tales beneficios sean percibidos conforme a lo pactado pero proporcionalmente a la medida en la cual el socio haya satisfecho su aporte (art. 142 C. de c.). No otra cosa en el fondo afirma Ascarelli (op. cit., pág. 276) cuando dice que el fin perseguido "constituye el elemento común, unificador de las varias adhesiones y que coopera en la determinación de los límites de los derechos y de los deberes de las partes".

(69) Ver Rodríguez R., "Tratado" cit., T. I, pág. 22: "La relación sinalagmática se establece entre cada parte y el nuevo sujeto jurídico", pág. 23.

(70) Romano Pavoni, op. cit., pág. 64.

Comprobado que el fin común último perseguido por los socios y que se traslada al negocio jurídico sociedad, es la causa del respectivo contrato, y aceptado en principio que la obtención de utilidades a repartir entre los socios es el fin común propio perseguido con y por la sociedad, es de rigor afirmar que la causa del contrato de sociedad es la obtención de beneficios a repartir entre los socios.

Considerando que la obtención de utilidades a repartir entre los socios no es, naturalmente, un elemento general abstracto del contrato, sino más bien un concepto práctico, y más propiamente un motivo, e insistiendo, parte de la doctrina en que la causa del contrato de sociedad no debe buscarse en tal fin lucrativo que no es sino un motivo, es necesario hacer una rápida observación de la causa en nuestro Derecho.

La teoría clásica de la causa, a la que, al menos, básicamente, se adhiere la doctrina citada (que niega en el fin lucrativo la causa del contrato de sociedad), considera la causa como típica según la clase de contrato de que se trate y así, en el contrato bilateral la causa de la obligación de una parte es la obligación contraída por la otra y viceversa (en la compraventa la causa de la obligación de entregar la cosa radica en la obligación de la otra parte de pagar el precio y viceversa), necesaria e ineluctablemente. Por tanto jamás un contrato típico podrá tener una causa injusta. A lo sumo el contrato podría atacarse, entre otros casos, por falta de objeto, u objeto imposible, física o legalmente, etc. o por vicio de consentimiento o falta de capacidad.

Al hablar nuestra ley de "causa justa" (artículo 627 inciso 3º C. c.) no se está refiriendo al concepto clásico de causa pues en él la causa nunca puede ser injusta, o no justa (en los contratos típicos.) Si es la ley la que taxativamente dice por ejemplo: en el contrato sinalagmático la causa de la obligación de una parte está en la obligación contraída por la otra, realizada una compraventa automáticamente nace la causa: una causa de ley que no podría ser injusta.

Creo que nuestra ley se refiere a un concepto de causa del contrato identificable con el de "motivo determinante" que, como lógico es, sí puede ser justo o injusto (una causa justa es aquella que es legal, conforme a las buenas costumbres y al orden público).

El texto mismo de la ley ha creado esa identificación, por ejemplo en el artículo 580 del Código Civil (motivo o causa de la liberalidad testamentaria). Por ello también el motivo contra legem anula la liberalidad, pues carece de causa justa (artículo 581 C. c.). Véase bien que se trata de motivo determinante de la vinculación y no de cualquier motivo secundario o remoto: en fin, del motivo sin cuya existencia la parte no se habría manifestado en la forma en que lo hizo.⁽⁷¹⁾

No existe entonces en nuestro sistema jurídico ningún obstáculo para admitir que la causa del contrato de sociedad es la realización de beneficios a repartir entre los socios. Al fin y al cabo el problema de la causa, como cualquiera otro relativo a la construcción dogmática de un instituto existente en un cierto ordenamiento jurídico, es en realidad un problema de derecho positivo.⁽⁷²⁾ Y es indudable que la obtención de beneficios a repartir entre los socios es, aun si no se le reconociese el carácter de causa, esencial en el contrato de sociedad y así lo conceptúa la doctrina dominante.⁽⁷³⁾

La esencialidad del fin de reparto de utilidades a los socios es reconocida por las diversas legislaciones sancionando el pacto leonino, esto es la exclusión de algún socio de las utilidades o la atribución de todas las utilidades a un solo socio (ver nota anterior). Nuestra ley no es una excepción y el Código Civil considera inexistente un pacto de tal naturaleza (artículo 1205 inciso 1º). El Código de Comercio (artículos 25 y 122) contempla expresamente el caso de exclusión de un socio de las utilidades.⁽⁷⁴⁾

(71) Sobre causa de la obligación y causa del contrato ver de Henri, León y Jean Mazeaud "Lecciones de Derecho Civil", EJEA, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, volumen 1, págs. 287 y ss. Además, sobre el desarrollo de la teoría de la causa en el Derecho francés, ver Julien Bonnetese, "Tratado de Derecho Civil Francés", Ed. Cajica, Puebla, 1945.

(72) Ascarelli, op. cit., págs. 294-95: "Esta relación (el sinalagma) en los contratos plurilaterales, en vez de ser directa e inmediata, como en los contratos de cambio, adquiere un carácter indirecto y mediato: la invalidez o el incumplimiento de las obligaciones de una parte no excluye, de por sí, la subsistencia del contrato entre los otros, si no cuando sea imposible alcanzar el fin".

(73) Graziani, op. cit., págs. 70 y 71 (tener en consideración, para lo que interese, que el autor divide las sociedades en lucrativas y mutualísticas); De Gregorio, "Corso di Diritto Commerciale", Ed. Dante Alighieri, Città di Castello, 1967, pág. 164; Ripert y Roblot, "Traité" cit. n. 780; Juglart e Ippolito, "Cours" cit., Vol. II, pág. 40; Rodríguez R., "Tratado" cit., págs. 50 y 53 y más preciso aún en "Curso de Derecho Mercantil", Porrúa, México, 1960, pág. 47.

(74) Se considera que la exclusión de un socio de las pérdidas constituya también un pacto leonino: porque es contrario a la naturaleza de la sociedad que un asociado pueda participar

Concepto de sociedad desde el punto de vista substancial.—

En conclusión, la sociedad es un contrato por el que dos o más personas se obligan a aportar cada una de ellas bienes (basta que sean estimables en dinero) para la formación de un fondo común con la finalidad de realizar beneficios a repartir entre ellos. Si falta este último elemento el ente sería inexistente como sociedad. Este ha sido el concepto de sociedad enunciado por la Sala de Casación en la sentencia Montero Gómez vs. Nigro Borbón y otra de 13 hs. del 2 de diciembre, publicada en "Sentencias", 1949, 2º sem., págs. 939 y ss., particularmente en pág. 962 donde se lee: "... elementos esenciales del contrato de sociedad: agrupación de dos o más personas, aportación de cada uno de los socios, intención de realizar un beneficio común y de repartirlo, y participación de cada uno en los beneficios y pérdidas".

Naturaleza jurídica de la cooperativa.—

Normalmente, en la explicación de un instituto jurídico, juegan papel primordial las fuentes materiales del mismo, si bien éstas, cuanto más se alejan en el tiempo más se debilitan, dejando lugar a nuevas fuentes materiales las que a veces invierten totalmente el sentido original que se le había dado a la figura jurídica. Lo vemos con el "trust" del sistema de la "common law", empleado originalmente como subterfugio para escapar a ciertas prohibiciones de ejercicio del comercio y a las leyes de "manos muertas" y convertido hoy en la clave del sistema jurídico angloamericano, con una importancia inmensamente mayor que la figura del contrato, y del que se ha dicho que en sede de aplicación no conoce más límites que la imaginación de los abogados. Lo vemos con la sociedad por acciones, originalmente nacida con finalidades políticas y administrativas⁽⁷⁵⁾ y paulatinamente convertida en el más formidable instrumento jurídico de especulación comercial, clave del sistema capitalista como es clásico hoy afirmar.

en los beneficios sin arriesgar nada, dice la doctrina francesa (Ripert y Roblot, op. cit., n. 781); no porque menoscabe la esencia misma del contrato de sociedad, como la exclusión de las utilidades, sino en cuanto pacto usurario, y a fin de proteger la parte económicamente más débil, afirma la doctrina italiana (Graziani, op. cit. pág. 70).

(75) Sobre el punto, con profusa bibliografía al respecto, véase, Verrucoli, "Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali, nella common law e nella civil law", Giuffrè, Milano, 1964, págs. 21 y 22, nota 18 en la última, para Inglaterra y págs. 34 y 35 para los Estados Unidos de Norte América.

En cuanto a las cooperativas, creo que no escapan al fenómeno y si bien originalmente nacidas como medio de fortalecimiento de las economías débiles, y de equilibrio en el mercado especialmente de campesinos y obreros, en un periodo⁽⁷⁶⁾ particularmente difícil para ellos, hoy en los países fuertemente industrializados de Europa, si bien desarrollan siempre una función de equilibrio del mercado no se puede decir que mantengan además y únicamente la de fortalecimiento de las economías débiles: han ido más allá.⁽⁷⁷⁾ Y sin embargo, creo que en nuestro país la cooperativa, por el estado mismo de la economía y del proceso de industrialización, sigue siendo una institución de "clase" (a pesar del avance hacia con-

(76) Verrucoli, "La società coop." cit., págs. 75, 82 y 85 a 86 para el Derecho italiano.

(77) "Es éste el aspecto que mejor contribuye a aclarar el carácter y la estructuración de la cooperación italiana, que está todavía frenada en su desarrollo por aquella visión "clasista" que, si bien refleja la situación típica del surgir del movimiento, no se adecúa ya a la realidad de hoy en día, que impone sólidas organizaciones de empresa a niveles más elevados, en el cuadro de la evolución general — en el plano organizativo y tecnológico — de las estructuras económicas operativas" (Verrucoli, "L'istituto cooperativo nell'evoluzione delle strutture economiche e sociali", esquema de la relación del autor en el "Convegno di Studi sui Problemi della Legislazione sugli Organismi Cooperativi e della Relativa Riforma", Perugia, 19, 20 y 21 de mayo de 1969). Vincenzo Buonocore (esquema de la relación al mismo Congreso de Perugia citado antes) en "Problemi Attuali della Disciplina degli Organismi Cooperativi", considera, para Italia, que es necesario dar a la organización cooperativa una mejor eficiencia en el plano externo, es decir, en el plano empresarial, productivo y económico, en modo tal que consenta una mayor competitividad no solamente frente a las empresas competidoras, sino también en relación con empresas similares que funcionen en el Mercado Común Europeo; mayor eficiencia que, por otra parte, no se ha alcanzado a causa de la concepción misma de la cooperación, al menos desde el punto de vista histórico, como instrumento organizativo de categorías económicamente débiles, que ven en la unión su fuerza para contener la competencia de los otros empresarios y para eliminar la intermediación.

Una idea clara de como el cooperativismo, surgido como instrumento para fortalecer la débil economía de las clases más necesitadas del grupo social, se ha convertido además en un instrumento más de la economía general de una zona, lo vemos en las siguientes estadísticas de Dinamarca, uno de los países más "cooperativizados" del mundo (tomado de "El movimiento Cooperativo en Dinamarca", Ed. "Rivista della Cooperazione", Roma, 1961, escrito por Henning Ravnholt, págs. 144 y ss.).

En 1958 las plantas cooperativas procesadoras de la leche (queserías), procesaron el 90% de la producción de leche entregada a las procesadoras; el 64.7% de la exportación de mantequilla pasó por las cooperativas de exportación; las cooperativas para fabricación de embutidos exportaron el 87.6% del total de cerdos sacrificados para la exportación; las cooperativas exportaron el 40.6% del total de huevos exportados; de la exportación total de carne y de ganado en pie, el 39% pasó a través de las cooperativas; las cooperativas cubrieron el 58% del consumo total de alimentos para animales y el 40% del consumo total de fertilizantes. En 1961 se calculaba que el 45% de la población total de Dinamarca formaba parte del movimiento cooperativo. Por otra parte (datos tomados siempre para 1958, de Botteri "Economía Cooperativa", Ed. por "Fed. Nazionale della Coop. Agricola", Roma, 1969, pág. 93) veamos los siguientes porcentajes del comercio cooperativo en relación con el comercio total de los siguientes países: Inglaterra, 10-12%; Finlandia, 33%; Suecia, 14%; Noruega, 8%; Dinamarca, 10%. Las anteriores estadísticas, si bien no al día, dejan ver claramente como el movimiento cooperativo en Inglaterra y el norte de Europa, ha dejado de ser sólo un instrumento para fortalecer las economías débiles y se ha convertido además en instrumento general del desarrollo de la economía de esos países.

cepción diversa que se ve, tanto en la ley, que permite (artículo 89 Ley de Asociaciones Coop.) aportes ilimitados, como en el desarrollo pujante en algunos campos de la cooperación⁽⁷⁸⁾ y en esa dimensión debe ser entendido el desarrollo que sigue.

El movimiento cooperativo contemporáneo nace en Inglaterra⁽⁷⁹⁾ como reacción a los horrores del industrialismo y fundamentalmente surge a fin de contrarrestar la pavorosa situación económica en que el círculo vicioso maquinismo —desocupación— oferta excesiva de mano de obra —salario vil— precio de costo al consumidor absolutamente artificial, había puesto tanto a obreros como a campesinos (fenómeno, por otra parte endémico aún hoy en los sistemas capitalistas pero de alcances menores en cuanto la automatización se presenta paulatinamente y permite una relativa absorción, y en cuanto los problemas socio-económicos de las clases menos favorecidas vienen aunque sea solo en parte, resueltos a nivel gubernamental).

El alto nivel de desocupación, el bajo precio del trabajo y la fijación artificial del precio de los productos generaron una aun más acentuada mala distribución de la riqueza contra la que se reaccionó, en cuanto al movimiento cooperativo se refiere, no destruyendo la empresa sino buscando la forma de eliminar la especulación intermediaria⁽⁸⁰⁾ (cuyo afán de utilidad ilimitada lesiona notablemente las clases bajas), mediante la asunción, en propio, de la función misma de empresario. Los cooperadores toman la iniciativa y asumen la función empresarial, organizando los factores de la producción con miras a producir un determinado servicio a su propio favor, beneficiándose en sus propias economías particulares con las utilidades que de otra manera habrían pasado a engrosar las ganancias del empresario no cooperativista. Junto a esta función de servicio económico, los cooperadores pretenden prestar servicios, a ellos mismos y a la colectividad, en otros campos como la educación, la formación cívica, el espíritu de solidaridad, etc.,⁽⁸¹⁾ fun-

(78) Producción de leche, azúcar, café, huevos y otros (en el primer caso el movimiento cooperativo trabaja prácticamente en condiciones de monopolio).

(79) Para la historia del movimiento cooperativo, ver Verrucoli, "La Società Cooperativa", cit.; Botteri, op. cit.; Lambert, op. cit.; Coutant, "L'Evolution du Droit Cooperatif" Ed. Matot-Braine, Reims, 1950.

(80) Verrucoli, "La Società Cooperativa", cit., págs. 61 y 149.

(81) Acerca de lo que el movimiento cooperativo ha contribuido a la formación del espíritu profundamente democrático del pueblo danés, véase Ravnholt, op. cit., págs. 11 y ss.

ón típicamente idealista y que acerca notablemente la cooperativa a la asociación sin fin lucrativo, según quedó conceptualizada antes (retro págs. 14 y ss.).⁽⁸²⁾

En definitiva la función práctica que históricamente corresponde a la cooperativa es la de eliminar el intermediario y la especulación que frente a terceros representa. Esta función práctica se resuelve en una función de servicio: los cooperadores fundan y hacen funcionar la cooperativa encargándola —y permítaseme este término poco técnico— de prestarles un servicio, de contenido diverso según el tipo de prestación de que se trate: proveerles bienes de consumo, de capital, o dinero, o proporcionarles oportunidades de trabajo, etc., todo en ciertas condiciones superiores a la oferta dada por el mercado externo a la cooperativa. Y —he aquí un aspecto diferencial importante— si bien la cooperativa goza de personería jurídica distinta de la de sus asociados, lo es en un sentido menos amplio, en duda, que en otros casos de colectividades personificadas (sociedad, asociación, etc.) por lo que cuando aquella presta un servicio

) En efecto, los estatutos de la sociedad de los "Equitables Pionniers", de Rochdale, de 1844, punto tradicionalmente escogido como el inicio de la cooperación contemporánea, rezaba en su texto original: "La sociedad tiene como objetivos y planes tomar medidas para el mejoramiento pecuniario, y de las condiciones sociales y familiares, de sus miembros, mediante la reunión de una suma suficiente de capital dividido en partes de una libra cada una, a fin de poner en práctica los siguientes proyectos:

"Establecimiento de un almacén para la venta de víveres, de vestidos, etc.

"Construir, comprar o edificar un número de casas destinadas a los miembros que desean ayudarse mutuamente para mejorar su condición doméstica y social.

"Iniciar la manufactura de los productos que la sociedad considera convenientes para el empleo de los miembros que se encuentren sin trabajo o que deban sufrir repetidas reducciones de sus salarios.

"Para procurar a los miembros de esta sociedad un margen de ventaja y seguridad, la sociedad comprará o alquilará uno o varios terrenos que serán cultivados por los miembros que se encuentren sin trabajo o el cuyo sea mal remunerado.

"Cuando ello sea posible, esta sociedad emprenderá en la organización de las fuerzas de la producción, de la distribución, de la educación y de gobierno o, en otros términos, el establecimiento de una colonia autosuficiente y en la que los intereses estarán unidos, o bien acudirá en ayuda de otras sociedades con el fin de establecer tales colonias.

"A fin de desarrollar la sobriedad un Salón de Temperancia se abrirá, tan pronto como convenga, en uno de los establecimientos de la sociedad".

Esta idea la explicaba Verrucoli ("La Società Cooperativa", cit., pág. 62) en los siguientes términos: "Pero en tanto en cuanto la gestión cooperativa de empresa responde a los fines para los que ha sido creada, se explica cómo a través de ella los asociados miran a realizar, además de la ventaja económica directa, personal y limitada, otras ventajas de naturaleza no económica indirectas y no personales, y como tales bien distintas de la utilidad ilimitada buscada en las empresas especulativas: en esta dirección adquieren también un claro significado por un lado la "devolución desinteresada" de parte de las utilidades (o del patrimonio, en sede de liquidación) para fines no propios de los asociados, sino de interés general, o de "categoría" o de "grupo" (educativos, asistenciales, etc.), y por otro el sello político-sindical o confesional que a menudo caracterizan la asociación cooperativa".

al asociado y precisamente el servicio cuya obtención el mismo asociado le encargó de prestarle, es ilógico pensar que éste sea un tercero con respecto a la cooperativa.⁽⁸³⁾

Cosa absolutamente diversa sucede en el caso de la sociedad que ha sido creada a fin de que especulando en el mercado, obtenga una utilidad a repartir entre sus socios. Como se ve, la sociedad se funda con el fin preciso de la especulación: se funda para que produzca utilidades precisamente desarrollando la función típica de intermediación entre mercado de oferta y mercado de demanda, de bienes o servicios y es indiferente si tales utilidades las realiza con socios o con no socios, pues en este caso todos son terceros,⁽⁸⁴⁾ todos pueden formar parte del mercado de oferta o de demanda.

Es neta la diferencia funcional de cooperativa y sociedad; más bien: la función de la una y de la otra son absolutamente opuestas: la sociedad es creada para que especule en favor de los socios en el mercado de bienes o servicios; la cooperativa es creada para eliminar, en favor de los socios, la especulación del tercer empresario: a la sociedad se encarga de realizar la función de intermediación en el mercado y con respecto a terceros, entre los que quedan incluidos los socios; a la cooperativa se encarga de realizar la función de intermediario en el mercado con respecto a sus propios asociados que, como vimos, no pueden, en ciertos aspectos propiamente considerarse terceros frente a aquella. En consecuencia,

(83) Por otra parte, se acentuará mayormente el carácter de "no tercero" del cooperador respecto a la cooperativa cuando se comprenda que ésta se crea con fines mutualísticos (de mutuum cambio) es decir con fines de reciprocidad de prestaciones (referido este significado al contrato con fin común —en este caso de la cooperativa será también plurilateral, conforme al artículo 48 inciso d, Ley de Asociaciones Cooperativas— y no al contrato bilateral), mutuality que en la actualidad, en los países de mayor desarrollo cooperativo parece tender a un grado de exacerbación, con la adopción de un "principe nouveau": *principio de la doble calidad*: el cooperador no tiene simplemente el derecho de hacer uso de los servicios de la cooperativa, sino la obligación de usarlos (Sobre este "nuevo principio" ver "Les principes coopératifs hier, aujourd'hui, demain", relación de síntesis de la "Organisations Cooperatives Françaises" al coloquio organizado por el "Institute des études coopératives", Cooperatives Françaises de París, bajo el patronato del Conseil Scientifique de la Cooperation Belge y del Centre International de Recherches et d'Information sur l'Economie Collective", Liège, 1966, págs. 18 y 19) y asimismo la cooperativa debe operar solamente con sus miembros (mutualidad) evitando al máximo el hacerlo con terceros. De lo dicho se desprende que el cooperador no puede ser considerado como tercero y será menos tercero en relación directa a la intensidad con que se aplique el "nouveau principe".

(84) Tómese en cuenta que la función típica de intermediación, correspondiente a la sociedad puede ser simplemente especulativa, como cuando se compra al productor para vender al consumidor, o industrio-especulativa, como cuando se compra materia prima —semiprocesada o no— y se vende materia prima procesada o producto final.

la sociedad debe perseguir el plus-valor que nace de la especulación en el mercado; la cooperativa, en cambio, pretende eliminar ese plus-valor en favor de sus miembros, personificando el intermediario que es quien normalmente lo percibe. Por ello se afirma que en el cooperativismo los cooperadores son sus propios empresarios.

La eliminación del plus-valor se obtiene mediante una "gestión de servicio" (y no "de rendimientos", como en la sociedad)⁽⁸⁵⁾ de la empresa cooperativa, lo que significa que la gestión debe ser meramente erogativa o sea que se debe tratar de igualar entradas y salidas: este sistema ha sido llamado también de la autocobertura de costos.⁽⁸⁶⁾ Y cada vez que el ingreso sea superior al egreso la parte en exceso de aquél, el "trop-perçu", que provenga de un "precio"⁽⁸⁷⁾ pagado por el cooperador y superior al costo deberá ser devuelto a éste proporcionalmente a las "ocasiones de incremento"⁽⁸⁸⁾ es decir al giro de negocios del cooperador con la cooperativa, durante el respectivo periodo. En el fondo, entre cooperador y cooperativa lo que se produce es una regulación de cuentas: la cooperativa desconoce el costo futuro del bien o del servicio y por ello fija uno, tentativamente. Al final del periodo, si el costo prefijado resulta superior al real devolverá al cooperador el exceso pagado y si resulta inferior la diferencia la cargará a la reserva legal y en el exceso no cubierto por ésta formará un pasivo del balance si se trata de un periodo intermedio o se cargará a los aportes, si se trata del periodo final: en ambos casos proporcionalmente al giro de negocios que durante el periodo respectivo el cooperador haya realizado con la cooperativa (art. 3º inciso c Ley de Asoc. Coop.).⁽⁸⁹⁾ Y cuando "la buena marcha de la cooperativa aconseja la extensión de sus servicios a no asociados" (lo que sólo puede hacerse previa autorización del Departamento de Cooperativas, art. 8º Ley de Asoc. Coop.) actuando la cooperativa en este caso en calidad de interme-

(85) Como ha sido hecho notar por Fauquet, citado por Lambert, op. cit., pág. 108. Ver Verrucoli, "La Società Cooperativa", cit., pág. 57.

(86) Botteri, op. cit., pág. 401.

(87) Sobre la impropiedad del término "precio" aplicado a un sistema de autocobertura de costos, ver Botteri, op. cit., págs. 410 y ss.

(88) Verrucoli, "La Soc. Coop." cit., pág. 63 y 64, usa tal expresión para referirse al volumen de operaciones que el cooperador realiza en un cierto periodo con la cooperativa.

(89) Ver Botteri, op. cit., págs. 425 y 410 y ss. que sintetiza la tesis expuesta, según el desarrollo de Don, "Economic Analysis of Agricultural Cooperation", publicado en el Year Book of Agricultural Cooperation, 1960.

diario especulador⁽⁹⁰⁾ exactamente igual a la calidad de intermediario especulador, por ejemplo, de una sociedad, es la ley misma que previene la desnaturalización del fin no lucrativo, anticapitalista, que debe animar a los cooperadores de modo principal, impidiendo la repartición a estos de los "excedentes" que tales operaciones, extrañas a la verdadera función de la cooperativa, puedan producir (artículo 8º párrafo final, artículo 3º inciso i). La misma finalidad persiguen el artículo 4º, párrafo primero, que prohíbe absolutamente a la cooperativa realizar cualquier actividad que no se concrete al fomento de sus intereses económicos, sociales y culturales, el 11 inciso e, que no permite a la cooperativa hacer inversiones con fines de especulación o usura.

De lo dicho hasta aquí parece deducirse una neta separación entre sociedad y cooperativa. Sin embargo creo conveniente proseguir el análisis de algunas otras disposiciones de la Ley de Asoc. Coop. que podrían llevarnos a afirmaciones diversas de las hechas hasta ahora.

Conforme al inciso d, del artículo 3º de la Ley de Asoc. Coop., que como es patente entraña una disposición imperativa, todas las cooperativas deben ajustarse estrictamente al principio del "pago de un interés limitado a los aportes hechos al capital social". Por tanto, bien se puede sostener que, contrariamente al principio funcional de la cooperativa consistente en la no especulación con el capital (en la sociedad el fenómeno es el opuesto: el capital se invierte con una intención especulativa) la disposición referida pareciera indicar un intento especulativo del cooperador: doy un aporte de capital a la cooperativa y ésta, de la eventual utilidad que obtenga en sus operaciones, me hará una transmisión proporcional a mi inversión de capital (exactamente como en una sociedad). No varía en nada la naturaleza del fenómeno el hecho de que la transmisión sea parcial.⁽⁹¹⁾

(90) Como se vio, intermediario entre el mercado de la oferta y el mercado de la demanda, única intermediación verdaderamente especulativa y que puede dar lugar a "ganancias". Ver Botteri, op. cit., pág. 414.

(91) Messineo, "Studi di Diritto delle Società", Giuffrè, Milano, 1958, págs. 10-11-12: "La diferencia entre sociedad ordinaria y sociedad cooperativa, se reduce —en relación a las utilidades— a una cuestión de cantidad, puesto que, como en otra ocasión hice notar, en el caso de la sociedad así llamada ordinaria, la distribuibilidad entre los socios es (en cuanto principio jurídico) ilimitada, mientras, en el caso de la cooperativa, es limitada por ley...".

En el supuesto anterior se podría argumentar que no se trata propiamente de una inversión con ánimo especulativo, sino un simple financiamiento (en cuanto el capital, en la cooperativa, tiene función meramente instrumental, es un medio que los cooperadores dan a la cooperativa con el fin de que ésta les proporcione ciertos bienes o servicios⁽⁹²⁾) y que el interés a que se refiere el artículo 3º inciso d, citado, es nada más que el precio a tal financiamiento (una operación similar al caso en que un cooperador arrienda, por un cierto precio, un local a la cooperativa a fin de que en él la cooperativa desarrolle sus actividades). Si la operación fuera así —un arrendamiento de dinero a una tasa de interés estatuida por ley— la cooperativa estaría obligada al precio del dinero tanto “en las verdes como en las maduras”, al igual que el precio del local que ha alquilado debe pagarlo obtenga o no “excedentes” en sus operaciones. Sin embargo, el artículo 91 de la Ley de Asociaciones Cooperativas establece que el tal interés “sólo podrá cubrirse con cargo a los excedentes obtenidos por la cooperativa”. Es claro que si no llega a haber excedentes en un determinado periodo los cooperadores no recibirán el interés, exactamente como en una sociedad los socios no perciben dividendos cuando aquella no llega a obtener utilidades, riesgo inherente a toda empresa especulativa. De aquí que en la especie se vislumbre (no digo que se ve claramente puesto que no falta crítica como se explicará) en los cooperadores una intención especulativa (realizable por medio de la cooperativa) que en este caso, como es lógico, acerca la cooperativa a la sociedad.⁽⁹³⁾

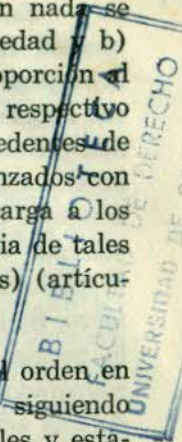
Como adelanté hace un momento, a la conclusión anterior se puede objetar que no siendo la actividad de la cooperativa realizada con terceros, sino con los mismos cooperadores, el interés que estos perciben sobre su aporte, en el fondo es una devolución (con nombre diverso) que forma parte del “ajuste de cuentas” al que antes me referí cuando hablé de la devolución de excedentes. Sin embargo, esta objeción se diluye y desaparece en los dos argumentos siguientes: a) conforme al artículo 8º citado la cooperativa

(92) D'Angelo, "L'impresa cooperativa nel diritto italiano", Ed. Rivista della Cooperazione, Roma, 1959, págs. 34 y ss.
(93) Entreveía el sabor capitalista del interés al capital, aunque fijo y a título provisorio, Owen, cuando a propósito de sus "villages de cooperation", aspiraba a la desaparición de tal interés; Lambert, op. cit., pág. 32.

puede llegar a realizar operaciones con terceros, que en nada se diferencian de las operaciones especulativas de una sociedad y b) a diferencia del caso de devolución de excedentes en proporción al giro de negocios que cada cooperador realice en el periodo respectivo con la cooperativa, que sólo puede comprender los excedentes de las operaciones con los mismos socios y no aquellos alcanzados con terceros (artículo 3º inciso i), el pago de intereses se carga a los excedentes sin hacer distinción en cuanto a la proveniencia de tales excedentes (de operaciones con cooperadores o con terceros) (artículo 94 Ley de Asoc. Coop.).

En efecto el artículo 94 establece taxativamente el orden en el que los excedentes deben distribuirse, más o menos siguiendo el criterio que se seguiría en una sociedad: reservas legales y estatutarias, pago de obligaciones provenientes de las cuotas de inversión (al igual que en la sociedad vendrían pagados los intereses a los obligacionistas,⁽⁹⁴⁾) pago a los cooperadores del interés de sus certificados de aportación; pago al Departamento de Cooperativas del porcentaje a que se refiere el inciso g del artículo 14 y, finalmente, distribución del saldo entre los cooperadores conforme al artículo 3º incisos c e i. Ninguna disposición de la Ley de Asociaciones Cooperativas permite pensar diversamente y sí en cambio se refuerza mi argumento con el párrafo final del artículo 5 de esa Ley, que permite al cooperador pagar, durante diez años, sólo el 50% del impuesto sobre la renta, “sobre los ingresos que provengan de la actividad cooperativa o del interés invertido en ellas, ya sea en certificados de aportación o en cuotas de inversión”.⁽⁹⁵⁾

(94) Sin que esta comparación se deba tomar como prejudicial en cuanto a una probable similitud entre obligaciones de sociedades y cuotas de inversión de las cooperativas; además el criterio técnico contable que parece insinuar la norma, es dudoso en cuanto las obligaciones provenientes de cuotas de inversión deben considerarse un costo: costo del capital y que se debe pagar haya o no excedentes y con prioridad inclusive a las reservas: sin duda, en este aspecto que comentamos, el artículo 94 contiene un error y, además, una contradicción, en cuanto el artículo 83 establece que el interés por las cuotas de inversión se abonará con preferencia a cualquier otro pago que deban realizar las cooperativas'.
(95) Esta sola disposición probablemente bastaría inclusive para hacer pensar en la existencia de un fin lucrativo aún en el caso de la devolución de excedentes, tesis a la que no me adhiero pensando que, siendo los excedentes obtenidos con terceros irrepartibles por ley a los cooperadores y no existiendo en la actividad con los cooperadores, de parte de la cooperativa, una verdadera intermediación entre mercado de la oferta y mercado de la demanda, no se puede verdaderamente afirmar en la especie la existencia de una actividad especulativa. Sin embargo, resta abierto el argumento en cuanto difícilmente se comprende la imposición (sea en un 50% o en 100%) si el ingreso no es considerado, en algún modo, un producto de una cierta actividad especulativa.



En definitiva la investigación nos ha llevado ahora a la necesidad de afirmar que la cooperativa en cuanto obligatoriamente debe pagar a los cooperadores un interés (limitado por ley) sobre sus aportes, con cargo a los excedentes, los que eventualmente pueden provenir de operaciones con terceros (y que en la práctica generalmente provienen de operaciones con terceros: piénsese en nuestras más fuertes cooperativas) no puede, en tal coyuntura ser considerada como asociación sin fin lucrativo en cuanto ésta excluye la posibilidad de que los asociados obtengan a través de ella un lucro. Si bien la función históricamente atribuida a la cooperativa la podría acercar al concepto de asociación, el hecho de que los cooperadores puedan eventualmente percibir utilidades provenientes de una actividad especulativa, más bien la separa de tal concepto. Y no es sólo este argumento, junto con el de la imposición tributaria que hemos visto, el que aleja la cooperativa de la asociación, como paso a exponer.

Como ya se dijo, nuestro legislador no parece haber considerado la mutualidad pura como esencial al concepto de cooperativa (sí la consideró tal en el Código de Trabajo), permitiendo —si bien sólo en caso de que la buena marcha de la cooperativa así lo aconseje— la realización de operaciones con terceros, las que naturalmente podrán producir “excedentes” (arts. 92, 93 Ley de Asoc. Coop.). Estos excedentes —ya lo vimos también— conforme al artículo 94 de la misma Ley serán destinados a cubrir, en un cierto orden, determinadas obligaciones, la primera de las cuales es (según el artículo 94, que como vimos, es contradictorio con el artículo 83, párrafo 6º) la formación, con un 10% del total de los excedentes de cada periodo, de una reserva legal. Como es lógico pensar, en el caso de mutualidad impura, es decir en el caso de operaciones con terceros, sin una devolución proporcional a estos del excedente correspondiente, parte de la reserva legal será formada con excedentes que provendrán de tales operaciones con terceros. Ahora bien. Según el párrafo tercero del artículo 94 dicho, la función primordial de la reserva legal es cubrir pérdidas (como lo establece ya el inciso c párrafo segundo del artículo 3º), que sólo en caso de agotamiento de la reserva serán cubiertas con los aportes de los cooperadores (misma cita del artículo 3º). Es claro que, aunque en un sentido negativo, indirecto (en cuanto salva el capital aportado) una utilidad especulativa beneficia patrimonialmente a

los cooperadores. E igual argumentación se deduce del artículo 86: “Si el patrimonio social de la cooperativa disminuyere por pérdida en el ejercicio de las operaciones sociales, podrá ser repuesto con fondos pertenecientes a la reserva legal según lo dispongan los estatutos o lo acuerde la Asamblea”.

La Ley de Asociaciones Cooperativas nos proporciona otro ejemplo (si bien en parte contradictorio, como se verá) de la finalidad lucrativa de los cooperadores en cuanto tales. Como se ha visto, la reserva legal puede formarse con excedentes sea de las operaciones con los cooperadores sea de las operaciones con terceros. El párrafo segundo, in fine, del artículo 94 citado establece que cuando el fondo de reserva legal (léase reserva legal simplemente) equivalga a un tercio del capital suscrito actual, los incrementos posteriores (se entiende, de la reserva) serán representados en nuevos certificados de aportación, que se distribuirán (no dice que se “venderán a” o que se “colocarán entre o con”) entre los asociados. La conclusión natural es que en tal caso los cooperadores han obtenido una utilidad producida con actividad especulativa, en el tanto —al menos— en el que la reserva convertida en aportaciones (y pasada a capital, aunque la ley no lo diga, como operación contable: ver artículo 83 inciso e) se haya constituido con excedentes provenientes de operaciones con terceros (art. 102 inc. c). Decía que el párrafo segundo in fine del artículo 94 es contradictorio y en efecto parece serlo frente al párrafo tercero del mismo artículo que prohíbe, terminantemente, distribuir la reserva legal entre los cooperadores, ni siquiera en sede de disolución de la cooperativa. Como vimos, las sumas que se acreditan, como aporte a los cooperadores, son conforme al párrafo segundo del artículo 94 “incrementos de la reserva legal en cuanto ésta ha alcanzado un tercio del capital suscrito actual”; es decir, tales sumas son reserva legal que, conforme al párrafo tercero del mismo artículo no pueden ser distribuidas entre los cooperadores. Se impone pues coordinar ambos párrafos del artículo 94, lo que creo se deba hacer con una interpretación restrictiva del párrafo tercero, entendiendo como reserva legal de que el mismo habla (bajo ningún concepto distribuible) el monto máximo equivalente a un tercio del capital suscrito actual. Y en consecuencia, una vez constituida la reserva legal en el sentido restrictivo anotado, el 10% sobre excedentes, destinado a formar aquella por disposición

de la ley, se repartirá en adelante, como certificados de aportación entre los cooperadores, visto que la reserva legal *stricto sensu* ha sido ya constituida.

La argumentación hasta aquí desarrollada nos permite establecer cuál sea la naturaleza jurídica de la cooperativa, como negocio asociativo, en nuestro sistema.

En primer lugar es clarísimo que los cooperadores al fundar la cooperativa lo hacen movidos por motivos idealistas, altruistas, en cuanto usan una estructura jurídica que históricamente sólo se explica en tal sentido y organizada en modo tal que no prevalezcan los fines especulativos y de ganancia ilimitada que caracterizan las estructuras tradicionales de ejercicio colectivo de empresa, capitalistas. Se persigue con la cooperativa la formación integral del individuo, en sus aspectos económicos, sociales, culturales, morales (Artículo 1º de la Ley de Asociaciones Cooperativas) frente a las estructuras capitalistas dichas que desconocen tal finalidad de formación integral. Por tanto, el sujeto que admite participar en una cooperativa, admite también, si no abrazar semejante idealismo con profunda convicción, al menos sujetar su conducta como cooperador a los principios del cooperativismo enunciados en la Ley, entre los cuales puede ser considerada "la solvencia moral, la buena conducta y cualesquiera otros similares que conduzcan a una mejor realización de los fines que persigue la doctrina cooperativa" (art. 77 Ley de Asoc. Coop.) y cuyo incumplimiento permitiría a la Cooperativa el excluir, digámoslo así, al moroso. Por otra parte esta especie de credo cooperativo al que se deben uniformar la conducta y las aspiraciones del cooperador, puede resultar excesivo para la "fe cooperativista" de un determinado sujeto y de ahí que la ley le permita en cualquier momento (se entiende, sujeto a respetar ciertos términos que evitan poner a la Cooperativa en situaciones económicas críticas o ponerla bajo el mínimo legal de cooperadores (arts. 9º y 77 Ley de Asoc. Coop.) retirarse de la cooperativa con derecho a percibir aporte y excedentes proporcionales (art. 79 Ley de Asoc. Coop.). Todas estas características separan netamente la cooperativa de la sociedad.

Sin embargo, como se vio, el hecho que el cooperador reciba también el incentivo de la utilidad (aunque limitada a la tasa de interés establecida por el Banco Central para los bonos bancarios,

art. 91 Ley Asoc. Coop.) sobre su inversión de capital, que le viene pagado siempre y cuando haya excedentes en el respectivo período (art. 91 cit.) excedentes que eventualmente se constituirán también con el producto de las operaciones especulativas con terceros (y en la mayoría de nuestras cooperativas importantes es así) todo lo cual hace de tal interés una utilidad capitalista, al menos en el porcentaje en que corresponda a las operaciones con terceros, nos aleja absolutamente de la figura de la asociación en la que, como se vio, cuando concurra una actividad lucrativa debe serlo como medio de financiamiento del fin ideal y jamás como medio de producir utilidades repartibles, ni en la más pequeña medida, entre los asociados.

No se puede, en criterio mío, encuadrar la cooperativa como negocio asociativo, ni entre las sociedades ni entre las asociaciones sin fin lucrativo. Es cierto que como en estas, los participantes persiguen fines ideales, pero además pretenden una utilidad (razonable, es cierto, pero utilidad al fin y al cabo) como en una sociedad. Se podría admitir que aún estamos en el campo de las asociaciones sin fin lucrativo: al menos en el campo de aquellos egoístico-altruistas, en cuanto en estas el asociado persigue un cierto beneficio económico del que goza en proporción al uso que haga de los servicios que el ente le puede proporcionar. Salvo que —y aquí salimos decididamente del campo de las últimas para entrar en el de las sociedades— posteriormente a su producción, la utilidad será repartida entre los cooperadores, **proporcionalmente a sus aportes de capital** (si bien, como se vio, el reparto tendrá un límite máximo, lo que crea, entre cooperativa y sociedad, en este aspecto, una diferencia cuantitativa pero no cualitativa y por tanto irrelevante desde el punto de vista jurídico) como en el régimen capitalista de las sociedades. Régimen del que se separa la cooperativa, sea por la dicha imitación del reparto de las utilidades que como dije, no tiene ninguna influencia, sea —he aquí la diferencia mayor, como se verá de inmediato— por el fin idealista que como oportunamente vimos excede la finalidad de tal sociedad capitalista. Y en el caso de la cooperativa no solamente el fin idealista la separa de la sociedad en cuanto esta se caracteriza propiamente por perseguir un fin completamente contrario al idealista, sino también en cuanto la cooperativa está sujeta a un control público por la índole de sus funciones, conforme al artículo 26 de la Ley de Asociaciones Coope-

rativas;⁽⁹⁶⁾ al igual que a control público (menos acentuado, es cierto) están sujetas las asociaciones sin fin lucrativo por razones oportunamente vistas (invasión de las funciones propias del Estado, principalmente).⁽⁹⁷⁾ En síntesis, la cooperativa participa tanto del carácter de la sociedad como de la asociación.⁽⁹⁸⁾ En tal sentido diría que comparecen a formar la "causa" en la cooperativa elementos causales de dos diversos negocios jurídicos: sociedad y asociación.

Por otra parte la cooperativa es un negocio típico y nominado. En cuanto negocio nominado la función económico-individual que las partes intentan darle, está reglamentada por la ley misma. En consecuencia, siendo nominado el negocio es, necesariamente típico, en cuanto la ley reconoce como digno de tutela jurídica el interés de las partes puesto en la función económico-individual que aquellos persiguen con el negocio y lo regula, dicho interés, expresamente.

(96) Salvo, en principio, el caso de constitución conforme al artículo 17 del Código de Comercio y 5º inciso c del mismo.

(97) Ascarelli: "Riflessioni in tema di consorzi, mutue, associazioni e società", en Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ. 1953, pág. 336.

(98) "De modo que —afirma Verrucoli, "La Soc. Coop." cit., pág. 144— en conclusión, puede decirse que la sociedad cooperativa se presenta como un instituto de doble cara, como sociedad y como asociación".

"De estos dos aspectos, el primero se dirige, prevalentemente al externo, pero no deja de influir —en la relación entre sociedad y empresa en lo que se refiere a las relaciones entre los socios, y en consecuencia a la organización de la sociedad— también al interno; el segundo, sobre todo se encuentra al interno, pero no deja de proyectarse hacia afuera, por el hecho de la puerta abierta a la admisión de nuevos socios provenientes de la misma categoría o grupo del que la sociedad es una emanación". Sin embargo para Verrucoli la cooperativa es siempre sociedad como pasamos a ver:

"Precisamente de esta última conclusión se puede partir hacia una precisión y un desarrollo posterior: el hecho de haber indicado dos aspectos de la sociedad cooperativa, aquél más marcadamente asociativo y aquél decididamente societario, no debe hacer pensar en una solución de compromiso. La cooperativa es siempre sociedad, por lo ya dicho, aún si a veces revela una separación menos acentuada de la base genérica asociativa sobre la que surgen y se articulan los diversos tipos de sociedad".

A pesar de lo dicho, Verrucoli insiste (op. cit., págs. 144-145) en la fuerte naturaleza de asociación, stricto, sensu, de la cooperativa. Sin embargo, para el autor es posible alejar la cooperativa de la asociación s.s., en cuanto —como se vio— aquella, como la sociedad, es ejercicio de empresa económica organizada, mientras que la asociación, substancialmente, no puede serlo. Precisamente, Verrucoli hace girar la distinción entre sociedad y asociación en el Derecho italiano sobre el concepto de empresa: la sociedad ejercita una empresa, la asociación no. ("La Soc. Coop.", cit., pág. 143; "Evolution et Perspectives", cit., T. I, págs. 225 y 226). Y cuando una asociación, en sentido formal, ejercita una empresa, se debe decir que se está en presencia de una sociedad, en sentido substancial y se deberá aplicar el régimen de la sociedad. Como lo reconoce el autor, hace girar la noción de sociedad sobre la de empresa, ha facilitado la solución del problema. Pero es claro que en nuestro sistema de derecho positivo vigente, en el que la empresa no juega el papel preponderante que reviste en el Derecho italiano, y en el que más bien, pudiendo la asociación desarrollar una actividad empresarial, con ánimo lucrativo, siempre que no sea ese su único y exclusivo fin, es el aspecto teleológico el que la separa de la sociedad, una solución similar a la del sistema italiano, no es posible.

Sólo que la "causa cooperandi" no es una causa simple sino "mixta": coordina causas de otros negocios típicos o si se prefiere (siguiendo orientamientos diversos) coordina prestaciones típicas de varios negocios, prestaciones diversas. Fenómeno por otra parte característico de los contratos con fin común (sociedad, asociación no lucrativa, etc.) entre los que se clasifica, naturalmente, la cooperativa.

El problema esencial a resolver, vistas así las cosas, es, a mi criterio, decidir si a este negocio típico, nominado, con causa mixta, se le deben aplicar única y exclusivamente las disposiciones que para él, como contrato nominado típico, ha dictado el legislador o si también es dable aplicarle las disposiciones, no contradictorias con su normativa particular especial y pertenecientes en cambio a la normativa de los negocios típicos cuya causa incluye en la suya propia.

Antes de responder al interrogante planteado debo decir que considero que en el caso de la cooperativa no se puede hablar ni remotamente de absorción de una presunta causa secundaria, por la principal. En la cooperativa la mezcla causal nace, entre otras, de la disposición del artículo 3º de la Ley de Asociaciones Cooperativas, norma imperativa, cogente, que no permite aceptar unos elementos y dejar otros o decir que aquellos absorben estos. No hay en la cooperativa una causa principal y una secundaria sino una causa mixta y formada de la compenetración del elemento causal de otros y diversos contratos típicos.

Al interrogante planteado contesto ahora diciendo que no veo cómo la respuesta pueda ser negativa. Se debe necesariamente admitir la aplicación de normas extrañas a la Ley de Asociaciones Cooperativas, pues en esta última el legislador ha querido plasmar los principios generales del cooperativismo que acepta y aquellos aspectos que siendo institucionalmente comunes —o generalmente comunes— en todo negocio asociativo, deben recibir una organización diversa a la que poseen en los demás negocios asociativos, precisamente en cuanto los principios de base en la cooperativa son substancialmente diversos a los de, por ejemplo, la sociedad y la asociación: como muestra baste el hecho mismo de la existencia de una causa mixta que reúne elementos causales tradicionalmente considerados, si no antagónicos al menos irreducibles entre ellos. Además, vista la situación desde el ángulo práctico, no podría el legislador dictar un régimen pormenorizado para la cooperativa,

especialmente en aspectos que ya están regulados en otros cuerpos de ley. Habría sido una duplicación innecesaria cuanto peligrosa puesto que pueden surgir problemas de coordinación que se convierten en verdaderos rompecabezas para el jurista.⁽⁹⁹⁾ Por otra parte la cooperativa es una especie de recipiente cuyo empleo está sujeto al respeto de ciertos principios que no chocan con contenidos diversos. Así, la cooperativa ejerce siempre una empresa económica organizada para la producción o el cambio de bienes o servicios, de modo habitual, es decir profesional —como el sentido que adelante veremos— pudiendo esta empresa ser agrícola, civil o comercial. Resulta patente que, existiendo diversas ramas del Derecho vigente que abarcan ampliamente tales actividades, bastaba al legislador establecer las normas generales básicas o particulares propias del nuevo instituto, quedando el resto cubierto por el Derecho existente.

Por ello el legislador optó por el criterio de las fuentes supletivas del artículo 111 de la Ley de Asociaciones Cooperativas, autorizando para los casos no previstos por la Ley misma, la escritura social o los estatutos; la aplicación de los principios de Derecho cooperativo, Derecho laboral, Derecho comercial y Derecho civil, que por su naturaleza o similitud, puedan ser aplicables a esas asociaciones (sic) siempre que no contravengan los principios, la doctrina y la filosofía cooperativas.⁽¹⁰⁰⁾

(99) Pienso, por ejemplo en el problema surgido en el Derecho italiano entre el artículo 2083 del Código Civil, el artículo 1º de la Ley de Quiebras y la Ley del Artesanado, n. 860 de 25 de julio de 1956, en cuanto a la figura del "pequeño empresario". Al respecto ver: sobre el problema y las diversas teorías antes de la Ley del Artesanado, Casanova, "Le Imprese Commerciali", UTET, Torino, 1955; después de la Ley del Artesanado, Graziani, "L'impresa e l'imprenditore", Morano, Napoli, s.f.p. pero probablemente 1959.

(100) Se podría resolver el caso con la aplicación de la doctrina del contrato mixto que se caracteriza por la existencia de una causa mixta nacida de la compenetración de causas de diversos contratos típicos, o atípicos, o de unos y otros. (Ver Cariota Ferrara, "Il negozio giuridico nel diritto privato italiano", Morano, Napoli, s.f.p.; De Gennaro, "I contratti misti", Cedam, Padova, 1934; Ascarelli, "Contratto misto, negozio indiretto "negotium mixtum cum donatione", Riv. dir. comm., 1930, Vol. II, págs. 462 y ss.; Karl Larenz, "Derecho de las obligaciones", Rev. de Dcho. P.do, Madrid, 1958, Vol. II, págs. 7 y ss.; Hedemann, "Tratado de Derecho Civil", Rev. de Dcho. P.do., Madrid, 1958, Vol. III, págs. 234 y ss.; Ferri (Giovanni), "Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico", Giuffré, Milano, 1966, págs. 402 y ss. y págs. 223 y ss.). En la teoría del contrato mixto se afirma precisamente la aplicabilidad de la normativa particular de los contratos de los que el mixto ha tomado el factor causal, alternativamente según se trate de resolver problemas referentes a uno u otro tipo de contrato. Así por ejemplo, es un contrato mixto el que celebramos en nuestras llamadas "pensiones", en donde nos alquilan habitación, nos prestan el servicio de lavado de ropa y nos proporcionan alimentación. En el primer caso el empresario es *arrendador*, en el segundo se obliga con las caracte-

De modo que, por ejemplo, una cooperativa la naturaleza de cuya actividad es agrícola o civil, no podrá ser sujeta a quiebra en cuanto éste es un procedimiento aplicable sólo al empresario comercial, mientras que será sometida a quiebra la cooperativa en la que concurren los presupuestos objetivo y subjetivo de aquella: haber suspendido el empresario comercial los pagos (artículos 851-852-853 C. de c.).

ísticas de un contrato de servicios, y en el tercero es un *vendedor*. Y sin embargo, como lo hace notar Larenz, op. cit., Vol. II, pág. 8, es un contrato absolutamente típico (típico en el sentido de usual, corriente, de la práctica de todos los días). El empresario, en su calidad de arrendador está obligado conforme al contrato de inquilinato y con respecto al suministro de los alimentos se le aplicarán las normas del contrato de compra-venta. "Como ya pone de relieve este ejemplo —dice Larenz— no han de aplicarse, por consiguiente ni los preceptos de uno u otro tipo contractual ni simplemente todos los preceptos de ambos tipos conjuntamente, sino que, según las características de la relación contractual ha de examinarse qué preceptos son aplicables según su naturaleza".

Quizá el único obstáculo para aplicar a la cooperativa la doctrina del contrato mixto estriba en el hecho que en éste se suele ver un contrato "innominado o atípico" (en efecto, es así en la doctrina italiana en cuanto ésta no suele diferenciar entre contratos nominados o innominados y contratos típicos o atípicos, como se puede ver en Cariota Ferrara, op. cit., pág. 218; Torrente, Giuffré, Milano, 1960, "Manuale di Diritto Civile", 312 n.º 117-287; Trabucchi, "Istituzioni di Diritto Civile", Cedam, Padova, 1960, págs. 167, 621; Barbero, "Sistema del Diritto Privato Italiano", UTET, Torino, 1962, Vol. I, pág. 336; Branca, "Istituzioni di diritto privato", Zanichelli, Bologna, 1961, págs. 79 y 80; un inicio de reconocimiento de la utilidad y prácticamente necesidad de separar la tipicidad de la "nominación" se ve en la obra de Giovanni Ferri, cit.) mientras que la cooperativa es un contrato nominado y por ello típico (así en cuanto en nuestro Derecho se suele diferenciar entre la tipicidad, y la nominación). "Sin embargo —dice De Gennaro, op. cit., pág. 117— considero mejor examinar... algunos casos que, si bien presentando una unión de prestaciones típicas, lo que pareciera realizar aquella fusión de causas que constituye la esencia de los contratos mixtos, no pueden considerarse contratos mixtos. Me refiero a aquellos contratos en los que es la misma ley la que, describiendo el tipo, prevee la presencia de las distintas prestaciones; es más, las solicita como esenciales a la estructura y a la concreta determinación del tipo legal mismo". Más o menos igual criterio sostiene entre otros Cariota Ferrara, op. cit., pág. 218: "a nuestro parecer los contratos mixtos entran en la segunda" categoría: la de innominados o atípicos. Sin embargo, en parte de la doctrina alemana sobre el tema existe la tesis contraria. Es decir, aceptar dentro de la figura del contrato mixto casos de contrato nominado y típico: precisamente los contratos plurilaterales. Así, por ejemplo, Hoeniger, "Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge", Freiburg, 1906, (citado por De Gennaro, op. cit., págs. 119-120), construye con ellos una especial categoría de negocio mixto y otro tanto hace Schreiber que crea con ellos una tercera categoría de negocio mixto, los "organisch-gemischten Verträge" (contratos mixtos orgánicos — o de organización). En verdad que sólo, admitiendo el carácter mixto de la cooperativa se podría explicar cómo el legislador ha podido establecer como fuentes supletivas de la Ley respectiva, ramas del Derecho tan poco semejantes como la laboral, la civil, la comercial. En definitiva, considerando la cooperativa como negocio mixto, tesis que parece la más aceptable y que se sustenta en el criterio de eminentes juristas, llegaríamos a iguales conclusiones que las alcanzadas ya sobre la aplicabilidad de las normas sobre la quiebra, por ejemplo a una cooperativa que reuniera los presupuestos de ley para ello: suspensión de pagos y carácter de empresario mercantil.

LA CONCEPCIÓN CÍCLICO PRAGMÁTICA DE LA HISTORIA EN NICOLÁS MAQUIAVELO

Por Lic. ROSE MARIE KARPINSKY DE M.

NOTA INTRODUCTORIA:

Es muy probable que el nombramiento recaído en la persona de Maquiavelo el 20 de noviembre de 1520 como “**Historiógrafo Oficial de Florencia**” le haya gustado mucho menos que el del 15 de junio de 1498 que incluyó su nombre en una nómina de candidatos para ocupar un puesto en la Secretaría de la Signoría; nombramiento que le fue ratificado el 14 de julio de aquél mismo año. Maquiavelo sentía una verdadera pasión por los cargos políticos y por el deseo de participar —con su experiencia— en la vida pública de la “Nueva Atenas”, ideal que logró hacer efectivo sobre todo en sus misiones diplomáticas, las cuales cumplió siempre de manera genial.

Sin embargo, la “fortuna” le reservaba la ingrata sorpresa de verse despedido por el gobierno mediceo, luego de 13 años de servicio a la “patria”.

Esta desgracia de Maquiavelo, habría de ser la oportunidad para el futuro de que el **político de escritorio cediera el paso al hombre de letras**, al escritor que sólo entonces encontró el ocio necesario para crear, e incluso para definir su situación existencial; y para encontrar su verdadera misión en los destinos de Florencia y de Italia toda. Los cinco años que tardó redactando sus **ISTORIE FIORENTINE** los vivió como historiador de oficio, en la cotidiana y lenta labor de la búsqueda del dato para la posterior verificación, la verificación de las conclusiones y “leyes” que en sus años de lector y estudioso había intuido y pensado descubrir. Al sobrevenirle la muerte en 1527, Maquiavelo seguía siendo historiógrafo oficial de la República Florentina.

Entonces, ¿es Maquiavelo un historiador a pesar suyo?

Dos testimonios pueden introducirnos a la respuesta que trataremos de encontrar a lo largo de nuestro estudio:

El de Roberto Ridolfi:

—“ahora que se ha convertido en historiógrafo de la República... no se siente ya tan libre como cuando seguía libremente su inspiración en San Casiano; y, además, siendo escritor de política y filósofo de la historia más bien que historiador, se sentía más en su ambiente cuando se dedicaba a derivar normas de ciencia política de la historia que cuando la escribía, aunque, para él, escribir historia será reducirla a las normas de la ciencia política”.⁽¹⁾

El de Agustín Renaudet:

“La obra de Maquiavelo no se sostenía en una dialéctica abstracta de ideas puras. Se nutría de Historia... de una historia real y vivida...”

“Todo estudio de la obra política de Maquiavelo que no permanezca a un nivel estrictamente histórico, objetivo, correrá siempre el riesgo de no captar o captar mal el fondo de su pensamiento... /porque su obra fue/ la aparición de una doctrina que intentaba interpretar la historia y fundar sobre ella la política”.⁽²⁾

Ideas de dos eruditos, que no pueden menos que contribuir a acrecentar nuestro interés por la figura del florentino, cuyo genio, desarrollado en una encrucijada de la Historia, suele escapar a la clasificación esclerosada y nos incita por ello a la “libre interpretación”.

Intentemos, pues, hacer la nuestra. La haremos sirviéndonos de los elementos siguientes:

- I Maquiavelo y la concepción histórica de su tiempo.
- II Fundamentos en que se apoya su propia concepción de la Historia.
- III El concepto de Historia en Maquiavelo.
- IV Valor de Maquiavelo como historiador.

I. MAQUIAVELO Y LA CONCEPCION HISTORICA DE SU TIEMPO:

Quizás la responsabilidad más honda que cabe al Renacimiento es la de haber asestado a la humanidad medieval el certero golpe que la hirió de muerte, condenando al descrédito o a la degeneración las concepciones culturales elaboradas a lo largo de aquellos diez siglos, al calor de una concepción religiosa de la vida, que venía actuando como piedra angular de toda la realidad del medioevo.

Maquiavelo, como auténtico renacentista dio avanzados pasos hacia la obra de secularización. Sus golpes actuaron revolucionariamente tanto en la concepción de la política,— que gracias a sus postulados quedó definitivamente secularizada,— como también en la concepción suya sobre la historia.

En su obra histórica, como también en la de su contemporáneo Guiciardini, no se observa ya casi rastro alguno de los MILA-GROS⁽³⁾ que habían nutrido la historiografía medieval. Durante la Edad Media se había desembocado en concepciones teológicas de la historia, la más célebre de ellas, la del Esquema de las Cuatro Monarquías, tomada caprichosamente del sueño de Daniel y que no correspondía de manera alguna al curso real de los hechos.

Era pues muy natural que la nueva forma de la historia apareciera como un dar la espalda al medioevo para propiciar un retorno a la antigüedad greco-romana. Un volver a los orígenes, así como el cristianismo había parecido en su Reforma un retomar la historia desde el Edén.

Los escritos griegos y romanos fueron reverenciados y aceptados, aunque se les aplicó rápidamente la crítica que —como método— había iniciado con sus “De falso Ementita et Concepciones Constantino Donatione”, el humanista Lorenzo Valla.

Es así que el Renacimiento nos brinda el tipo humanístico de historiografía, decididamente opuesto al medieval que había sido predominantemente cronicista, plagado de anotaciones numéricas y escrita en un latín que ya se había hecho bárbaro, muy a propósito para relatar las anécdotas pintorescas de que estaban llenos aquellos relatos medievales.

(3) Salvo en el cap. XXVI del Príncipe. ... y aún aquí es tratado de manera totalmente humana.

(1) Ridolfi, Roberto: “Maquiavelo” Ed. Renacimiento S.A. México 1961. pág. 235.

(2) Renaudet, Agustín: “Maquiavelo” Ed. Semblanzas. Tecnos. Madrid, 1965 págs. 182, 183.

Sus conceptos, en especial su filosofía de la naturaleza, fundamentaron el saber occidental hasta bien entrado el siglo Barroco. Hasta que la ciencia moderna de Copérnico, Galileo y Kepler asestó sus primeros golpes al edificio de la naturaleza eterna, inmutable y perfecta que había sido la base del desarrollo científico de la Antigüedad, de la Edad Media y del mismo Renacimiento.

Maquiavelo, como Lutero y Erasmo y también como los pensadores de la Edad Media es heredero de Aristóteles, tan heredero como puede serlo en varias de sus ideas políticas (según los análisis que de las relaciones entre ambos hace BURD), Para Maquiavelo, la naturaleza no cambia, es fija, las pasiones, las cualidades o los defectos son constantes y se repiten incesantemente al través de los tiempos y de los hombres que en ellos van apareciendo, viviendo y haciendo Historia.

Así lo asevera en sus Discoursi:⁽⁶⁾

—“Los hombres pasan por la vida, pero la naturaleza humana permanece invariable en la Historia”.

(Discoursi, II, 36 pág. 162;
Ibidem III, 43 y I - 39).

Ahora bien, además de este fijismo esencial ¿qué otros rasgos caracterizan esta naturaleza del hombre?

La estimación que hace Maquiavelo sobre la naturaleza del hombre es esencialmente **pesimista**, y esta nota es, no sólo reiterada en sus diversos escritos, sino principalísima en su sistema de ideas.

“Son los hombres naturalmente más inclinados al mal que al bien”.

(Ist. Fior., VII, 30 pág. 127, T. II).⁽⁷⁾

“Si todos los hombres fueran buenos, no lo sería este precepto, pero como son malos y no serán leales contigo, tú tampoco debes serlo con ellos”.

(Príncipe, XVIII, pág. 731).⁽⁸⁾

(6) Maquiavelo, Nicolás: “Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio”. Edición usada para extraer las citas: Biblioteca Clásica. Trad. Luis Navarro. Madrid 1892.

(7) Maquiavelo, Nicolás: Historia de Florencia. Biblioteca clásica Trad. Luis Navarro. Madrid 1892.

(8) Maquiavelo, Nicolás: El Príncipe. Biblioteca de Cultura Básica. Ediciones de la Universidad de Puerto Rico. Revista de Occidente, Madrid. 1934.

“Como lo demuestran todos aquellos que han tratado de las cosas del estado y con hartos ejemplos la historia, quien ordena una república y legisle en ella debe presuponer que todos los hombres son malos y que emplearán la malignidad de su naturaleza tan pronto como la ocasión se lo permita. Y cuando su mala índole está oculta durante cierto lapso, es seguro que alguna razón secreta le impide manifestarse; pero el tiempo, padre de toda la verdad, tarde o temprano la pondrá al descubierto”.

(Discoursi, I. 3. pág. 62). Además

cf: I. 9

I. 27

I. 39

III. 43

Esta concepción de la naturaleza humana es simplista, tan simplista como puede serlo la posición extrema opuesta como es la del optimismo.

Pertenece a una filosofía superficial que pretende reducir a un común denominador no sólo la compleja condición de lo humano, sino la igual o más compleja condición del desarrollo del hombre en su trayecto histórico.

Pero se nos antoja que tal concepción resultó para Maquiavelo, sobre todo, sumamente COMODA en tanto que vino a darle un asidero falso pero estable⁽⁹⁾ sobre el cual montar sus concepciones históricas, tanto como las políticas.

De tal manera que la concepción fijista de la naturaleza humana será una de las teorías que, en combinación con otras, nos dará la clave para el entendimiento de la concepción histórica de Maquiavelo.

Otra de las teorías que fundamentan su concepto de la historia es la “doctrina de la imitación”.⁽¹⁰⁾ Entiende Butterfield por esto la actitud de emulación y admiración que tiene Maquiavelo

(9) Recuérdese el sentimiento de repulsión que muestra Maquiavelo hacia lo inestable por ejemplo en las cosas de la política de su tiempo, calificado por él como CORROTO, término completamente opuesto a STATU que es lo estable y que Maquiavelo integrara en el lenguaje político para todos los tiempos.

(10) Con este nombre, Herbert Butterfield, profesor de Historia Moderna en Cambridge explica parte de las ideas de Maquiavelo en relación con el Método Histórico, en su artículo “Maquiavelis Historical Method and Statoraft”. G. Beel & Sons. Ltd. 1955. Londres p. 26-41, 88-94.

hacia los grandes hombres del pasado y que, más que emulación y admiración, llegó a ser un condicionante del hombre del presente en tanto que (partiendo del fijismo de su naturaleza) si quería ser grande debía simplemente imitar a los grandes del pasado.

Esta teoría aparece en todos sus escritos; especialmente en el Príncipe. Sumamente representativas son también las referencias que sobre esta doctrina hace en sus Discursos:

"Más para ordenar las Repúblicas, mantener los Estados, gobernar los reinos, organizar los ejércitos, administrar la guerra, practicar la justicia, engrandecer el imperio, no se encuentran ni soberanos, ni repúblicas, ni capitanes, ni ciudadanos *que acudan a ejemplos de la antigüedad*, lo que en mi opinión procede, no tanto de la debilidad producida por los vicios de nuestra actual educación... como de no tener perfecto conocimiento de la historia o de no comprender, al leerla, su verdadero sentido ni el espíritu de sus enseñanzas.

De aquí nace que a la mayoría de los lectores desagrada enterarse de la variedad de sucesos que narra, sin parar mientes en *imitar* las grandes acciones, por juzgar la imitación, no sólo difícil, sino imposible; como si el cielo, el sol, los elementos, los hombres, no tuvieran hoy el mismo orden, movimiento y poder que en la antigüedad".

(Discoursi, Prólogo, p. 5).

"Los Príncipes que deseen aprender a gobernar bien, lo conseguirán sin otra molestia que la de *tomar por modelo la vida de los buenos príncipes* como Timoleón de Corinto, Arato de Sicyón y otros semejantes".

(Discoursi, libro III Cap. V. pág. 286).

Esta doctrina de la "imitación" no puede ser menos que el producto de su humanística actitud frente al pasado clásico y nos muestra a **Maquiavelo como un historiador Misoneísta** en tanto que para él todo tiempo pasado fue mejor.

Estos dos postulados: fijismo de la naturaleza humana, —que podemos hacer extensivo de acuerdo con los textos señalados a la naturaleza toda— y la doctrina de la Imitación o actitud misoneísta hacia el mundo antiguo, viene a servirnos de fundamento para la explicación del concepto que de la historia tiene Maquiavelo.

Existe, sin embargo, otro principio maquiavélico, al cual es preciso hacer referencia en tanto que completa los anteriores. Me refiero a la curiosa simbiosis que establece Maquiavelo entre **la Fortuna, la Virtus y la Necessitá** que conjuntamente enmarcan las posibilidades y el campo de acción para la voluntad del Hombre.

La presencia simultánea de estas nociones de suyo opuestas entre sí, contribuyen a complementar el postulado del fijismo de la naturaleza o a ampliarla hasta su auténtico sentido.

Estas nociones cobran sentido en una mutua relación que, al limitarlas, las define.

La "fortuna" de Maquiavelo, no es sino el producto del replanteo de un tema antiguo. Tan antiguo como los orígenes mismos del quehacer histórico ático. La Moira helénica como luego el Fatum romano, son, esencialmente, el destino, cuyo significado era lo predicho (por ejemplo por un oráculo) y que tiene una relación de la mayor importancia con lo que respecta al hombre como individuo dentro de la trama de los elementos que constituyen a su vez la trama del universo.

Respondió el estudio del fatum como problema filosófico a una idea de riguroso encadenamiento causal o final de todos los acontecimientos. Esta idea condujo a algunos filósofos por ejemplo a los estoicos a la supresión de la libertad y a la concepción de ésta como: **conformidad con el universo**. De ahí que llegara a concebirse la libertad como la manera en que nos acomodábamos o actuábamos respecto del destino. La Edad Media no se lo plantea como problema filosófico de importancia, como es lógico, por no tener allí cabida, el problema de la libertad.

En el Renacimiento el tema cobra importancia. Lutero por ejemplo, lo incorpora en su Reforma bajo el concepto de Predeterminación; Erasmo lo rechaza enérgicamente en su libelo De Libero Arbitrio; Maquiavelo a su vez, se apropia del problema y lo enfoca en una manera personal, aunque sin hondura filosófica:

Parte Maquiavelo de que existe algo esencial en la vida de los hombres que es el destino y que en su lenguaje denomina **FORTUNA**.

"No ignoro que muchos han creído y creen todavía que las cosas de este mundo las dirigen la fortuna y Dios, sin ser dado a la prudencia de los hombres hacer que varíen, ni haber para ellas remedio; alguno; de suerte que, siendo inútil preocuparse... lo mejor es abandonarse a la suerte".

(Príncipe. Cap. XXV p. 444).

Sin embargo Maquiavelo, a raíz de la apreciación de sus tiempos colige:

"Meditando en ellos me he inclinado a veces algo en favor de esta creencia. Sin embargo, como nuestro libre arbitrio no se ha extinguido, creo que la fortuna depende de la mitad de nuestras acciones, pero que nos deja a nosotros dirigir la otra mitad o casi".

(Príncipe. Cap. XXV, p. 444).

Si bien es cierto que la fortuna actúa como condición esencial sobre la naturaleza del hombre, y que, en principio, Maquiavelo es un fijista frente a la naturaleza del hombre, no es menos cierto que el versátil escritor y político florentino nos sorprende con su idea de la VIRTUS que viene a ser la principal arma del hombre frente al destino y que actúa a manera de fuerza que presiona contra el fijismo sin que logre —en última instancia según creo— desembocar en una concepción identificable con la idea de la perfectibilidad del hombre, como veremos.

Para Maquiavelo, la virtud consiste en: energía, talento y valor —ajenas a cualquier preocupación de índole moral—. Son éstas según él las cualidades del hombre de Estado, —preponderancia del cual nos ha de extrañar ya que a su vez para él la verdadera historia, la que puede sistematizarse en un saber, es la historia política.

Es así que, la virtud tiene un carácter limitado; le es dada tan sólo a los grandes hombres de Estado. Sólo a ellos cabe superarse desarrollando por la virtud sus posibilidades esenciales e incluso sólo a ellos cabe posibilitar a la humanidad el "progreso" y el "cambio".

Por otra parte, el lenguaje histórico y político de Maquiavelo se encuentra saturado con el término NECESSITA.

Si la fortuna es una fuerza universal, eterna en tanto que es producto del oculto e irracional designio de "los dioses", la necesidad es circunstancial, temporal y es el producto de la acción de los hombres en el tiempo creando contexto epocal.

La necesidad no tiene que ser necesariamente un obstáculo. Representa fundamentalmente el límite preciso que enmarca la actuación del hombre y que muchas veces puede ser favorable a esta acción.

La conciencia de la necesidad es lo que conduce el pensamiento de Maquiavelo directamente al realismo.

"Los hombres son tan inclinados a las cosas nuevas que, las más de las veces desean el cambio tanto los que están bien como los que se encuentran mal; y es que, como se dice, y con razón, los hombres se cansan en el bien y en el mal se afligen. Esta predisposición abre las puertas a quien en cualquier parte se convierte en jefe de la novedad. Si es forastero se corre detrás de él; si es del lugar, se le rodea, ensalsa y favorece; y de cualquier modo que el innovador proceda, hará efectivos progresos en donde actúe".

(Discoursi. Libro III Cap. 21. p. 347 y también III; Cap. 29).

No nos es dado, sin embargo, precipitarnos a una quimérica idea de progreso pues, aunque Maquiavelo concede tales virtudes a ciertos humanos, en última instancia y metidos en el contexto general del pensamiento Maquiavélico, la verdadera inspiradora de las virtudes es la Historia y en ningún caso el virtuoso se fija metas para variar revolucionariamente el curso de la historia, sino que, misoneísticamente, se le manda al manantial de la enseñanza del pasado. El héroe más virtuoso será el que más llegue a parecerse a uno de los grandes héroes del pasado antiguo.

¿Qué lugar cabe entonces a la libertad humana?

Maquiavelo tiene en altísima estima el valor de la voluntad humana y considera que, si en definitiva no le es dado al hombre romper los hilos de la fortuna y la necesidad, por lo menos puede tejer con ellos su propio destino.

Nos esboza Maquiavelo con estos principios una comprensión de la responsabilidad humana como factor de determinación de

la historia que, según Dilthey⁽¹¹⁾ "ha influido en Europa, sobre príncipes y políticos, sobre escritores y poetas hasta llegar a la tragedia inglesa con Marlowe y con el Enrique III de Shakespeare".

Sin embargo, consideramos que la posibilidad de acción libre y virtuosa del hombre en la historia termina por ceder ante otros obstáculos insalvables, que conjuntamente con la fortuna se imponen en el devenir con la legalidad de la recurrencia histórica y lo dado en la circunstancia imperante en el momento en que se va a empeñar la acción, circunstancia a la cual Maquiavelo denomina **NECESSITA**, según hemos indicado.

La relación *virtus-fortuna* se encuentra casi a juicio de Meinecke en la "misma relación establecida entre la esfera de los valores y la de la conexión causal, la que, según la filosofía moderna, proporciona los medios y la posibilidad para la realización de aquellos. Si la *virtus* es la fuerza viviente del hombre, la que crea y conserva los Estados confiriéndoles su sentido de eficacia, la *necessita* es la constricción causal, el instrumento apto para plasmar la masa inerte en la forma querida por aquélla".⁽¹²⁾

En última instancia, consideramos que nadie mejor que Wartburg y Cassirer han logrado expresar el profundo sentido de la tensión fortuna —virtud en Maquiavelo y en los pensadores del Renacimiento como esfuerzo conciliatorio "entre la confianza medieval en Dios y la confianza en sí mismo del Hombre del Renacimiento".

La obra de Maquiavelo, es en tanto que Renacentista, una muestra del espíritu de conciliación propio del Renacimiento, entre los postulados medievales y antiguos de la sumisión total del hombre a la fortuna y la nueva libertad del hombre moderno.

Con esto Maquiavelo se nos muestra como típico representante del dualismo renacentista a la vez que fiel seguidor del círculo de Florencia que muestra la actitud dominante de sus humanistas, Lorenzo el Magnífico, Leone Batista Alberti y hasta el mismo Savonarola, que preludian la voz más osada de Pico de la Mirándola en la célebre oración sobre la dignidad del hombre.

(11) Citado por Cassirer en su obra: *Hombre y Mundo en los siglos XVI y XVII* F. C. E. México 1944. págs. 44-55.
(12) F. Meinecke, *L'idea della ragion di stato nella storia moderna*. Citada por Luis Arosena. 1962.

"No te doy, Oh Adán, ni una residencia fija, ni una forma a tu propia semejanza, ni un don peculiar a ti y exclusivo tuyo, para que la residencia, la semejanza y los dones que tú escojas sean tuyos y los poseas como propios. La naturaleza conferida a todas las demás criaturas, dentro de leyes establecidas por mí mismo, las restringe y coarta. Pero tú sin hallarte atado por ninguna estrecha ligadura, con arreglo a tu propia y libre voluntad, a cuyo poder he querido confiarte, *definirás tu naturaleza por ti mismo*. Te he colocado en el centro del mundo, para que desde allí puedas abarcar con la mirada cuanto en él suceda. No te he hecho ni celestial ni terrenal, ni mortal, ni inmortal, con el fin de que tú mismo pudiendo como puedes hacerte y modelarte a tu albedrío, hagas de ti lo que mejor te parezca. Puedes, si quieres, rebajarte por debajo del nivel de las bestias. O puedes renacer entre las más altas, las divinas, como tu intelecto te lo ordene".⁽¹³⁾

Maquiavelo, empero, nunca pudo llegar a un concepto tan antropocéntrico, tan revolucionario e innovador como el de Pico della Mirándola ya que se hallaba en la **encrucijada plural propia de los tiempos; de su *necessita* como diría él.**

Si bien es cierto que Maquiavelo no es original en prácticamente ninguno de los postulados que sustenta; sí que lo es en la manera en que los combinó, aplicó y llevó a sus últimas consecuencias.

De esta combinación surgen su posición ante la Historia y su concepto sobre la misma.

Tratemos de seguir lo que podría ser un hilo conductor de su pensamiento en Historia.

III. EL CONCEPTO DE HISTORIA EN MAQUIAVELO:

Como realista y buen observador que es se percata y tiene clara conciencia de que la vida de los pueblos no fluye de manera idéntica. Vidas y muertes, altos y bajos, bienes y males, paz y guerra, felicidades y miserias, esplendores y decadencias. **Maquiavelo se planta en la suya propia y se percibe en una Florencia enferma, convulsa y corrompida, políticamente hablando.** De tal forma que, en su natural pragmatismo se vio a sí mismo descubriendo que el estudio de la Historia no debía ser tan sólo el análisis de la situa-

(13) Pico de la Mirándola, Giovanni: "Oración Acerca de la Dignidad del Hombre". Edit. Universitaria. Universidad de Puerto Rico. Río Piedras. 1963. p. 3.

ción presente, sino también la búsqueda de las causas que condujeron a ella, pero sobre todo le entusiasmó su conocimiento de que debía ser también el estudio de los medios que pueden conducir a la cura de los problemas del presente.

De ahí que su historia se mueve entre dos polos opuestos. El pasado y el futuro, determinados por uno intermedio que es el presente. Dentro de ellos ha de moverse el historiador oscilando entre las dos pero no con la desinteresada actitud del investigador que descubre en su cotidiana labor, a veces con sorpresa el hecho definitorio, el rasgo distintivo, sino con un **imperativo del más categórico interés**: Es menester hallar en la Historia los remedios para el presente y para el futuro. Posición en extremo utilitaria y pragmática que conduce a Maquiavelo a encontrar que la Historia es un conjunto de recetas morales, un acopio de ejemplos buenos y malos dejados por los hombres para escarmiento o inspiración de los tiempos futuros. "La Historia como maestra" se ha dicho tantas veces, un código de moral histórica diría yo, en el cual los factores de la misma, es decir, los hombres, juegan con sus buenas cartas a ganar al destino haciendo combinaciones posibles basadas en las ya ejemplarizantes jugadas que otros factores realizaran antes con tales o cuales resultados y ampliando las perspectivas de combinación del juego con la versátil *neccesità* y a la expectativa de la siempre sorpresiva fortuna.

El valor moral y educativo que da Maquiavelo a la Historia, en lugar de elevarla en rango la degrada en esencia ya que Maquiavelo centra la finalidad de la Historia fuera de ella misma.

Todo lo que le otorgó a la política, a la cual eleva al rango de ciencia al tratarla como objeto autónomo —se lo niega a la historia y si bien es cierto que la obra política de Maquiavelo se nutre de Historia, de Historia real y vivida, **no logró nunca darle a ésta valor por sí misma**. Su finalidad siempre está fuera de ella; es siempre un instrumento de la política.

Este enfoque de la historia es el resultado directo de la combinación de la idea de inmutabilidad de la naturaleza humana que permite la deducción de un orden legal en la historia; de la convicción que tiene Maquiavelo sobre la superioridad del mundo antiguo y de la certeza de que el hombre es un ente de imitación.

La rigidez con que Maquiavelo hace entrar en acción estos principios conduce a su vez a un **enfoque de la Historia de carácter**

cíclico, herencia Tucidídea y Polibiana pero enriquecida con los restos de la *neccesità* renacentista que actuaba inevitablemente sobre el historiador florentino. En tal concepción supone Maquiavelo que el decurso de los tiempos trae consigo el cambio, cambio esquemático, se entiende. El acontecer se enmarca en un esquema de definidos tiempos (que para la política ideara Polibio) y cuyo compás y ritmo son eternos e imperturbables.

Acontecer (legal) práctico, y marcadamente simplista, que, como paradoja, conduce a una concepción fijista de la Historia que se disimula en el movimiento cíclico lineal del acontecer histórico y en la regularidad, ritmo y uniformidad con que el Florentino nos describe la Historia.

"Suelen los pueblos muchas veces, por las variaciones que sufren, pasar del orden al desorden y después del desorden al orden; porque no siendo natural en las cosas humanas detenerse en punto fijo, cuando llegan a suma perfección no pudiendo mejorarla, degeneran y de igual suerte acontece que, cuando por los desórdenes llegan a suma baja, siendo imposible que desciendan más, por necesidad, mejoran".

(Ist. Fior. Libro I. Cap. V. P. 274).

Pocas veces se ha visto paradoja mayor, la paradoja de un movimiento impregnado de inmutabilidad esencial.

Los mismos puntos generadores del dinamismo: Virtus contra fortuna encierran en sí la necesaria paradoja de Maquiavelo:

"La virtud produce la tranquilidad, esta el ocio, el ocio el desorden y el desorden la ruina; y de igual manera, de la ruina nace el orden, del orden la virtud y de ésta la gloria y la buena fortuna".

(Ist. Fior. L. I. Cap. 5. p. 275).

Doloroso mensaje de Maquiavelo al hombre de su tiempo que luce para nosotros marchando afanoso hacia un punto aspirado, pero ausente de "camino" en su auténtico sentido. **El camino del hombre de Maquiavelo es como una larga faja de montaje distendida entre dos puntos giratorios lo suficientemente alejados como para permitir un movimiento perceptible y transitable pero que en realidad sólo simula el avance de un hombre, aún, esencialmente inerte, porque lo único que se mueve en un eterno retorno de lo igual es la faja. Todo el esfuerzo del hombre se agota en esperarlo...**

En este sentido —aunque sin validez para el historiador de hoy—, se muestra Maquiavelo como un filósofo de la historia que no titubea en encontrar leyes de aplicación universal para explicar el comportamiento de los hombres y para probar la recurrencia histórica que él sostiene como tesis.

La perspectiva, que del panorama de sus circunstancias tienen los hombres del Renacimiento, suele ser siempre y aún en la mentes más despiertas absolutamente miope. Giorgio Vasari en su análisis de la vida de los pintores, artistas y arquitectos interpreta el “Renacer” de su época sólo como renacer del arte; con él, el término Renacistas se convierte en la expresión permanente para designar el gran hecho de la Historia del Arte de su tiempo.

Para él como para sus contemporáneos de los siglos XV y XVI permaneció oculta la unidad conjunta de los fenómenos culturales de la época. Tanto a él como a Maquiavelo les faltó la visión totalizante del historiador que, afanoso y abarcador, pretende encontrar el gran contexto en que ha de sustentarse las manifestaciones de lo particular.

Así como para Vasari la historia de su tiempo es fundamentalmente arte, para Maquiavelo la Historia de Florencia es política. Es la enumeración de los grandes acontecimientos de la evolución del poder. La descripción de las guerras y el análisis de los personajes que juegan un rol de importancia en tales acontecimientos son la sustancia de que está constituida su historia.

Baste con leer las primeras frases con que intenta definir cuál va a ser su aporte al escribir la Historia de Florencia. Sobre todo cuando distingue cuál será su posición en relación con lo que han hecho hasta ahora los historiadores de su tiempo:

“Pero cuando leí con detención sus obras por ver el orden y método que empleaban, para que, imitándolos, aprobaran mejor los lectores mi historia, encontré que en la narración de las guerras que los florentinos mantuvieron con príncipes y pueblos extranjeros, nada olvidaron, pero de las discordias civiles y de las enemistades intestinas, como de los efectos que produjeron, callaron una parte y otra la describieron tan rápidamente que su lectura no produce utilidad, ni placer”.

(Ist. Fior. Prólogo p. 5.)

Y más adelante en el mismo prólogo sintetiza lo que habrá de ser el contenido total de las obras que redactó en cuatro libros.

“En el primero narraré brevemente lo ocurrido en Italia después de la decadencia del Imperio Romano hasta 1434. El segundo se extenderá desde el principio de la ciudad de Florencia hasta la guerra que, después de la expulsión del Duque de Atenas, se hizo contra el Pontífice; el tercero terminará en 1414 con la muerte del rey Ladislado de Nápoles y en el cuarto llegaremos a 1434, desde cuya fecha describiré tanto los sucesos interiores como los exteriores, hasta el tiempo en que vivimos”.

(Ist. Fior. prólogo p. 8)

Fechas claves y hombres de importancia son siempre de carácter eminentemente político. Es un verdadero dolor que el agudo florentino permaneciera frío ante la revolución artística que vivía Florencia en los siglos XIV y XV y que no sintiera que los graves problemas de la política de su tiempo estaban motivados en gran parte por la revolución económica que venía siendo no solo Florencia, sino Italia y la misma Europa. El otro gran teórico de la política, que sin embargo no tuvo pretensiones de historiador, el francés Jean Bodin habría de reprocharle esta miopía en los asuntos del Estado y habría de incluir los elementos económicos en su más maduro tratado sobre el Estado.

¿Cabe preguntarse en qué reside el papel principalísimo que para Maquiavelo posee este “valor Estado”, este “valor política”?

Respondiendo en términos Maquiavélicos habría de responder: la explicación se encuentra de manera fundamental en la necesidad: El Renacimiento presentaba a los ojos de los espectadores una situación de crisis que se creó como consecuencia de la disolución interna de la iglesia medieval y de sus sistemas metafísicos según hemos esbozado. Producida esta disolución se engendró como consecuencia el valor autónomo de la vida en sí y de su acción sobre la tierra. Es así que el individuo, el Estado y la nación se apropiaron de su soberanía, y los tres confiesan abiertamente los motivos de su actuación según sus intereses naturales.

Pero, a la crisis apuntada converge también el problema religioso del S. XVI que vino a hacer más evidente la insuficiencia de todas las construcciones metafísicas del mundo y a apremiar la

necesidad de buscar una fundamentación natural del orden terreno, sobre todo al haber producido la Reforma sangrientas disensiones debido a las convicciones heterodoxas que se fueron produciendo.

Tales situaciones de ruptura de unidad del orden medieval explican en gran parte la nueva concepción en la que se va a renunciar a las explicaciones trasmundanas y, precisamente porque se trató de interpretar el mundo de la voluntad y de la acción humanas de acuerdo con sus leyes propias, es que va a surgir esta nueva manera de encarar el problema histórico, que aparecía como necesaria y estrechamente vinculado con el de la política.

En la **Historia Unilateral que desarrolló Maquiavelo** dice W. Dilthey. Todo lo que no es política sólo es tomado en cuenta en la medida en que puede ponerse al servicio de los fines del Estado.

Es así que el valor Estado aparece desempeñando el papel principal en la vida de los pueblos.

Nos conduce a la vez este razonamiento a la idea de una Historia secularizada. **Maquiavelo secularizó la política al cortarle todo vínculo trasmundano e hizo otro tanto con la historia.** Esta se ocupa exclusivamente de hechos mundanos y de factores relacionados con la vida de acá en la tierra. Toda explicación causal se aparta definitivamente de referencias divinas o supratelásticas. Realismo histórico que fuera acertadamente visto por F. Bacon: "Hemos de agradecer a Maquiavelo el que nos diga cómo son los hombres, no cómo deberían ser".

Por otra parte, el énfasis que pone Maquiavelo al definir su posición ante los acontecimientos que va a investigar nos lo pintan como un **convencido de la necesidad de objetividad del historiador.**

En las citas del prólogo anotadas anteriormente insiste Maquiavelo en los siguientes términos: "narraré"; "describiré" y no pareciendo suficientemente indicativos de objetividad aclara:

"Que Prescindo por completo de la adulación se conoce en todas las partes de mi historia".

(Inst. Fin. Prólogo. p. 3).

Intento reiterado o de **mantenerse al margen de lo que describe**, de no comprometerse metiéndose en la obra. Clásica posición de artista fuera de la obra, que contrasta con el romántico subjeti-

vismo que invadirá el pensamiento histórico a partir del siglo XIX y que ha conducido a brillantes polémicas sobre la disyuntiva vital del subjetivismo-objetivismo en la filosofía de la Historia del S. XX

Hoy, creo yo, hallamos en el enfoque del florentino a un subjetivista "malgré lui". Lo notamos claramente en su actitud de tomar de la historia solamente aquellos contenidos que venían a reforzar sus puntos de vista personales. Tal cosa nos es dado afirmarla en tanto que sus descripciones de la historia fueron hechas a posteriori de su elucubraciones "filosóficas" sobre los principios que según su entender legislaba el cíclico acontecer de hombres, y cosas y, por lo tanto, tiempos, y que, si bien puede aducirse que los concluyó de sus lecturas históricas, éstas no las había realizado sino como aficionado, no como el resultado de una cotidiana y lenta labor del investigador que espera hallar en su esfuerzo la verdad que en sí misma tiene contenida la historia profunda y que él aspira a encontrar y ulteriormente a recrear y sistematizar.

IV. LUGAR DE MAQUIAVELO EN EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA CONCEPCIÓN DE LA HISTORIA.

El concepto de Historia en que hemos visto desembocar a Nicolás Maquiavelo encaja de manera total en lo que suele llamarse la "**concepción clásica de la Historia**", sin que pueda considerársele el más importante exponente de la misma. Tal concepción, en su forma más rigurosa tiene lugar entre los griegos y da su ejemplo más ilustre intelectualmente en la obra de Tucídides. Esta bien llamada concepción clásica, es esencialmente legado helénico tanto porque su mejor exponente y creador sea un griego como porque, como hemos podido observar a lo largo de esta exposición, que es ésta **una concepción de la Historia que depende, como es propio, de los supuestos ontológicos del pensamiento griego.** De aquella concepción permanídeo-aristotélica del ser que busca lo inmutable y estático hasta en lo que varía.

Tal concepción de la Historia estuvo vigente entre historiadores y filósofos de la Historia hasta muy entrado el S. XVIII y no será echada por tierra sino hasta que la imagen permanídea del hombre permanente en su ser será derribada por el concepto de un hombre que es entendido como el "peregrino del ser" de un hombre cuyo ser es el drama en curso indeterminado e irreplicable de su existencia.

Este nuevo fundamento antropológico de la Historia será lo que conduzca a la noción de conciencia histórica, para la cual en la Historia nada se repite pues todo acontecer histórico es individual y en el ámbito de lo individual no se da la repetición.

Gracias a esto se ha iniciado la feliz agonía de la Historia: ha perdido la clásica suposición de constituir un tesoro de posesión sempiterna. Para el historiador de hoy la historia no se hace de una vez para siempre y se atesora como creía Maquiavelo. La Historia es vida y como tal cambio. Es más, inversamente a lo que buscaba Maquiavelo, esto es, lo permanente, la Historia de hoy busca lo mutable. Esta nueva pretensión puede hallar como punto de origen el pensamiento de Fichte y los idealistas del S. XIX. Schelling y Hegel quienes se aventuran a considerar el movimiento real de la Historia por sí mismo, como un despliegue de la libertad. Gracias a lo cual la Historia habría de devenir en medio de que se sirve el hombre para ejercer la actividad de autoliberación, para realizar la libertad concreta y eficaz de su existencia.

Así, a diferencia de la concepción maquiavélica de la Historia según la cual esta nos lleva necesariamente a imitar un modo de ser, hoy la Historia es concebida como ciencia cuyo conocimiento puede liberarnos de un modo de ser, pues nos da una experiencia verdadera y sistemática de variación y distancia. Es decir, la Historia como crecimiento, la Historia como progreso a pesar de que nos haga patente que la vida le va gastando posibilidades al hombre porque aquello que apasionaba a Maquiavelo; lo que dotaba de fin a su Historia, aquello que los hombres han sido no lo pueden volver a ser. Pero lo que la Historia nos quita, nos lo devuelve y con creces. Cada posibilidad que se consuma es señora de luz para otras muchas. Confiamos en la perfectibilidad humana y en la posibilidad de dimensiones cada vez más renovadas de la perfección, que siempre se elabora en relación con lo mejor de nuestro propio ser. Cuanto más logremos en ser y en todo caso en ser histórico, tanto más intuiremos como perfección. Si bien ya no podemos hoy concebir la historia como la confección de unos modelos o de un patrón, tal cual Maquiavelo lo quería, ha, por el contrario, adquirido contornos de horizonte ha logrado convertirse en camino... en camino hacia la perfección.

BIBLIOGRAFIA

I FUENTES

1. MAQUIAVELO, Nicolás: *Obras Históricas*: Traducción del italiano por Luis Navarro. Librería de la viuda de Hernández y Co., Madrid 1892. a) *Historia de Florencia* (1494-1498) 2 tomos. I tomo 345 páginas; II tomo 208 páginas.
b) Fragmentos históricos. Que son los trabajos preparatorios de Maquiavelo para continuar la Historia de Florencia. 70 páginas.
c) Extractos de cartas escritas a los Diez de Baía. También escritos para continuar la Historia de Florencia. 40 páginas.
d) Vida de Castruccio Castracani de Luca. 32 páginas. (1520).
e) El Duque Valentino (1502). De cómo el Duque Valentino dispuso la muerte de Vitellazazo Vitellioliverio de Fermo, el señor Pablo y el Duque de Gravina Orsini. 10 páginas.
f) Reforma de la Constitución de Florencia: Dictamen sobre esta Constitución hecho a instancia del Papa León X. 20 páginas.
2. MAQUIAVELO, Nicolás. *Obras Políticas*: Traducción del italiano por D. Luis Navarro. Madrid 1892. 2 tomos: I Tomo 421 páginas; II Tomo 358 páginas.
a) Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio, 441 páginas (1512-1519).
b) El Príncipe, 98 páginas (1512-1513).
c) El Arte de la Guerra, 214 páginas (1519-1520).
e) Descripción de Alemania (1509).
Informe sobre los asuntos de Alemania 17 de junio de 1508.
Discurso acerca del Emperador (1509).
Descripción de Francia (1500-1511).
Carácter de los franceses (n. d.) 40 páginas.

- AROSENA, Luis: Estudio preliminar a la edición de El Príncipe. Ed. de la Universidad de Puerto Rico. Revista de Occidente. Madrid. 1954. 40 páginas.
- BARON, Hans. Problemas Discutibles en la Interpretación del Renacimiento. Journal of the History of Ideas. Trad. castellana por Rose Marie Karpinsky, de Murillo en el Ensayo. Problemas fundamentales en la Interpretación del Renacimiento y el Humanismo, Universidad de Costa Rica, 1969. 56 páginas.
- BARON, Hans. The Crisis of the Early Italian Renaissance. Princenton University Press. N. Jersey. 1966. 584 páginas.
- BUTTERFIELD, Herbert. Maquiavelis Historical Method and Statecraft. G. Bell and Sons. Ltd. Londres 1955. 6 páginas.
- CASSIRER, Ernest: Individuo y Cosmos en los siglos XVI y XVII. Emecé editores S.A. Buenos Aires - 1951. 237 páginas.
- CROCE BENEDETTO: Teoría e Historia de la Historiografía. Edit. Escuela Buenos Aires 1955. 300 páginas.
- RENAUDET, Agustín: Maquiavelo. Colección Semblanzas. Ed. Tecnós, S.A. Madrid 1955. 362 páginas.
- RIDOLFI, Roberto. Maquiavelo. Ed. Renacimiento. S.A. México, 1961. 400 páginas.
- THOMPSON, James Westfael: A History of Historical writing. N. York. The Mc Millan Co. 1942 T.I. 495 páginas.
- YOUNG, C.B. The Medici. Random House. N. York, 1930. 824 páginas.

LA POTESTAD REGLAMENTARIA EN COSTA RICA.

RÉGIMEN ACTUAL Y PERSPECTIVAS

Por el Lic.

EDUARDO ORTIZ ORTIZ

Titular de Derecho Administrativo.

I. La potestad reglamentaria en nuestra Constitución, y sus interrogantes.

Las únicas normas constitucionales que expresamente mencionan la potestad reglamentaria son los artículos 121 inciso 22 y 140 incisos 3 y 18 ibídem.

El artículo 121 inciso 22 atribuye a la Asamblea el poder de dictar su reglamento interior.

El artículo 140 inciso 18 hace lo propio con el Poder Ejecutivo, autorizándolo para darse el régimen interior de sus Despachos.

El mismo inciso 18 contempla, además, la potestad del Poder Ejecutivo para dictar los reglamentos necesarios para una "pronta ejecución de las leyes", y el inciso 3 del mismo artículo otorga al dicho Poder la facultad de "sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento".

Lacónica como es, la Constitución no puede contestar con claridad todas las preguntas que suscita su texto.

Algunas de esas fundamentales cuestiones son:

- a) ¿Es lo mismo el reglamento de la Asamblea que el del Poder Ejecutivo?
- b) ¿Se limita al ámbito interno de su organización propia la potestad reglamentaria de la Asamblea y del Poder Ejecutivo, o pueden también regular sus relaciones con otros sujetos, públicos y privados?

- c) ¿Pueden emitir reglamentos los otros Supremos Poderes estatales, el Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, y qué tipos de reglamento pueden dictar, caso afirmativo?
- ch) ¿Es la misma la potestad reglamentaria prevista por el inciso 3 que la prevista por el inciso 18 del artículo 140 *ibídem*?
- d) ¿Tienen potestad reglamentaria los entes autónomos y, caso afirmativo, con cuál régimen, en relación con los reglamentos del Poder Ejecutivo y demás Supremos Poderes?
- e) ¿Contempla nuestra Constitución todas las formas posibles de potestad reglamentaria, necesarias para un eficiente desempeño ante los problemas del subdesarrollo económico y cultural?
- f) ¿Es posible suplir por ley las omisiones en que eventualmente haya incurrido la Constitución y crear nuevas potestades reglamentarias a favor de otros entes u órganos públicos?

Las cuestiones están íntimamente relacionadas, por lo cual no es posible contestarlas en orden y separadamente. El tema fundamental de esta ponencia es el análisis de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo y entes autónomos en Costa Rica, y alrededor de ese tema se hilarán las reflexiones que permitirán contestar algunas —no todas— las cuestiones planteadas.

2. A. Autonomía normativa y potestad reglamentaria.

Conveniente, aunque innecesaria, puede ser la advertencia de que hay múltiples normas dentro un mismo ordenamiento, con origen y jerarquía diversos, lo que determina una diversidad de naturaleza y de valor.

En punto al origen de los ordenamientos es decisivo distinguir entre soberanía, autonomía y supremacía especial, como fuentes del ordenamiento.

Es un hecho histórico y positivo, hoy día aceptado como principio en la teoría general del Derecho, que dentro del ordenamiento estatal conviven varios ordenamientos jurídicos menores.⁽¹⁾ El ordenamiento estatal es el principal y originario, en cuanto todos los demás son sus derivados, si se miran desde la perspectiva del Estado mismo. Desde este punto de vista todo ordenamiento no estatal tiene que ser, al menos, compatible y armónico con el del Estado, para ser aplicable en su territorio y por sus tribunales; la exigencia de unidad puede conducir a afirmar un monismo jurídico, consistente en decir que todos los demás ordenamientos derivan del ordenamiento estatal, que autoriza su creación. Es lo cierto que, mirados dentro de sí mismos y desde su propia perspectiva, es posible encontrar dentro del territorio estatal órdenes no estatales, que valen como verdadero derecho para sus destinatarios, incluso cuando sus normas violan las del Estado.⁽²⁾ Dada la intensidad del intervencionismo estatal ello es cada vez más difícil, pero es posible y demuestra que el derecho puede ser mirado desde doble ángulo, con resultados radicalmente opuestos: desde el ángulo del derecho creado por el Estado o derivado de éste, o desde el ángulo de grupos parciales de interés con ordenamiento propio, eventualmente opuesto al del Estado: es el caso de los clubes y sociedades privados, de los sindicatos e incluso de las asociaciones criminales. En un caso, se hallará sólo un ordenamiento comprensivo; en el segundo, un pluralismo jurídico complejo.

El Estado asume posiciones diversas frente a dichos ordenamientos: los autoriza (caso de los sindicatos y sus convenciones colectivas) los impone (caso de las asociaciones obligatorias para fines de urbanismo o de manutención de calles públicas vecinales, en los países donde existen) o los prohíbe (caso de las asociaciones criminales).

(1) Santi Romano, *L'Ordinamento Giuridico*, parte II, págs. 111 y 113. Vezio Crisafulli, *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XVII. pág. 241.

(2) Santi Romano, *op. cit.* págs. 197 y 198. Parte de la doctrina llega a configurar los ordenamientos parciales o internos sobre la base de la inoperancia, en el ámbito de los mismos, de los principios clásicos del Estado de Derecho, como la reserva de ley, el principio de legalidad, la inderogabilidad singular del reglamento, la tipicidad de pena y delito, etc., lo que resulta inadmisibile. Ver al respecto Alessandro Mariano Offidani, *Studi Sull' Ordinamento Giuridico Speciale*, págs. 16 a 21 y, sobre todo, pág. 202. Contra, el enfoque con acertada crítica de Vittorio Bachelet, *Profili Giuridici della Organizzazione Amministrativa*, págs. 15 y 16.

Es posible que el Estado cree el sujeto u órgano productor del ordenamiento (cualquier institución autónoma, por ejemplo) pero nada diga sobre la potestad del mismo para dictar las normas correspondientes, en cuyo caso se da una situación de indiferencia del derecho estatal frente al orden parcial de que se trata, pues aquél no regula la existencia de éste como tal.

En esta última hipótesis el sujeto autor del ordenamiento parcial ha sido creado por el Estado, pero no está autorizado por éste para dictar normas equiparables a las suyas. Si las crea, serán normas válidas para ese sujeto frente a los otros que se encuentran con él en una especial relación (por ejemplo: usuarios de los servicios del ente o empleados del mismo), pero no para el Estado, cuyos tribunales no las tomarán en cuenta como tales. Las mismas serán, ante esos tribunales, meros actos o contratos de los entes en cuestión, no verdaderas normas jurídicas.⁽³⁾ La violación de éstas no causa nulidad de los actos respectivos ni tampoco podrán los particulares fundar en las mismas sus demandas y peticiones ante esos tribunales. Ello no obstante, serán normas jurídicas dentro del ámbito interno del ordenamiento parcial, para su autor y para los sujetos colocados frente a éste en una posición de súbditos dentro de una relación especial de servicio o de autoridad. Dijimos de los empleados y usuarios y podemos afirmar lo mismo de los concesionarios de un servicio, que están supeditados a las instrucciones y reglamentos de la autoridad concedente.

Estas situaciones de sujeción a un poder especial pueden darse no sólo en relaciones nacidas de un acto voluntario del particular, sino también en relaciones nacidas de un acto de imperio del Estado, como cuando el Ministerio de Salubridad autoriza en sede de contralor el expendio de estupefacientes, o cuando una Junta mantiene una potestad reguladora de actividades privadas, como ocurre con nuestras Juntas de Aviación Civil y del Servicio Nacional de Electricidad, con la Oficina del Café y con la Liga Agrícola Industrial de la Caña, respecto de las empresas sujetas a su vigilancia y regulación.

La doctrina ha bautizado en muy diversas formas este tipo de ordenamientos, creados espontáneamente por un ente público o una autoridad en relación especial con un grupo de destinatarios, vinculados a él por un contrato o acto de imperio que se extiende

en el tiempo, ordenamientos cuya nota fundamental y decisiva es la de no tener validez ante el Estado ni ser aplicables por los tribunales de éste, en razón de carecer el ente u órgano productor de la potestad, claramente conferida por el Estado, de crear ese orden y de dictar las normas correspondientes. Se han llamado ordenamientos de supremacía especial, ordenamientos disciplinarios, ordenamientos espontáneos y ordenamientos internos.⁽⁴⁾

Como casi todos son ordenamientos que viven dentro del Estado, parece que la terminología más apropiada es llamarlos "internos" o "especiales", o ambas cosas a la vez, porque están dentro del Estado y no forman parte de éste, sino que se confinan a un ámbito especializado y limitado de vigencia.

En contraposición a este fenómeno, resulta claro el de la llamada autonomía normativa. En la hipótesis una norma del Estado, competente al efecto, autoriza expresa o inequívocamente a otro ente u organismo para dictar normas en un ámbito limitado, dentro del cual valen exactamente como si emanaran del Estado.⁽⁵⁾ Este fenómeno suele llamarse "autonomía normativa" y jurídicamente descrito en forma precisa consiste en la potestad de dictar normas válidas ante el Estado, conferida por éste a otro sujeto o, en general, a organismo diverso de la Asamblea Legislativa. Hoy, dicho fenómeno se presenta normalmente en los entes públicos menores y la doc-

(4) Offidani, op. cit. pág. 10.

(5) Massimo Severo Giannini, Enciclopedia del Diritto, Autonomia (Teoria Generale e Diritto Pubblico, vol. I, pág. 357). Dice Giannini: "La autonomía normativa es, entonces, hoy, por definición, propia de sujetos no soberanos. La misma se define como el poder atribuido a entes no soberanos de crear normas jurídicas equiparables a las normas del Estado soberano". Particularmente enfática resulta la insistencia de este autor en la necesidad de una atribución expresa o, al menos, inequívoca y taxativa de potestad normativa para que se de la autonomía en cuestión. Dice al respecto: "Los sujetos tributarios de autonomía normativa, en cuanto la misma es un poder extraordinario, deben ser taxativamente indicados por la ley" . . . "De modo que cada ordenamiento positivo, en orden a la autonomía normativa, debe ocuparse de disciplinar: los sujetos titulares del poder, los actos normativos (fuente) y las normas relativas, los controles sobre las fuentes de autonomía". (op. cit. págs. 357). Puede concluirse, de ello, que si la norma nace espontáneamente y sin base en una autorización legal, es norma interna referida a las atribuciones de su autor, sin valor ante el Estado. Se da, entonces, un caso de ordenamiento especial interno, y no de autonomía. En este sentido Giovanni Miele, Principii di Diritto Amministrativo, pág. 197: "se distingue, entonces, una autonomía interna (norma interna) que constituye ejercicio de un poder inherente a la institución, de una autonomía externa, que constituye ejercicio de un poder derivado del ordenamiento jurídico general (ley o acto equiparado a ésta) . . . Solamente las normas de esta segunda categoría son jurídicas respecto del ordenamiento general, mientras las otras no pueden considerarse tales y obligan a título diverso, en razón del estado de sujeción particular (jerarquía, disfrute de servicios, etc.) en que se encuentran sus destinatarios respecto de la institución; es evidente, en consecuencia, que las normas internas no pueden elevarse entre las fuentes del ordenamiento".

(3) Massimo Severo Giannini, Lezioni di Diritto Amministrativo, pág. 63.

trina excluye de su campo, no obstante su esencial identidad, la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. Cabe apuntar, ello no obstante, que ésta última presenta características esencialmente idénticos a la de los entes autónomos, cuando la tienen por ley (como nuestros Municipios). Puede decirse, entonces, que así como la nota distintiva del ordenamiento interno consistía en su falta de relevancia y aplicación dentro del ordenamiento estatal, por no estar expresa o inequívocamente autorizado por éste (aunque no esté tampoco prohibido), así la característica opuesta es la que define los órdenes autónomos, consistente en ser ordenamientos especiales, por su ámbito especializado de vigencia, pero válidos ante el Estado y sus tribunales e integrantes del ordenamiento de éste, conjuntamente con las normas del Poder Legislativo.

Puede llegarse así a una síntesis de las tres diversas fuentes normativas posibles en un ordenamiento estatal moderno:

- a) La soberanía, fuente del ordenamiento estatal fundada en su potestad legislativa de rango constitucional (por norma escrita o consuetudinaria);
- b) La autonomía normativa, fuente de ordenamientos especiales externos, fundados en una delegación normativa del Estado a su favor, y válidos ante el ordenamiento de éste último;
- c) La supremacía interna o especial, fuente de órdenes jurídicos en sí, pero irrelevantes e inaplicables como tales en el ordenamiento del Estado, por ausencia de potestad normativa conferida o reconocida por éste.

Puede concluirse, entonces, en que no siempre que hay potestad normativa, hay norma válida ante el Estado. Para que la haya se requiere autorización expresa o inequívoca de esa potestad por el Estado en favor del autor de la norma.

B. Concepto del reglamento, naturaleza, fundamento y clases.

i) Jerarquía. No requiere explicación el principio de que las fuentes de un ordenamiento han de operar armónicamente y con arreglo a cierto orden, para evitar y resolver las contradicciones y las lagunas jurídicas. Tres métodos se han aplicado al efecto:

- 1) El principio de la prevalencia cronológica, por el cual la regla última en el tiempo prevalece sobre la anterior, salvo que ésta sea especial por su materia;

- 2) El principio, prevaleciente sobre el cronológico, de que las fuentes son desiguales por su valor, de modo que unas pueden catalogarse como superiores y otras como inferiores, puestas en relación y comparación; criterio que supone un campo concurrente entre dos normas desiguales, de forma que la superior pueda dejar sin efecto todas las anteriores de su mismo rango o de uno inferior, pero no las de rango superior a ella;
- 3) El principio de la competencia, en virtud del cual cada norma tiene un campo exclusivo de vigencia por razón de la materia, en términos que es suprema dentro del mismo y nula cualquiera otra que lo invada.

Esto revela que el régimen jurídico de una norma depende del principio de armonía entre las fuentes empleado por el orden, que puede ser más de uno.

No basta con hallar una potestad normativa fuera de la competencia de la Asamblea, dentro del ámbito del Poder Ejecutivo o de cualquier otro ente administrativo, para tener por necesariamente cierto que se trata de un reglamento.

Pues, en efecto, el reglamento es, por esencia, una norma secundaria y subordinada a la ley, no cualquier norma de origen administrativo. De este modo, si el Poder Ejecutivo o un ente autónomo tiene potestad de dictar normas primarias y no subordinadas a la ley, se tratará de leyes de la Administración Pública y no de reglamentos, aunque suene paradójico.⁽⁶⁾

Lo dicho significa que histórica, positiva y doctrinalmente los ordenamientos han optado por el método de la jerarquía para regular el régimen jurídico del reglamento respecto de las otras

⁽⁶⁾ Como veremos posteriormente la afirmación anterior queda ampliamente comprobada con la historia y con nuestra actual experiencia institucional. Ver Lorenza Carlassare, Regolamento dell' Esecutivo e Principio di Leggalita, págs. 10 a 25.

Se verá, por otra parte, que la Asamblea Legislativa y el Poder Judicial nuestros emiten reglamentos ejecutivos de las leyes aplicables a su organización y funcionamiento, lo que revela la existencia de un criterio material de distinción de las funciones legislativa y reglamentaria, pues la diferencia entre ambos persiste incluso cuando es la Asamblea la que emite el reglamento. La diferencia, como se verá, no está en la generalidad, extremo por el que más bien se identifican, sino en la jerarquía o distancia respecto de la Constitución; el reglamento se subordina a la ley y por ello dista dos grados de la Constitución (fuente secundaria), a la inversa de la ley, que dista sólo un grado (fuente primaria). En el caso de que los tratados y normas del derecho internacional sean fuente superior a la ley, la nota distintiva entre ésta y el reglamento será el carácter secundario de la primera y el terciario de la segunda. Todo esto será más ampliamente desarrollado después, en lo estrictamente concerniente a las relaciones entre ley y reglamento.

fuentes y, sobre todo, respecto de la ley. La solución ha sido concebir el reglamento como una norma subordinada a la ley, instrumento de realización de los fines de ésta. Puede decirse que el reglamento, acto normativo y similar por ello a la ley, es simultáneamente un acto administrativo, regulado por ésta en un mínimo, que comprende necesariamente su autor, su fin y los límites del contenido, el cual, eventualmente, puede ser no otra cosa que mera interpretación o desarrollo de la ley (reglamento ejecutivo). A la inversa de ésta, que es siempre un acto a fin indeterminado según la libre decisión política de su autor, el reglamento está siempre vinculado al fin que la ley le impone, incluso cuando se dicta sobre la base de una competencia para actuar en concreto sin mención de potestades normativas (reglamento independiente o autónomo), pues en ese caso la única meta admisible es siempre y necesariamente la eficiencia en el ejercicio de la competencia legal instrumentada.⁽⁷⁾ Cuando, como veremos en breve, el reglamento parece suplantar la ley, invadiendo el campo material a ella reservado dejándola sin efecto, hay en el fondo otra ley que lo permite y que es la verdadera causa del fenómeno, dirigiéndolo y limitándolo como si el reglamento fuese acto administrativo común (reglamentos autorizados o delegados). Se ha dicho, por ello, que el reglamento es un acto normativo a estructura administrativa, aludiendo a esta su doble cualidad de ser norma y acto normativamente predeterminado al mismo tiempo.⁽⁸⁾

ii) Origen histórico-político del reglamento.

La superioridad de la ley sobre el reglamento es histórica y política y está anclada en lo más íntimo del Estado de Derecho. Corresponde, en realidad, al concepto de que la Asamblea es el

(7) Giuseppe Guarino, Scritti di Diritto Pubblico Dell'Economia, Vol. I, pág. 42: "Si se compara la estructura del poder negocial privado con la del poder público (político o discrecional), se constata que el poder negocial y el político, son libres en el fin y consienten al sujeto titular el orientar libremente su conducta, mientras el poder discrecional es vinculado en el fin y obliga a moverse sólo en la dirección pre-establecida por la ley". En igual sentido Enzo Cheli, Potere Regolamentare e Struttura Costituzionale, pág. 431.

(8) Enzo Cheli, op. cit. pág. 440. Respecto de los reglamentos delegados, los que aparentan derogar la ley por fuerza propia, de conformidad con la previsión de la misma norma derogada o de otra, dice claramente este autor (pág. 415): "el reglamento delegado, lejos de incidir directamente por virtud propia, sobre la norma primaria a abrogar o derogar, se limita, en lugar de ello, exclusivamente a operar como condición resolutoria de la eficacia de esta norma, o bien, como acaecimiento de una condición suspensiva puesta a la eficacia de la norma que autoriza la abrogación".

órgano representativo por excelencia, sea de una clase burguesa opuesta al privilegio y a la arbitrariedad del Rey (Gobierno), sea de una comunidad política pluripartidista, única sede en que las minorías pueden hacerse oír continuamente y no sólo defender sus ideas y derechos sino imponerlas por la persuasión o la coalición frente a la mayoría. El Poder Ejecutivo (o Gobierno) aparece, desde este ángulo, como el órgano autócrata y unipersonal, con oídos sólo para la mayoría gobernante y, en el peor de los casos, para su personal y unilateral ideología. Esta concepción se originó en la Revolución Francesa (cuyas primeras constituciones, inspiradas en la idea rousseauiana de la voluntad general, prohibieron expresamente la potestad normativa del Rey) y se transmitió —con breves decadencias— a la forma más pura y evolucionada del Estado de Derecho liberal y burgués, la anterior a la primera guerra mundial, como vestigio de una actitud de sospecha y temor ante el Poder Ejecutivo, cuyo único papel aceptable dentro del sistema era el de mero ejecutor de la política y de las leyes de la Asamblea.⁽⁹⁾ Se trata, en consecuencia, de una superioridad no tanto de la ley sobre el reglamento, cuanto de la Asamblea sobre el Poder Ejecutivo. Dentro de este marco, resultaba concebida la potestad reglamentaria como puramente ejecutiva de la ley y claramente fundada en ésta, de ser necesario caso por caso.

Esta idea maduró en Francia, sobre todo como herencia de la gran Revolución. Pero simultáneamente y desde mediados del siglo pasado los alemanes (capitaneados por Laband, Jellinek y Meyer) desarrollaron hasta su máxima perfección la doctrina material de las funciones del Estado, según la cual hay identidad de naturaleza entre ley y reglamento, por ser ambos actos normativos, en cuanto abstractos y generales de contenido. Aunque en Alemania la idea se gestó para justificar una reserva reglamentaria en favor del Emperador de Prusia, en Francia sirvió para que Duguit propugnara la tesis de que, a la inversa, la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo era excepcional, por ser legislativa, y requería ya no de ley sino de autorización constitucional expresa, que dejara sin efecto la separación de funciones impuestas por el sistema. El carácter excepcional de la potestad reglamentaria obliga a interpretar-la como un instrumento al servicio de la ley de la Asamblea,

(9) Constantino Mortati, Atti con Forza di Legge e Sindicato di Costituzionalita, págs. 38 y 39.

de cuya naturaleza participa y frente a la cual no es sino un medio de actuación.

Paradójicamente, estas dos opuestas concepciones, una favorable a la potestad reglamentaria sobre cualquier materia a condición de que esté autorizada por ley previa, y la otra tendente a restringir su desarrollo como si se tratara de un germen de concentración de funciones y de despotismo, coinciden en el punto básico y fundamental: ambas doctrinas tienden a mantener la subordinación del Poder Ejecutivo a la Asamblea y el paralelo carácter subordinado del reglamento frente a la ley. Ambas sostienen, en el fondo, el carácter administrativo del reglamento, si se para mientes en la estructura jerarquizada de los actos de poder y de las normas antes apuntada.

iii. Estado actual de la evolución histórico-política.

Esta concepción ha variado en sus supuestos, pero no en sus resultados. El Estado de Derecho ha llegado a centrarse claramente sobre el Poder Ejecutivo, incluso en los sistemas parlamentarios. Múltiples y muy examinados han sido los factores determinantes: aumento de atribuciones estatales, multiplicación de órganos y entes públicos y necesidad de coordinación, carácter predominantemente técnico y dinámico de los problemas e intereses a resolver, lentitud de funcionamiento de las Asambleas, excelencia y capacidad política mayores de los Jefes de Gobierno (Presidentes o Primeros Ministros), todo ello ha terminado por conferir al Gobierno y a su Jefe la primacía en la dirección política y económica del país y a invertir los términos de la relación clásica entre ambos Poderes, si no en la ley, sí en la realidad.⁽¹⁰⁾

Esto es así mayormente en regímenes presidenciales como el nuestro. Esa naturaleza presidencialista puede haber detenido durante mucho tiempo la invasión y sujeción del Ejecutivo por la Asamblea, propia de otros sistemas parlamentarios europeos.

Y, sobre todo, el origen popular y representativo de nuestro Presidente, y la clara evolución de nuestra vida pública desde hace más de tres decenios hacia la formación de dos grandes bloques políticos, han fortalecido la posición de aquél como el Jefe de la Nación y del Estado, por encima de los demás Poderes.

(10) Constantino Mortati, op. cit., págs. 40 y 41; Enzo Cheli, op. cit., págs. 239, 240 y sgtes.

La función de elegir metas nacionales, programarlas y ponerlas en marcha es preferentemente suya desde hace ya mucho tiempo.

Con esta evolución se ha alcanzado un cambio de enfoque: la potestad normativa del Poder Ejecutivo es connatural a su función administrativa, de planificación e impulso diario y continuo de la vida nacional. El Poder Ejecutivo tiene esa potestad porque debe tenerla y le corresponde por derecho propio como instrumento diario de gobierno, no como concesión extraordinaria de la Asamblea. La sede natural para otorgar y reconocer esa potestad del Poder Ejecutivo no es la ley, sino la Constitución, y no, como había sido, por considerar incompatible esa potestad con la división de poderes, sino por considerarla inevitable y normal en el funcionamiento del Gobierno. Es lo que se ha llamado la potestad institucional de reglamentación del Poder Ejecutivo, como derivación necesaria de la misión y función propias del mismo. La función reglamentaria es administrativa y tiende más que a la ejecución de la ley al cumplimiento de los fines de la Administración. Esta tiene a su disposición dos tipos de medios al efecto, el "acto concreto" y la norma administrativa, el "reglamento." Aunque distintos por el contenido ambos son medios de naturaleza administrativa, que nada tienen que ver con la ley.⁽¹¹⁾ Llevada a sus últimas consecuencias este enfoque propugna la admisión de la potestad reglamentaria sin texto alguno y en favor de todo aquel órgano adminis-

(11) Maurice Hauriou, *Precis de Droit Administratif et de Droit Public*, Ed. 10 pág. 61. "Cada uno de los grandes poderes públicos tiene el poder de regular, de ordenar por vía general; en donde este poder no funciona es que ha sido suprimido; pero allí donde funciona, no es en virtud de una delegación de la ley, sino por su propia virtud".

Lorenza Carlassare, *Regolamenti dell'Esecutivo e Principio di Legalità*, págs. 84 y 87.

Similar enfoque del reglamento como medio administrativo de acción implícito en la competencia para decidir por medio de actos concretos, en Teitgen, según Jean Claude Douence, *Recherches sur Le Pouvoir Reglementaire de L'Administration*, págs. 342 y 343; igualmente, en lo que concierne al carácter institucional y funcional de la potestad reglamentaria, que conlleva su reconocimiento y aceptación incluso sin texto expreso que la atribuya, págs. 364, 366 y 371, con cita de Rivero.

Conviene aclarar, sin embargo, que la existencia no claramente autorizada de poderes implícitos de organización y reglamentación, en relación con actos o servicios propios del autor del reglamento, es aceptada en Francia como una forma de autonomía normativa en el sentido verdadero del término, en tanto que en Italia es considerada como una simple forma de ordenamiento interno especial, todo según lo antes explicado. La solución francesa abarca no sólo la potestad reglamentaria de los servicios propios —fundamentalmente de auto-organización de los mismos— sino también la de sus actos de policía limitativos de las libertades públicas, lo que parece violar de frente el principio de legalidad administrativa y la seguridad jurídica que intenta proteger. Desde este punto de vista es evidente la ventaja política e ideológica que contiene la solución italiana, para quien entiende como fin último del Estado de Derecho, pese a sus transformaciones, la tutela de la dignidad y de la libertad.

trativo que, aunque diferente del Gobierno, tenga en sus manos el poder de dirigir y aun el más modesto de decidir. Planteada en esta forma radical, la postura en comentario ha encontrado eco limitado en la doctrina, ninguno en la jurisprudencia.⁽¹²⁾

Esta postura, en su forma menos radical, propugna la existencia de la potestad reglamentaria con base en la Constitución, como instrumento típico de alta administración, y ahí donde la Constitución no contenga autorización expresa, afirma la posibilidad de fundarla como quiera en los principios implícitos dentro del sistema, como potestad inherente a la función administrativa, de rango siempre constitucional.⁽¹³⁾ En esta hipótesis y para evitar la multiplicación irracional de los centros titulares de la potestad, admite la atribución de la misma únicamente a los órganos supremos del Gobierno, Presidente y Ministro (en régimen presidencial) o Presidente y Primer Ministro (en régimen parlamentario).⁽¹⁴⁾ No puede negarse el acierto de esta última posición, sobre todo si se mira a las Constituciones contemporáneas, cuya gran mayoría prevé

(12) Jean Claude Douence, op. cit., págs. 433 y 438: "El problema es, entonces, saber en qué medida una (potestad) implica la otra y principalmente si el poder de adoptar actos particulares puede conllevar el de establecer la reglamentación general correspondiente". El Consejo de Estado ha respondido negativamente, según se desprende de cita de jurisprudencia hecha por el autor a pág. 440, y de las palabras del Comisario de Gobierno Bernard, quien dijo: "el poder de adoptar decisiones individuales no supone el de reglamentar las condiciones dentro de las cuales esas decisiones serán adoptadas", opinión que aceptó el Consejo de Estado.

(13) Enzo Cheli, op. cit. págs. 232 y 233. "la concepción del poder reglamentario como producto de atribución expresa, contingente y puntual operada por la ley a favor del Ejecutivo, no encuentra más efectivo apoyo en la realidad de los ordenamientos occidentales contemporáneos (aún si de tipo parlamentario) dado que, en estos, los poderes de normación secundaria tienden, con clara orientación, a derivar en forma orgánica y estable de esferas de competencia normativa institucionalmente atribuidas al Gobierno por normas constitucionales". . . . "no es infundado buscar la verdadera justificación de la existencia y la medida fundamental del poder reglamentario justa y esencialmente en la posición constitucional del Gobierno, en cuanto órgano investido en primer término de cometidos que tienen por substancia propia no sólo la ejecución (de la ley) sino también la normación (en diversos niveles)". Lorenza Carlassare, op. cit., pág. 278, que sostiene no ser necesaria la norma constitucional, por ser posible un fundamento legal ordinario para la potestad.

(14) Lorenza Carlassare, op. cit., pág. 274: "el hecho de que sólo algunas de tales autoridades estén legitimadas para dictar reglamentos podría explicarse teniendo en cuenta el carácter de la Administración Central del Estado. Esta, salvo norma en contrario de la Constitución, todavía está organizada jerárquicamente, de modo que los poderes de las autoridades inferiores están absorbidos en un ordenamiento jerárquico de las competencias". Enrique Sayagues Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 135: "La opinión sustentada acerca del fundamento de la potestad reglamentaria (que "radica en la naturaleza misma de la función administrativa") determina la respuesta a la cuestión de cuáles órganos pueden dictar reglamentos: desde el momento que esa potestad es inherente a la función administrativa y constituye uno de sus atributos fundamentales, la tienen los órganos jerarcas de las distintas administraciones públicas".

y regula la potestad reglamentaria.⁽¹⁵⁾ La idea de un poder reglamentario de rango constitucional, inherente y tácito, que opera fuera de toda atribución (constitucional o legal) expresa, es también corriente en la doctrina publicista latinoamericana.⁽¹⁶⁾

Ello no obstante, la más nueva doctrina encuentra, de conformidad con la evolución descrita, que la función reglamentaria es administrativa y que la potestad correspondiente, como todo lo administrativo, está sujeto al principio de legalidad. Todo reglamento y toda potestad reglamentaria exigen una norma de base que lo autorice, expresa o implícitamente. El fundamento de dicha potestad —dada su naturaleza administrativa— no puede ser otro y tiene que ser el mismo de toda potestad administrativa común: el bloque de la legalidad, que para estos efectos no abarca al reglamento mismo. Un reglamento no puede autorizar otro⁽¹⁷⁾ pero

(15) La autora Carlassare enumera más de treinta constituciones actuales que tocan expresamente el punto; op. cit., págs. 91-92.

(16) Enrique Sayagues Laso, op. cit., Tomo I, pág. 134. En contra Ismael A. Vargas, Las Instituciones Autónomas y la Potestad Reglamentaria en la Constitución Política de Costa Rica, págs. 137 y 136, Revista de Ciencias Jurídico Sociales, Universidad de Costa Rica, que dice: "si la moderna doctrina ha extendido la potestad reglamentaria, en cambio el derecho positivo y la misma doctrina no se han apartado del principio de que el ejercicio de tal función, en aspectos tan concretos, debe estar necesariamente conferido por la propia Constitución en términos expresos o implícitos". La admisión de una potestad constitucional implícita equivale a la de una potestad inherente.

(17) Jean Claude Douence, op. cit., pág. 289, parece inclinarse por la tesis opuesta, pero explica claramente que la misma tiene fundamento en los artículos 21 y 37 de la Constitución francesa actual, la cual, como se sabe, constituye el punto culminante de la evolución histórica descrita en favor de un potenciamiento del Poder Ejecutivo y de una liberación del reglamento frente a la ley. En este sistema el reglamento hace las veces de la ley, dada la relativa pertenencia de la creación y distribución de competencias públicas, en la esfera de la Administración, al Poder Ejecutivo. Es éste el que se autoorganiza, con independencia de la ley, y distribuye la potestad reglamentaria, con fundamento directamente constitucional. El hecho de que, según el artículo 34, la organización administrativa no corresponda a la Asamblea, sino al reglamento autónomo del Gobierno que prevé el artículo 37, y el hecho de que el artículo 21 permita al Gobierno delegar funciones, autoriza y legitima toda atribución de potestad reglamentaria por medio de reglamento autónomo. Fuera de ese caso, la Asamblea puede intervenir cuando sean objeto de regulación la propiedad o las libertades fundamentales, materia reservada a la ley, lo que implica que la mayor parte de los reglamentos importantes tienen que ser autorizados por ley, dado que casi ninguna actividad administrativa es extraña al roce con esos derechos fundamentales. Esto reduce a muy poco la exclusividad en la atribución de la potestad reglamentaria dentro del ámbito administrativo, aparentemente reservada al Gobierno, y no a la Asamblea. (Ver, págs. 194-230-248 *Ibidem*). Es digno de hacerse notar que incluso en el sistema francés, el reglamento autónomo (aún si se da sobre materia exclusivamente reglamentaria) es considerado como acto administrativo y no como ley formal, pese a su independencia frente a ésta, porque la jurisprudencia se ha encargado de mantener la primacía común de la ley siempre que hay conflicto y de someter el reglamento al control contencioso, lo que implica su consideración como acto administrativo sometido a la ley; puede verse al respecto Douence, op. cit., págs. 260 y 261.

todo reglamento tiene que estar autorizado o por Constitución o por ley.⁽¹⁸⁾ La opinión doctrinal al respecto es hoy casi unánime, aunque se admite también que la costumbre puede sustituir la ley.

He aquí, como al cabo de esta laboriosa evolución, la Asamblea ha mantenido su primacía sobre el Poder Ejecutivo y la ley sobre el reglamento. Pues, en efecto, lo que está en juego es el principio de legalidad. La necesidad de seguridad jurídica que lo inspira sigue siendo fundamental para entender la Administración moderna y sus relaciones con la Asamblea. Y ha sido también importante la reserva al cuerpo más representativo, incluso de minorías, de las decisiones fundamentales de una comunidad, las que toman la iniciativa en señalar los fines de la norma jurídica. En el fondo pervive el apoyo social efectivo a la creencia de que la Asamblea es el cuerpo más representativo de la voluntad general, cuyo procedimiento pluripartidista de discusión y decisión garantiza mejor el respeto a los derechos humanos y el acierto en la decisión política. Es, en realidad, el viejo dogma revolucionario y clásico del predominio de la voluntad general.⁽¹⁹⁾

En consecuencia, el rasgo fundamental del reglamento sigue siendo su carácter secundario y no sólo subordinado sino dependiente (por su origen) de la ley o de las fuentes superiores a ésta, en bien de la seguridad jurídica y del acierto en la decisión. El problema de regular el reglamento y la potestad reglamentaria es, entonces, el mismo que el de regular cualquier otra potestad administrativa de tipo concreto y subjetivo: es propiciar la satisfacción al máximo de fines escogidos por el legislador dentro del respeto a los derechos del individuo. Es, en síntesis, un problema de potenciamiento y, a

(18) José Ma. Boquera Oliver, Los órganos estatales titulares del poder reglamentario, Rev. Ad. Pub., Nº 47, págs. 85 y 86: "La tesis de que el poder reglamentario es un poder otorgado a la Administración está sentada en los hechos y probada por la historia, y responde a la nueva concepción de la Ley que impone el triunfo de la Gran Revolución". El poder reglamentario no es un poder espontáneo, inherente a la Administración, ni delegado en ella, sino un poder creado por el Legislador y otorgado por la Administración". En sentido igual Eduardo García de Enterría, Recurso contencioso contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición, Rev. Ad. Pub. Nº 29, pág. 165, así como Mariano Baena de Alcazar Instrucciones y Circulares como Fuente del Derecho Administrativo, Rev. Ad. Pub. Nº 48, pág. 125.

(19) Agustín Gordillo, Introducción al Derecho Administrativo, pág. 198: "Es esencial al principio de separación de poderes y a la existencia de la libertad, que la creación de normas generales de derecho sólo fuera hecha por los representantes del pueblo en el órgano especialmente creado al efecto; como principio general, pues, debe negarse la posibilidad de que el Poder Ejecutivo dicte tales normas".

la vez, de reducción de la discrecionalidad administrativa, cuando la misma se expresa normativamente, para garantizar al individuo y a la Administración la equilibrada satisfacción de sus intereses.

iv. El principio de legalidad y el reglamento.

El principio de legalidad significa, como se advirtió, la conformación del acto administrativo por la ley. No se trata de mera conformidad, sino de verdadera conformación. Se quiere decir que el acto administrativo queda sujeto a la legalidad no sólo en el sentido negativo de que tiene que conformarse con la legalidad, sino en el sentido positivo de que sus elementos esenciales tienen que estar regulados por ley o norma anterior, so pena de no considerarse autorizado. El acto tiene que respetar la ley pero, además, provenir de potestad creada por ésta; caso opuesto es nulo. La regulación de las potestades administrativas se hace mediante fijación, precisa o imprecisa, del "sujeto", del "fin" y, normalmente, del "contenido" del acto futuro. No basta la indicación de los dos primeros elementos, sino que es necesario una delimitación del contenido del acto por la norma, entendiéndose por tal "aquello que el acto decide, certifica y opina" (Agustín Gordillo, El Acto Administrativo, pág. 244, 2da. Edición). La mera indicación del fin no justifica ni autoriza por sí los medios necesarios, salvo caso de urgencia.⁽²⁰⁾

(20) Maurice Hauriou, citado por Douence, op. cit., pág. 436: "De la existencia de una función no se puede concluir dando por cierta la de todos los derechos necesarios para la mejor realización de la misma". Jean Marie Reinaud, La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel, pág. 102: "El verdadero principio es el del acto general previo: no se puede dictar un acto individual que no haya sido previsto, autorizado o prescrito por una ley o por un reglamento. De este modo la competencia de los servidores administrativos está subordinada a la intervención de una ley: todo acto individual supone una norma general, al menos desde el punto de vista de la competencia".

El autor moderno más categórico al respecto es la Prof. Carlassare, op. cit. pág. 159: "La Ley, en consecuencia, está constitucionalmente vinculada a tener un cierto contenido, o sea a disciplinar incluso en la sustancia la materia en relación con la cual atribuye potestades a los órganos del Poder Ejecutivo, con la consecuencia de que si se limita al mero conferimiento del poder, sin poner las normas relativas a la disciplina del mismo, idóneas a ser utilizadas para medir la legalidad del acto de ejercicio del poder conferido, la norma atributiva es ilegítima".

La regla de la determinación o regulación mínima y suficiente, antes formulada como expresión del principio de legalidad, quiebra, según se dijo, únicamente en casos de urgencia o emergencia. Aquel principio queda, entonces, sustituido por el de "necesidad", que suele expresarse en el viejo brocardo romano: "salus populi, suprema lex est". Eduardo García de Enterría, Apuntes de Derecho Administrativo, Tomo II, Vol. I, Cap. I in fine (el texto no tiene numeración de páginas): "En nuestra legislación (de España) podemos encontrar, sin embargo, disposiciones que atribuyen indeterminadamente el poder; se trata de los casos que prevén los estados de necesidad, ya aludidos al hablar de los reglamentos de necesidad". . . "en los supuestos estudiados se recogen aplicaciones concretas de la doctrina del estado de necesidad: para salvar un bien jurídico superior es lícito sacrificar bienes de

Esto ha llevado a ilustres tratadistas a considerar típico y nominado el acto administrativo, bajo sanción de nulidad.⁽²¹⁾

Aunque no hay unanimidad sobre la vigencia del principio en materia de policía (Douence op. cit. pág. 436) el principio es hoy universal en el derecho comparado occidental.

Legalidad es sumisión del acto concreto a norma previa que regule sustancialmente su fin y su contenido (o, alternativamente, el motivo).

Ello dicho, la aplicación del principio a la potestad reglamentaria presenta algunas peculiaridades, dadas por la naturaleza normativa de los actos autorizados, pero es siempre posible.⁽²²⁾

Conviene recordar al efecto la noción elemental de norma jurídica como "juicio hipotético, en cuanto hace depender de la realización de ciertos supuestos el nacimiento de derechos y deberes. Las proposiciones que las expresan constan de dos partes: supuesto

índole inferior; para salvar el orden público, se permite sacrificar el orden normal de competencias y atribución de potestades'.

La famosa "Theorie de circonstances exceptionnelles" elaborada en Francia por el Consejo de Estado cumple igual propósito, de suspensión provisional del ordenamiento para atribuir potestades de contenido indeterminado, excepcionales en un Estado de Derecho. Francis-Paul Benoit, LeDroit Administratif Français, págs. 504 y 505: "El derecho positivo reconoce a los servidores públicos esta posibilidad de acción fuera del marco jurídico normal, cuando circunstancias excepcionales hacen imposible garantizar, con el respeto a las reglas de derecho, el buen funcionamiento de los servicios públicos y el mantenimiento del orden público. En tal hipótesis un servidor podrá realizar válidamente actos jurídicos para los cuales no ha sido investido por texto legal alguno, o bien operaciones materiales que no entran normalmente en sus atribuciones".

(21) Massimo Severo Giannini, op. cit., pág. 78: "mientras en Derecho privado el sujeto puede en ejercicio de su autonomía privada realizar actos no disciplinados por el Derecho (contratos innominados) la Administración, actuando como autoridad, no puede, en principio, adoptar actos administrativos innominados, con las salvedades que se dirán". Las salvedades a que se refiere el autor son las que tocan las situaciones de urgencia. El mismo autor expresa (Atto Amministrativo, Enciclopedia del Diritto, separata editada por Giuffrè, pág. 42): "El principio de tipicidad tiene por contenido no solamente la predeterminación normativa de la figura de cada acto administrativo, sino también y principalmente la predeterminación de los elementos que lo componen, con la consiguiente delimitación positiva del contenido de cada uno de los mismos: lo que tiene muy especial importancia en orden a la inclusión de cláusulas especiales en el (contenido del) acto.

(22) Andre de Laubadere, Traite Elementaire de Droit Administratif, Vol. I, pág. 193: "El ejercicio de la función administrativa está gobernado por el principio fundamental de legalidad. Este principio significa que las autoridades administrativas están obligadas, en sus decisiones, a conformarse a la ley o, más exactamente, al conjunto de reglas de Derecho, las más de las cuales, pero no todas, están contenidas en la ley. Este principio concierne a todas las actividades de las autoridades administrativas: en primer término, las decisiones administrativas individuales para las cuales (el principio) significa que toda medida particular debe ser conforme con las reglas generales pre-establecidas; pero también los actos administrativos reglamentarios deben respetar la legalidad".

y disposición".⁽²³⁾ Una nueva doctrina ha intentado agudamente analizar la estructura de la norma, separando el "campo material" del "modo de disciplina".⁽²⁴⁾ El campo material u objeto de la norma es el tipo de sujeto y conducta que aquella toma en cuenta para dictar su regulación. La regulación misma es, en cambio, la disciplina. Podría decirse que "materia de una norma" es el sujeto que actúa en el supuesto y su actuación misma, mientras que disciplina es la disposición que atribuye deberes o poderes. Como todo supuesto implica, además del sujeto actuante, una situación de hecho en que se ubica, el campo material comprende también esta última.

Si se aplica el principio de legalidad a la norma (reglamentaria), empleando la distinción hecha entre "supuesto" y "disposición", entre "campo material" y "modo de disciplina", podemos encontrar fácilmente un cierto paralelismo con la legalidad del acto administrativo concreto (no normativo).

En efecto: el acto tiene también su materia que es su objeto (punto de referencia del efecto del acto) y su disposición (que es la situación jurídica que crea). Y así como el principio de legalidad exige por modo normal y general que el acto administrativo esté previamente regulado en cuanto a fin y contenido para ser legítimo (regulación que puede ser imprecisa, por otra parte) así también la potestad reglamentaria tiene que estar determinada no sólo en la materia que regulará (determinación consistente, según lo dicho, en la definición de los sujetos y hechos a que se destina) sino también en cuanto al "modo de disciplina" o "disposición" que habrá de contener el reglamento nacido de su ejercicio (precisión que consiste en indicar los deberes o poderes que habrá de conferir).

(23) Eduardo García Maynez, Lógica del Juicio Jurídico, pág. 125: donde explica además: "Podemos definir el supuesto como la hipótesis de cuya realización depende el nacimiento de las consecuencias de Derecho. Disposición es la parte de la norma que señala los deberes o facultades condicionados por el hecho jurídico".

(24) Giuliano Amato, Rapporti Fra Norme Primarie e Secondarie, págs. 31, 32 y 43: "objeto de la función legislativa, es decir: el campo material sobre el cual se ejercita, será siempre ésta o aquella otra categoría de sujetos, en tanto que colocados en una cierta situación o como autores de cierto comportamiento. Y el contenido (de la norma), es decir: el modo en que (la norma) regula (la materia), es la atribución a los sujetos de una situación jurídica"... "Dada la norma: aquel que haya tenido la conducta X o se encuentre en la situación X, puede comportarse frente a Y con una conducta Z", la dividimos en dos partes: una que dice: "el que haya tenido la conducta X", y otra que dice: "debe o puede". Y es evidente que la primera parte constituye el objeto de la disciplina legislativa, es decir: el campo material sobre el cual se ha de ejercitar la función legislativa; mientras la segunda parte es el modo de disciplina, el modo en que la función misma se ha manifestado en esta ocasión".

Esta es una consecuencia importante en cuanto a la relación entre ley y reglamento, que supone no sólo ilegal el reglamento que se da sin esa regulación previa de su contenido, sino también la inconstitucionalidad de toda ley que autorice expresamente una potestad reglamentaria sin determinar suficientemente, al mismo tiempo, su campo material y modo de disciplina, entendidos de conformidad con lo anterior, especialmente en aquellos ordenamientos, como el nuestro, donde está prohibida expresamente la delegación de potestades por un Supremo Poder en otro (artículo 9 C. Política).

La determinación puede ser, como con el acto administrativo, precisa o imprecisa, aunque más comúnmente será lo segundo, dado que, de otra manera, habría duplicación normativa.

vii. El carácter secundario del reglamento y sus clases.

Se suele distinguir en doctrina y en nuestro Derecho varias clases de reglamentos, a saber: ejecutivos, independientes y delegados (o, como los llama la más nueva doctrina, "autorizados").

El reglamento ejecutivo es el que se dicta, como dice nuestra Constitución (artículo 140 inciso 18) para lograr "la pronta ejecución de las leyes". Es evidente que el mismo encuentra la norma que le da base no sólo en la Constitución, sino también en la ley misma que ejecuta, cuyo contenido enmarca el suyo propio y del cual sólo puede alejarse, disponiendo por vía complementaria, siempre que actúe en lo estrictamente necesario para lograr el fin de la ley.⁽²⁵⁾

Los únicos casos que parecen poner en entredicho la tesis expuesta, consistente en afirmar que el reglamento está sometido a la ley en igual forma que el acto administrativo concreto y que, por tanto, han de estar predeterminados por ley no sólo su campo material (destinatario y hechos regulados) sino también su modo de disciplina (contenido posible de los deberes y poderes), son el reglamento llamado independiente y el reglamento delegado. Se trata en realidad de una apariencia.

(25) Giuliano Amato, op. cit., pág. 129, notas 77 y 174.

a) Reglamentos independientes.

Suelen llamarse tales los que regulan las competencias propias del autor del reglamento y, excepcionalmente, las de autoridades inferiores.⁽²⁶⁾ En Francia son concebidos como un tipo de medio para el cumplimiento de los fines públicos que son asignados a las oficinas, sobre la base, elegantemente captada por Douence (op. cit., pág. 363), de que "salvo disposición en contrario, cada autoridad debe disponer del conjunto de derechos necesarios para el ejercicio de su función". Se trata, en consecuencia, de un tipo de reglamento caracterizado por su materia y su fin, consistentes en la organización y regulación de la actividad propia del autor del reglamento o de su inferior, para un mejor cumplimiento del fin público asignado.

Han sido llamados "reglamentos funcionales" justamente por ese su carácter instrumental en relación con las competencias propias de la autoridad que reglamenta.⁽²⁷⁾

Su segunda más notable característica es que surgen de una potestad reglamentaria implícita, dado que el órgano que los dicta lo hace invocando su competencia para adoptar decisiones concretas y tipificadas en relación a un fin encomendado, sin que la ley otorgue expresamente poder alguno de reglamentación.

Ello dicho, resulta claro que se trata de reglamentos ejecutivos de la ley de competencia y accesorios respecto de ésta, pues serán admisibles en la medida en que sirvan para precisarla y complementarla en lo que hubiere sido omisa y fuere estrictamente necesario para el cumplimiento de su fin y para la fiel aplicación de su texto, más allá de lo cual resultarían ilegítimos.⁽²⁸⁾

(26) Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, pág. 270: "Los Reglamentos independientes son aquellos que se dictan como consecuencia, cabalmente, de esa originaria potestad reglamentaria que se acaba de mencionar. A esta categoría pertenecen, de una parte, los Reglamentos de organización administrativa (por ser la organización de sus propios servicios una competencia típica administrativa) de otra, los reglamentos que la Administración dicte para regular el ejercicio de poderes que le estén conferidos discrecionalmente. Por eso, estos Reglamentos son inadmisibles en materias reservadas a la ley".

En Francia resalta el carácter independiente de este tipo de reglamento con base en el famoso fallo del caso Jamart (C.E. 7 de febrero de 1936) donde se dijo: "aún en los casos en que los Ministros no tienen poder reglamentario en virtud de disposición de ley alguna, les corresponde, como a todo jerarca, adoptar todas las medidas necesarias al buen funcionamiento de la Administración colocada bajo su dirección" (Long, Weil et Brabant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, pág. 233.)

(27) Lorenza Carlassare op. cit., pág. 195.

(28) Guido Zanobini, Scritti Vari di Diritto Pubblico, pág. 410: "Las palabras usadas por el legislador ("normas necesarias para disciplinar el uso de las facultades correspondientes al Poder Ejecutivo") excluye el que estas normas puedan ser dictadas sobre cualquier materia

Esta equiparación entre ambos tipos de reglamentos fue rechazada por votación de la Corte Suprema de Justicia correspondiente a sesión extraordinaria de Corte Plena N° 38 celebrada a las 15 horas del 13 de agosto de 1953, en la que se acusaba la inconstitucionalidad de un acuerdo de la CCSS para proceder a reglamentar lo necesario para la buena marcha de la institución, ocasión en que la Corte dijo:

"lo dispuesto como atribución de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social o sea "dictar los reglamentos para el funcionamiento de la Institución", no implica que se delegara en ella la potestad de reglamentar la referida ley, que corresponde al Poder Ejecutivo, según el inciso 3 del artículo 140 de la Constitución Política, pues aquellos reglamentos son los que se contraen al gobierno y administración de la Caja, que sí está ampliamente facultada para dictarlos, al tenor de lo que prescriben los números 73 y 188 de la Constitución también".

El fallo es dudoso, pues parte del supuesto de que hay perfecto deslinde de materias entre "administración y gobierno propios" de una institución, y la materia de la ley que le da origen y la organiza. Se trata de una diferencia de grado, que permite esas y otras posibilidades, pero que no es definible con exactitud. De este modo, una vez legalmente definidos los seguros sociales que atenderá la institución, el régimen tripartito de contribuciones que la financiará y la organización de la entidad, puede ser perfectamente concebido como ejecutivo de la ley —y no como independiente de ésta— todo reglamento dictado por la institución que defina el contenido técnico de los servicios médicos que abarcará cada seguro.

Es cierto que si la materia a regular fuera amplia, y no fuera específica la ley ni en su delimitación ni en la formulación de criterios directivos, la excesiva discrecionalidad rompería el vínculo del reglamento con la ley y el mismo sólo podría calificarse como independiente. Pero es también cierto que en tal caso habría una obvia violación del principio de legalidad en su auténtico sentido y una

que no haya sido regulada previamente por ley, y presupone, más bien, que la materia que puede ser objeto de reglamento independiente esté ya en cualquier forma regulada, aunque sea sólo genéricamente, por una ley: norma que abandona al Poder Ejecutivo amplia facultad discrecional, que el reglamento limita y disciplina después. Esta noción, no sólo es la mejor para los principios de libertad de los ciudadanos frente al Poder Ejecutivo, sino que parece confirmar la tesis sostenida por un autor, según la cual los reglamentos independientes no se distinguirían sustancialmente de aquellos ejecutivos, porque irían destinados también a ejecutar o actuar una ley previa. La diferencia entre ambos tipos se reduciría solamente a un diverso grado de discrecionalidad del Poder Ejecutivo en fijar la norma reglamentaria".

ausencia de verdadera potestad reglamentaria. El reglamento "independiente" en esos términos, sobre una materia no tocada por ley previa ni aún en cuanto a directrices fundamentales, sería nulo por incompetencia de la entidad,⁽²⁹⁾ exactamente como es nulo el acto concreto dictado por autoridad no facultada a ello, dada la falta de definición de sus poderes al respecto. Como antes se dijo, en derecho administrativo el fin no justifica ni implica los medios, excepto que una norma preexistente agote los límites de contenido que esos medios pueden tener y haga la atribución de competencia.

Se olvida, alrededor de los reglamentos llamados independientes, que el reglamento ejecutivo tiene función también "complementaria" e "integradora" de la ley, y no sólo función interpretativa. Aquella función consiste ante todo en crear los órganos y las potestades necesarios para el ejercicio de las competencias legales, que de otro modo no sería posible.⁽³⁰⁾ El límite es doble para esta potestad de reglamentación: por un lado, que el órgano o potestad

(29) Lorenza Carlassare, op. cit., 193: "la incompatibilidad con el sistema de los reglamentos independientes, entendidos como los que no tienen detrás de sí ninguna predeterminación legislativa que enmarque su contenido, sino sólo una norma que los legitima, es inevitable. Hipótesis como ésa contradiría abiertamente el principio de legalidad sustancialmente entendido, y violarían, además, los principios del Estado de Derecho y, en particular, el de división de poderes, en cuanto se realizaría un desplazamiento de la función legislativa del Parlamento al Gobierno, fuera de los límites y condiciones previstos por la Constitución".

(30) Giuliano Amato, op. cit., pág. 66: "es un clásico ejemplo de relación entre ley y reglamento ejecutivo aquel de la atribución de parte de la primera de un derecho que tiene por contenido una prestación del Estado u otro ente público, y de la disciplina por el reglamento de las modalidades con las que la pretensión del particular puede hacerse valer" . . . "Así, la ley dice: "el que se encuentre en la situación X tiene derecho a una indemnización Y" y el reglamento, a su vez, dispone: "el que, encontrándose en la situación X, tenga derecho a la indemnización Y, debe presentar su reclamo a la oficina Z".

Eduardo Ortiz, Apuntes de Derecho Administrativo, Tesis El Reglamento, pág. 19, donde se lee: "Si la Contraloría tiene potestad de contralor sobre las instituciones autónomas o el Estado, y su Ley Orgánica omite regular, o no lo hace exhaustivamente, los medios necesarios para hacer efectivo el contralor, resulta claro que puede darse un reglamento ejecutivo de esa ley, de su intención más que de su letra, que regule en detalle las potestades de información, verificación y, en general, de vigilancia de aquella sobre el ente controlado, como medio indispensable para el ejercicio de la otra potestad, cuyos actos expresamente se regulan (aprobación, autorización, anulación, revocación, sustitución, etc.)". Jean-Claude Douence, op. cit., págs. 204 y 205: "Por su propia misión el Poder Ejecutivo tiene que adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la eficacia de la ley, aún si no han sido expresamente o tácitamente previstas en el texto de la ley" . . . "El Ejecutivo debe tener el conjunto de medios necesarios para el ejercicio de su función. Pero la noción de medida indispensable no está definida y se expande día a día" . . . "El carácter indispensable no puede ser apreciado más que caso por caso. Plantea un problema de legalidad que el Juez debe examinar tanto más cuidadosamente cuanto mayor sea el agravio a los derechos y la libertad. La doctrina del poder de policía puede trasladarse a este campo: en un caso como en otro, la decisión administrativa tiene que justificarse por su necesidad efectiva".

Douence cita un caso elocuente decidido por el Consejo de Estado: "la separación profiláctica de un sujeto del medio contagioso donde vive es una medida

nuevos sean indispensables o verdaderamente útiles para cumplir con el fin de la ley; por otro, que lo sean también para el ejercicio de las potestades ya previstas en la ley. El reglamento ejecutivo puede, entonces, ser innovador, a condición de que la nueva regulación que introduzca sea no sólo coherente para cumplir el fin de la ley sino también para cumplir el fin de las potestades y, en general, de los medios ofrecidos por la ley con igual propósito. Este reglamento, aunque complementario, sería típicamente ejecutivo y toda la doctrina lo admite así. La función del reglamento ejecutivo, mucho más que interpretativa, es integradora y complementaria de la ley.

Puede concluirse, en síntesis, que los llamados reglamentos independientes (de organización y de servicio, de competencias o de función) son reglamentos ejecutivos de tipo complementario, vinculados a la ley por su carácter instrumental respecto del fin y de las competencias de esta última. Caso opuesto, son ilegítimos por incompetencia del órgano regulador en virtud de ausencia, imprecisión o insuficiencia de la norma habilitante.

indispensable para garantizar la eficacia y la inocuidad de la vacunación" y esa medida puede imponerse por reglamento" . . . "Se trataba de una necesidad de hecho nacida de la técnica médica: en el estado actual de la ciencia una vacunación sin separación profiláctica es ineficaz e incluso peligrosa. La restricción a la libertad individual que prevee el reglamento no nace directamente de la ley sino de un estado de cosas que se impone a la misma ley".

Podría decirse, para compaginar el ejemplo de Amato con el de Douence, que cuando una potestad u organización es necesaria para el cumplimiento de los fines de la ley, y, simultáneamente, para el ejercicio de las potestades y competencias de la Administración, ésta última puede crearlos en virtud de reglamento tendente a garantizar la más fiel y pronta aplicación de aquella ley, reglamento, por tanto, de carácter ejecutivo.

Enrique Sayagues Laso consagra esta misma solución claramente para el ámbito latinoamericano cuando dice con ejemplos: "sería erróneo menospreciar la importancia del reglamento de ejecución de la ley, porque aún estando subordinado estrictamente a ésta, tiene un campo de acción relativamente amplio y en cierta medida puede desarrollar el texto legal, especialmente cuando la ley no sólo consagra las normas fundamentales. Así, admítase que por vía reglamentaria pueden establecerse formalidades o requisitos no previstos en la ley pero necesarios para asegurar su cumplimiento". (op. cit., Tomo I, pág. 130). Y acto seguido el autor da ejemplos que indican el alcance exacto de sus palabras cuando dice: "exigencia de presentar copias de los programas y llevar planillas de las grabaciones transmitidas, impuestas a las estaciones radiofónicas por decreto reglamentario de fecha 21 de abril de 1938, a fin de asegurar el cumplimiento de la ley de derechos de autor" (ver mismo Tomo y página, nota 6).

Mortati, op. cit., pág. 86: "En vía general se debe decir que resulta impropia la denominación de reglamento ejecutivo, si con la misma se entiende, como ocurre normalmente, circunscribir el campo de acción del reglamento a la emanación de normas exclusivamente secundum legem siendo, en realidad, inevitable la adopción de otras que tengan carácter de praefer legem".

Alfredo Gallego Anabitarte, Ley y Reglamento en España, Rev. Ad. Púb., Nº 57, pág. 121: "El sentido del Reglamento ejecutivo es un principio claro: tiene una directa relación con la ley. Ahora bien, la palabra ejecución es equívoca; muchas veces se trata de desarrollo, ampliación, y no de ejecución, a no ser que se entienda este concepto en sentido amplio".

b) Reglamentos delegados.

Llámanse delegados los reglamentos que, en virtud de autorización de ley, invaden el campo o la disciplina reservados a ésta, o la derogan o reforman, como si fueran leyes. Se pueden dividir en dos grandes rubros: b-1) los reglamentos delegados que cubren materia reservada a la ley; b-2) los reglamentos delegados que dejan sin efecto y sustituyen la ley.

Hay acuerdo casi unánime en doctrina sobre el hecho de que ambos tipos requieren siempre de una autorización legal expresa, sin la cual resultarían evidentemente inconstitucionales.⁽³¹⁾

Sin embargo, autores hay que frente a una autorización habilitante del género distinguen dos clases de situaciones: la de verdadera delegación, y la de mera "ampliación de competencia reglamentaria", y las distinguen a tal grado que mientras aceptan la constitucionalidad y posibilidad de esta última, rechazan en cambio la primera posibilidad.⁽³²⁾

Creemos que delegación de materia al reglamento y ampliación de su campo son lo mismo, pues ambas suponen esa ampliación, con la diferencia irrelevante de que en el primer caso ésta es permanente y plena, en el sentido de que la autoridad reglamentaria podrá no sólo dictar el primer reglamento sino continuar regulando la materia, a la inversa de lo que parece ocurrir con la mera ampliación, que normalmente se da para un solo acto reglamentario. En ambos casos, en efecto, lo que se cuestiona es lo mismo, a saber: ¿puede la ley franquear la valla puesta por la Constitución cuando reserva cierta materia a la Asamblea y la sustrae al Poder Ejecutivo, o cuando sienta la prevalencia de la ley sobre el reglamento? ¿Puede el Poder Ejecutivo pasar por encima de una ley, con la autorización de ésta, o regular materia de ésta, también por el mero hecho de la autorización legislativa?

(31) Manuel María Díez, Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 444: "Cuando hablamos de reglamentos delegados, entendemos que se trata de aquellos dictados en mérito a nuevas facultades que se acuerdan al Poder Ejecutivo por delegación del legislador y que, por supuesto, no se trata de las que podrá ejercer dentro de las que le confiere el texto constitucional". Sin embargo, este autor presenta un panorama contradictorio, pues mientras parece afirmar que no es posible el reglamento delegado en materia reservada a la ley (en cuya hipótesis pierde toda utilidad) da múltiples ejemplos de jurisprudencia argentina que admite delegación en el reglamento de regulaciones sobre la libertad y la propiedad (págs. 433, 434, 444 y 445, que contrastan con afirmaciones en sentido inverso en págs. 437 y 438).

(32) Enrique Sayagues Laso, op. cit., Tomo I, pág. 125, nota 2 ibidem.

Las cuestiones anteriores se suelen plantear principalmente en relación con la materia penal y tributaria, típico ejemplo de la reserva de ley (artículo 39 párrafo primero y artículo 121 inciso 13 C. Política).⁽³³⁾

Es evidente, en efecto, que cuando no se trata de materia reservada a la ley, es legítima cualquier autorización legislativa para regularla, a condición de que se cumpla con los requisitos de guiar y limitar el contenido del reglamento, tal y como lo exige el principio de legalidad sustancial antes explicado. Según éste, será prohibido todo reglamento que regule por vez primera una materia en forma totalmente libre e, incluso, no suficientemente vinculada ni dirigida por la ley. Pero basta con que se den ambos requisitos, autorización del reglamento con indicación de directrices y límites, para que el reglamento sea legítimo, aunque no haya regulación directa de la materia por la ley. De hecho y según lo antes afirmado, no se tratará en el caso de otra cosa que de un reglamento ejecutivo menos vinculado que el normal.

(33) Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, pág. 249: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación acepta que el reglamento delegado pueda emitirse en nuestro país, sin que ello implique agravio a texto o principio alguno de orden constitucional. Pero supedita la validez de esos reglamentos a ciertas condiciones: las facultades normativas otorgadas al Poder Ejecutivo deben serlo dentro de un ámbito cierto y determinado".

El autor cita dos interesantes jurisprudencias argentinas que confirman su aserto y que conviene transcribir en lo medular y muy brevemente así: Caso A & Delfino & Cia. c/ el Estado, cita de considerando del fallo: = "Que la cuestión de saber si el Poder Ejecutivo tiene facultades para crear por medio de su reglamento sanciones punitivas constituidas por el arresto o la multa, no existe en la hipótesis, desde que la propia ley 3445 en su artículo 3 inciso 6º ha atribuido expresamente a aquél el derecho de aplicar multas dentro del máximo que la misma señala y la impuesta en el caso al recurrente, manifiestamente se halla dentro de lo autorizado por aquella".

Según cita del texto esta tesis ha sido reafirmada por otro fallo más reciente de 1957, que dijo: "Que, conforme a esta doctrina, la ley 'anterior' de la garantía constitucional citada y del principio 'nullum crimen, nulla poena sine lege', exige indisolublemente doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar, sin perjuicio de que el legislador deje a los órganos ejecutivos la reglamentación de las circunstancias o condiciones concretas de las acciones reprimidas y de los montos de las penas dentro de un mínimo y máximo" (op. cit., pág. 252).

En síntesis: de la jurisprudencia citada pareciera que la conclusión de los tribunales argentinos es la misma que la de los italianos, apoyados por su doctrina: para que haya fiel respeto a la reserva de ley en materia penal basta con que el legislador tipifique el delito y fije un máximo de la pena, con suficiente determinación lo primero, o abandone al reglamento algunas circunstancias necesarias para esa definición siempre y cuando dé las bases o criterios para definir las con exactitud en forma simultánea. Pareciera que no se da el respeto a la garantía cuando aparte de no fijarse límite máximo a la pena, se remita la fijación de algunos elementos del tipo a un reglamento futuro, sin dar bases ni criterios directivos suficientemente exactos.

i) El reglamento delegado y la reserva de ley.

El primer problema surge cuando la autorización, incluso contentiva de directivas y límites, se da en materia reservada a la ley, por la Constitución, pues entonces hay la posibilidad o la necesidad de una ley inconstitucional, por violación de la norma que establece la reserva.⁽³⁴⁾

El problema, podemos decir de antemano, sólo tiene una solución alternativa posible: o bien la Constitución —expresa o implícitamente— autoriza la intromisión del reglamento en la materia que ella reserva a la ley, lo mismo que su derogación o reforma por el reglamento, y entonces éste será constitucional y válido; o bien no lo autoriza, y entonces tendrá que ser inevitablemente inconstitucional y nulo. Ello alude directamente a la existencia de dos tipos de reserva, la llamada absoluta y la relativa, que, a su vez, puede ser de campo material o de modo de disciplina.⁽³⁵⁾

En virtud de la reserva absoluta, sea de campo material (sujetos, conductas y hechos previstos en el supuesto de la norma, de cuya realización depende la aplicación de ésta) sea de modo de

(34) Massimo Severo Giannini, I Proventi degli Enti Pubblici Minori e la Riserva di Legge, pág. 9: "la reserva de normación" se expresa en una norma sobre la producción de otras normas, la cual vincula el poder regulador de una determinada materia al uso de un solo tipo de acto normativo con exclusión de los actos subordinados, o bien al uso de un solo tipo de norma, con exclusión de cualquier otra. La reserva de ley sería una norma sobre la producción de normas atinente a la ley y a los actos con fuerza de ley. Desde el ángulo objetivo se podría considerar como un hecho que legitima para legislar; desde el ángulo subjetivo se podría estimar como un límite puesto para el legislador con el fin de tutelar las situaciones jurídicas fundamentales del ciudadano".

(35) Massimo Severo Giannini, op. cit., págs. 9 y 10: "la doctrina sostiene que hay dos tipos de reserva. En la primera, la materia reservada puede ser disciplinada sólo por normas primarias (ley o acto igual a la ley), de modo que queda excluida y sería ilegítima, la disciplina mediante norma secundaria (reglamento)" . . . "En la segunda la materia reservada es menos amplia; no se requiere siempre y necesariamente una norma primaria, sino que es suficiente un acto normativo primario que contenga la disciplina general de la materia. De modo que, en esta reserva, la garantía viene dada en diversa forma: la presencia y la existencia del acto normativo primario señalan un límite de contención a las posibles normas secundarias, las cuales no podrán contrariar lo dispuesto por las primarias, pero por otra parte se aumenta el margen de discrecionalidad del legislador, el cual puede abandonar el desarrollo de la materia a la más simple y fácil disciplina reglamentaria, así como puede atribuir poderes concretos a la autoridad administrativa".

Giuliano Amato, op. cit., pág. 89. "La primera distinción a hacer, en consecuencia, entre las varias hipótesis de reserva no es entre la absoluta y la relativa, siendo la primera aquella en que la totalidad de la materia sólo puede ser regulada por la ley, y ésta aquella en que la ley se limita a fijar lineamientos de la disciplina, que después vienen a ser integrados y precisados por el reglamento; sino más bien y más importante, es la distinción entre reserva de campo material y reserva de modo de disciplina, porque, como se verá, la primer clasificación se injerta en esta última y da lugar a fenómenos muy interesantes".

disciplina (tipo de regla o de contenido jurídico que encierra la disposición de la norma) es la ley de la Asamblea la que tiene que fijar directamente tanto ese supuesto como la regla de conducta, indicando los derechos y obligaciones cuyo régimen está reservado a ella; caso contrario, el reglamento dictado es absolutamente nulo.

Es posible que puedan darse reglamentos ejecutivos, de tipo complementario de lo dispuesto por la ley, incluso en caso de reserva absoluta, siempre y cuando el reglamento se mantenga conforme con la letra y espíritu de aquella.⁽³⁶⁾

Pero para que así ocurra es necesario que haya primero una ley reguladora por sí de la materia, con disposiciones directamente aplicables a los sujetos, hechos y conductas comprendidos dentro de ésta.

La reserva relativa es aquella, en cambio, que admite el reglamento en la materia reservada a la ley, a condición de que ésta circunscriba y dirija su contenido en forma tal que pueda considerarse, si no como aplicación, al menos como expresión o resultado guiado de los criterios y lineamientos de la ley. Esta no fija el contenido de las normas aplicables a la materia, sino que crea y atribuye la potestad reglamentaria que las fijará, pero enmarca la autorización dentro de límites, fines y modalidades que garanticen un resultado final.

El diverso modo de ambas reservas se traduce, en síntesis, en que en la reserva absoluta la ley dicta las normas que regulan directamente la materia, de cuya aplicación descienden inmediatamente las situaciones jurídicas (derechos y deberes) que son el objetivo último de la ley, aunque puedan darse después reglamentos ejecutivos de ésta; en tanto que en la reserva relativa la ley no dicta normas reguladoras aplicables a nadie, sino meras directrices o instrucciones vinculantes para que el Poder Ejecutivo pueda, dentro del espíritu de las mismas, crear el régimen final de la materia.

Es evidente que el reglamento que lo haga será también ejecutivo, pero de directrices o guías legislativas, no de normas reguladoras. Se da, entonces, una dicotomía entre ley directiva-reglamento (ejecutivo) dirigido, por un lado, y, por otro, ley reguladora-reglamento (ejecutivo) interpretativo o complementario. Se trata

(36) Giuliano Amato, op. cit., págs. 97 y 98.

de una distinción muy similar a la que hacen los españoles entre leyes de bases y leyes articuladas, unas de principios y metas, otras de disposiciones creadoras de potestades y deberes.

Todo queda reducido, en realidad, a la distinción entre norma reguladora y norma directiva. No es cosa de hacer aquí la teoría de estos grupos conceptuales, por otra parte algo polémica.

Hemos de reducirnos a un breve comentario.

ii) La directiva

La norma directriz se dirige a un órgano creador de normas, no a un sujeto meramente paciente de obediencia a las mismas.

De conformidad, la situación jurídica en que coloca a su destinatario es siempre de vinculación y limitación (de una potestad), no de titularidad de un derecho de libre ejercicio.

El deber que crea es condicionado y funcional, en cuanto supone normalmente una serie de bases (o puntos de partida) que deberán tomarse en cuenta, y un interés puesto como meta (punto de llegada), que es ajeno tanto al legislador como al titular de la potestad reguladora.⁽³⁷⁾

El deber que crea es compatible con una amplia discrecionalidad de parte del sujeto pasivo y podría bien considerarse como un deber de diligencia, en cuanto no obliga a un resultado, sino a la selección mejor posible de los respectivos medios de conformidad con las bases dadas (de gran flexibilidad conceptual) y a su más eficiente empleo en relación con el fin o meta impuesta. El objeto del deber es, entonces, la diligencia mayor posible en la selección y el empleo de los medios para un fin, en forma tal que la norma dirigida sólo será ilegal si falta a ese deber en forma manifiesta, poniendo en vigencia disposiciones absurdas o totalmente inconducentes.

Es posible que la directriz contenga limitaciones concretas y rígidas e incluso que se mezcle con normas reguladoras comunes; pero será directriz en la medida de la diferencia y únicamente en

(37) Desde este punto de vista es directriz la norma que impone tomar en cuenta ciertos factores en la consecución de un fin. Véase un ejemplo:

Art. 177 C. de Trabajo: "Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo que cubra las necesidades normales de su hogar en el orden material, moral y cultural, el cual se fijará periódicamente, atendiendo las modalidades de cada trabajo, a las particulares condiciones de cada región y de cada actividad intelectual, industrial, comercial, ganadera o agrícola".

tanto que, pese a esa mezcla, deje un margen sustancial de libertad al sujeto obligado por la norma.

La directriz es, entonces, una regla que vincula al creador de otra, imponiéndole bases y metas, pero dejándole libertad para formular con criterio propio la redacción y contenido de ésta última, única que regirá directamente a los sujetos, hechos o conductas tomados en cuenta por ambas disposiciones. Implica, en consecuencia, un juego de dos normas, una no aplicable por razones de contenido al sujeto obligado por la segunda, y otra aplicable dentro de los límites y con la orientación dados por la primera; de ahí el nombre de directriz que se da a ésta.⁽³⁸⁾

Es dudosa la admisibilidad, desde este punto de vista, de la definición de directiva o directriz dada por el artículo 189 del Tratado General de la Comunidad Económica Europea, que sólo alude a los fines.⁽³⁹⁾ Consideramos este concepto como demasiado amplio e indeterminado para ser aplicable en derecho público interno, pues éste exige, para mantener el principio de legalidad en el sentido sustancial aquí propugnado, que la ley haga una determinación preliminar de criterios de selección de medios (a modo de bases o puntos de partida que garantizan un mínimo de éxito en la obtención del resultado), además de contener una indicación de fines y de metas.

Puede apuntarse, para terminar este breve comentario sobre ley directiva, que su forma más típica es la que se da en la ley de delegación de la potestad legislativa en el Poder Ejecutivo, que habilita éste para crear normas con rango y fuerza formal de ley, en los sistemas donde ello es permitido (como no ocurre en Costa Rica por el artículo 9 de la Constitución Política).

(38) Giuliano Amato, op. cit., pág. 123, nota 66: "La situación jurídica de obligación a cargo de los ciudadanos —como se explicara— viene creada, en consecuencia, por el reglamento, porque frente a aquellos (los ciudadanos) ningún efecto produce directamente la norma primaria, que se dirige únicamente a la fuente (órgano regulador) que dictará el reglamento".

(39) Artículo 189. Tratado General de la Comunidad Económica Europea "Para la realización de sus cometidos y en las condiciones contempladas por el presente trabajo, el Consejo y la Comisión decretan reglamentos y directrices, adoptan decisiones y formulan recomendaciones y opiniones... La directriz obliga a los Estados miembros a los que se ha dirigido en cuanto a los resultados a obtener, sin perjuicio de la competencia de los órganos nacionales para determinar lo concerniente a la forma y a los medios".

Altamente revelador es el hecho de que esta misma norma dé la siguiente definición de reglamento: "El reglamento tiene alcance general. Es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada uno de los Estados miembros". Resulta patente la distinción entre directriz y norma directa e indirectamente vigente para el sujeto final del deber.

Puede concluirse en que, en los casos en que la reserva es relativa, el principio de legalidad sustancial a que hemos aludido se cumple con la imposición legal de directivas suficientemente determinadas, que enmarquen el contenido del futuro reglamento y lo orienten en cuanto a la fijación de su modo de disciplina (disposición normativa).⁽⁴⁰⁾

Ello dicho resulta importante una advertencia: cuando el reglamento desarrolla y cumple directivas, y no reglas ordinarias directamente vigentes sobre una materia, suele llamarse independiente, delegado o autónomo, y nunca ejecutivo, respecto de la ley.⁽⁴¹⁾ Lo que significa que nuestra terminología no coincide con

(40) Un ejemplo de la doctrina italiana podrán servirnos para aclarar la conclusión: Giuliano Amato, op. cit., pág. 122: "la norma impositiva es dictada por la fuente secundaria, la cual debe ser conforme a la ley, con vínculos puestos por ésta con suficiente determinación, tanto en lo que toca al supuesto (fatispecie soggettiva) como en lo que toca a la conducta que impone. En cuanto a la primera ya se ha dicho que el vínculo suficiente consiste en una indicación "por géneros" de los hechos presupuestos, tal que el reglamento sea libre únicamente para indicar las "especies". En lo que toca a lo segundo (disposición normativa) es necesario, en cambio, que la ley sea la que indique el tipo de prestación que será obligatoria, mientras el reglamento será el que efectivamente la imponga: tributo, contraprestación obligatoria, contribución especial".

Guido Zanobini, Scritti Vari di Diritto Pubblico, págs. 415 y 416: "Para que la reserva legislativa resulte respetada, no es necesario que el legislador discipline completamente la materia que es objeto de la misma, sino que es suficiente que él quiera que se dé la disciplina y fije los límites y la extensión. Es irrelevante que los detalles de esta disciplina sean fijados por la ley o vengán delegados por ésta en la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo... En síntesis, la reserva legislativa tiene el fin de excluir que ciertas limitaciones de libertad, ciertas imposiciones de tributos o de prestaciones personales, toda nueva creación de un delito o de una pena sean establecidos sin la voluntad expresa del legislador. Cuando este Poder (Legislativo) ha manifestado su voluntad de que así sea, la reserva de ley es plenamente respetada y no hay ninguna duda sobre la constitucionalidad de la ley misma por el hecho de que ésta haya atribuido al Poder Ejecutivo la tarea de determinar en concreto y en sus aspectos varios la extensión y la modalidad de las limitaciones, de la imposición, de la pena, etc."

En Costa Rica abundan las delegaciones legislativas en beneficio del Poder Ejecutivo y otros organismos administrativos: El Código de Trabajo es fuente de varias: véase artículos 200, 202, 238, 579 párrafo 2, 612, y 613, por mencionar los más importantes; el C. Sanitario, art. 462; Ley de Construcciones, artículos 1, 2, 15, 34 y 88; Ley de la Liga Agrícola Industrial de la Caña, artículo 14 incisos p y q; Ley General de Aviación Civil, artículo 87 inciso c); Ley Orgánica del Banco Central, artículo 35 incisos 2, 3, 4, 5 y 7; tales son las más notorias e importantes. Pero las mismas ocurren cada día sin que los costarricenses hayamos tomado conciencia clara de la importancia no sólo jurídica sino política y económica del fenómeno.

(41) En doctrina se entiende vago y difícilmente deslindable el concepto de norma directiva, tal y como ha sido explicado, lo que realmente tiene visos de verdad parcial. Douence critica el sistema francés, derivado del artículo 37 de su Constitución, por el cual hay materias mixtas (legislativas y reglamentarias) dentro de las que la ley fija principios y directivas y el reglamento los aplica, desarrollándolos. Encuentra imposible controlar la fidelidad del deslinde y declara que ello conduce siempre a una supremacía no sólo actual sino también jurídica —porque judicialmente sancionada— del reglamento sobre la ley. Su comentario final

la tradicional, aunque sí con la más nueva sobre la materia. Se trata de un problema terminológico siempre y cuando haya acuerdo sobre el hecho fundamental de que un "reglamento dirigido" o "autorizado" (como preferimos llamarlo) es una forma de ejecución o cumplimiento de la ley (directiva), la cual sólo podrá considerarse legítima (en los sistemas donde esté permitida la articulación entre normas antes descrita) cuando sea capaz de suministrar en sus bases y orientaciones un contenido normativo suficientemente preciso como para servir de medida de interpretación y valoración del reglamento en sede contencioso-administrativa, prueba suprema del principio de legalidad. En consecuencia, no se considerará autorizado y será ilegítimo el reglamento emanado de una potestad creada en blanco por la ley, sin sujetarla a las bases y criterios directivos dichos. Cuando ello ocurra, se habrá quebrado el principio de legalidad, que tiene rango constitucional.

Veremos de inmediato que en Costa Rica el "reglamento dirigido" o "autorizado" parece estar constitucionalmente prohibido, aun en la hipótesis de que se cumpla con el principio de legalidad a través de leyes directivas de conformidad con lo explicado, afirmación ésta que desarrollaremos de inmediato.

Nos ha preocupado hasta aquí el planteo de los dilemas de principio que en buena doctrina jurídica suscita el fenómeno de los reglamentos llamados delegados; su enfoque en nuestro Derecho se hará de seguido.

ii. El reglamento delegado y la reforma y derogación de la ley.

Suele incluirse en la categoría del "reglamento delegado" aquél autorizado por ley para dejarla sin efecto, total o parcialmente, y eventualmente para integrarla con disposiciones propias.

El fenómeno resulta simplificado después de lo anterior.

Muchas han sido las teorías propuestas para explicarlo: la del reglamento como condición resolutoria, la de la ley como norma dispositiva y supletoria frente al futuro reglamento (exactamente como ello ocurre en las relaciones del Código Civil con el contrato común, en las partes de aquel vigente salvo cláusula ex-

sobre el tema es significativo: "Sean cuales fueren las disposiciones constitucionales, todos los regímenes políticos contemporáneos tienden a realizar una cierta concentración de poderes. En particular la ley es cada día más un mero instrumento del Gobierno" (op. cit. pág. 274).

presa en contrario); la de la "degradación" o "deslegalización" de la materia, que pasa de legal a reglamentaria, etc.⁽⁴²⁾

Ha habido autores que reconocen de plano la fuerza y rango de ley de los reglamentos en cuestión.⁽⁴³⁾

Creemos que es perfectamente posible la ley que condicione su propia vigencia a la aparición de un reglamento total o parcialmente en contrario, en cuya hipótesis será la ley y no el reglamento el que operará el efecto abrogativo o de reforma de su propio texto, pues la virtud jurídica necesaria para lograrlo será siempre de la ley que así lo dispone, no del reglamento. El argumento dado en contra,⁽⁴⁴⁾ sosteniendo la imposibilidad de equiparar un reglamento, que es acto normativo, a cualquier otro acto jurídico que no lo es (como el contrato) en sus relaciones con la ley, sobre todo cuando se piensa que el reglamento no sólo deroga sino que sustituye, es razonamiento que no dice nada, porque la fuerza de derogar —según la solución propuesta— es propia de la ley y no del reglamento, que para el efecto podría ser lo mismo contrato que mera condición resolutoria, pues no son estos últimos (reglamento, contrato o condición resolutoria) lo que derogan ni reforman, sino la ley, por obra de su propio contenido y voluntad, que así lo previó y dispuso.

Pareciera que, de conformidad con lo antes sostenido, condición de legitimidad del reglamento sustitutivo tiene que ser la regulación o, al menos, la dirección de su posible contenido, en aras del principio de legalidad.⁽⁴⁵⁾ De este modo, la ley que autoriza la reforma o derogación de sí misma por obra del reglamento ha de contener los mismos requisitos que una delegación, aunque no lo sea. Tendrá que darse con indicación precisa de su materia (identificando la ley que será derogada o reformada, si no es ella misma) y fijando directivas (bases y fines) de la nueva reglamentación sustitutiva.

Reiteremos la afirmación dogmática de que tal tipo de delegación reglamentaria parece constitucionalmente prohibida en Costa Rica, lo que plantea justamente una de las graves inquietudes y motivaciones de esta ponencia razonada.

(42) Giuliano Amato, op. cit. págs. 16 a 163; Giuseppe Guarino, Sul carattere discrezionale del regolamento, pág. 3.

(43) Mortati, op. cit. págs. 75 y 93 y sgtes.

(44) Lorenza Carlassare, op. cit. págs. 258, 259 y 260.

(45) Lorenza Carlassare, op. cit. 258, 259 y 260.

iii. Signo de la reserva absoluta y relativa.

Resulta extraordinariamente difícil determinar cuándo la reserva de la ley es absoluta y cuándo es relativa. No basta al efecto la mera redacción constitucional, atribuyendo a la ley la posibilidad de regular una materia. Son varios los casos en que nuestra Constitución menciona la ley como instrumento de regulación de una materia determinada: artículos 24 - 26 - 29 - 31 - 39 - 46 - 47 - 53 - 57 - 58 - 59 - 61 - 73 - 80 - 98 - 121 - 141 - 188 - 166 - 168. La reserva parece no darse con igual intensidad en todos los casos, aunque la tesis saludable conduce a sostener que siempre que la Constitución se refiera expresamente a la ley, habrá reserva, aunque haya grados diversos en la misma. Así, la libertad de empresa (en el ramo agrícola, industrial o comercial) que parece consagrar el artículo 46 párrafo primero ibídem, está sujeta no sólo a la ley sino también al reglamento, lo mismo que el régimen de derechos de autor a que se refiere el artículo 47 y los seguros sociales regulados por el artículo 73, hipótesis todas en las cuales la naturaleza misma de la materia exige reglamentación ulterior, por su inestabilidad y complejidad técnica.

Lo menos que puede decirse es que siempre que hay reserva —sea absoluta o relativa— hay la posibilidad de dictar reglamentos sobre la materia, cuando menos de tipo ejecutivo común, que precisen, aclaren y completen los términos de la ley. Es evidente, como quiera, que cuando la Constitución se refiere a la ley, remitiéndose a la misma para efectos de la regulación de una materia, no sólo es posible sino que es necesario que aquella intervenga previamente al reglamento, para cumplir con el dictado constitucional. Lo único que puede ponerse en duda, tratándose de reserva expresa de ley, es el tipo de reglamento posible sobre la materia. ¿Podrá ser tanto el reglamento ejecutivo ordinario, como el reglamento (también ejecutivo) de tipo “dirigido” o “delegado”? ¿Tendrá que ser “reguladora” la ley o podrá ser mera “norma directiva”?

Pareciera que si únicamente es posible el reglamento ejecutivo de una ley reguladora, la reserva será absoluta, y si es posible el reglamento dirigido, la reserva será relativa. El problema es determinar cuándo puede darse la participación y el deslinde apuntados en la aplicación real de la Constitución. Como se explicara casi de inmediato y se anticipó, la reserva relativa no parece ser

posible en Costa Rica, por estar prohibida la delegación de funciones.

Fuera de los casos totalmente excepcionales en que la Constitución no sólo crea la reserva sino que la califica expresa o inequívocamente como absoluta o relativa, pueden ser muchos los criterios seguidos para distinguir una de otra, pero debe confesarse, de antemano, la insuficiencia de los mismos.⁽⁴⁶⁾

(46) Costantino Mortati. Istituzioni di Diritto Pubblico, Tomo I, pág. 301. El autor alude —sin compartirlo— al criterio puramente gramatical, mencionando la tesis que afirma ser relativa la reserva cuando en lugar de hablar de “ley” se dice que la regulación de la materia se hará “de acuerdo con la ley”, “de conformidad con la ley”, “con arreglo a la ley”; si, en cambio, se emplea el término “por ley”, la reserva será absoluta.

El autor critica este enfoque. Analiza de seguido, para desecharlo también, el de la función de la reserva. Para algunos, indica el autor, la reserva es absoluta siempre que sea tutelar del individuo, y a la inversa; otros opinan que la reserva se da en protección de minorías parlamentarias y del equilibrio entre los poderes, razón por la cual consideran que siempre es absoluta, salvo que medien intereses que exijan un tratamiento mudable y ágil. El autor se inclina, a la inversa y con toda razón, por la tesis opuesta que sostiene ser relativa la reserva por regla general, salvo expresa norma constitucional en contrario, por ser imposible un desempeño legislativo eficiente con la solución opuesta por exceso de trabajo y falta de dominio de fondo del mismo. En otro lucido ensayo del mismo autor (Atti con forza di legge, op. cit. 67) agrega otras importantes razones para sostener su tesis, que parece ser la dominante. Mortati sostiene que la relatividad de la reserva debe ser la regla general, dada la imposibilidad en que la Asamblea está de poder regularlo todo sin delegar parte sustancial de su tarea normativa en el Ejecutivo, a la vez que la existencia de principios jurídicos-institucionales, como la igualdad y la imparcialidad en el trato del administrado, y la descentralización regional y funcional, que exigen cada día con más fuerza la descentralización de la potestad normativa en beneficio de la Administración Pública en general, y no sólo del Poder Ejecutivo; estos principios, sostiene el autor, deben servir de pauta de interpretación de todas las normas constitucionales que mencionan la ley para la regulación de una materia, permitiendo entender que no se trata de reserva absoluta, por haberse empleado el término “ley” como sinónimo de norma, o bien que la reserva es siempre relativa y compatible con la existencia de reglamentos ejecutivos y autorizados, salvo expresa prohibición de la Constitución en contrario (ver al respecto también Atti con Forza di Legge e Sindicato di Costituzionalità pág. 67).

Otros autores como Amato (op. cit. págs. 94-95 y 122) consideran que la reserva de modo de disciplina tiende a ser absoluta y sólo por muy particulares circunstancias puede admitirse el reglamento autorizado o delegado, circunstancias que por otra parte enuncia escuetamente y sin gran explicación.

La autora Carlassare, op. cit., págs. 230-231 sostiene que son muchos los criterios a emplear (Íntima vinculación de la materia al Poder Ejecutivo, tradiciones tutelares del Estado de Derecho en ciertas zonas de la conducta pública, experiencias de fracasos o amenazas para la salvaguarda del interés público o privado en el pasado, necesidad de mayor agilidad y celeridad en la regulación) para determinar si la reserva es relativa o no; pero concluye en que, en definitiva, el único criterio válido es el que opta por el particularizado y minucioso examen de cada reserva literal de la ley caso por caso en cuanto a inspiración histórica, finalidad perseguida, naturaleza de la materia regulable, principios generales (históricos, doctrinales y dogmáticos) del Estado de Derecho en que se aplique la reserva etc.

Pareciera, en síntesis, que la reserva se presume relativa, por regla general, salvo norma constitucional expresa en contrario, dadas las urgencias y apremios de todo tipo y función a que está sujeto el sistema constitucional de un Estado moderno de Derecho para fragmentar y delegar la potestad normativa de la Asamblea en la Administración Pública en general (tanto central como descentralizada).

Creemos que igual conclusión es válida en Costa Rica.

En balance final, la conclusión es una: la naturaleza de la materia regulada, lo que podría llamarse la naturaleza de las cosas, es determinante al efecto, con independencia de la redacción del texto constitucional, salvo casos extraordinarios de calificación expresa o inequívoca de la materia en uno u otro sentido.

iv. La reserva y el principio de legalidad.

Tal y como ha quedado delimitada, la figura de la reserva de ley no presenta diferencia sustancial alguna con el principio de legalidad, que, según lo dicho, cubre todo el campo normativo posible del reglamento. El principio de legalidad equivale a una reserva relativa general de ley, en cuanto ninguna intervención administrativa es factible por medio de la función administrativa sobre los derechos o conducta de otro sujeto —público o privado— sin que medie una ley de la Asamblea que la autorice y limite en forma sustancial. Y, como se vio, aun la intervención y regulación de la conducta propia por la Administración agente está sujeta a la norma de competencia que la habilita para realizar actos de imperio o prestar servicios públicos, en forma muy similar a como lo está el reglamento meramente ejecutivo respecto de la ley que desarrolla. La única excepción al principio es la irrupción de la urgencia o del peligro contra el orden público de la policía, que abren la puerta a lo imprevisible.⁽⁴⁷⁾

(47) Lorenzo Martín Retortillo, La doctrina de las materias reservadas a la ley y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Rev. Adm. Pub. N° 39, pág. 290: "Solo de modo esporádico y excepcional va a permitirse que la Administración pueda operar en estos campos reservados, aun cuando no haya una ley previa que autorice en concreto su intervención. Se trata de actuaciones de policía administrativa, que se justifican de forma excepcional, dadas las circunstancias especiales que con ellas pueden concurrir, y que se explican acudiendo a conceptos de tan honda significación como son los de orden público, bien común, etc. Fuera de estos casos de carácter excepcional, se requerirá siempre, repito, autorización expresa y detallada del Poder Legislativo, para que la Administración pueda realizar cualquier actuación que afecte la libertad o la propiedad de los ciudadanos. Es de este modo como la doctrina de las materias reservadas a la ley se configuró en el nacimiento del Estado de Derecho como un auténtico remedio jurídico para garantizar así la protección y la defensa de los bienes más apreciados en aquella época por el ciudadano".

En contra de la tesis y asumiendo como fundamental en la distribución del poder político un abolición del principio de legalidad entendido como "dependencia existencial" de la potestad administrativa) (de toda potestad administrativa) de la autorización legal (de ley de la Asamblea) Alfredo Gallego Anabitarte, Ley y Reglamento en España, Rev. Ad. Pub. págs. 118 y 119: "En las últimas décadas, el Derecho Público europeo había articulado el principio de legalidad: la Administración no podía violar las Leyes del Parlamento, y esto era consecuencia de haber establecido dos órganos fundamentales en el proceso político: un órgano democrático y representativo, encargado de emitir Leyes, y otro de ejecutarlas. Este principio tan claro y tan sencillo ha sido sucesivamente oscurecido por la doctrina: a) afirmando que la

La objeción que surge ante ese enfoque es obvia: según el mismo la intervención de la Asamblea en materia reservada a ella puede ser menos intensa que en materia que no lo está. En otras palabras: el reglamento dirigido será posible en materia reservada, en tanto que lo necesario o, al menos, lo normal en materia no reservada será el reglamento ejecutivo. En un caso, el reglamento estará creando el único régimen legal verdadero de la materia (reservada), pues la ley de base que lo autoriza no será reguladora sino directiva, por su misma intención y contenido; en tanto que en el caso de materia no reservada el reglamento ejecutivo se limitará a desarrollar los preceptos de una ley reguladora, fuente directa y principal del correspondiente régimen.

La objeción se desvanece poniendo de resalto el carácter de las razones que motivan la delegación o ampliación de materia en el caso del reglamento autorizado. Esas razones son múltiples y todas atinentes a la naturaleza de las cosas, según antes se apuntó. Puede afirmarse que así como es posible tanto el reglamento autorizado como el ejecutivo en materia reservada así lo son también en materia no reservada y por las mismas razones. La realidad de los hechos exige una interpretación de la reserva constitucional que la adapte a sus cambios, con independencia, o, por lo menos, con flexión razonable de su texto literal. Pero la verdadera justificación jurídica de la intervención reglamentaria delegada, autorizada o dirigida en materia reservada a la ley, es, aquí como en muchos otros campos del Derecho público, el sentido propio de la norma constitucional que establece la reserva, interpretada e integrada a la luz de la realidad y del sistema jurídico completo en que está inserta. Es en suma, el sentido institucional flexible de esa reserva, una vez que se aplica tomando en cuenta la naturaleza de la realidad a que se destina y la totalidad de los principios y normas conflictivas o tangentes del resto del ordenamiento.

Administración —ejecutivo— (dejemos de lado la acción política "pura": elección, disolución del Parlamento, etc.), sólo podría actuar en base a una ley del Parlamento, es decir, se llegó así a afirmar una reserva total del Parlamento" . . . (pág. 118). "Con esto se quiere decir que legal y políticamente es necesario volver al principio de legalidad como prohibición a la Administración de violar las leyes, y esto tanto por ser mucho más político institucional como por el hecho de que un principio de legalidad en sentido total, es decir el postulado de que la Administración sólo puede actuar por Ley Habilitante, no tiene nada que ver con el Derecho español vigente".

Aunque el autor no lo desarrolla en detalle trasunta del estudio que su afirmación para España es válida para el mundo occidental nacido de la Revolución francesa, en lo que toca a las relaciones entre autoridad e individuo, encuadradas en el Estado de Derecho.

Esto quiere decir concretamente lo siguiente: si la intención de la reserva es que el legislador manifieste su voluntad sobre una materia, la misma queda satisfecha cuando éste así lo hace, pero confesando su impotencia o falta de tino en campos que le parecen más propios del Poder Ejecutivo, a condición de que éste los regule dentro del marco normativo que aquél le fije. Se aplica aquí la idea de que la norma debe interpretarse tomando en cuenta no sólo el texto sino el valor y naturaleza de las conductas y hechos regulados, en su total ambiente real y jurídico. Si esta realidad exige una interpretación flexible y, sobre todo, si intervienen otros textos constitucionales a corroborar esa interpretación, es evidente no sólo que es correcta, sino que es la más correcta posible.

De este modo, si no obstante la redacción tan radical de un texto en favor de la libertad de empresa como el artículo 46 párrafo primero, Constitución Política, que reserva a la ley la regulación de aquella y aun apela a la Constitución por encima de ésta (es prohibido "cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.) para definir su contorno y garantía, resulta inevitable —pese a ello— una frecuente intromisión administrativa y reglamentaria sobre su ámbito, por el aumento en el tráfico mercantil o industrial, debe interpretarse la reserva en forma tal que permita esa intervención, no como intromisión ilimitada, sino como colaboración normativa controlada y dirigida por la ley, en virtud de una prudente autorización de ésta. Que ello ocurre así en Costa Rica, hoy, es cosa que se puede comprobar con sólo leer la Gaceta Oficial. Tal interpretación amplia del artículo 46 puede quedar respaldada, por otra parte, con el texto del artículo 28 ibidem, que respeta toda libertad privada mientras la misma no dañe el orden público, puesto en juego justamente por las modalidades nuevas de la materia en discusión (incremento de volumen y peligrosidad de la actividad empresarial).

v. Las perspectivas de la potestad reglamentaria como instrumento de desarrollo.

Es justamente la realidad contemporánea la que orienta la potestad reglamentaria hacia una radical descentralización y preponderancia, frente a la legislación, al margen y en ocasiones contra el texto de las constituciones.

Factores que pueden constatarse en ese sentido en nuestro medio y en el Derecho comparado son los siguientes:

a) El uso cada vez más frecuente de actos administrativos de alcance general por la Administración en el campo económico, para conformar con un sentido justo e igualitario los procesos de producción y distribución. Típico del Estado moderno es —sin que tengamos que detenernos en la afirmación— no sólo la ampliación de sus cometidos sino el cometido principal de crear toda una sociedad conforme a un patrón de justicia del gobernante.⁽⁴⁸⁾

En Latinoamérica y Costa Rica esto hace directa relación con la meta del desarrollo económico, el tema político de nuestra generación.⁽⁴⁹⁾ El problema de nuestra Administración es justamente su inevitable compromiso activo en esta tarea, sin las estructuras ni procedimientos administrativos que la misma demanda. Para llevarla a cabo es urgentemente imprescindible el reorganizar la Administración y el intervenir sobre la iniciativa privada, tratando de lograr, sobre todo en el campo económico, la participación de la mayoría en los bienes de la vida: salud, educación, poder de compra, habitación, transporte. Para este fin la Administración ha puesto en práctica una serie de técnicas que, si bien de viejo cuño,⁽⁵⁰⁾ sólo después de la segunda guerra mundial alcanzan su máximo empleo, a saber:

a.1) La planificación, el medio principal de acción del Estado moderno. Entendemos por tal, para efecto de esta ponencia

(48) Ernst Forsthoff, Tratado de Derecho Administrativo, págs. 100 y 102: "El carácter distintivo de la Administración moderna, aquel que la distingue de la Administración del Estado burgués de Derecho, es su especial relación con el orden social. La relación del Estado —es decir, en lo esencial, de la Administración— con el orden social es susceptible de muchos matices, cuyos dos límites extremos son: o bien el Estado puede ser sujeto y conformador del orden social, o bien puede situarse frente a éste como frente a un dato que se halla por principio fuera de sus competencias específicas. Aquí empero, entendemos por conformación toda modificación dirigida a la totalidad o a una parte considerable del orden social, es decir: toda modificación que traspasa por un su intención al ámbito de la intervención concreta".

(49) Allan Randolph Brewer Carías, Una Revolución para el Desarrollo, Cuadernos de la Reforma Administrativa (venezolana) págs. 24 y 25: "La problemática del Estado debe enfocarse, en tonces, a la luz de nuevos conceptos adecuados a la realidad actual latinoamericana frente al desarrollo nacional: El Estado en este sentido debe convertirse en agente de las reformas sociales, económicas y políticas exigidas por el desarrollo. Su función debe ser, entonces absolutamente activa, a través de la planificación, pero con un profundo respeto de la dignidad humana".

(50) Massimo Severo Giannini, Sull'Azione dei Pubblici Poteri nel Campo dell'Economia, Págs. 12 y 13.

cia, la previsión y coordinación imperativa e intersubjetiva de medios, procedimientos y funciones para fines públicos de comunidad o de grupo. El plan, como tal, parece no tener consistencia jurídica autónoma, pero para su realización es necesario a menudo o bien obtener una ley, o bien dictar normas o actos administrativos generales, que sienten las bases para su ejecución y lo pongan en marcha.

Nuestra Ley de Planificación no es importante al respecto, aunque ello suene paradójico, dado el carácter público e indicativo de la planificación nacional (Ley N° 308 de 31 de enero de 1963).

Importante es la Ley de Planificación Urbana, que contempla dos tipos de planes (Plan Nacional y Plan Regulador de Desarrollo Urbano) y cinco tipos de reglamentos (que la misma ley califica expresamente como tales y que son: de Zonificación, de Fraccionamiento y Urbanización, de Mapa Oficial, de Renovación Urbana y de Construcciones, arts. 2, 16 y 20 y sptes, de Ley N° 4240 de 15 de noviembre de 1968).

Mucho se ha discutido en doctrina si los planes urbanos, que implican una serie ordenada de actos administrativos de varios tipos para un fin común (cada uno de los cuales es definitivo y no sólo preparatorio, en lo que se diferencian del procedimiento administrativo ordinario) son reglamentarios en los aspectos en que exigen decisiones de alcance general o, si a la inversa, se trata de actos administrativos no concretos. Nuestra Ley de Planificación Urbana se inclina claramente por la solución normativa, en lo que parece apoyada por la buena doctrina.⁽⁵¹⁾ Se trata, en nuestro caso, de verdaderos reglamentos autorizados, con grave incidencia sobre el derecho de propiedad, atribuidos a la Municipalidad (artículo 19 *ibidem*).

a-2) Fijación autoritaria de precios y porcentajes de utilidad, sin límite legal o con el mismo. Corresponde la fijación general de precios para los artículos de primera necesidad a la Dirección General de Comercio Interior del Ministerio de Industria (artículos 1 y 6 Ley N° 1208 de 12 de octubre de 1950); sobre la naturaleza de la fijación hubo ardua discusión doctrinal. La doctrina se inclina cada vez más por la tesis que sostiene la naturaleza de acto

(51) Marcel Waline, *Droit Administratif*, 7 Ed. N° 1538, considera se trata de reglamento, a la inversa de lo que opina el prof. italiano Aldo Sandulli, citado por Giuseppe Santaniello, *Atti Amministrativi Generali a Contenuto no Normativo*, pág. 178.

administrativo no normativo en tales fijaciones;⁽⁵²⁾ pero suscita duda el caso de que tales fijaciones puedan hacerse dentro de un régimen más comprensivo, de disciplina sectorial, y en uso de una potestad reguladora, hipótesis en que más bien parecen actos normativos, reglamentarios.⁽⁵³⁾

a. 3) Fijación de cuotas de importación, exportación y consumo. La misma ley de Defensa Económica antes citada (N° 1208) contiene disposiciones que autorizan la fijación de cuotas de venta de artículos indispensables para el consumo (artículo 3 inciso c), exclusivamente en casos de necesidad y urgencia, lo mismo que el racionamiento en el consumo individual (artículo 3 inciso d) *ibidem*). El sistema más importante y característico está dado, sin embargo, por las Leyes N° 2762 de 1 de julio de 1961 (de la Oficina del Café) y N° 3579 de 12 de noviembre de 1965 (de la Liga Agrícola Industrial de la Caña). Ambas normas autorizan a los respectivos organismos para fijar cuotas en la producción de café o azúcar de diverso tipo o con destino a diversos sectores de consumo, a efectos de estabilizar y regular los precios correspondientes (artículo 40, Ley 2762; y artículo 14 incisos e y f de la ley N° 3579). Aunque el carácter de las cuotas fijadas es necesariamente transitorio (por estar limitado a la cosecha de café o a la zafra anuales), se trata de actos generales que suelen acompañarse de fijación autoritarias de precios (provisionales y de liquidación) y respecto de los cuales puede empeñarse discusión igual que la que acompaña o ha acompañado a los otros tipos de actos antes indicados; en nuestra opinión se trata de meros actos administrativos generales, no de reglamentos, pero ello es discutible.

a. 4) Fijaciones integrales o fragmentarias de impuestos, sea en cuanto al hecho imponible o en cuanto al monto del tributo. Su carácter es normativo según la mejor doctrina.⁽⁵⁴⁾ Corresponden frecuentemente en el Derecho comparado a entes administrativos o al Poder Ejecutivo. En Costa Rica tenemos un claro ejemplo del caso en el artículo 96 del C. Municipal aprobado (pero no todavía vigente a esta fecha) en virtud del cual el Consejo Municipal puede fijar

(52) Massimo Severo Giannini, *Sull'Azione . . . etc.*, pag. 9. Vittorio Bachelet, *L'Attività di Coordinamento nell'Amministrazione Pubblica dell'Economia*, pág. 228.

(53) Vezio Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, pág. 259, quien sostiene el carácter normativo de las fijaciones autoritarias de precios en Italia.

(54) Vezio Crisafulli, *op. cit.* 259; Giannini, *I Proventi degli Enti . . . etc.*, pág. 11.

los impuestos de patente comercial sobre licencias municipales, dentro de los límites máximos que fijará el reglamento de la Contraloría General de la República, solución legal que tiene base en el artículo 121 inciso 13 de la Constitución.

Se limita a integrar el hecho imponible la fijación de listas de productos gravados frecuentemente encomendada al Poder Ejecutivo (hipótesis que ocurrió con el impuesto de consumo, según Ley N° 3282 de 21/4/64, cuyo artículo 5 ponía en manos del ejecutivo la confección de las listas dichas, sin las cuales no era aplicable el gravamen).

a.5) Regulaciones sectoriales. Es esta, con la planificación, la forma más notable e importante de desarrollo normativo dentro del ámbito de la Administración contemporánea, aunque el jurista que mejor ha definido su figura afirma ser de vieja tradición. (Giannini).

Consisten tales ordenamientos en los que se forman, al amparo de la ley, entre autoridad pública y empresarios privados en un cierto ramo, el acceso al cual depende de una autorización, en virtud de la que la autoridad adquiere sobre los empresarios una potestad de ordenar, vigilar y, sobre todo, de regular las condiciones en que ha de desenvolverse la actividad económica en cuestión, según un plan o programa, establecido casi siempre en coordinación con el Ministro del ramo.⁽⁵⁵⁾

Giannini insiste en el carácter interno de las normas creadas dentro de este orden, sin aclarar el fundamento de su dicho.⁽⁵⁶⁾ Pareciera que, de conformidad con lo antes expuesto, si hay una atribución legal expresa de potestad normativa en el "ámbito interno" se tratará de un caso de verdadera autonomía normativa, y a la inversa, en el caso opuesto. De este modo si la autorización legal expresa existe, es posible considerar tales normas como externas, pese a su ámbito interno, dado su fundamento directo en autorización del ordenamiento general del Estado, a través de la ley de

⁵⁵⁾ Massimo Severo Giannini, Corso di Diritto Amministrativo, Tomo I, págs. 185, y 186. "Estos órganos públicos tienen poderes normativos internos (y así dan vida a normas internas de ordenamientos internos o especiales)". "En el ejercicio de los poderes normativos o de dirección, los órganos directores del ordenamiento actúan de acuerdo con programas o esquemas generales, o autónomos, o coordinados con programas o planes generales, o injertados en estos. En tal forma la actividad de los empresarios componentes del ordenamiento sectorial es dirigida de conformidad con un programa, o, al menos, es susceptible de serlo".

⁶⁾ Giannini, op. cit. pág. 187.

éste que otorga la competencia, salvo disposición en contrario. Creemos, por otra parte, que la hipótesis puede darse no sólo en el caso de sujetos privados sino también con entes públicos, y no sólo con base en un acto de autorización o concesión, sino también por obra directa de la ley que adscribe a un cierto tipo de actividad una autoridad vigilante y reguladora, que dirija al sector correspondiente. El interés tutelado por el ordenamiento puede ser no sólo económico sino de cualquier otro tipo, como sanitario, estético, de servicio social, etc. Los ejemplos en Costa Rica pueden ser varios.

El Banco Central de Costa Rica es el organismo regulador de la moneda, la banca, el crédito y el cambio exterior (artículo 6 de Ley N° 1552 de 23 de abril de 1953), para lo cual tiene potestades varias de alcance general frente a los demás bancos comerciales del Sistema Bancario Nacional y los bancos privados que eventualmente llegaren a establecerse. De este modo puede: regular sus créditos a bancos comerciales (artículo 63); fijar tasas de interés para sus créditos (artículo 64 inciso 1) y las que corresponden a los créditos que abran los bancos comerciales a sus clientes (inciso 2 ibídem), con la expresa advertencia de que dichas facultades podrán ejercerse en relación con una determinada clase de operaciones de crédito, con varias de ellas o con todas en conjunto y "siempre con carácter general y obligatorio para todos los bancos"; podrá igualmente fijar encajes mínimos legales con respecto al monto de cada uno de los tipos de depósitos corrientes, autorizar la recepción de depósitos en monedas extranjeras por otros bancos, reglamentando (así lo dice la ley) la administración de tales fondos, con fijación de sus encajes mínimos legales y de la forma, condiciones y clase de moneda permitida dentro de éstos (artículo 75); podrá fijar de un modo general y uniforme para todos los bancos las tasas máximas de interés y descuento que podrán cobrar los comerciantes, así como los cargos por concepto de comisiones, los límites máximos de préstamo a cada persona natural o jurídica, los márgenes mínimos de seguridad que deberán existir, el monto de los créditos y las garantías reales, los plazos de esos préstamos (artículo 85), los topes o límites máximos de cartera por línea de actividad, así como fijar porcentajes máximos de crecimiento para diversas categorías de deudores. Las facultades reguladoras del Banco Central alcanzan al establecimiento de regímenes de control de divisas y de confección de las listas de artículos favorecidos, cuando por el desequilibrio en la balanza de pagos sea

necesario crear doble mercado y doble tipo de cambio (97 y 98). Pareciera que se trata de actos administrativos generales y no de normas, dada la vinculación de cada una de las regulaciones dichas a un interés puntual y concreto, sea la estabilidad monetaria, sea la salud del crédito, sea la buena situación fiscal. Ello no obstante, pueden ser interpretados estos actos generales de nuestra Banca como normas, en virtud de las que sujeta a toda la Banca nacional, —pública y privada, si la hubiere— a la autoridad directora y a la autonomía normativa que la ley parece haberle concedido expresa y a menudo literalmente.

El otro gran sistema sectorial público es el formado por las instituciones de asistencia médico-social, públicas y privadas, bajo la autoridad reguladora de la Dirección General de Asistencia-Médico Social. La misma está llamada a coordinar los servicios médicos del país, a dirigir y fiscalizar las entidades que los prestan, y pareciera que a dictar las normas y regulaciones pertinentes (artículos 1 y 2 de la ley 1153 de 14 de abril de 1950), no obstante que el inciso g) del artículo 3 menciona entre sus atribuciones la de proponer al Ministerio de Salubridad Pública “los reglamentos y disposiciones generales” que contribuyan al mejoramiento de la asistencia médica social, pues puede bien pensarse que, dada la competencia exclusiva del Poder Ejecutivo para reglamentar la ejecución de las leyes, la potestad reservada a la mencionada Dirección sea la de dictar los reglamentos atinentes a materia de técnica médica y hospitalaria en estricto sentido, con abandono en aquél de la emisión de los reglamentos ejecutivos comunes. En virtud de esa potestad de dirección, en consecuencia, la Dirección no sólo vigila y controla (por aprobación) los presupuestos de todas las instituciones médico-hospitalarias del país, sino que puede dictar las regulaciones técnicas para su organización y funcionamiento y, en el caso de los particulares, autorizar su ingreso a la actividad, para someterlos de inmediato a la disciplina administrativa en examen, con típica afinidad de organización respecto del esquema abstracto de ordenamiento sectorial propuesto por Giannini. “Tales organismos, (dice el artículo 5 in fine del Reglamento N° 6 de 16 de junio de 1952, dictado para regular los Hospitales Nacionales (públicos o privados) en ejecución de la ley N° 1153 antes citada), someterán su gestión técnico administrativa a las normas que en uno y otro caso les señale la Dirección General de Asistencia Médico Social”, la cual, por otra parte, y según texto expreso del regla-

mento ejecutivo N° 27 de 20 de mayo de 1941, artículos 1 y 3, somete también a su dirección técnica y fiscalización económica a las Juntas Directivas de Protección Social, administradoras de los Hospitales, Cementerios, Asilos y demás instituciones similares de beneficencia o bienestar social puestas a su cargo. Hay, entonces, una clara subordinación (no jerárquica) de los entes y organismos que prestan servicios médicos (Hospitales y Juntas de Protección Social) a la Dirección General de Asistencia Médico Social, que dicta las normas (reguladoras y directivas) para su manejo financiero, administrativo y técnico propiamente dicho, y así constituye lo que, en nuestro concepto, puede llamarse ordenamiento sectorial de la asistencia y la beneficencia en Costa Rica, tanto en el sector público como en el privado. Se nota de inmediato la gran similitud de estructura y mecanismos entre este ordenamiento y el de la Banca central y comercial.

No son éstos los únicos ordenamientos de sector existentes en Costa Rica, pues también los hay para la iniciativa privada.

Está, en primer término, el caso de la Junta de Aviación Civil, encargada de regular el transporte aéreo con acceso a Costa Rica, tanto nacional como internacional, mediante un acto inicial de concesión (llamado certificado de explotación, artículos 15 y 31) que incorpora ipso facto al ordenamiento especial de la actividad, creado y renovado por la Junta (artículo 87 inciso c) y f), artículos todos de la ley 4220 de 8 de noviembre de 1968.

Puede decirse lo mismo del Comité de Normas y Asistencia Técnico Industrial (decretos ejecutivos N° 6 de 21 de setiembre de 1951 y N° 8 de 9 de octubre de 1951) dependiente del Ministerio de Industrias y llamado a “elaborar reglamentos de normas sobre nomenclaturas, calidades y funcionamiento aplicables a la industria y a los productos farmacéuticos” (artículo 5); en uso de tal potestad elabora tres clases de normas técnicas de alcance claramente normativo, que son los reglamentos (así expresamente llamados por el correspondiente decreto ejecutivo) de nomenclatura, calidades y funcionamiento.

Son normas también las regulaciones de tránsito, para las cuales es competente la Dirección General de Tránsito, con facultades amplias al efecto, según lo dispone el artículo 26 de la ley 3503 de 10 de mayo de 1965. El sector del transporte

remunerado de personas por tierra, es también objeto de regulaciones especializadas por parte de la Dirección General de Transporte Automotor (artículo 2 ibídem).

Creemos sería complejo e inútil el examen en profundidad que pudiéramos hacer de esos y otros ordenamientos sectoriales existentes en nuestro medio. Todos presentan las características siguientes, que nos han movido a su breve comentario en esta sede:

- i. Son ordenamientos creados a través de reglas externas, porque son autorizadas expresamente por ley;
- ii. Son ordenamientos creados por órganos distintos de los que detentan constitucionalmente la potestad reglamentaria en Costa Rica, que existen por razones de especialidad técnica y de descentralización administrativa, sin que ello implique, en absoluto, que son inconstitucionales.
- iii. Son todos una demostración palpable de la intensa descentralización de la potestad reglamentaria, al margen de la Constitución, que hoy vivimos en Costa Rica.

a.6) Las potestades encubiertas de reglamentación: las circulares y los "machotes" (modelos administrativos). Es bien sabida la posición de la doctrina y jurisprudencia administrativas frente a las circulares, como fuentes de derecho: la opinión es prácticamente unánime en el sentido de negarles naturaleza de tales, en razón de su carácter interno, según antes había quedado definido (ordenamiento especial y espontáneo, sin fundamento expreso o inequívoco en norma estatal)⁽⁵⁷⁾. Ello no obstante, es cada día más claro que muchas normas dirigidas al subordinado jerárquico implican deberes y cargas para los administrados y tienen alcance externo. Esto es posible decirlo no sólo de los actos internos determinantes de otro externo lesivo para el ciudadano (como los dictámenes vinculantes), sino también de una serie de regulaciones generales que tienen igual efecto que el de una norma perjudicial en contra de aquél, aunque formalmente destinados a no surtir efecto inmediato frente al mismo (sin publicación, sin competencia reglamentaria conocida en el funcionario que las dicta y dirigidas al subordinado).⁽⁵⁸⁾ Damos el

(57) Mariano Baena del Alcazar, Instrucciones y Circulares como Fuente del Derecho Administrativo, Rev. A.D. Pub. N° 48, págs. 110 y sgtes., con bien lograda síntesis de la doctrina y jurisprudencia del Derecho comparado sobre el tema.

(58) Agustín Gordillo, Introducción al Derecho Administrativo, 2 ed. págs. 196 y 197; Allan Randolph Brewer Carías, Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, pág. 154.

ejemplo de una instrucción general que prohíba al subordinado acoger peticiones de cierto tipo, de obligado acogimiento en favor del administrado, cualquiera que éste sea, todo ello por una mala inteligencia de la ley; o bien la que ordene aplicar la ley en un sentido excluyente de una categoría de posibles beneficiarios, por ejemplo: propósito de la concesión de subvenciones a entidades de desarrollo comunal, concepto éste interpretado e impuesto restrictivamente por el superior al inferior encargado de decidir. La consecuencia peor de tal enfoque radica en que al privarse formalmente de efecto externo a la instrucción dirigida al subordinado, por ese solo hecho se impide la impugnación directa de la misma en vía contenciosa, haciendo inevitable o muy difícil la evasión del daño.⁽⁵⁹⁾ En Francia y en Italia la regla al respecto ha sido la de que, por carecer de valor ante el ordenamiento general del Estado y de efecto inmediatamente lesivo contra el particular, las circulares o instrucciones no son invocables ni son impugnables; sobre la base de las mismas no se puede fundar un juicio, ni para impugnarlas ni para hacerlas valer.⁽⁶⁰⁾

La distinción entre circulares e instrucciones interpretativas y reglamentarias ha sido introducida para atenuar los malos efectos de tal posición dogmática, permitiendo la impugnación únicamente de las últimas porque crean derecho, en el sentido de que, una vez aplicadas, agregan cargas o deberes a los administrados, no contemplados antes por la ley, ni siquiera en germen.⁽⁶¹⁾ La distinción es inoperante, en primer lugar porque una interpretación puede ser normativa, exactamente como lo es el reglamento meramente específico de los géneros conceptuales creados por ley; y, en segundo lugar, porque, aparte de que el reglamento puede ser también ejecutivo aunque complemente y no interprete, sin crear nada sustancialmente nuevo en relación con lo dicho por la ley, la circular reglamentaria y creadora no es menos interna que las otras, desde un punto de vista estrictamente formalista, y es tan incapaz como éstas para lesionar al particular. La idea, es, a la inversa, tomar conciencia y saber manejar este fenómeno de fundamental importancia, a saber: que los Ministros y toda clase de autoridades administrativas sin potestad reglamentaria alguna, con evidente

(59) Auby et Drago, Traite de Contentieux Administratif, Tomo II, 10, 23.

(60) Jean Claude Douence, op. cit. pag. 324.

(61) Jean Claude Douence, op. cit., pág. 327 y 328.

violación del principio de legalidad, están creando reglamentos de superlativa importancia para los servicios públicos y los derechos del administrado, bajo la máscara de las circulares internas. El criterio para valorarlas no ha de ser el destinatario, ni la forma externa de aparición y comunicación, sino el efecto que eventualmente producirán al aplicarse, desde el punto de vista de su contenido, aunque vayan dirigidas a un subordinado. El criterio para saber si hay o no reglamento disfrazado de circular ha de ser, como propone el autor francés Huet, según cita de Douence (op. cit. pág. 3231) "que debe bastar que la autoridad administrativa, por la disposiciones que adopta, haya creado una amenaza suficientemente concreta o deje presagiar a los interesados de manera suficientemente cierta, medidas inminentes a adoptar en relación con ellos".

El otro importante tipo de reglamentación encubierta es la de elaboración y promulgación de los "machotes" o modelos administrativos, de actos, contratos e incluso de reglamentos. Estos modelos (cahier général de contrat; capitolato d'oneri) son normalmente proyectos de cláusulas contractuales, que no adquieren vigencia ni valor obligatorio sino cuando son expresamente incorporados al texto del pacto, sea por reenvío, sea por transcripción.⁽⁶²⁾ El mismo enfoque sobre la naturaleza del modelo administrativo puede surgir cuando se trata de proyectos de actos o reglamentos, puesto que aún aquí es posible sostener que los mismos carecen de obligatoriedad mientras no sean reproducidos o copiados por la conducta premodelada. Ello no obstante, es evidente que en este último caso no podrían llegar nunca a adquirir naturaleza contractual, por obra misma de los hechos. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han empezado a sentir la inquietud de los malos enfoques ante la realidad de los modelos en examen. Pues no sólo van dirigidos al mismo órgano agente que los hizo y los aplica, sino que también vienen impuestos desde arriba por el superior y en forma cada vez más frecuente van destinados a otros entes públicos e incluso a particulares. Es evidente que en este último caso el carácter de mero proyecto del modelo desaparece casi totalmente, para quedar reducida a la posibilidad jurídica —que tampoco existe cuando la actuación es obligatoria, como a menudo ocurre— de no actuar en lugar de hacerlo de conformidad con el mismo. Los ejemplos de modelos de obligada e inevitable reproducción se multiplican y han

(62) Jean Claude Douence, op. cit. págs. 327 y 328.

venido a constituir: formas de tutela mediante las cuales el contralor anuncia su criterio para aprobar o autorizar una actividad, sometida a la obediencia fiel del modelo;⁽⁶³⁾ o bien instrumentos de sujeción del particular a la Administración, cuando aquél recibe actos jurídicos favorables, a modo de condiciones para el disfrute de los mismos, y, eventualmente, formas de ejercer una potestad reguladora de la actividad contractual privada de interés público;⁽⁶⁴⁾ o bien, finalmente, medios de reducción interna de la discrecionalidad del inferior, que es compulsado a reproducir lo que el superior le impone, con mucha mayor vinculación (por tratarse de mera copia) que cuando se trata de la obediencia a instrucciones o circulares comunes.⁽⁶⁵⁾ La doctrina y la jurisprudencia han mantenido —como antes con las circulares— que se trata de actos internos, que proyectan o preparan otro, y que, como tales, no pueden considerarse definitivos ni vigentes para efectos de su aplicación o impugnación, razonamiento que es casi copia fiel del construido con igual fin alrededor de las circulares. La realidad, sin embargo, ha terminado por imponerse y el Consejo de Estado como el Tribunal de Conflictos de Francia han empezado a inclinarse ante su empuje.⁽⁶⁶⁾ El carácter reglamentario de un modelo administrativo resulta evidente y claro siempre que su observancia condicione —expresa o implícita, pero inequívocamente— la validez del acto o negocio jurídico previsto, porque así expresamente se indique, o porque se desprenda de sus términos que es obligatorio respetarlo e incorporarlo en la emisión de dicho negocio, y que rige aunque este último nada diga al respecto, o, incluso, aunque diga algo en contra o lo repudie. En general, el modelo es reglamentario cuando se da por un sujeto para sus relaciones con otro y con pretensiones de obligatoriedad frente a ese tercero, y más claramente aún cuando

(63) En Francia doctrina y jurisprudencia son concordes en calificar como contractual la naturaleza de los modelos de contrato, una vez incorporados a éste; previamente pueden ser considerados como reglamentos obligatorios para los funcionarios que contrataran. La anterior conclusión se refiere a los proyectos de contrato, no a las reglas sobre la celebración y formalización del contrato, que como tales no tienen que ver con su contenido y que se consideran verdaderos reglamentos de procedimiento desde el momento en que se adoptan. Véase al respecto Andre De Laubadere, *Traite Theorique et Pratique des Contrats Administratifs*, Tomo I, págs. 353 y 354. En Italia la jurisprudencia adscribe naturaleza reglamentaria a los modelos, incluso si son de contrato, en discrepancia con la doctrina. Véase Massimo Severo Giannini, *L'Attività Amministrativa*, pág. 59.

(64) Pierrette Rongere, *Le Procédé de L' Acte Type* op. cit. pág. 251, 257 y 269.

(65) Pierrette Rongere, op. cit.; págs. 208, 210, 198, 172, 173 y siguientes.

(66) Pierrette Rongere, op. cit., págs. 283, 293 y 294.

se da para las relaciones entre dos terceros extraños al autor del modelo, como cuando lo impone una autoridad de intervención o dirección económica sobre un contrato entre particulares sujeto a regulación administrativa, lo mismo que cuando su autor tiene potestad reglamentaria reconocida o lo publica como si fuera un reglamento común.⁽⁶⁷⁾ Son indicios que trabajan contra la naturaleza normativa y externa del modelo el hecho de provenir, a la inversa, del superior jerárquico, sin potestad reglamentaria y sin las formalidades usuales de comunicación del reglamento. Pero, en síntesis, es una constatación indudable que la Administración contemporánea, exactamente como las grandes empresas privadas, tiende con creciente frecuencia a uniformar sus actos y negocios y que para ello acude a la potestad reglamentaria, sea en forma abierta, sea encubierta, bajo la especie del modelo ("machote" costarricense) administrativo, tenga o no tenga aquella potestad. Es un hecho que se ha de tomar en cuenta para regularlo, en beneficio de una mayor libertad y acierto en el funcionamiento de la Administración, a la vez que en beneficio de la impugnabilidad e invocabilidad de tales actos como verdaderos reglamentos (aún cuando no tengan la apariencia de tales) a favor de los administrados. Se trata, en realidad, de una poderosa y frecuentísima forma disfrazada de potestad reglamentaria.

a-7) **Recapitulación:** Las nuevas formas de actuación administrativa de alcance general y reglamentario. El carácter "conformador" de la administración contemporánea tiende a ampliar el radio de acción de sus actos, en la búsqueda de un mayor impacto para los mismos. Se trata de medidas que tienden a producir resultados sociales en gran escala y a incorporar el mayor número al goce de las ventajas de la economía y de la tecnología, así como a la remoción de los obstáculos sociales al efecto. En esta circunstancia es inevitable la conversión progresiva de la Administración en un centro normativo, cuyo método de acción desborda cada vez con más frecuencia las limitaciones de una intervención concreta en relación con un determinado sujeto, para iniciar la regulación directa y con alcance general de aquellas estructuras económicas, sociales y jurídicas de cuyo cambio depende en gran parte el éxito de su misión. Esto requiere actos dirigidos a grupos, clases o zonas de

(67) Tribunal des Conflits, arret "Procureur General d'Angers c/Avranches et Desmarests. Conseil d'Etat, arret Conseil National de l'Ordre des Medecins, Ax arret Ordre National des Pharmaciens, todo según cita de Pierette Rongere, Le Procédé de L'Acte-Type, págs. 250 - 252.

interés por encima del individuo, y la aparición de nuevos centros reglamentarios con la multiplicación de los reglamentos, en armonía con la Constitución o contra la Constitución, abierta o encubiertamente.

b) **La degradación de la Ley.**

Simultáneamente con este progresivo dilatamiento del efecto en el obrar administrativo, con tendencia hacia lo general y normativo, se ha producido una evolución inversa de la legislación hacia el acto (legislativo) de alcance concreto, lo que algunos llaman la ley providencia (o acto ley).⁽⁶⁸⁾ Es el acto de la Asamblea que tiene el alcance concreto del acto administrativo común, pero con fuerza y rango de ley. Su aplicación es posible en forma igual a como lo es en el acto concreto que perfecciona, sin carácter de verdadera norma. De este tipo son por ejemplo los contratos leyes (reforma o aprobación legislativa de contratos administrativos); las leyes de otorgamiento de subvenciones o subsidios; las fianzas legislativas del Estado a favor de ciertas entidades públicas o privadas para hacer posible operaciones de gran cuantía y de interés público que de otro modo no se llevarían a cabo; las emisiones de bonos de la deuda pública; las leyes que conceden indemnizaciones a los damnificados por una catástrofe natural, las que retroceden propiedades ya traspasadas en firme al Estado por aplicación de otras leyes; y, en general, todas las de alcance concreto que expresamente autoriza la Constitución:

(68) Alberto Predieri, *Costituzione e Pianificazione*, págs. 264, 270, 271 y 273. "Es indiscutible el desarrollo de la ley singular, o individual o personal, de las leyes de contenido concreto o leyes providencias (actos leyes), esto es: de las leyes que, consideradas en forma global, son instrumento de acción del Estado y que se agotan en la actuación de sí mismas" (264). Las Leyes providencias, concretas, no abstractas y, en consecuencia, derogatorias del principio de paridad formal, no son el único instrumento típico de la acción del Estado contemporáneo, cuya presencia y frecuencia induzca a pensar sobre el cambio radical en el significado de la ley y, por ahí, de la reserva de ley (270). A la par de las leyes singulares se han multiplicado las leyes de tipo sectorial, de generalidad reducida —si así se pueden definir— o de bajo grado de abstracción (270). Las leyes de generalidad reducida, a la par de las leyes providencia, han llegado a ser el instrumento de una acción estatal administrativa, de realización sobre todo de nuevos cometidos del Estado que se suelen definir como sociales, del Estado que actúa con medidas individuales, o de grupo, diversas, desiguales, discriminatorias, en cuanto constituyen situaciones de ventaja legal para corregir o compensar situaciones de minusvalía real, de hecho, interviniendo en el proceso económico, redistribuyendo a algunos ciudadanos la riqueza extraída de otros" (271) "el acto legislativo en la realidad contemporánea, en consecuencia, contiene indiferentemente disposiciones normativas y mandatos concretos, preceptos individuales o por categorías, restringidas o mínimas, actos de organización y atribuciones singulares de competencias. Se siente desvanecer la diferencia entre la predisposición de normas y la posición de mandatos concretos (273).

Artículo 121 incisos 4 (aprobación de tratados), 11 (presupuestos) 14 (enajenación de bienes nacionales y contratos públicos de explotación de los mismos) 15 (empréstitos públicos), así como los actos de organización de la Administración Pública (cuya calificación como normas o actos es discutida en doctrina). Un distinguido autor ha llegado a sistematizar esas leyes providencias o actos leyes con muy diverso nombre y régimen, desde el punto de vista de su función: contrato ley, ley oferta, ley promesa, ley incentivo, ley indemnización, ley concesión, etc.⁽⁶⁹⁾ Se trata generalmente de leyes que producen situaciones de ventaja, tratando de estimular (fomento legislativo) o de producir igualdad real (justicia distributiva por ley) y que, en el fondo, instituyen regímenes de favor en beneficio de grupos, a menudo reducidos, con simultáneo detrimento del competidor o de otros grupos más poderosos económica o socialmente. Su gran peligro es doble: en primer término, la violación de la igualdad ante la ley mediante la formación de castas de privilegiados, oficiales o institucionalizadas; en segundo término, su rango de ley, que hace inimpugnables tales actos en la vía contencioso-administrativa (artículos 49 C. Política y 1 de la Ley 3666 de 16 de marzo de 1966), dado que en la misma sólo son atacables los actos inferiores a la ley (por no ser jurisdicción de constitucionalidad). Pese a su evidente peligro es un hecho que la Asamblea, alarmada ante la pérdida real de poder antes descrito y aprovechando la parálisis o inacción del Poder Ejecutivo en algunos sectores o en relación con problemas de la comunidad, cuantiosos pero perfectamente concretos y confinados, ha empezado a suplantar a la Administración, con las ventajas y peligros de conferirles rango formal de ley a su obrar realmente administrativo.⁽⁷⁰⁾ La Asamblea declinante y celosa de poder, quiere dejar de legislar para empezar a gobernar.

c. El desarrollo tecnológico y económico, fuente de especialización.

Finalmente, un último factor en este progresivo derrumbamiento de las relaciones clásicas entre ambos Poderes políticos, en

(69) Giuseppe Guarino, *Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia e di Diritto dell'Energia, Regime Costituzionale delle Legge d'Incentivazione e d'indirizzo*, págs. 133 a 145, todas de una extraordinaria lucidez en materia casi virgen, la de las leyes concretas o actos leyes de la Asamblea.

(70) Predieri, *op. cit.* págs. 276 y sgts. Un caso patético nos lo deparó el subdesarrollo económico de la Prov. de Limón, propicio al desorden público. El Poder Ejecutivo traspassa a su ente

virtud del cual el Ejecutivo adquiere la preeminencia rectora en la vida pública y, simultáneamente, tiende a lograr una igualdad legal frente a la Asamblea dentro de la Constitución, es la aparición de múltiples entes y organismos nuevos en el ámbito administrativo, con personalidad propia o independencia funcional. Las exigencias técnicas o económicas de ciertos tipos de interés público, así como la fuerza de los grupos de presión, termina por crear nuevos entes encargados principalmente de lidiar con esos sectores, a nivel técnico y político a la vez. La especialidad y la inestabilidad de la materia regulable, su relación con conocimientos muy calificados, o con grupos y fuerzas políticos y económicos que exigen un régimen propio, son todos factores que aconsejan encomendar la gestión y regulación administrativa a centros independientes con autonomía normativa.

Esto implica una potestad reglamentaria, sin la cual la configuración del sector encomendado resulta imposible o excesivamente lenta e ineficaz.

v. Conclusiones del aparte B)

Para entender la potestad reglamentaria en Costa Rica y, sobre todo, para poder detectar sus defectos y valorar sus perspectivas, es necesario tomar conciencia de los siguientes hechos:

a) El carácter decisivo del reglamento sigue siendo su naturaleza secundaria y subordinada a la ley: secundaria en cuanto no puede intervenir sobre una determinada materia sin previa habilitación

autónomo, JAPDEVA (de competencia regional para el desarrollo de la Provincia de Limón), la administración del muelle del Puerto de Limón, lo que origina cesantía de muchos de los trabajadores del antiguo concesionario de esa administración, la Cía. extranjera Northern Railway Co. Los cesantes hacen huelga, que es declarada ilegal por los tribunales de trabajo, por entenderse que el trabajador que quisiera continuar con el nuevo patrono podría hacerlo y que la cesantía, en consecuencia, sería voluntaria. En ese estado el asunto, los huelguistas promueven graves desórdenes contra la ex-concesionaria dicha. La Asamblea Legislativa interviene —con su Presidente haciendo las veces de árbitro y componedor de la disputa— para operar por ley el traspaso de la administración portuaria de Limón y reconocer simultáneamente derecho de cesantía al trabajador que quisiera acogerse al mismo, con obvia derogación para el caso concreto no sólo de las normas laborales comunes que no ofrecen ese derecho cuando hay renuncia voluntaria del asalariado, sino también de la norma constitucional que garantiza la independencia del Poder Judicial y prohíbe resolver por vía legislativa asuntos pendientes ante los tribunales, sobre todo contra lo ya decidido por éstos (en primera instancia). La misión activista que asumió la Asamblea agudizada en el caso por la pugna política de la mayoría parlamentaria con el Presidente de la República de entonces y su partido— es un buen ejemplo del grado de flexión de la ley ante los problemas nuevos de nuestra sociedad en rápida evolución económica y social, así como del papel de gobernante frecuentemente asumido por la Asamblea.

legislativa; y subordinada en cuanto el reglamento es medio de desarrollo e integración— si no de interpretación y ejecución— de la ley, al punto de que ésta sigue siendo el verdadero patrón de medida para valorar la legitimidad (por conformidad) o la ilegitimidad (por discrepancia o excesiva independencia) del reglamento;

b) La subordinación del reglamento a la ley expresa un estado crítico de tensión en el régimen jerárquico de relación entre los dos respectivos Poderes (Ejecutivo y Legislativo) tal y como formalmente se da todavía en muchas Constituciones (y concretamente en la de Costa Rica) y en la distribución actual (incluso en Costa Rica) del poder de dirección política y de regulación de la sociedad, distribución en la que hoy es indudable el predominio neto del Poder Ejecutivo sobre la Asamblea;

c) El Poder Ejecutivo interviene cada vez más activamente en la conformación de la sociedad y ello sólo es posible ampliando el radio de acción de sus actos y convirtiéndolos en generales, con tendencia a incorporar a cada competencia para realizar actos concretos una potestad larvada para reglamentarla o para perseguir, mediante el reglamento, los fines públicos encomendados;

d) La complejidad técnica de las materias a regular, el carácter inestable de las soluciones para los problemas y la continua aparición de éstos, la existencia de grupos de interés cada vez más numerosos y la necesidad de garantizar imparcialidad y objetividad ante todos, provocan el nacimiento de múltiples entidades y organismos administrativos especializados, legal o actualmente investidos de una potestad reglamentaria igualmente especializada;

e) La tendencia centrífuga y atomista en relación con la potestad reglamentaria es un efecto inevitable del pluralismo político y social de nuestra comunidad de hoy, que se intensificará con el desarrollo y crecimiento de la misma;

f) La Asamblea ha empezado por delegar cada vez más poderes normativos en el Poder Ejecutivo, sea mediante delegaciones propiamente tales (en los sistemas que las permiten); sea mediante la técnica de condicionar su vigencia al reglamento futuro; sea imponiendo la necesidad de este reglamento, al limitarse a dar direc-

tivas y no reglas inmediatamente aplicables, o al emplear conceptos demasiado indeterminados en su redacción, que exigen reglamentación posterior para limitar la consecuente amplitud de la discrecionalidad administrativa, que aparece como un peligro tanto para la buena administración como para el ciudadano;

g) La Asamblea intenta hoy competir con el Poder Ejecutivo en la solución rápida, continua y casuística de los problemas sociales, todavía sin abandono radical de su función normativa, pero con clara tendencia hacia el mismo en favor del Poder Ejecutivo;

h) Este proceso debe reflejarse y regularse en las Constituciones, para institucionalizarlo, limitarlo y controlarlo, tanto en beneficio del poder de la Administración cuanto en protección de la seguridad jurídica y de los derechos humanos.

C) La Potestad Reglamentaria en Costa Rica

1. Los tres clásicos Supremos Poderes se reparten el ejercicio de la función pública en Costa Rica, a la par de otro importante órgano constitucional, creado con el nombre de Tribunal Supremo de Elecciones.⁽⁷¹⁾

La Constitución se refiere en forma expresa únicamente a la potestad reglamentaria de la Asamblea para darse el reglamento de su régimen interior, “el cual, una vez adoptado, no se podrá modificar sino por votación no menor de las dos terceras partes del total de sus miembros” (artículo 121 inciso 22); y a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, el cual podrá “expedir los reglamentos y ordenanzas necesarios para la pronta ejecución de las leyes” (artículo 140 inciso 18), lo cual le corresponde también por virtud del inciso 3 *ibidem*, que le atribuye la potestad de “regla-

(71) Su figura no es la clásica de un Poder desde el punto de vista de la función que desempeña, aunque goce de algunas de las prerrogativas de los otros tres (independencia en el desempeño de su función (artículo 99 Constitución Política) y equiparación de sus Magistrados a los miembros de los otros Supremos Poderes en cuanto a prerrogativas e inmunidades (Artículo 101). Concentra en sí funciones varias por naturaleza material, como la de interpretar auténticamente las leyes electorales (artículo 102 inciso 3) y la de organizar, dirigir y vigilar, en forma exclusiva, los actos relativos al sufragio, lo que comprende tanto funciones normativas como administrativas en sentido estricto, (artículo 99), funciones que no es del caso analizar aquí. Sus resoluciones carecen de recurso (artículo 103) y la responsabilidad de sus Magistrados por las mismas es igual a la que corresponde a un juez por las suyas, la de pena por prevaricato.

mentarlas" (las leyes, a secas y sin ulterior indicación de finalidad ni de ninguna otra especie).

El artículo 140 inciso 18, parte primera, confiere también al Poder Ejecutivo (y con lenguaje casi igual al utilizado para el mismo efecto en relación con la Asamblea), la potestad de "dar el reglamento que convenga para el régimen interior de sus Despachos".

La Constitución no contiene ninguna otra referencia expresa a la potestad reglamentaria.

2. La potestad reglamentaria de los Supremos Poderes, distintos del Poder Ejecutivo.

a) La Asamblea.

Cabe comentar, en primer término, la naturaleza de la potestad reglamentaria expresamente atribuida a la Asamblea por el inciso 22 del artículo 121. ¿Qué naturaleza y régimen tiene tal reglamento?

Mucho se discutió en doctrina la naturaleza, régimen y valor del reglamento de la Asamblea, para su procedimiento legislativo (creador de leyes) y para su organización y funcionamiento interiores. Es unánime la admisión de su importancia, dada la materia; pero la doctrina se divide entre quienes sostienen —y quienes niegan— ser igual la naturaleza del reglamento legislativo que gobierna el procedimiento de formación de las leyes y la de los otros reglamentos de la Asamblea; entre quienes sostienen que se trata de un reglamento interno (propio de un ordenamiento especial de la misma índole creado por la Asamblea en uso de un poder de supremacía especial) y quienes sostienen que se trata de un acto de autonomía normativa, creador de normas válidas para el Estado, incluso si no hay vía apta para atacarlas (generalmente no es posible el recurso de inconstitucionalidad contra las mismas, por ser atípicas), ni tampoco vía apta para reclamar su violación.⁽⁷²⁾

Nuestro concepto es que su régimen ideal debe ser el de normas externas, de rango superior al de la ley misma (por su carácter de instrumentos normativos de interpretación y complementación

(72) Franco Bassi, *La Norma Interna*, págs. 168 a 169; Giorgio Balladore Pallieri, *Diritto Costituzionale*, pág. 135; Sergio Galeotti, *Contributo alla Teoria del Procedimiento Legislativo*, op cit. pág. 59.

del texto constitucional sobre el procedimiento de formación de las leyes, a modo de reglamentos ejecutivos del mismo) cuyo fundamento expreso en la Constitución es base suficiente para configurar un tipo de autonomía normativa a favor de la Asamblea. Consideramos, ello no obstante, que el rango superlegislativo pertenece únicamente a su parte directamente ejecutiva de la Constitución y relacionada con la creación de leyes; el resto de los reglamentos legislativos debe reputarse como constitutivo de un ordenamiento administrativo y sujeto a la ley actual o potencial de la Asamblea sobre la misma materia, con exclusión de cualquier otro reglamento administrativo.

Debería existir acceso a la jurisdicción constitucional para atacar la validez del reglamento que regule el procedimiento legislativo contra el mandato constitucional; y debería haber acceso a la jurisdicción contenciosa, por violación de ley (cuando la haya) en relación con los demás (lo que es posible sobre todo en materia de personal y de proveeduría, por conflicto con el Código Laboral o la Ley Hacendaria —de Administración Financiera— sobre igual campo). Su violación debería originar nulidad de la ley respectiva.

Nuestra Constitución ha regulado bien diferentemente la materia.

Según el artículo 124 la aprobación del reglamento de la Asamblea se hará en un sólo debate y el mismo no tendrá carácter de ley, por decirlo así expresamente la citada norma.

¿Se tratará de un reglamento administrativo común?

Creemos también que la respuesta tiene que ser matizada: el reglamento del procedimiento legislativo nunca podrá serlo, aún si no es ley, por su propio objeto; luego no podrá ser tratado ni como una ni como otra cosa. Igual cabrá decir del reglamento legislativo, aún sobre diversa materia, que sea ejecución directa de la Constitución.

Es claro que la violación de tal reglamento por la ley ordinaria no invalidará ésta ni tendrá efecto alguno reclamable jurisdiccionalmente, pues, en efecto, no podrá hacerse valer en la jurisdicción de constitucionalidad por no haber violación constitucional, ni tampoco en la contenciosa por ser ley y no acto administrativo la causa de la violación. Es evidente, por otra parte, que sólo la ley puede violar este tipo de reglamento.

Esto reduce a nada su valor y permite sentar la conclusión de que, aún si es norma superior al acto y al reglamento administrativo, carece de todo valor o lo mantiene hasta el momento en que sea violado, lo que prácticamente equivale a una derogación singular del mismo.

La única vía abierta para hacerlo valer como norma supralegislativa, que es su verdadera naturaleza, es considerarlo incorporado a la Constitución y objeto de tutela en la vía de constitucionalidad. La probabilidad de que nuestros tribunales acepten tal planteo parece más que remota, por la intromisión que el juicio y el recurso respectivo implican en la autonomía constitucional de la Asamblea.

El reglamento legislativo sobre el régimen interior de los despachos de la Asamblea, en todo lo demás y siempre que no se trate de ejecución directa de un mandato constitucional, será administrativo y estará en todo sometido al régimen de tal. En su esfera será exclusivo, y nulo por absoluta incompetencia cualquier otra disposición administrativa, normativa o no, que lo viole. Creemos por igual razón que será absolutamente nulo el reglamento legislativo que infrinja el de la misma Asamblea concerniente al trámite legislativo. En la categoría de meros reglamentos administrativos, sujetos a la ley, estarán todos los reglamentos de personal, de proveeduría o de otros servicios exteriores, de tipo administrativo, como el de biblioteca. Si, en cambio, se regula una actividad privada y mercantil, como la de soda, mercantil y no administrativa será la naturaleza de la regla, que podrá reputarse como acto de comercio para todo efecto.

La jurisdicción contenciosa contra los reglamentos administrativos comunes de la Asamblea, así como contra todo acto de la misma sujeto a la ley, está garantizada no sólo por la redacción amplia del artículo 49 C. Política (que habla de acción contra el Estado, sin especificar Poderes) sino, sobre todo, por el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción respectiva, inciso 4 del mismo, que así lo dispone en cuanto los otros Poderes realicen excepcionalmente función administrativa.

En cuanto a la función de reglamentar las leyes, para su pronta aplicación, función de alcance externo, no encontramos razón para negarla a la Asamblea, en lo que toca a su esfera propia de

acción, que de otro modo se vería limitada por el Poder Ejecutivo, con lesión de la independencia e igualdad constitucionales que le competen frente al mismo (artículo 9 ibídem). Así, el reglamento de las leyes en lo que toca al manejo de personal, de proveeduría, de sus contratos con técnicos y asesores, corresponde en primer término a la Asamblea y, supletoriamente y sólo si no hay reglamento legislativo, al Poder Ejecutivo.

Por la forma algo estrecha en que nuestra Corte Suprema concibe la autonomía normativa de los entes menores, creemos que esta tesis difícilmente encontrará respaldo en nuestra jurisprudencia futura (dado que no la hay directamente sobre el extremo), pese a que, en su práctica diaria, el Poder Judicial sí la acoge, dictando el reglamento ejecutivo de las leyes aplicables a su régimen propio.

En los hechos, la Asamblea ha dictado únicamente un reglamento, comprensivo de todos los aspectos internos de su organización y funcionamiento (procedimiento legislativo, distribución interior de competencias, relaciones de personal y de proveeduría). El dicho reglamento se ajusta a las leyes de la materia, como si fuera ejecutivo de las mismas, cuando esas leyes existen (Código de Trabajo).

La potestad de reglamentación delegada o autorizada no es concebible, por su propia naturaleza, bajo la titularidad de la Asamblea.

Es indudable que el artículo 121 inciso 22 configura una autonomía normativa externa y que los reglamentos administrativos de la Asamblea pueden ser objeto y motivo de una acción contenciosa, en su favor o en su contra, cuando no se refieren al procedimiento legislativo.

b) El Poder Judicial.

La Constitución no contempla expresamente ninguna potestad reglamentaria en su favor. Ello no obstante tiene la misma que la Asamblea (para el régimen interior de sus despachos y para la ejecución de las leyes que lo atañen) por triple razón:

i) Por analogía con el artículo 121 inciso 22 y 140 incisos 18 y 3, dado que, en cuanto Supremo Poder con necesidades propias de organización (personal, proveeduría, asesoría externa, servicios

públicos de extensión, como bibliotecas, archivos, índices de jurisprudencia, prestaciones de carácter médico forense y, en general, relaciones y funciones auxiliares de la justicia y dependientes de ésta, como los defensores de oficio), su situación es igual o muy similar a la de los otros Supremos Poderes y requiere tener a su disposición medios y potestades también iguales que le permitan dar satisfacción cumplida a aquéllas, con rapidez y eficiencia.

Sale de la potestad reglamentaria del Poder Judicial todo aquello que, aunque concerniente a su funcionamiento propio, la Constitución haya sustraído a su ámbito de reglamentación (como la organización de tribunales y de procedimientos, artículo 121 inciso 20 y, sobre todo, artículos 152, 153 y 154).

ii) Por mandato implícito pero inequívoco del artículo 9 de la Constitución, que, al imponer la igualdad e independencia recíproca de los Supremos Poderes, necesariamente confirió a cada uno iguales medios para suplir a sus necesidades de organización y funcionamiento, cuando menos en lo indispensable. Y es evidente que la potestad reglamentaria lo es para ese fin en relación con cada organización empresarial o administrativa, según todo lo expuesto en las secciones anteriores de esta ponencia.

iii) Por mandato implícito, pero también claro, del artículo 156 C. Política. Dicha norma constitucional otorga a la Corte Suprema el carácter de jerarca del Poder Judicial, de quien dependen todos los demás tribunales y órganos auxiliares de este último, con lo que la faculta para dictar las normas necesarias al mantenimiento de esa autoridad propia y de esa dependencia ajena, normas que son justamente los reglamentos internos y externos de la organización y funcionamiento del Poder como tal, incluso los dictados en ejecución de la Ley Orgánica correspondiente.

Desde este punto de vista consideramos legítimos los reglamentos del Poder Ejecutivo, en ejecución de leyes concernientes a los Supremos Poderes, únicamente en ausencia de los que éstos hayan emitido al respecto, dentro de los límites que marca la Constitución; caso de conflicto, deben prevalecer los de cada Poder sobre los del Ejecutivo para la respectiva esfera propia de competencia.

La tesis aquí sustentada coincide con la que, de hecho, ha puesto en práctica la Corte Suprema de Justicia. Esta, en efecto,

ha dictado reglamentos ejecutivos de leyes que le conciernen, sin parar grandes mientes en problemas de constitucionalidad (reglamentos ejecutivos de la ley sobre becas de estudio a los servidores públicos, N° 1810 de 15 de octubre de 1944, y de la ley sobre defensores de oficio (cuerpo de letrados cuya función es la defensa y protección judicial de sujetos incapaces, ya sea mental o económicamente, N° 3666 de 10 de enero de 1966).

Consideramos perfectamente constitucional y correcta esa reglamentación.

c) El Tribunal Supremo de Elecciones.

El Tribunal es, en Costa Rica, un cuarto Poder, que no se llama tal. Como antes se apuntó, su figura es sui generis, pero claramente definida. Su nota fundamental no es su independencia funcional y orgánica totales, sino, sobre todo, el carácter exclusivo de su competencia sobre la materia electoral, que le da título para ejercer muy dispares y variadas funciones, a condición de que se mantengan dentro de ese ámbito. Se trata de una típica reserva (no de ley, sino de Tribunal) sobre el campo material delimitado por la actividad electoral en Costa Rica, en todas sus implicaciones, excepto la legislativa. Y aún en este último aspecto se hizo ver ya que tiene potestad legislativa exclusiva para interpretar en forma auténtica las leyes electorales.

Es muy fundado sostener que el Tribunal posee la plenitud de la potestad reglamentaria constitucionalmente posible en Costa Rica sobre su materia, tanto interna como externa, tanto ejecutiva de la ley de su función como de la ley de su organización.

Todo reglamento del Poder Ejecutivo en el campo sería absolutamente nulo por total incompetencia constitucional. Esto puede verse con más asidero gramatical y constitucional, si se piensa que el Poder que puede interpretar auténticamente la ley (con fuerza de ley) puede también reglamentarla (con fuerza de acto administrativo).

3. La Potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo.

i) La potestad de reglamentación ejecutiva e independiente.

El Poder Ejecutivo tiene consagradas a su favor dos tipos de potestades reglamentarias, la de ejecución de las leyes y la de su régimen interior, en los incisos 3 y 18 del artículo 121.

Podemos reiterar aquí la idea de que ambas potestades son especies de un solo género, la potestad reglamentaria de tipo ejecutivo. Como antes se dijo la potestad de reglamentación independiente o autónoma tiene siempre como base una ley de competencia, cuyos poderes y deberes exigen normalmente un ulterior desarrollo para su cabal ejercicio. Lo decisivo para determinar la legitimidad del reglamento llamado "autónomo" o "independiente" es su estricta relación de medio con el fin de la ley que crea la competencia administrativa objeto de reglamentación. Habrá una relación de conformidad entre esa ley y el reglamento independiente o autónomo siempre que no haya contradicción y que las disposiciones del reglamento sean conducentes para el cumplimiento del fin de la ley. No es exigible al efecto que pueda encontrarse una relación de implicación lógica, gramatical o sistemática, entre la ley y el reglamento independiente. La función de interpretar es una de las del reglamento ejecutivo en su más estricto y limitado sentido y no hay razón alguna para extenderla a todos los tipos posibles de reglamentación, los cuales pueden suponer —y suponen— una mayor libertad de la Administración para prescribir por su cuenta lo que estime útil al cumplimiento de la ley, sin necesidad de un texto que le dé base gramatical. En el caso del reglamento independiente la ley se ejecuta, no porque medie una implicación lógica entre el texto de ambas normas, sino porque existe una relación teleológica entre los medios jurídicos arbitrados por ambas. Las potestades y los deberes que entran en la competencia creada por ley son los medios que ésta arbitra en orden al fin perseguido; los que crea el reglamento han de hallarse en igual relación, de medio a fin, con los primeros, en forma tal que sirvan el fin dentro —y no fuera— del marco de posibilidades que ofrece la ley. Pues así como habíamos dicho que en Derecho administrativo el fin no justifica todas las potestades necesarias para su cumplimiento, si no hay una norma que les dé base, así podemos agregar ahora, con perfecta coherencia, que sí la hay, porque existe una ley que autorice esa potestad, el reglamento puede hacer lo demás, siempre que sus disposiciones sean razonablemente conducentes para el fin que perseguen las potestades de origen legal. Es por eso que insistimos en la idea de que el reglamento independiente o autónomo es, en realidad, una especie del reglamento ejecutivo, dado que, en último término, se limita a desarrollar la ley que crea la competencia objeto de reglamentación, en cuanto dispone lo necesario para que ésta pueda

ejercerse con plena satisfacción de sus fines propios. Se trata, concretamente, del reglamento ejecutivo complementario, que desarrolla el texto mediante disposiciones *praeter legem*, y no del reglamento ejecutivo de mera interpretación, que se limita a crear disposiciones *secundum legem*.

Lo dicho explica que en la potestad reglamentaria de tipo complementario puedan entrar todas las disposiciones (internas y externas) que suelen llamarse reglamentos autónomos de organización o de servicio, pues aún si no tienen vinculación directa, lógica o gramatical, con las competencias externas del ente, representan en todo caso un medio razonable y conducente para el cumplimiento de los fines y para el eficaz ejercicio de dichas competencias.

Desde el ángulo planteado resulta ilegítimo únicamente el reglamento que atribuya competencias, cree órganos o establezca relaciones sin fundamento legal alguno, ni aún siquiera en una ley previa que cree la competencia cuyo ejercicio adecuado exija esa reglamentación.

Puede decirse, en síntesis, que la potestad de reglamentación ejecutiva de la ley incluye la de las competencias, organización y servicios creados por esta última y que, en el fondo, la potestad de reglamentación a que se refiere el inciso 18 del artículo 121 Constitución Política, en cuanto habla del régimen interior del Poder Ejecutivo, es la misma que autorizan ese inciso y el 3 de la misma norma, para lograr una pronta y exacta aplicación de las leyes.

ii. La potestad de dictar reglamentos delegados.

La potestad de dictar reglamentos delegados es, como se dijo, la fundada en una expresa autorización de ley para dictarla, sobre materia reservada a la ley o no regulada directamente por ésta. El requisito esencial para dictarla, que condiciona la validez del reglamento delegado, pues caso opuesto se podría considerar como no autorizado y darse una delegación ilegítima de funciones, es la fijación simultánea de directrices y de límites para la futura reglamentación. Esto es así de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia dominantes que encuentran compatible una potestad reglamentaria en esas condiciones con el principio de legalidad sustancial, con la división de poderes y, en general, con todos los principios del Estado de Derecho.

En Costa Rica, sin embargo, creemos que la autorización de reglamentos delegados es constitucionalmente dudosa. Podría interpretarse, en efecto, como una delegación de funciones constitucionalmente prohibida por el artículo 9 Constitución Política.

Dispone este:

“Artículo 9. Ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias”.

La delegación es el acto en virtud del cual un órgano o ente hace posible que otro ejerza competencias iguales a las suyas propias en términos que los actos de ambos tengan el mismo valor.⁽⁷³⁾

Mucho se ha discutido si se trata de una autorización, que remueve el obstáculo para que el delegado ejerza una competencia que tiene a título propio; o si, a la inversa, es una concesión, que otorga al delegado una potestad que no tenía o el ejercicio de la misma, cuya titularidad continúa perteneciendo al delegante.

Sea cual fuere la tesis al respecto, es lo cierto que nuestra Constitución prohíbe la delegación y tanto da para el caso que sea autorización o concesión. Estimamos que cuando se autoriza el reglamento delegado en forma válida, sujeto a directrices y dentro de límites suficientemente claros y determinados, como para servir de criterio de confrontación del reglamento con la ley, a efecto de establecer si aquel es legítimo o no, el legislador respeta la reserva constitucional a su favor, porque regula la materia en grado aceptable al imponer límites infranqueables (el mínimo y máximo de la pena, por ejemplo), y no se desentiende de la necesaria regulación ulterior, sino que la dirige dándole bases y finalidades. La ley cumple su cometido y extiende su mandato a través del reglamento delegado conforme a ella.

Pero otra interpretación diversa es posible, atendiendo al hecho de que la relación entre ley y reglamento delegado es la misma, aún si se cumple con ese requisito adicional, que la que corre entre ley delegante y ley delegada, en los países que la admiten. En otras palabras: en estos se entiende que la ley delegante tiene que

(73) Fernando Garrido Falla, *La Descentralización Administrativa*, págs. 21 y 22. “La delegación consiste, fundamentalmente, en un procedimiento mediante el cual un órgano confiere a otro, supuesta naturalmente la permisión del ordenamiento jurídico, la facultad de ejercer parte de sus funciones, con lo que el órgano delegado realiza una función cuya titularidad no posee: la titularidad permanece en el delegante, el ejercicio, en cambio, se traspa al delegado.”

contener límites y directrices para ser constitucional, pues caso supuesto se estaría abandonando la función legislativa y no meramente delegándola.⁽⁷⁴⁾ Luego, aunque haya límites y directrices, hay delegación, no mera autorización de potestad reglamentaria más allá de sus límites normales de competencia. Podría incluso decirse que si hay delegación es porque hay límites y directrices, pues caso supuesto habría abandono y no delegación. Esto indica que en doctrina y jurisprudencia del Derecho comparado la relación entre una norma que limita y dirige y otra que regula de conformidad, se entiende como una delegación de la primera en la segunda de la potestad de regulación.

Puede decirse, según este enfoque, que cuando la Asamblea autoriza al Poder Ejecutivo o a cualquier otro ente de la Administración Pública a regular una materia reservada a ella, dentro de límites y con directrices, está delegando función legislativa.

La función legislativa, desde este punto de vista, presenta dos aspectos delegables, a saber: la regulación primaria e incondicionada de una materia, todavía no regulada por ninguna norma; y la fuerza de ley.

Entiéndese por fuerza de ley la posición de ésta dentro del ordenamiento en razón del órgano, del procedimiento y de la potestad empleados para dictarla. Estos factores determinan que la ley guarde una cierta jerarquía primaria frente a todos los demás actos del Estado, excepto la Constitución (hoy en día también los tratados, por reforma del artículo 7 de la Constitución Política).

Consiste tal fuerza en que colocada frente a cualesquiera otros actos del ordenamiento con las excepciones dichas, la ley siempre presenta las siguientes características:

- i. Sólo puede ser derogada o reformada por otra ley o fuente superior;
- ii. Puede condicionar la validez, o derogar y reformar cualquier otra norma de cualquier otro Poder.

De este modo, toda norma que no sea legislativa (o igual a ésta por disposición de principio o constitucional), tendrá que

(74) Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, págs. 429, 421 y 422.
Herman Pritchett, *La Constitución Americana*, págs. 236, 237 y 238.

estar supeditada a la ley en forma sustancial y carecerá de la fuerza de ésta.

Cuando la potestad legislativa se delega, normalmente se delega entera, incluyendo la fuerza de ley de los actos que se dictarán en ejercicio de la delegación. Pero cuando ello no ocurre, puede haber delegación —dentro del enfoque estricto que comentamos— si la Asamblea autoriza a otro Poder o entidad para regular en su lugar, aunque a través de reglamentos sin fuerza de ley, una materia que ella no regula en forma directa. Es justamente la interpretación que da al caso de los reglamentos delegados parte importante de la jurisprudencia y de la doctrina del Derecho comparado.⁽⁷⁵⁾

Es evidente, en efecto, la distinción que hay entre un reglamento delegado y la delegación de potestad legislativa. En esta última el acto dictado por el Poder Ejecutivo, es ley con fuerza igual a la propia de la ley ordinaria (de la Asamblea). En el caso del reglamento delegado la doctrina es unánime en aceptar que el mismo es un reglamento, sin fuerza de ley, que puede ser derogado y reformado por otros reglamentos del mismo autor, sin límite alguno.⁽⁷⁶⁾ Pero pese a ello, se estima el caso como una forma de delegación legislativa, en cuanto la relación entre ambas normas—ley de delegación y reglamento delegado a través de límites y directrices— se reputa tan vaga e imprecisa que equivale a la autorización en favor del Poder Ejecutivo para que éste dicte normas primarias por su contenido, dada la inexistencia de una verdadera disciplina legal anterior sobre la materia.

Es cierto, por otra parte, que aunque el reglamento delegado carece de la fuerza de ley, no es menos obligatorio que ésta en las relaciones que rige y que, además, implica una ampliación permanente de competencia en favor de la Administración, dado que habilita a ésta para regular indefinidamente la materia en el futuro, a la inversa de lo que normalmente ocurre con la delegación legislativa propiamente tal o en sentido estricto, que se contrae a la autorización para que el Poder Ejecutivo regule una sola vez materia excepcionalmente difícil, pero de transitoria existencia.

(75) Carlassare, op. cit. pág. 221, Fernando Garrido Falla, Tratado, op. cit. pág. 272; Enrique Sayagues Laso, op. cit. pág. 128.

(76) Guido Zanobini, Corso di Diritto Amministrativo, Tomo I, pág. 80; Agustín Gordillo, Introducción al Estudio del Derecho Administrativo,

En síntesis: la autorización de potestad reglamentaria, para que el reglamento disponga el régimen de una materia reservada a la ley, dentro de los límites y directrices que ésta imponga, podría ser equiparable a una delegación de potestad legislativa, por la laxitud de la vinculación a que resulta sujeta la Administración, como si se tratara de autorizar reglamentación inicial y sin límites sustanciales. Sería posible arguir, con probabilidades de acierto, el que la ley que lo autorizara sería inconstitucional por violación del artículo 9 de la Constitución. El argumento de que la autorización legislativa sería para dictar reglamentos y no verdaderas leyes, podría ser replicado afirmando que fuera de transmitir la potestad de regular una materia en forma inicial e incondicionada, la Asamblea estaría permitiendo sin base una intromisión en su campo, más grave que la delegación legislativa ordinaria, dado que la potestad de dictar reglamentos delegados es frecuente y permanente, en tanto que la delegación común es normalmente transitoria y excepcional. Este enfoque es, diríamos y lo anticipamos, excesivamente estricto y legalista.

Comprendemos plenamente el alcance de los anteriores argumentos y su eventual fuerza contra cualquier autorización de potestad reglamentaria en materia reservada a la Constitución. Pero no los compartimos.

Si las directrices son claras y hay límites precisos, es innegable que hay una regulación legal de la materia, aunque aplicable únicamente a través del reglamento autorizado. Si, a la inversa, las directivas son vagas, imprecisas o insuficientes, no habrá directivas. Y aunque es cierto que el fenómeno consiste más en una ampliación de la potestad reglamentaria a materia reservada, que en la autorización para un único reglamento sobre ese campo, basta con que el cuadro de directivas ofrecidas por la ley que autoriza sea suficientemente determinado y claro para tener por infundado cualquier temor a un abuso del Poder Ejecutivo, o a una imposibilidad de contralor jurisdiccional sobre el mismo. Si hay directivas claras y precisas el Juez admitirá la validez del reglamento; si no las hay o si son insuficientes lo anulará.

Concluimos advirtiendo, sin embargo, que la potestad reglamentaria autorizada o delegada es posible en Costa Rica, pero que el artículo 9 de la Constitución implica una valla que puede fácilmente expelerlo de nuestro ordenamiento si se adopta una inter-

pretación excesivamente estricta del mismo, en beneficio de la Asamblea y de las reservas de ley consagradas a su favor.

iii. Conclusiones.

a) En Costa Rica los tres Supremos Poderes y el Tribunal Supremo de Elecciones tienen potestad constitucional para reglamentar su régimen interior y su funcionamiento externo, en lo que es propiamente administrativo, dentro del marco de la Constitución.

b) En Costa Rica los tres Supremos Poderes y el Tribunal Supremo de Elecciones tienen potestad reglamentaria de las leyes aplicables a ellos en lo que concierne estrictamente a su régimen interior y relaciones de índole administrativa; y el Poder Ejecutivo tiene, además, potestad reglamentaria de todas las demás leyes del país.

c) En Costa Rica la potestad de dictar reglamentos sobre materias reservadas a la ley o sobre materia no regulada por ley, dentro de límites y directivas fijados por la Asamblea, es ignorada por la Constitución, y parece estar implícitamente prohibida por el artículo 9 de la misma, que prohíbe la delegación de funciones por los Supremos Poderes;

d) En Costa Rica no está regulada la posibilidad de descentralizar por ley la potestad de reglamentación, sea en favor de órganos del Estado que no son el Poder Ejecutivo, sea en favor de otros entes de la Administración Pública.

5. La potestad reglamentaria de los entes autónomos.

No hay norma constitucional alguna que expresamente se refiera a la potestad reglamentaria de los entes autónomos. Es indudable, sin embargo, que alguna han de tener, pues principio general de Derecho es que el jerarca de cada servicio tiene, al menos, la facultad de auto-organizarse, dentro del límite de las leyes. Si éstas, además, le confieren expresamente esa facultad, resulta evidente que no se trata de un caso de ordenamiento interno, fundado en un poder de supremacía especial, sino de un ordenamiento externo y válido ante el Estado, nacido de una autonomía normativa

debidamente reconocida.⁽⁷⁷⁾ Es éste, el caso de la mayoría de nuestros entes autónomos cuyas leyes orgánicas expresamente reconocen a la entidad la potestad reglamentaria indispensable para organizarse y prestar adecuadamente sus servicios.⁽⁷⁸⁾

El artículo 4 de la ley N° 3065 de 19 de noviembre de 1962 expresamente reconoce el alcance externo y válido ante el Estado de dichos reglamentos descentralizados, en lo que toca a la esfera de competencia de cada ente público, cuando dice:

“Los reglamentos de orden general —no interno— y sus reformas, que emitan en uso de sus atribuciones las Juntas Directivas de las Instituciones Autónomas del Estado, deberán ser publicados en el Diario Oficial para que puedan surtir efectos”.

La potestad reglamentaria de las competencias propias es natural en el ente y lo autoriza para regular su organización y servicios, como parte de su potestad de gobierno;⁽⁷⁹⁾ cuando, como en nuestro ordenamiento, hay un reconocimiento general a favor de la potestad de dictar reglamentos de alcance externo o “no interno”, es evidente que los mismos gozan de autonomía normativa.

El cambio de régimen constitucional de los entes autónomos o semiautónomos en Costa Rica no afecta la anterior conclusión, al menos sustancialmente.

El artículo 188 de la Constitución de 1949 decía:

“Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia en materia de Gobierno y administración, y sus directores responden por su gestión”.

Por ley constitucional N° 4123 de 30 de mayo de 1968, el texto actual dice así:

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

(77) Sayagues Laso, op. cit. Tomo I, pág. 245 y Tomo II, pág. 131; Guido Zanobini, op. cit. (Corso) Tomo I, pág. 5; Douence, op. cit. pág. 357; Riberto Coltelli, Enti e Statutinel Diritto Pubblico, pág. 193.

(78) La mejor doctrina es cada vez más consciente de que la potestad de organización; y la de reglamentación de servicios por mayoría de razón, es expresión importante de la potestad de gobierno. Véase la brillante monografía de Nigro, ya citada, págs. 118, 119, 131 y 153.

(79) Ley N° 13 de 28 de octubre de 1941, artículo 12; N° 1788 de 24 de agosto de 1954, artículo 25 inciso f; N° 2726 de 14 de abril de 1961, artículo 25 inciso j); N° 26 de 6 de noviembre de 1943, artículo 28 inciso g) N° 3065 de 19 de noviembre de 1962, artículo 4. Los ejemplos serían innumerables, pues todas las leyes orgánicas de los entes autónomos o semi-autónomos expresamente las autorizan para darse el régimen interior y el reglamento de sus servicios e incluso, como en el caso del SNA y JAPDEVA, para fijar las tarifas correspondientes, lo que ha hecho.

El cambio consiste en eliminar la garantía constitucional de la autonomía en materia de gobierno, propia de los entes autónomos, y sujetar esa autonomía a la ley ordinaria. Los entes continúan manteniendo autonomía de administración o, como dice el texto constitucional, gozando de "independencia administrativa".

El propósito de la reforma fue, como consta de sus actas y antecedentes, abrir la posibilidad a la Asamblea de permitir al Poder Ejecutivo un control y dirección mayores de los entes para asegurar la coordinación de sus programas con la planificación nacional. Se trata de un propósito centralizador, en beneficio de una posición de mayor fuerza del Poder Ejecutivo como órgano rector de la Administración. Es evidente, sin embargo, que toda la innovación fue degradar una reserva constitucional (en cuanto antes de la reforma se tenía por cierta la existencia de una esfera mínima de autonomía constitucional del ente en materia de gobierno, intangible aún para la Asamblea) a una reserva de ley. En el futuro será posible menoscabar sin límites la potestad de gobierno del ente, pero con base en una ley.

Pareciera discutible —por todo lo ya dicho— la constitucionalidad de una ley que delegara en el reglamento la regulación de la materia (potestad de gobierno del ente autónomo), aún si impusiera límites y directivas. Según el enfoque amplio o estricto de la reserva la ley, antes explicado, así sería la conclusión a favor o en contra del reglamento dictado en esas condiciones.

Pero se desprende claro, sea cual sea la solución que se dé al anterior problema, que hay en todo caso una garantía constitucional de la potestad de gobierno del ente autónomo, consistente en esa reserva de ley. Luego, en tanto no se dé una ley (o, en su caso, un reglamento delegado con base en una expresa autorización de la Asamblea) el Poder Ejecutivo no podrá interferir esa potestad de gobierno por vía reglamentaria. El ente autónomo, en uso de la misma, puede darse por reglamento su administración y gobierno propio, dentro del marco de la ley. El reglamento del Poder Ejecutivo que afectara esa esfera privativa sería inconstitucional, por lesivo de la autonomía del ente y de la reserva de ley consagrada a su favor. Ello no obstante cabe preguntar: ¿es así aún en relación con los reglamentos ejecutivos de las leyes aplicables al ente autónomo, dictados por el Poder Ejecutivo? ¿Es tan plena como parece esa potestad de gobierno? La jurisprudencia al respecto es anterior

a la reforma del artículo 188. La misma ha sido consistente, a lo largo de los muy pocos casos decididos, en negar a los entes autónomos la potestad reglamentaria para la ejecución de sus leyes y de las leyes, distinguiéndola nominalmente y sin ulterior explicación de la que se funda en su potestad propia de gobierno y administración. Con ello, la jurisprudencia sujeta al ente autónomo a los reglamentos de ejecución de sus leyes dictados por el Poder Ejecutivo, sin colaboración ni asentimiento alguno de su parte.⁽⁸⁰⁾

La jurisprudencia ha sostenido que la potestad reglamentaria del ente autónomo en materia de gobierno y administración está estrictamente confinada a su especialidad orgánica, entendida como el tipo de especialización por la materia que le ha sido encomendada y que es su razón de ser, "Así por ejemplo, como quiera que la especialidad orgánica de los bancos es moneda y banca, sin violar su autonomía el Poder Legislativo no podría imponerlos una determinada tasa de interés en sus operaciones" (Considerando V, Casación 14:30 hrs. del 11 de setiembre de 1958). Y, a la inversa, "dado que la especialidad orgánica de aquella entidad (la Universidad de Costa Rica) refiérese tan sólo a aspectos culturales que específicamente señalan los artículos 86 y 89 de la Constitución Política, y que dentro de estos no podría comprenderse la materia referente a jubilaciones, forzoso es concluir, entonces, a tenor de la doctrina imperante en la materia y de los textos constitucionales que entre nosotros la prohijan, que en el caso sub-lite no pueden ser aplicadas las disposiciones reglamentarias mediante las cuales la demandada introdujo las modificaciones fundamentales a los términos en que

(80) Votación de Corte Plena, correspondiente a sesión extraordinaria de 15 horas del 13 de agosto de 1953, ya antes citada. Y Casación de 14:30 horas del 11 de setiembre de 1958, por virtud de la cual se impuso a un poderoso ente autónomo, como la Caja Costarricense de Seguro Social, la observancia de un reglamento del Poder Ejecutivo sobre tramitación de reglamentos internos de trabajo en materia laboral, pasando por encima del reglamento propio sobre la materia dictado por el ente. Sin embargo, en el caso el problema real fue otro, aún cuando accesoria e innecesariamente se diera pronunciamiento sobre esa potestad exclusiva del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes. Pues, en efecto, el verdadero centro de la cuestión y único que debió resolverse era el de si el reglamento de la entidad autónoma para la tramitación de un reglamento interno de trabajo podía desconocer las pocas formalidades previstas al respecto por el Código de Trabajo, ley de la República (formalidades como la aprobación final del Regto, en aquel entonces, por la Inspección de Trabajo). Es evidente que en el caso el reglamento de la Caja, era nulo, por violación de la ley, dado que nadie discute la superioridad de ésta sobre aquél. De eso a sentar la superioridad del reglamento del Poder Ejecutivo sobre el de la Caja en cuanto a la aplicación del Código de Trabajo a esta última hay un salto sin conexión lógica alguna, pues deja sin explicar por qué la Caja, que tiene potestad reglamentaria sobre sus seguros sociales (según lo acepta el mismo fallo) no la tiene para el manejo de sus relaciones de personal, indispensables para el buen funcionamiento de esos mismos seguros.

otorgara a sus servidores el beneficio de la jubilación".⁽⁸¹⁾ Se trata de fallos controvertibles, en nuestro concepto. En primer término, parece muy difícil y casi imposible deslindar la materia de organización y funcionamiento propios de la entidad, que normalmente entra en su potestad de gobierno y de administración, de aquella que corresponde a la reglamentación de la ley orgánica respectiva, toda la cual versa justamente sobre lo mismo. Y si —con la mejor y más nueva doctrina— hemos considerado ejecutivo para estos efectos el reglamento que es útil o necesario para el ejercicio de las competencias creadas por ley, a condición de que no la contradiga, es evidente que la potestad de reglamentación fundada en la de gobierno de la entidad es una y la misma con la de reglamentar su ley orgánica y demás conexas.

En segundo término, pareciera imposible e inconveniente en todo caso, reducir la potestad de gobierno al manejo de la especialización orgánica, con exclusión de las otras necesidades de indispensable satisfacción para un eficiente desempeño dentro de ese campo. Es evidente que la facultad de manejar el personal es una, y no la principal, entre esas necesidades; pero no es la única. Entra, además, en la potestad de gobierno y como parte de la organización del ente, todo lo concerniente al régimen patrimonial de la institución, la creación de oficinas y distribución de cometidos y potestades y todo lo relacionado con procedimientos, técnicas y modos de prestación del servicio.⁽⁸²⁾ Es clarísimo en doctrina que el ente puede crear por sí un reglamento de jubilaciones, lo mismo que el reglamento interno de trabajo, dentro del marco de la ley (de la asamblea).

En tercer lugar, pareciera no haber subordinación entre el reglamento de la institución sobre su organización y funcionamiento, y el del Poder Ejecutivo sobre igual materia. Pues así como la jurisprudencia citada encuentra que el único posible es el reglamento del Poder Ejecutivo, creemos que, a la inversa, el único posible es el de la entidad con exclusión de aquél. Si, en todo caso, se optara por la coexistencia de reglas, el reglamento de la institución tendría que ser reputado como superior.⁽⁸³⁾ Las razones han sido ampliamente expuestas en otro trabajo del suscrito⁽⁸⁴⁾ y pueden

resumirse en la preferencia de lo especial sobre lo particular dentro del ámbito normativo, relación que es la esencia y fundamento de existencia de toda autonomía normativa. Ello no perjudica la subordinación administrativa —no normativa— del ente al Poder Ejecutivo ni aún en los sistemas que tengan tutela administrativa desarrollada —como no es nuestro caso— pues en los mismos se da siempre la ley expresa que sirve de título a la preferencia inversa de aquél Poder en el campo administrativo de la entidad autónoma. Quede claro, en todo caso, que la tesis sustentada es rechazada por la jurisprudencia.

Pareciera, en síntesis, que la potestad de los entes menores en Costa Rica es la siguiente:

- a) Tienen potestad reglamentaria relativa a su organización y funcionamiento, como poder implícitamente conferido con la autonomía por el artículo 188 de la Constitución y expresamente reconocido por la ley;
- b) Parecen tener potestad reglamentaria exclusiva para la ejecución de su ley orgánica y de las demás aplicables a ella, también como poder implícito en la autonomía constitucional y en la libertad de gobierno que ésta les confiere, salvo ley que disponga lo contrario; pero esta conclusión es rechazada por la jurisprudencia que afirma ser totalmente distinta la autonomía normativa interna que indudablemente tienen de la potestad de reglamentación ejecutiva de su propia ley o de otras leyes;
- c) Nada dice la Constitución sobre su potestad reglamentaria delegada.

⁽⁸¹⁾ Casación de 14:45 de 10 de junio de 1958.

⁽⁸²⁾ Nigro, op. cit., págs. 129 y 130.

⁽⁸³⁾ Contra Sayagues Laso, op. cit., Tomo II, pág. 181.

⁽⁸⁴⁾ Eduardo Ortiz Ortiz, La Autonomía Administrativa en C.R. pág. 115.

CONSIDERANDO:

1. Que el volumen y complejidad de la Administración costarricense exige urgentemente una mejor distribución de atribuciones y de funciones, para que cada autoridad tenga a mano los medios necesarios para un buen desempeño y no haya una indebida concentración de poder;
2. Que por esa complejidad y versatilidad de la vida económica y social, el procedimiento legislativo sirve sólo para regular los aspectos más importantes de la misma, mientras que el Poder Ejecutivo es el que realmente hace de legislador cotidiano, promulgando cada día más reglamentos;
3. Que por la misma razón hay en nuestra Administración múltiples organismos que también dictan reglamentos sobre materias especializadas, totalmente ignorados por la Constitución, pero con base expresa en la ley, como son el Banco Central, el Servicio Nacional de Electricidad, la Dirección General de Asistencia Médico Social, la Junta de Aviación Civil, la Dirección General de Tránsito y muchos otros más, que suelen llamarse organismos reguladores;
4. Que es todavía más frecuente el fenómeno de muchas autoridades administrativas que ponen en vigencia modelos o matrices, conocidos como "machotes" en buen lenguaje criollo, cuya aceptación es condición sin la cual no se puede lograr muchos contratos importantes, ni aún siquiera ciertos actos elementales pero indispensables, como aprobaciones, autorizaciones, licencias, permisos, vistos buenos, admisiones, concesiones, subvenciones, exenciones, etc.;
5. Que pese a esta compleja y pintoresca realidad del poder reglamentario en nuestro medio la Constitución permanece contemplando únicamente la del Poder Ejecutivo y prohíbe expresamente la delegación de funciones por un Supremo Poder.

6. Que es mejor para la seguridad jurídica del ciudadano, tanto como para la eficiencia de la administración, que se regule y limite constitucionalmente ese fenómeno de proliferación reglamentaria, permitiendo la delegación de funciones del Poder Legislativo en el Poder Ejecutivo y la atribución por ley de potestad reglamentaria a cualquier organismo o entidad administrativa, pero con fijación precisa de la materia delegada e indicación exacta de límites y directivas;
7. Que es preferible reconocer y limitar la existencia de un fenómeno peligroso, que ignorarlo y abandonarlo a todos los rumbos imprevisibles de la vida social espontánea.

RECOMIENDA:

1. Reformar el artículo 9 de la Constitución, párrafo segundo, para permitir la delegación de funciones del Poder Legislativo en el Poder Ejecutivo, así como las de éste en cualquier otro organismo o entidad administrativa dentro de los límites de tiempo, materia, bases y metas que fije la ley;
2. Permitir que la ley pueda atribuir la potestad reglamentaria a cualquier organismo administrativo, incluso en materia reservada a ella, dentro de iguales o mayores límites que los indicados en el anterior apartado.
3. Prohibir potestades reglamentarias ilimitadas o creadas sin intervención del legislador y exigir una mayoría legislativa calificada para crearlas.

LOS PROBLEMAS TRIBUTARIOS DE LOS PAÍSES CENTROAMERICANOS Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO DE LA INTEGRACIÓN

EL CASO DE LOS IMPUESTOS ADUANEROS

Por el Lic. ROLANDO SOTO JIMÉNEZ(*)

El caso de los Impuestos Aduaneros y sus incidencias dentro del proceso de la Integración Centroamericana lo analizaré en tal forma que primero que todo se pueda uno formar una idea general de su vertebración histórica, sea su aparición paulatina dentro del instrumental fiscal de los Estados del área. Pero no teniendo mucho tiempo para estas indagaciones, me he limitado a datos y circunstancias estrictamente esenciales y abreviados.

En una segunda parte, que vendría a ser una prolongación o epílogo lógico de la primera, he querido exponer también en forma somera como lo obliga este estudio en esta ocasión, las características relevantes de los sistemas tributarios Centroamericanos en lo que respecta al período anterior a 1959, fecha en que se suscribe el Convenio de Equiparación de Gravámenes a la Importación. Si se hubiese empezado inmediatamente el análisis de la actual estructura tributaria del sistema emprendido por el mencionado Convenio, sin antes haber examinado los elementos sobresalientes del esquema de antaño, no podríamos entender más adelante muchos de los problemas y conflictos que se están presentando o que eventualmente pueden llegar a aparecer.

La tercera parte de este esbozo que he emprendido, se dedicará exclusivamente a estudiar en forma más o menos detenida las implicaciones que resultan de la suscripción y ratificación (puesta en práctica) del Convenio de Equiparación Aduanera (que así lla-

(*) El Lic. Soto Jiménez cursó sus estudios universitarios en las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas de la Universidad de Costa Rica, habiendo realizado posteriormente, estudios de post-graduado en los Estados Unidos y en Europa. Actualmente imparte la Cátedra de Economía Centroamericana en la Escuela de Economía.

maré en adelante), así como de la puesta en vigencia de la Nomenclatura Arancelaria Uniforme Centroamericana (NAUCA), del Código Aduanero Uniforme Centroamericano (CAUCA) y su Reglamentación (RECAUCA). En esta parte trataré de analizar sus disposiciones, sus relaciones con otros tratados y convenios del área, los logros efectivos de la equiparación aduanera, formas y medios utilizados y en algunos casos, manera en que a mi modo de pensar deberían de ser interpretadas tales disposiciones.

En una cuarta y última parte he querido intentar hacer una evaluación general de la equiparación arancelaria (para la importación) dentro del marco del Programa General de Integración Económica del Istmo. Es aquí donde también introduciré proposiciones y sugerencias que podrían tender a mejorar, adecuar o ajustar el esquema de equiparación actual, todo con miras a una mejor coordinación entre los planes regionales y las actividades de los cinco gobiernos centroamericanos.

Parte Primera: Breve Introducción Histórica.

Los impuestos aduaneros puede afirmarse que en el caso de Latinoamérica, aparecieron en la vida económica de los países como un producto del pensamiento liberal que reinaba en las últimas décadas del siglo XIX y durante las primeras del siglo XX. Lógicamente, como una derivación de tal forma de pensar y de actuar, la actividad de los gobiernos se dedicaba en esos entonces a "construir puentes y escuelas" para usar una frase común que define la acción estatal de los gobernantes de la época mencionada. La participación pública en los negocios privados se puede decir entonces, que era bastante reducida por lo que por lógica consecuente, los gastos del gobierno también eran pequeños. No era necesario pues, que los gobernantes en su afán de alentar o propiciar obras de fomento u otras actividades públicas, tuvieran que idear formas extrañas o complicadas de percepción de ingresos fiscales; tampoco pasaba por la mente de los funcionarios públicos la idea poco liberal de establecer sistemas de tributación que gravasen "directamente" el patrimonio de los ciudadanos ya que esto hubiese estado en franca oposición con los ideales que prevalecían por entonces. Pero el hecho de que no fuera conveniente o adecuado el utilizar tales medidas, no significó que los gobiernos hubiesen estado totalmente despojados de sus facultades de imponer impuestos y otra clase

de gravámenes sobre las actividades particulares de los individuos. El financiamiento de algunos planes gubernamentales, así como de casi todas las obras de fomento, descansaba en los ingresos obtenidos por los países de los impuestos aduaneros a la importación, y que más adelante fueron también cargados a la exportación de algunos productos agrícolas o minerales.

Este tipo de gravamen, a pesar de significar una carga sustancial para muchas de las actividades privadas, no presentaba una tan franca y abierta intromisión en la vida económica privada, como sí lo aparentaban los impuestos a la renta o a la tenencia de tierras. Es por esto que, los grupos de personas terratenientes, o comerciantes y exportadores no pusieron tanta oposición al establecimiento de estos tributos que surgieron así como la principal fuente de recaudación fiscal de los gobiernos de Latinoamérica.

Durante las primeras décadas del presente siglo, los impuestos aduaneros seguían siendo sin lugar a dudas la principal fuente de abastecimiento financiero de los países. En Centroamérica, la situación no era muy diferente a la que tenían los demás países latinoamericanos y más bien parecía, que los tributos cobrados por las importaciones del exterior, eran preocupación constante de los gobernantes, ya que eran la fuente de ingresos fiscales para la realización de innumerables obras públicas de los gobiernos. Incluso se les manipulaba en tal forma, que cuando cierto acontecimiento económico o financiero internacional provocaba que las importaciones en estos países aumentaran, los gobiernos alzarán las tarifas, con el ánimo de lograr mayores ingresos en un menor tiempo. Así ocurrió por ejemplo en los años cercanos al comienzo de la Segunda Guerra Mundial, en que los gobiernos sin transformar las formas de producción, proseguían el incremento de sus gastos, aumentando sus ingresos únicamente en el renglón de impuestos aduaneros por las importaciones de los comerciantes.⁽¹⁾

En el ámbito centroamericano, las ideas del pensamiento liberal también habían hecho mella en las formas de actividades desplegadas por los gobiernos, situación que siendo beneficiosa en muchos aspectos, hizo que en algunos otros, los Estados retardaran su crecimiento económico. La idea de que los ingresos fiscales debe-

(1) Oscar A. Bulgarelli, Costa Rica y sus Hechos Políticos de 1948, Problemática de una Década, Editorial Costa Rica, 1969, pág. 51.

rían estar básicamente solventados por los impuestos aduaneros estaba muy arraigada; recordemos tan sólo y para el caso de Costa Rica, cuando el impuesto al 10% del capital, acordado en 1948, fue rápidamente sustituido por un tributo sobre las exportaciones de café, que caía dentro del rango de los impuestos aduaneros. En Guatemala, cuando el régimen de Arévalo trató de establecer el impuesto sobre las rentas, encontró fuerte oposición; años más tarde, la idea similar de implantar tal tributo que tuvo el General Ydígoras fue una de las causas que ayudaron a su derrocamiento. Iguales ejemplos se podrían citar para los otros países del Istmo; la situación era la misma: el gobierno debería sustentar sus gastos presupuestales con los ingresos que obtuviera de los impuestos a la importación y a las exportaciones en algunos casos. Los impuestos directos sobre las transacciones comerciales internas era peligroso manipularlos por lo que hasta el presente, sólo han servido para recaudar sumas relativamente insignificantes si se les comparara con la incidencia de tales tributos, en los ingresos fiscales de un gran número de países europeos o los Estados Unidos de Norteamérica.

Las inconveniencias de tal estructura tributaria estaban agravadas por la poca flexibilidad de las tarifas aduaneras, así como de la nomenclatura utilizada por las administraciones aduaneras de los países. Esto se debía en gran parte a que la clasificación arancelaria provenía de nomenclaturas vetustas e inadecuadas para la época, tal como la española de 1885 o las tomadas de otros países europeos. Tal rigidez y carencia de actualidad implicaba que en muchos casos la tarifa cobrada para determinada importación de productos extranjeros no estuviera acorde con las necesidades económicas y de desarrollo de los países o que bien, el nivel cobrado fuera demasiado bajo en relación con la protección que se le estuviera dando a cierta actividad industrial o agrícola.

Parte Segunda: Análisis del estado de las tarifas aduaneras antes de la firma del Convenio de Equiparación Aduanera.

Tal como lo había esbozado antes, cuando hablaba de la aparición histórica en Centroamérica de los impuestos aduaneros, tales cargas presentaban en estos países, características muy disímiles en cuanto a la forma de recaudación; la estructura del impuesto; su incidencia en la economía y sus propósitos fundamentales. Una caracterización rápida de los sistemas de tarifas aduaneras de

los países centroamericanos antes de 1959, podría plantearse diciendo que tales impuestos eran: i) anticuados; ii) tenían una propensión excesiva hacia el impuesto específico; iii) manifestaban una proliferación asistemática de sobretasas y recargos aduaneros para obras de fomento específicas; iv) significaban una parte muy importante de los ingresos fiscales de los países, y v) sufrían el mal endémico de la propagación desorientada de las exenciones fiscales a nivel de aduana.

1. Antigüedad de los impuestos aduaneros:

Ya había mencionado antes el hecho de que los sistemas de tarifas aduaneras en Centroamérica se habían basado fundamentalmente en la estructura tarifaria española de 1885 así como circunstancialmente en la de otros países europeos o del Norte de América.

El estudio de los problemas fiscales en sus aspectos financieros, jurídicos económicos o sociales, era muy escaso en tales épocas y más bien la preocupación de los gobiernos europeos, principalmente Inglaterra y Alemania más tarde, era la de establecer elevadas tarifas aduaneras que sirvieran sobre todas las cosas como sustento a los gastos del gobierno e indirectamente como protección al comercio y la industria incipiente de dichos países. Esta forma de pensar en cuanto a los impuestos aduaneros, se manifestó como es de esperar, en la estructura misma de los sistemas, así como en sus objetivos principales.

Tales eventos como se puede observar, ocurrían en la Europa de las postrimerías del siglo XIX época en que los países centroamericanos inician sus primeras exportaciones de café al Viejo Continente. Costa Rica hizo su primer embarque de café a Inglaterra en 1844. La explotación agrícola del café, cambió en mucho el panorama socio-económico del Istmo y dio nuevo aliento a las pobres y aisladas economías de estos países. Con el incremento del ingreso de divisas del exterior, nuevas y más grandes haciendas surgieron así como sociedades organizadas para el comercio exterior. Es de esperar que tales eventos económicos tuvieran también sus efectos en "la otra cara de la moneda"; es decir, no sólo se comenzó a percibir libras esterlinas sino que se inició un período de importaciones de ciertas materias primas y sobre todo bienes de capital, necesarios para aumentar la productividad de las fincas cafetaleras.

En ese entonces, los hacendados cafetaleros se hicieron sentir con evidente fuerza dentro de las diversas esferas gubernamentales clamando como era lógico por la iniciación de diversas obras de fomento, necesarias para el incremento de las explotaciones agrícolas del café, entre ellas, principalmente la construcción de caminos y puentes, así como el de puertos marítimos adecuados para tal tipo de exportación. No siendo viable el establecimiento de impuestos sobre las rentas o sobre la propiedad inmueble, los gobiernos acudieron a los sistemas que se habían propiciado en épocas anteriores recientes en los países europeos: el uso de las tarifas aduaneras. Al copiarse dichos sistemas de la segunda mitad del siglo XIX, se heredó desde ya, una falta de adaptación de la estructura tarifaria y de la nomenclatura a las actuales necesidades de Centroamérica. Tal circunstancia fue agravándose aún más con el transcurso del tiempo en tal forma que, durante la primera mitad del siglo XX, nuestros sistemas de impuestos aduanales consistían más que un elemento de desarrollo, un factor retardatario de los pueblos de Centroamérica.

Las nomenclaturas así heredadas, mostraban una total inadaptación de los rubros cubiertos a las circunstancias del momento; y no cubrían innumerables manufacturas o materias primas que habían sido paulatinamente descubiertas durante los últimos veinte años (antes de 1950). Productos del ramo de los minerales, del grupo de las manufacturas químicas o farmacéuticas; de la rama de los sintéticos o bien de la nueva aparición de productos plásticos no tenían su lugar adecuado en dichas nomenclaturas desactualizadas y carentes de sistematización. Por otro lado, manufacturas o mercancía que ya habían dejado de producirse o que estaban en franco proceso de declinamiento, seguían apareciendo en las clasificaciones, prestándose para confusiones o engorros administrativos.

2. El uso excesivo de los impuestos específicos:

Otra característica relevante de los sistemas de tarifas aduaneras de los países centroamericanos antes de la firma del Convenio de Equiparación de Impuestos Aduaneros era la del uso marcado

de impuestos de tipo específico, sea, aquellos que se imponían de acuerdo al peso de la mercancía o sobre la base de cualquier otro factor no relacionado con el valor de la misma. Los impuestos ad valorem eran poco utilizados y si se hacía, era en casos en que se les combinaba con cargas de tipo específico.

Esta forma de la estructura de las tarifas aduaneras como se verá, mostraba una seria inflexibilidad para responder a los cambios en los precios de los productos que se exportaban y las manufacturas que se importaban del exterior.

Al final de la década de los cuarentas y durante los años cincuentas, tanto los productos que se traían del exterior como los que los países del Istmo exportaban, sufren o experimentan un alza sustancial en sus precios y entonces como era de esperar, la estructura de tarifas antes mencionada permite a los exportadores ver sus ganancias bastante mejoradas pero impide a los gobiernos recibir su beneficio proporcional en las importaciones subsecuentes de dichos exportadores y comerciantes.

3. Uso de recargos aduaneros y sobretasas para obras específicas de fomento.

Ese hecho mencionado en el acápite anterior, de la falta de proporción entre los beneficios obtenidos por los exportadores y el de los gobiernos en sus recaudaciones de impuestos aduaneros, obligó a estos últimos a recurrir a otros tipos de cargas fiscales con el objeto de aumentar ingresos con qué hacerle frente a los crecientes gastos gubernamentales, así como para combatir las presiones inflacionarias que comenzaban a aparecer en estos países.

Existiendo todavía fuerte oposición por parte de comerciantes, agricultores y demás empresarios hacia el establecimiento decidido de impuestos sobre las rentas o sobre las transacciones comerciales internas, los gobiernos optaron de nuevo por imponer "recargos" o "sobretasas" sobre los niveles de tarifas ya existentes de ciertos rubros. Al abrirse este portillo dentro del ordenamiento fiscal de los estados centroamericanos, se vislumbró el inicio de una época en la que los representantes locales (municipes) y los diputados a los Congresos o Asambleas tratarían de presionar a tales cuerpos

colegiados para la financiación de obras específicas de fomento o la compra de ciertas mercancías necesarias para sus demarcaciones territoriales. La proliferación de tales recargos o sobretasas fue casi inmediata e incluso hubo casos en que fue necesaria su institucionalización, como una medida previa a su ordenamiento. Tal es lo ocurrido en Guatemala con la Ley de Impuestos Aduaneros de 1959, cuando el gobierno obtuvo mayor flexibilidad en el manejo de las tarifas y al mismo tiempo presionó para que todo tipo de recargo fuera incorporado en dicha Ley, estableciéndose que el 10% de los ingresos fiscales se dedicarían para el pago de obligaciones del gobierno como letras del Tesoro o bonos de ciertas instituciones, que indudablemente se emitirían o habían sido emitidos para el financiamiento de muchas de las obras de infraestructura de este país.

4. Participación muy alta en los ingresos fiscales de los países:

Como una consecuencia de lo que he manifestado en los párrafos anteriores, la participación de los impuestos aduaneros en los ingresos fiscales de los Estados centroamericanos se manifestó progresivamente creciente y por lo tanto muy importante en el mantenimiento de la mayoría de las actividades gubernamentales.

Antes de 1960, la contribución promedio de los impuestos aduaneros en los ingresos fiscales de los Estados era de 60% para Costa Rica, entre 30-45% para El Salvador y un 60% para Nicaragua, mientras que la participación del impuesto sobre la renta era aproximadamente, 13% para Guatemala, 17% para El Salvador, 15% para Honduras; 13% para Nicaragua, y 18% para Costa Rica.⁽²⁾

El cuadro estadístico que a continuación inserto, nos muestra en forma comparada, la contribución estimada en los ingresos fiscales de los países de Centroamérica, de diversos tipos de impuestos.

(2) Los datos para el Impuesto de la Renta son para el período que oscila entre 1960 y 1966. Tomado de V. Watkin, *Taxes and Tax Harmonization in Central America*, Harvard Law School, International Tax Program, Cambridge, 1967. pág. 98.

PAIS	Impuestos de Importación %	Impuestos de Exportación %	Impuestos de Renta %	Impuesto Territorial %	Imp. sobre Sucesiones y Donac.
Guatemala	31.8	11	13	2	menos de 0.5%
El Salvador	40.8	15	17	3	2%
Honduras	48.3	5	15	2	insignificante
Nicaragua	45.5	2	13	6	menos del 0.5%
Costa Rica	54.5	5	18	5	menos del 0.5%

FUENTE: Los datos anteriores han sido tomados básicamente del libro de Virginia G. Watkin antes citado, así como del Estudio Comparativo de los Sistemas Tributarios de los Países Centroamericanos. ESAPAC. Serie Economía y Finanzas N° 416. Costa Rica. Agosto de 1966.

NOTA: Los datos citados corresponden en forma general, a un reajuste de la información hecho por la señora Watkin para los años que van de 1960 a 1966.

Como cosa interesante cabe citar aquí, que esa tan relevante participación de los impuestos aduaneros (impuestos de importación e impuestos de exportación), en los ingresos percibidos por los Estados tenía su origen más acentuado en las importaciones y exportaciones hechas a los Estados Unidos de Norteamérica, la Europa Occidental y si se quiere, el Japón recientemente. Antes de la firma del Convenio de Equiparación de Tarifas Aduaneras, los ingresos provenientes por importaciones o exportaciones inter-centroamericanas eran casi nulos. En efecto, el origen de las importaciones de Centroamérica para el período de 1950-1962 era fundamentalmente el antes citado de los países europeos y los Estados Unidos; ya que para 1950 Centroamérica como origen de importaciones representaba únicamente un 3,1% y cinco años más tarde, en 1955, sólo un 3.2%. Por el contrario, Estados Unidos y Europa Occidental significaban en 1950, un 70.4% y 12% respectivamente y para 1955, un 63% y 20.5% en su orden.⁽³⁾

En cuanto a los impuestos de exportación se refiere, tal como se desprende del cuadro anterior, podemos observar que su participación en los ingresos fiscales de los países es bastante pequeña excepto en el caso de El Salvador. Este país, fundamentalmente

(3) Los datos sobre el origen de las importaciones aparecen en el cuadro estadístico "Centroamérica. Origen de Importaciones, 1950-1962", como parte de una publicación conjunta de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNAM.; el Instituto Nicaragüense del Desarrollo (INDE); y la Cámara Nacional de Comercio e Industrias de Managua. La publicación lleva el nombre de "Datos sobre los Principales Aspectos del Programa de Integración, Mayo de 1965.

dependiente en su economía del cultivo del café, prefirió imponer impuestos a las exportaciones de este grano en lugar del establecimiento de un impuesto a las rentas que afectara a este sector de los productores y exportadores. Por su parte Guatemala, a pesar de que como se ve, presenta alrededor de un 11% de participación en los ingresos fiscales, por otro lado permite que dichos impuestos de exportación pagados se acrediten contra el impuesto a las rentas provenientes de los negocios de exportación. Honduras, Nicaragua y Costa Rica son los países en los que tales impuestos aduaneros contribuyen en aproximadamente un 5%, 2%, y 5% respectivamente.

Cabe también mencionar aquí, que aunque este tipo de los impuestos aduaneros pudiera sonar un poco ilógico para el grado de desarrollo económico alcanzado por los países centroamericanos, donde la actividad exportadora debe ser fomentada con una serie de medidas e instrumentos que sirvan de aliciente y promoción, su fundamento descansa en el principio de compensación fiscal entre la actividad desplegada por los gobiernos en el fomento de actividades productivas, y la acción de los particulares que realizan sus ingresos al amparo indirecto de las acciones de los primeros. En otras palabras, es considerado como adecuado y justo dentro de una política fiscal sana, que un gobierno le exija a ciertos particulares el pago de una determinada suma de dinero (la carga tributaria) que venga a compensar la disminución del riesgo privado representada para dichos empresarios, por ciertas medidas de aliento a la producción llevadas a cabo por ese gobierno.

Por último vale creo la pena mencionar muy brevemente la incidencia de los impuestos llamados "locales" en el total percibido por los países por concepto de impuestos, cargas y otras contribuciones, ya que este tipo de tributo bien podría representar en el futuro, un aflojamiento de las presiones locales sobre la estructura general tarifaria de cada país. Sin embargo, los datos sobre este tipo de impuestos son de naturaleza dispersa y en su mayoría pertenecientes a épocas ya bastante lejanas. Según datos de 1956 proporcionados por la CEPAL en un informe denominado "La Política Tributaria y el Desarrollo Económico de América Central", se expresa que los impuestos locales ascendieron para esa época a un 30% del total recolectado; en El Salvador a un 8%, en Honduras al 12% y en Costa Rica a un 5%.

5. Propagación desorientada de exenciones de impuestos aduaneros:

Durante los años cincuentas en Centroamérica, a la par de esa tremenda importancia que se le estaba dando a los impuestos aduaneros como sustentadores de los gastos del Estado, se puede decir que también se inició una más o menos determinada orientación por la promoción del sector industrial. Esta actitud de carácter alentador de las incipientes actividades industriales del Istmo se manifestó fundamentalmente con la aparición de leyes de fomento industrial que garantizaban al capital o la inversión extranjera (o la nacional), una serie de incentivos para la producción. Dentro de este tipo de alicientes ocupaban lugar importante las exenciones de impuestos aduaneros, por importaciones de bienes de capital, ciertas materias primas y en algunos casos, bienes semi-terminados, necesarios para la producción de las industrias amparadas a estos regímenes. La situación fiscal de los países quizás hubiera podido considerarse como ordenada si tales exenciones sólo se hubieran otorgado dentro de los lineamientos de esas leyes de protección pero la realidad en verdad fue otra. En innumerables leyes emitidas por los Congresos o Asambleas nacionales, se insertaban (y aún se sigue haciendo) disposiciones tendientes a eximir del pago de impuestos aduaneros o de otra clase, a cierta persona, entidad, organización y actividad local. Aunque no me fue posible obtener datos veraces y reales sobre los montos absolutos o porcentuales que los gobiernos perdían anualmente por este concepto, sí es posible comparar para algunos países del área la incidencia de estas exenciones fiscales aduaneras. Recordemos que antes de 1960, (la década de los cincuentas), los impuestos aduaneros representaban en el promedio de los ingresos fiscales, el 60% para Costa Rica; entre el 30-45% para El Salvador, y alrededor de un 60% para Nicaragua. Las recaudaciones relativas por este concepto para 1960 fueron de 54.5%; 40.8% y 45.5% respectivamente para los tres países antes citados, lo que refleja claramente el impacto de las exenciones fiscales en los ingresos totales percibidos por los países por concepto de tarifas aduaneras.

Esta circunstancia, además de significar una conflictiva "guerra de incentivos" entre los países centroamericanos, hacía que los trámites de desalmacenamiento y de formalización de pólizas, así como reclamos administrativos, fueran en extremo complicados y engorrosos tanto para los administradores como para los importadores de las mercancías.

Parte Tercera: La Equiparación de Tarifas Aduaneras según los términos del Tratado General de Integración Económica.

La equiparación de las tarifas de aduanas así como la uniformización de los sistemas de administración aduanal han sido llevados a cabo paulatinamente, siguiendo la pauta general (o específica en algunos casos) que da el Tratado General de Integración Económica de diciembre de 1960.

Con el ánimo de realizar un análisis más ordenado de tales disposiciones y Convenios relativos al tema de la equiparación aduanera, he creído conveniente hacerlo en la forma siguiente: primeramente discutiré tomando en cuenta las limitaciones de espacio con que cuento, el articulado del Tratado General referente al tema que me incumbe; en segundo término pasaría a analizar en forma general el Convenio de Equiparación de Tarifas Aduaneras suscrito en 1959; luego revisaría el Código Aduanero Uniforme y su Reglamento y por último, una discusión breve de otros instrumentos conexos con la materia.

1. Las disposiciones del Tratado General.

Para nuestros fines, los artículos I, II, III y XXIX son de particular importancia ya que en forma clara hacen referencia a diferentes aspectos de la equiparación tarifaria o de la uniformidad de los sistemas administrativos aduanales. De la lectura conjunta del I y del II se desprende la obligación de los países de constituir una Unión Aduanera entre sus territorios, adoptando para esto una zona de libre comercio y un arancel uniforme para la importación de fuera del área. El artículo III establece una equiparación arancelaria al nivel de cero para el intercambio intercentroamericano de productos originarios de los respectivos territorios. Por último, el artículo XXIX dispone que "para los efectos de reglamentación aduanera relacionados con el libre comercio, el tránsito de mercancías y la aplicación del Arancel Uniforme a la Importación", los países se comprometen a suscribir un Código Aduanero Uniforme.

Es interesante observar que aun cuando el Convenio de Equiparación de Tarifas Aduaneras fue suscrito en 1959, o sea un año antes de la firma del Tratado General, dicho Convenio fue expresamente incorporado dentro del mencionado Tratado, pasando a formar así parte integral de éste.

2. Convenio Centroamericano de Equiparación de Gravámenes a la Importación.

No hay duda de que para un perfeccionamiento adecuado del mercado común propuesto por el Tratado General, la equiparación de los impuestos aduaneros es una condición básica, ya que como bien lo han recalcado varios estudiosos de la integración económica, las tarifas aduaneras son o representan barreras artificiales creadas por los gobiernos, que impiden la libre movilidad de las manufacturas entre los Estados. En otras palabras, son obstáculos que afectan los costos de producción y por ende el precio final del producto, no debido a una mayor organización, capacidad o eficiencia empresarial, sino a medidas fiscales de los respectivos gobiernos.

Así las cosas, los países centroamericanos ya desde 1958 cuando habían suscrito el Tratado Multilateral de Integración Económica, previeron la necesidad de elaborar un instrumento de equiparación de las tarifas aduaneras. Esto ocurrió el 1° de setiembre de 1959 en San José, Costa Rica. Los objetivos fundamentales de este Convenio son tal como se expresa en su Artículo I, "establecer una política arancelaria común" y "constituir un arancel centroamericano de importación", acorde con las necesidades de la integración y del desarrollo económico de los países centroamericanos.

El objetivo de la equiparación arancelaria aún cuando en teoría bien podría ser alcanzado siguiendo el método de la uniformidad de tarifas inmediata y en su totalidad para todo tipo de productos y manufacturas que provengan del exterior, no fue realizada de esta manera en Centroamérica, ya que tal proceder hubiera desalentado la anuencia de participar en tal empresa por parte de los gobiernos. Entonces, el procedimiento aquí seguido fue un híbrido en cuanto ordenaba la equiparación inmediata para una lista preferencial de artículos dejando a las demás manufacturas para ser objeto de equiparaciones posteriores graduales, esto, mediante la suscripción de protocolos.⁽⁴⁾

(4) Los Protocolos suscritos por los cinco países en tal sentido son los siguientes: Protocolo de Managua de diciembre 13, de 1960, que uniformó aranceles para aproximadamente un 50% de los rubros de NAUCA; el Protocolo de San José, firmado el 31 de julio de 1962 que representó una segunda rueda de discusiones después de dieciocho meses de discusiones en el seno del Comité de Cooperación Económica. Se acordaron impuestos uniformes para 603 rubros adicionales de NAUCA representando casi un 95% del total de la Nomenclatura Uniforme. Más de un 30% de los rubros restantes eran bienes de capital, principalmente utilizados en

Si bien este método pudiera creerse que fue un compromiso o transacción de las partes contratantes al momento de sentarse en la mesa de las negociaciones, su origen es más bien de carácter institucional, ya que obedece a las pautas fijadas por el Tratado Multilateral antes citado, que le dio origen. En efecto, este Tratado propiciaba una política gradual de liberalización del intercambio comercial (el libre comercio era la excepción) por lo que al suscribirse un año más tarde el Convenio de Equiparación, su Artículo III heredó el carácter de la progresividad. Así, la equiparación de las tarifas se debió hacer según las prioridades establecidas para el logro del libre intercambio a saber: a) equiparación arancelaria para productos objeto de libre comercio inmediato; b) para productos manufacturados en Centroamérica; c) para productos importados que pudieran ser sustituidos a corto plazo; d) para materias primas, productos intermedios y envases dando prioridad a aquellos que fueran necesarios para la producción y venta de artículos incluidos en los grupos de prioridad anterior, y e) para otros productos que se negociarían posteriormente. Si bien esto fue lo que ocurrió con la equiparación de los impuestos de aduanas para las importaciones provenientes del exterior del incipiente mercado común, cosa distinta pasó con respecto al nivel de equiparación alcanzado en los impuestos aduaneros para importaciones y exportaciones intercentroamericanas, ya que para ellos el Tratado General, como lo dije anteriormente, pide su total abolición, sea, la escala de cero, en forma inmediata, excepción hecha para el 19.4% del total de subpartidas señalado por la Nomenclatura Uniforme Centroamericana (NAUCA).

Uno de los defectos que yo le señalaba a los sistemas de tarifas aduaneras de los países centroamericanos, antes de la firma del Convenio de Equiparación, era precisamente la antigüedad de las nomenclaturas utilizadas por cada uno de ellos. Pues, bien, este

actividades relacionadas con el transporte y 28% de ellos, eran combustibles y lubricantes, el resto estando dividido entre manufacturas y productos agrícolas primarios, recipientes y envases. Una tercera rueda de negociaciones ocasionó la suscripción del tercer Protocolo, conocido como Primero de San Salvador, en el que simplemente se revisaron tarifas ya uniformadas anteriormente. El cuarto, es el Protocolo de Guatemala del 1º de agosto de 1964 donde se equipararon 43 rubros y se renegociaron otros ya equiparados. En esta forma, casi un 97% de la NAUCA quedó uniformada. En quinto lugar está el Segundo Protocolo de San Salvador firmado el 5 de noviembre de 1965 dedicado en su mayor parte al reajuste de tarifas. Posteriormente se suscribió el 16 de noviembre de 1967 el Segundo Protocolo de Managua, equiparando algunos de los rubros restantes y alcanzándose así una uniformidad para un 97.6% de total de la NAUCA.

escollo tuvo que ser salvado al momento en que se pretendió equiparar los gravámenes a la importación en forma tal que el Artículo I del Convenio vino a expresar que como base del Arancel Uniforme se tendría la Nomenclatura Arancelaria Uniforme. Ella, vendría a ser una nueva terminología común, acorde a las circunstancias actuales y especificando los distintos productos que entrarían en cada renglón arancelario para el que se pretendía alcanzar un nivel uniforme.

Otro aspecto interesante del Convenio de Equiparación, es el abandono que se hizo de la tendencia marcada de utilizar los impuestos específicos con desmedro de los de tipo *ad valorem*, produciendo como apunté antes, situaciones de desequilibrio entre los beneficios logrados por los exportadores y los obtenidos por los Estados en momentos de alzas de precios en los mercados internacionales.

Los niveles tarifarios se pensaba alcanzarlos en tal forma que fueran a la vez estímulo y protección efectiva para las actividades económicas internas de los países. Sin embargo, al momento de las negociaciones del arancel común se vio la tremenda disparidad existente entre los aranceles de los Estados no sólo en cuanto al gravámen promedio que prevalecía en cada país, sino, como lo apuntaba el economista Raúl Hess, en cuanto a los gravámenes prevalecientes por ramas de actividad y por productos en particular. Tales circunstancias hicieron que el método seguido fuera el de negociar producto por producto, tomando en cada uno el nivel tarifario más alto y el nivel más bajo y extrayendo el promedio aritmético, para conciliar los diferentes puntos de vista. Esta transacción aún cuando logró solventar el problema de las profundas disparidades arancelarias entre los Estados, mancilló el objetivo del Arancel Común de lograr verdaderos estímulos y protección efectiva para las actividades económicas de los países.

Aún tomando en consideración lo dicho antes, los gravámenes uniformes alcanzados son un paso muy importante para el perfeccionamiento del Mercado Común, que deberá ser indudablemente revisado y mejorado con el transcurso del tiempo. Tal es el caso del sistema escogido por el Convenio de Equiparación, para alzas o bajas de los gravámenes uniformes, donde los Estados quizás movidos por ciertos temores, establecieron futuras re-negociaciones multilaterales, cuyas decisiones deberían ser acordadas

con el voto unánime de las partes contratantes (Artículo XII). Tal inflexibilidad ha sido ya objeto de muchas críticas por parte de los organismos rectores del proceso de integración, así como de otras entidades internacionales.⁽⁵⁾

Si bien he venido comentando sobre la constitución del arancel común a la importación, no se debe olvidar que antes ya había mencionado otro de los objetivos fundamentales del Convenio de Equiparación, cual es el de establecer una política arancelaria común.

La idea fundamental de dicha política arancelaria, lo es sin duda, el convertir al Convenio en un instrumento de desarrollo económico. Recordemos que este era otra de las críticas que se le hacían al sistema de tarifas aduaneras de antaño, donde el sustento de los gastos del gobierno era el fundamento de la imposición de tales gravámenes. Hoy día los niveles no se tratan sólo de un gravamen uniforme, sino que se trata además de que la tarifa "responda a las necesidades del desarrollo económico; mire a la protección de las actividades productivas y del consumidor, contemple la defensa de la balanza de pagos, tome en cuenta los grandes intereses fiscales envueltos en la tarifa arancelaria; se pueda desalentar el consumo suntuuario y, finalmente crear una firme posición negociadora ante terceros países a la hora de entrar en nuevos convenios comerciales".⁽⁶⁾

Para alcanzar lo anterior, "se han acordado niveles arancelarios bajos para los bienes de capital; gravámenes moderados para las materias primas que no se producen en Centroamérica; gravámenes racionalmente proteccionistas para los artículos terminados producidos en Centroamérica; y como medida de protección a la balanza de pagos y con base en el principio de hacer recaer la mayor carga tributaria en las clases sociales de más elevados ingresos, fuertes gravámenes para los artículos de menor necesidad o de uso suntuuario."⁽⁷⁾

(5) "La Inflexibilidad del Arancel Uniforme Centroamericano y la Integración Económica". (SIECA/CEC - o/D.T. 4).

(6) Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales. Derecho Comunitario Centroamericano. Ensayo de Sistematización. Imprenta Trejos Hnos. 1968. pág. 58.

(7) SIECA. "Resumen y Estado Actual de los Tratados de Integración Económica Centroamericana". Guatemala, marzo de 1969, pág. 8.

Ahora bien, no negándole al Convenio el carácter de ser un instrumento para propiciar el desarrollo económico, tampoco se puede olvidar que los gravámenes comunes alcanzados con la equiparación se alejaron bastante de la verdadera protección efectiva y de los grados de aliento a las entidades económicas buscados originalmente.

En la actualidad, se han acordado tarifas uniformes para 1.514 rubros al nivel de incisos, sobre los 1.551 que integran el Arancel Uniforme, lo que viene a representar el 97.6% del total.

3. El Código Aduanero Uniforme Centroamericano y su Reglamento.

Tal como lo había manifestado en párrafos anteriores, el origen legal del Código Aduanero, (CAUCA), forma en que lo seguiré llamando, es el Artículo XXIX del Tratado General.

En este importante instrumento, se define claramente la terminología común aduanera a usarse en los países, precisándose al mismo tiempo el alcance terminológico de las operaciones y trámites usuales de las aduanas y determinando los documentos que se deberán exigir por los administradores respectivos. El mencionado Código trata sobre "las operaciones aduaneras, recepción de vehículos, descarga, recepción y depósito de mercancías, destinación y retiro de las mismas, exportación y re-exportación, prenda aduanera, almacenes generales de depósito, agentes aduaneros, mercancías procedentes de zozobra y naufragio, mercancías abandonadas, infracciones aduaneras y sus sanciones, responsabilidades de las Aduanas y reclamaciones aduaneras y sus recursos."⁽⁸⁾

Como se podrá observar, este Código es fundamentalmente un instrumento común dedicado a los aspectos formales y administrativos de las aduanas aunque en algunos casos como en su Artículo 15 (e), establece normas de carácter sustancial. En este caso, del mencionado artículo se desprende que en materia de exenciones, los Estados son independientes en dictar leyes que incluyan franquicias aduaneras. Sin embargo tales normas materiales son muy escasas y bien puede entonces decirse que en general es un código para la administración aduanera.

(8) SIECA. Resumen y Estado Actual de los Tratados. op. cit. pág. 14.

El CAUCA dispone para su correcta administración e interpretación la creación del "Servicio Aduanero Centroamericano" que estará compuesto en cada Estado por a) la Dirección General de Aduanas; b) las oficinas aduaneras o aduanas y por otros organismos mencionados en el Código. Entre estos últimos resalta el Comité Arancelario que en cada país se formará por cinco miembros, entre los cuales figuren representantes del Ministerio de Hacienda, del Ramo de Economía vinculado con el proceso de integración económica y de la Dirección General de Aduanas. Este Comité tiene bastante importancia ya que es ante él que se deben presentar las reclamaciones aduaneras que pudieran aparecer alrededor de la correcta clasificación arancelaria de las mercancías objeto de libre intercambio. Tocante a este punto existe a mi parecer cierta gravedad en los procedimientos de interpretación del Código, ya que siendo este un instrumento netamente Centroamericano, se le sigue dando potestades a órganos formados por nacionales de un solo país, generalmente personas allegadas al gobierno para que decidan sobre sus disposiciones. La obligación que existe por parte del Comité Arancelario de comunicarle al Consejo Ejecutivo a través de la SIECA, sobre las interpretaciones hechas por ejemplo en los casos de clasificación arancelaria, no es suficiente garantía de que como se ha dicho, se "pueda ir regulando una política regional en materia de aforos".

A pesar de las incongruencias señaladas, si se toma en cuenta el conjunto del CAUCA y su Reglamento Uniforme (RECAUCA), podremos notar que hasta el día de hoy se ha logrado un alto nivel en la uniformidad de la administración aduanera, lo que viene a facilitar enormemente el establecimiento eventual de la pretendida unión aduanera entre los cinco países que hoy configuran el Mercado Común. Cuando tal fase se logre, las fronteras internas aduanales deberán desaparecer y la administración y ejecución de las leyes aduaneras así como la percepción de los impuestos de importación, deberán ser adecuadamente centralizados, debiéndose distribuir dichos ingresos en forma proporcional entre todos los países.

Esto no hay duda de que traerá sus problemas al momento de aplicarse, ya que es bien sabido que en la mayoría de los países centroamericanos existe una marcada necesidad de lograr finanzas rápidas de los gastos de los gobiernos o de sus presupuestos. Dentro del esquema que hemos indicado para la Unión Aduanera,

parecería que debido al mecanismo de la liquidación de los ingresos aduaneros, en forma proporcional entre los Estados, se llevaría algún tiempo. La espera de dicho período que muy probablemente sería mayor de treinta días, haría que para muchos de los gobiernos la situación se tornara tensa y azarosa con respecto a la sufragación de sus actividades. En atención a este futuro problema, en alguna ocasión se ha mencionado que "Ello llevaría a la necesidad de establecer, por un período prudencial, un fondo compensatorio de las rentas de aduana, que pudiera estar alimentando las distintas tesorerías nacionales, en tanto se hacen las liquidaciones..."⁽⁹⁾

Otro grave problema posiblemente estaría constituido por el cobro que actualmente se hace en casi todos los países del área de impuestos al consumo o de las ventas, que en algunos casos se recaudan al nivel de aduanas, para mercaderías que son importadas al país. No hay duda que en tales circunstancias o bien se hacen desaparecer tales cargas sustituyéndolas con impuestos directos como el territorial o el de la renta, o bien se siguen manteniendo dentro del territorio de cada país, exonerando de tal pago a las mercaderías que ingresen o salgan de cada Estado. Así como lo explicamos, únicamente las ventas o el consumo realizado dentro de cada territorio (y no las que impliquen una importación o una exportación), serían afectas a la carga fiscal respectiva.

Asunto importante que también es afectado por la tarifa exterior común así como por la unificación de los servicios aduaneros centroamericanos, es el referente al tratamiento que se le ha venido dando en los países a las mercancías supuestas a ser reexportadas. Es norma muy usada el que cada país exija una caución o fianza bastante elevada, sobre cada importación que se haga de artículos que luego serán re-exportados con lo que el costo de producción de tales empresas que se dedican a este tipo de negocios, se ven muy afectado. Tal actitud es peligrosa si se toma en cuenta las facilidades que en este sentido están dando otros países como Panamá y algunos del Caribe. Una solución adecuada y eficaz para resolver este tipo de problema sería la firma y ratificación por los gobiernos de un Protocolo sobre Zonas Francas y Puertos Libres, que hasta donde tengo conocimiento, no han pasado a ser más que una remota posibilidad práctica.

(9) R. Hess, Teoría y Práctica de la Integración Económica con Especial referencia al Caso de Centro América. Instituto de Investigaciones Económicas, Universidad de Costa Rica. Serie Economía y Estadística N° 27 pág. 78.

4. Otros Convenios o Acuerdos conexos con la materia.

Habiéndose logrado en el campo de la equiparación de gravámenes a la importación una uniformidad en alto grado satisfactoria, no es raro encontrar en muchas ocasiones disposiciones relativas a este campo en otros de los instrumentos internacionales que también forman parte del Programa General de Integración Económica. Tal es el caso del Artículo IX del propio Tratado General que prohíbe a los Estados el otorgamiento de exenciones de derechos aduaneros a las importaciones de fuera del área para artículos que ya estén siendo producidos en Centroamérica en condiciones adecuadas.

Otro ejemplo es el Artículo VII del Convenio Centroamericano sobre Industrias de Integración que expresa una prohibición similar a la antes citada, como protección a las manufacturas producidas por estas empresas al amparo de su régimen.

Por último, el Convenio Centroamericano sobre Incentivos Fiscales a la Industria, en su Artículo 42 establece normas similares.

Parte Cuarta: Evaluación de la Equiparación Arancelaria dentro del marco del Programa General de Integración Económica

En esta cuarta y última parte de este trabajo, pretenderé hacer una evaluación más o menos amplia de lo hasta ahora logrado en el campo de la equiparación de tarifas aduaneras. Para esto como es de suponer, será necesario analizar otra vez, en forma limitada, algunos de los Tratados, Convenios o Protocolos ya enunciados en las partes que a ésta anteceden. Nuestro examen de todos estos asuntos quedará enmarcado dentro de los siguientes cinco puntos: a) evaluación del método empleado en la equiparación de los gravámenes a la importación; b) evaluación de la relación entre el sistema de equiparación y las necesidades fiscales de los Estados con el fin de mantener un crecimiento económico sostenido; c) análisis de las violaciones que se han dado con respecto a la equiparación arancelaria; d) examen de las evasiones a la tarifa uniforme vía las exenciones, y e) evaluación de los productos y manufacturas cuyos aforos no están equiparados.

Como epílogo a esta sección, y en forma abreviada, trataremos de llegar a ciertas conclusiones que a la vez servirán el papel de proposiciones o sugerencias cuyo fin es el de mejorar o perfeccionar

aún más el régimen de la Unión Aduanera plena y su adecuada coyuntura con los planes de desarrollo de cada país.

1. Evaluación del método empleado en la equiparación arancelaria.

Recordemos que cuando antes hablábamos de este tema, habíamos señalado la circunstancia de que el sistema escogido al fin de cuentas por los negociadores de cada uno de los países, había sido el de tomar la tarifa más alta y la más baja para cada producto, y establecer como gravamen común el promedio aritmético de ambas. Esta forma de hacerlo sin embargo, dio al traste con la intención original de los países de fijar tarifas uniformes que brindaran "niveles normales" o "eficientes" de protección a las actividades productivas y a los consumidores.

Por el contrario, lo que se obtuvo fue una uniformación de los impuestos a la importación "a medias" que de seguro en muchas ocasiones (sobre todo con el transcurso del tiempo), brindaban o una excesiva protección, o bien despojaban de ella en cierto grado a algunas empresas. Este hecho no creo que sea ninguna novedad para los que conocen de estos problemas y más bien, ha sido mencionado en muchas ocasiones, incluso por la misma Secretaría Permanente, y ha obedecido fundamentalmente —según mi criterio—, a la premura tenida en aquel entonces por finalizar rápidamente las negociaciones del arancel común.⁽¹⁰⁾ Distinto hubiera sido el resultado si los países hubieran logrado ponerse de acuerdo sobre objetivos y criterios específicos y concretos sobre lo que debía ser su política arancelaria común, lo que consecuentemente hubiera permitido establecer métodos y prácticas uniformes para poder fijar los niveles normales o "eficientes" de protección para cada uno de los rubros negociados. Claro está, esto no es en forma alguna tarea fácil y por el contrario requiere de amplias discusiones previas, conflictivas en algunos casos, en las que la política arancelaria establecida pueda concretarse en los gravámenes a la importación y la exportación en niveles tales que como se dijo, la protección sea normal, o en otras palabras, adecuada de acuerdo a métodos y procedimientos uniformes también fijados de antemano.

(10) R. Hess y E. Lizano, Teoría y Práctica de la Integración Económica, op. cit. págs. 49-50. Ver también: SIECA. Anteproyecto de Protocolo para Manejar en forma Flexible el Arancel Centroamericano de Importación. (SIECA/GT-RMECA-III/D.T. 24). Guatemala 19 de octubre de 1970, págs. 1-3.

Pero dichos métodos también serán de engorroso trámite ya que para atender a cada rubro del arancel, se hará necesario una interrelación exhaustiva y amplia entre los diferentes niveles de protección por grupos de productos, para las diferentes actividades económicas.⁽¹¹⁾

En resumen, se puede decir, que una adecuada protección arancelaria, debe estar precedida por amplias y exhaustivas negociaciones que establezcan previamente objetivos comunes de la política arancelaria así como métodos o procedimientos uniformes para alcanzar en cada rubro, niveles normales y eficientes. En esto, la correlación existente entre los intereses de los productores, los consumidores y el fisco juega papel importante en el alcance de dichos niveles tarifarios.

Otro aspecto grave del actual arancel lo viene a constituir su extrema rigidez para modificar los niveles tarifarios cuando así lo pudieren exigir las circunstancias económicas de la región. Recordemos en este punto la crítica que le hacíamos en líneas anteriores al Artículo XII del Convenio de Equiparación, que hoy día exige la firma de protocolos multilaterales, para lograr tales cambios en el arancel común. "La mencionada rigidez se origina en el procedimiento que hasta ahora se sigue para modificar los gravámenes equiparados, que exige la suscripción, ratificación y depósito de un protocolo. Este sistema ha probado ser poco eficaz para atender las necesidades de la región, ya que con relativa frecuencia los nuevos niveles arancelarios cobran vigencia con retraso y más de alguna vez, han resultado inútiles para los fines que se tuvieron en cuenta al renegociarlos."⁽¹²⁾

Esta inconsecuencia institucional apuntada, ha tratado de ser solucionada mediante meras proposiciones que en diferentes ocasiones se han hecho, pero sin llegar a concretarse en realidades útiles al proceso de integración.⁽¹³⁾ Este es el caso de la idea de la SIECA de establecer un mecanismo que permita a los órganos del Tratado

(11) SIECA. Anteproyecto de Protocolo para manejar en forma flexible el Arancel Centroamericano. Op. cit. págs. 4-18.

(12) SIECA. Resumen y Estado Actual de los Tratados, op. cit. pág. 10.

(13) La CEPAL en diversas ocasiones ha señalado que la Nomenclatura Uniforme no podrá llenar las necesidades de los países Centroamericanos si la misma permanece estática y carente de flexibilidad para adaptarse a las circunstancias variables del comercio. También, se ha recomendado adoptar un método de clasificación más expedito que el sistema actual que usa las negociaciones multilaterales. Ver. V. Watkin. op. cit. pág. 66.

General para fijar el monto de los gravámenes dentro de un máximo y un mínimo establecido por los Congresos nacionales a través de un convenio multilateral. Sin embargo, la idea a pesar de haber sido aprobada por el Consejo Económico (órgano netamente funcional y político), sufrió allí modificaciones que dejaron en manos de los gobiernos la facultad de fijar la tarifa dentro de ese máximo y mínimo mencionado.⁽¹⁴⁾

Por sobre todas las cosas, cuando discutimos estos aspectos de la equiparación arancelaria, no debemos olvidar que estas inconsistencias actúan en desmedro directo del objetivo desarrollista que tiene el arancel común, ya que al no lograrse los niveles de protección adecuados, los intereses ya sea del fisco, de los productores o bien de los consumidores, estarán siendo afectados.

La inflexibilidad apuntada para el arancel, en cierta forma es también característica de la Nomenclatura Arancelaria Uniforme. Sobre esto la CEPAL ha subrayado que la NAUCA no podrá llenar las exigencias de los países si la misma permanece estática. Flexibilidad y rapidez para adaptarse a las condiciones cambiantes del comercio son entonces necesarias. Para esto, dicho organismo internacional señala las inconveniencias de que el Sub-Comité del Comité de Cooperación Económica, encargado de continuar con los trabajos de coordinación de las clasificaciones arancelarias y la preparación actualizada de estadísticas de comercio, no haya realizado a plenitud su especializada tarea.⁽¹⁵⁾

(14) El Acta de la Octava Reunión del Consejo Económico reza así: "En relación a la propuesta hecha por la Secretaría, de que sea el Consejo Económico del Tratado General el encargado no sólo de fijar el monto del gravamen de los límites que se establezcan en el Convenio sino también de acordar su vigencia, hubo consenso en el sentido de que, si bien tal idea constituiría la mejor solución desde el punto de vista del Programa de Integración Económica, era posible que encontrara resistencias en algunos países. Tomando esto en cuenta, el Consejo estuvo conforme con la propuesta hecha por el Ministro de Economía y Hacienda de Honduras, en el sentido de que los montos de los gravámenes fueran acordados por el Consejo Económico, previa recomendación del Consejo Ejecutivo del Tratado General, pero que su puesta en vigencia se hiciera por medio de acuerdo o decreto emitido por el Poder Ejecutivo de cada país. Sin embargo, hubo también consenso de que la propuesta de la Secretaría no debería ser descartada sin antes explorar en los círculos competentes cuáles son las posibilidades reales por lo que se decidió que la Secretaría, al elaborar el proyecto de convenio correspondiente, contemple ambas alternativas". Tomado de Derecho Comunitario Centroamericano, op. cit. págs. 64-65.

(15) V. G. Watkin. op. cit. pág. 66.
A partir de 1962 las labores del Sub-Comité fueron realizadas por el Consejo Ejecutivo del Tratado General y la SIECA.

2. La relación entre la equiparación arancelaria y las necesidades fiscales de los Estados.

Una de las consecuencias lógicas al uniformar las tarifas aduaneras a la importación, es la merma de los ingresos fiscales que por este concepto perciben normalmente los Estados. Este hecho que para los países industrializados no presenta mayor problema, si se torna grave para aquellos que más bien están propiciando el desarrollo de la industria y pretenden además mantener un crecimiento económico sostenido. Y tal es el caso de los países centroamericanos.

En ellos, tal como se da con los grupos de países más desarrollados, la igualación de los niveles tarifarios puede producir lo siguiente: los países con patrones manufactureros más acentuados del área económica, bien podrían ver aumentados sus ingresos fiscales debido a los impuestos de importación aduaneros pagados por los dueños de dichas industrias cuando importan los materiales necesarios para la producción de bienes terminados; pero los Estados con característica de consumidores bien podrían perder parte sustancial de sus ingresos que antes percibían de las importaciones de los productos semiacabados o terminados de fuera del área.⁽¹⁶⁾

Lo dicho anteriormente ha ocurrido en cierta forma con el caso de El Salvador si se le sitúa frente a sus países socios. En efecto, tal cosa ha sido manifestada por un estudio publicado recientemente por la Revista "Investigación Fiscal" publicada por el Centro Interamericano Económico Social. Una de las conclusiones de dicho estudio es que la creación del mercado común, conjuntamente con la creación de mecanismos de incentivos fiscales ha propiciado aún más rápidamente el desarrollo fabril de El Salvador, teniendo una tasa de crecimiento en dicho sector para el período 1966-68 de 12.5%.⁽¹⁷⁾ Este crecimiento se manifiesta en otras informaciones estadísticas. Por ejemplo si tomamos los datos relacionados con la "importancia del comercio intercentroamericano dentro del total de exportaciones realizadas por cada país", veremos que en 1960, el por ciento del total exportado era de 0.6% para Guatemala; 4,0%

para El Salvador; 2.8% para Honduras; 1.1% para Nicaragua y 0.2% para Costa Rica.⁽¹⁸⁾ Esos porcentajes para 1966 variaron a 24.3% para Guatemala; 29,6% para El Salvador; 14.9% para Honduras; 10,7% para Nicaragua y 19.1% para Costa Rica. Ahora bien, si analizáramos la composición de estas exportaciones intercentroamericanas por Secciones del NAUCA, observaríamos que por ejemplo, en 1966, El Salvador era el país exportador que tenía el liderato en Productos Químicos con 9.3 millones de pesos Centroamericanos, seguido por Guatemala con 6.1 millones; en artículos Elaborados por Material, con 19.2 millones, seguido de nuevo por Guatemala con 18.3 millones; en Maquinaria y Material de Transporte con 2.7 millones, seguido por Guatemala con 1.9 millones; y en Artículos Manufacturados Diversos con 11.5 millones, ocupando el siguiente lugar Costa Rica con 7.7 millones de pesos. Únicamente en el caso de productos alimenticios, ocupaba El Salvador el segundo lugar.⁽¹⁹⁾

Ahora bien, esta eventual desigualdad que podría manifestarse entre países manufactureros y los consumidores, podría ser neutralizada mediante la suscripción de Convenios uniformes sobre incentivos fiscales a la industria y para otras actividades productivas. Asimismo, medidas encaminadas a orientar el crédito internacional hacia los países más afectados, bien podrían solucionar este tipo de problemas distributivos. Pero aún así, la problemática del conflicto que se presenta a nivel nacional entre las políticas comunes industrial y comercial del Mercado Común y los planes nacionales de desarrollo económico, seguirá persistiendo a menos que medidas correctivas locales sean llevadas a la práctica. Dentro de esta problemática, el asunto que más preocupa a los gobiernos es el de la pérdida de sus ingresos fiscales en una proporción tal que les impida desarrollar sus planes de fomento económico. Esta circunstancia se ve agravada por el hecho de que como se ha apuntado recientemente, la pérdida de dichos ingresos provenga de los grupos de personas que más elevados ingresos poseen en cada uno de los países. "Tanto el arancel común como el libre comercio inciden adversamente en los ingresos fiscales. Obsérvese que una parte

(16) V. G. Watkin. op. cit. pág. 67.

(17) Centro Interamericano Económico y Social (CIES). "Incentivos Tributarios para el Desarrollo Industrial de América Latina". Revista: Investigación Fiscal. N° 29, mayo de 1968. pág. 115.

(18) En 1960, Costa Rica no había ratificado el Tratado General de Integración Económica Centroamericana, por lo que su participación en el comercio intrazonal era reducida.

(19) Los datos sobre la composición de las exportaciones fueron tomados de: Derecho Comunitario Centroamericano. op. cit. págs. 69-71.

apreciable de la pérdida de ingresos fiscales proviene, muy posiblemente de personas de elevados ingresos. Esto es así porque los aforos más altos se establecen por lo general a los artículos llamados "suntuarios". Esto a la vez hace que sea precisamente para este tipo de artículos para los cuales existe un mayor incentivo para producirlos dentro del área de integración, ya que la tarifa es más proteccionista. Si para producirlos, se otorgan además franquicias aduanales, a las materias primas necesarias en su fabricación, entonces la pérdida fiscal es evidente".⁽²⁰⁾

Analicemos con más detalle el problema. Soy de la opinión de que tal pérdida de los ingresos fiscales podría estar en franca oposición con los planes de desarrollo nacional de cada Estado, si dicha merma ocurriese en un ambiente fiscal "neutro" en cuanto se refiere a una falta por parte de los gobiernos de establecer medidas tributarias compensatorias; es decir el participar en convenios internacionales que de por sí reducen los beneficios fiscales (como es el caso del Convenio de Equiparación Arancelaria), sin por otro lado, actuar en el campo de los tributos con el fin de recuperar tal pérdida. Al menos en el caso de Costa Rica no pareciera estar sucediendo esto en forma evidente, ya que si procedemos a analizar la contribución porcentual de algunos de los impuestos más importantes en los ingresos del Fisco, observaremos lo siguiente:

IMPUESTO	1964	1968	Cambio Porcentual
Renta	18.08%	21.4%	+ 3.32%
Aduaneros	45.4 %	25.3%	- 20.1 %
de Consumo y Ventas	21.20%(*)	38.2%	+ 17.0 %

(*) En 1964 no estaba en vigencia el Impuesto a las Ventas en Costa Rica. Fuente: Cuadro VIII, David Gantz, La Aplicación de la Ley de Protección y Desarrollo Industrial. Revista de Ciencias Jurídicas. N° 14. Diciembre de 1969. Universidad de Costa Rica, pág. 188.

Notemos como a pesar de que los impuestos aduaneros en ese período se han reducido en 20.1%, por otro lado la suma de la ganancia porcentual de ingresos fiscales por concepto de impuesto

(20) Eduardo Lizano F. "El Mercado Común y la Distribución del Ingreso". Editorial Universitaria Centroamericana. San José, Costa Rica. 1970. p. 100.

a la Renta y tributos al consumo y sobre las ventas, asciende a 20.32%. Hay que tener en mente que estos datos se refieren a recaudaciones efectivas para esos años, por lo que las exenciones fiscales pertinentes ya han sido deducidas de los montos totales.

De las cifras anteriores no pareciera ser del todo cierta esa idea de la contraposición del Mercado Común y de los países a menos de que como se dijo antes, estos últimos no estuviesen dispuestos a tomar medidas de balance adecuadas para contrarrestar las mermas. En mi opinión, los ingresos fiscales por concepto de aduanas tarde o temprano deberán de dejar de dominar el panorama tributario de los países centroamericanos, para cederle lugar al impuesto sobre las rentas o bien a otros tributos que como el de las ventas o el del valor agregado, graven en forma más justa a los diferentes niveles de ingresos en la sociedad.

3. Violaciones del arancel uniforme con respecto al comercio intrazonal.

El Artículo V del Convenio de Equiparación Arancelaria expresa que "Las Partes se comprometen a no imponer ni cobrar, con motivo de la importación de los productos incluidos en las Listas... ningún otro impuesto fuera de los establecidos en este Convenio".

A pesar de tan tajante prohibición al respecto, tal como lo afirma Virginia G. Watkin, no es raro ver cómo en Centroamérica se imponen tributos que se denominan como "impuestos al consumo" pero que tienen todos los efectos prácticos de un aforo.⁽²¹⁾ En otras palabras, que el gravamen se aplica a los productos importados y se cobra antes de que la mercadería haya dejado la aduana. Watkin cita como ejemplos, los impuestos que en 1965 Guatemala cobraba sobre el tabaco, cigarros y cigarrillos importados; los cobrados por El Salvador sobre cigarrillos importados; los cargados por Honduras sobre la cerveza, y los fósforos importados y los impuestos costarricenses sobre cerveza y vinos importados. En 1966 Costa Rica además, bajo una presunción de que un 80% del precio de venta de cada producto de la Fábrica Nacional de Licores constituía un impuesto al consumo, procedió a cargar dicho porcentaje a las im-

(21) V. G. Watkin. op. cit. págs. 75-76.

portaciones similares procedentes del área integrada. SIECA lo consideró discriminatorio por supuesto.⁽²²⁾

En la actualidad, semejantes violaciones a la tarifa uniforme de cero para el comercio intrazonal, han sido introducidas mediante la imposición de impuestos a las ventas, que se cobran sobre artículos importados al nivel de aduanas. Lo lamentable en este caso es que tales impuestos sobre las ventas fueron establecidos bastante tiempo después de la suscripción y puesta en vigencia del Tratado General de Integración Económica, lo que hacía suponer que los gobiernos bien sabían de la prohibición incorporada en el Artículo V del Convenio de Equiparación Aduanera.

Mientras tales inconsistencias y malos procederes por parte de los gobiernos no cesen de existir, el libre comercio entre los países seguirá siendo objeto de múltiples trabas y obstáculos que en muchas ocasiones han dado lugar a roces y conflictos entre las empresas y entre los gobiernos.

4. Evasión de la tarifa uniforme vía las exenciones fiscales.

Quizás uno de los problemas más serios que afronta la tarifa exterior común, es el otorgamiento desvinculado y descoordinado de exenciones en impuestos aduaneros por parte de los gobiernos de los países centroamericanos.

Siguiendo a Watkin en este campo, podremos observar que actualmente se estima que de las importaciones de cada uno de los cinco países, entre un 20% y un 30% de ellas, se han realizado bajo el amparo de exenciones en impuestos aduaneros.⁽²³⁾

A pesar de que la tarifa exterior común debería ser considerada como un "techo" (máximo) y a la vez "piso" (mínimo) del aforo a aplicar a cada producto importado, los países han seguido unilateralmente concediendo exenciones o reducciones de impuestos aduaneros que indudablemente afectan el vigor del arancel común. No hay duda de que una reducción de la tarifa común mediante concesiones parciales o totales en aranceles, constituye en la prác-

(22) La Resolución del Consejo Ejecutivo N° 54, de setiembre de 1966 dice en parte: "Resuelve: Que el impuesto de consumo del 80% sobre el precio de venta de licores que actualmente aplica el Gobierno de Costa Rica a los licores que se importan de Centroamérica amparados por los Tratados y Protocolos de Integración no se ajusta a los preceptos del Artículo VI del Tratado General . . ." SIECA. Resoluciones del Consejo Ejecutivo.

(23) V.G. Watkin, op. cit. pág. 69.

tica, la imposición de un tributo diferente al establecido en el Convenio de Equiparación de Gravámenes a la Importación. Esta práctica se ha generalizado y ha sido permitida quizás, con la intención de evitar la creación de situaciones económicas conflictivas dentro de cada país, o bien, para no interferir en las esferas netamente políticas como lo son el gasto de los ingresos fiscales (y la creación de ellos) por parte de los Congresos nacionales. Además, una interpretación muy amplia del Artículo 15 (e) de ese Convenio que antes habíamos mencionado, el cual deja en manos de las respectivas leyes nacionales la materia de las exenciones, podría permitir el que se llegue a situaciones como la que hoy impera en el Mercado Común Centroamericano.

Sin embargo, aquí no se acaba el problema y entonces, a pesar de que ciertos instrumentos multilaterales de la integración imponen restricciones a la libertad de los Estados de otorgar exenciones de impuestos aduaneros, especialmente cuando las manufacturas o productos puedan adquirirse en buenas condiciones dentro del área, los gobiernos han concedido exenciones "dudosas", quizás debido a la falta de información sobre las existencias de productos manufacturados en el área. Ejemplos de violaciones al Artículo IX del Tratado General, son las exenciones otorgadas por unos países para importar planchas de hierro galvanizado y papel tipo Kraft que eran producidos en Nicaragua; o bien las concedidas para traer de fuera del área, cajas de cartón, cartulina y papel bond producidos ya en Guatemala. Cosa similar sucedió cuando se ordenó a los países dejar de otorgar exenciones para la importación de suelas y cueros curtidos de países no miembros del Mercado Común. La falta de información adecuada fue señalada por el Consejo Ejecutivo en 1964 donde reconoció esa anomalía de falta de adecuado conocimiento de la producción regional y recomendó entonces a los gobiernos, establecer sistemas de intercambio de información en relación a la producción doméstica, de materias primas, productos semi-elaborados, envases y recipientes. Todavía más, en 1965, el Consejo agregó que la carga de la prueba de que ciertos productos no se producían en el área, le correspondía al importador que solicitaba la exención aduanera.

Limitaciones similares a la del Artículo IX del Tratado General aparecen en el Artículo VII del Convenio sobre Industrias de Integración, así como el N° 42 del Convenio sobre Incentivos Fis-

cales a la Industria. Este instrumento no hay duda que en algo vendrá a mejorar la situación de desorden en relación a las exenciones fiscales pero por otro lado, su ámbito de acción ha quedado en la práctica muy reducido. En efecto, el Convenio impide que se otorguen a ciertas industrias manufactureras más incentivos que los allí establecidos, dejando sin embargo en libertad a los Estados en cuanto a las exenciones que se puedan otorgar a empresas mineras, agrícolas, de servicios y las de pesca. Además, la Convención no se aplicará a las exenciones que habitualmente se otorguen a entidades y agencias locales (municipales) o nacionales, así como a organizaciones o individuos dedicados a actividades caritativas, religiosas o educacionales.

Veamos entonces que aún cuando el Convenio referido solventa un poco la tremenda falta de uniformidad en el otorgamiento de exenciones aduaneras, otros pasos más adecuados y eficaces deben ser tomados a muy corto plazo. Quizás la reglamentación del Artículo IX del Tratado General podría cumplir con tales necesidades, ya que en tal forma sí se podría obtener una correcta uniformidad en los sistemas de otorgamiento de concesiones para importaciones de artículos necesarios para el gobierno central, sus actividades descentralizadas; o bien para entidades educacionales, religiosas o de caridad así como las que impliquen actividades mercantiles particulares.

Es mi opinión que dado el alto nivel de uniformidad alcanzado con las tarifas aduaneras, así como el grado de soberanía transferido a los órganos rectores del proceso en la aplicación y administración de los servicios aduaneros, un régimen descentralizado de exenciones aduaneras no es en forma alguna compatible con el alto grado de centralización alcanzado dentro del Mercado Común. Páreceme necesario aquí formular la necesidad de elaborar un protocolo al Tratado General que venga a conferirle a los órganos del Programa de Integración, facultades precisas que les permitan elaborar una política regional en materia de exenciones.

5. Los productos y manufacturas excluidos de la equiparación.

El Arancel Uniforme que consta actualmente de aproximadamente 1.550 rubros al nivel de incisos ha sido objeto de negociaciones diversas que han permitido acordar tarifas uniformes para unos 1.514 rubros, también al nivel de incisos, sea un 97.6%

del total. Sin embargo poca esperanza existe de que el resto de algo más de 30 rubros restantes pueda ser equiparado en un futuro cercano, ya que los mismos están representados por artículos tales como automóviles para pasajeros, derivados del petróleo, trigo, harina de trigo, receptores de radio, aparatos de televisión y ciertas transacciones especiales en oro, plata en moneda y billetes de banco. Tenemos entonces el resultado poco satisfactorio de que un grupo tan reducido de artículos represente en la realidad económica de los Estados casi un quinto del valor de las importaciones totales de fuera de la región.⁽²⁴⁾

En cuanto a la contribución al comercio intrazonal que puedan dar el número reducido de productos originarios de Centroamérica, pero excluidos del régimen de libre intercambio, se ha estimado que puede ser alrededor de un 10% del comercio intercentroamericano,⁽²⁵⁾ cosa que en realidad no es muy significativa como para entorpecer la esencia de la libre movilidad de mercancías. Dentro de los productos excluidos se encuentran el café, el banano, el alcohol, los licores destilados, la harina de trigo y algunos otros más. En muchos casos, la exclusión opera con respecto a un par de países, pero no con relación a los demás, cosa que en el futuro podría permitir renegociaciones de los productos evitándose así el engorro de las discusiones multilaterales.

La equiparación de las manufacturas en primer lugar mencionadas (aquellas excluidas del arancel común) sí presentarán serios problemas ya que al constituir bienes de capital suntuarios, no producidos en el área, significan grandes entradas de ingresos fiscales para los respectivos países.

6. Proposiciones y Sugerencias.

Como sugerencias que podrían ayudar a adecuar o corregir algunas de las inconsistencias y deficiencias apuntadas en la parte Cuarta de este trabajo, se pueden mencionar las siguientes:

(24) "Para llegar a la equiparación de las . . . fracciones restantes, —al menos de su mayoría—, será preciso adoptar medidas adicionales y distintas a las arancelarias por tratarse de productos cuyos gravámenes son parte de un programa específico, o representan un renglón fiscal de mucha importancia para alguno o varios países". Alfredo Costales Samaniego. "La Realidad Social de Centroamérica". En: Estudios y Documentos. N° 18 publicado por el Centro de Estudio y Documentación Sociales. México. 1963. pág. 100.

(25) V.G. Watkin. op. cit. pág. 65.

- a) Realizar una renegociación multilateral del Arancel Uniforme, con miras a actualizar los niveles de protección teniendo en cuenta para esto el objetivo desarrollista del Convenio de Equiparación de Gravámenes a la Importación. Dentro de esta renegociación, debería realizarse un estudio exhaustivo de la Nomenclatura Arancelaria Uniforme, también con miras a adaptarla a las actuales necesidades de los países centroamericanos.
- b) Suscripción de un Protocolo por los cinco países que le permita a los órganos del Tratado General manejar con mayor celeridad y flexibilidad el Arancel Común. Para esto bien se podría tomar como base los estudios y proyectos llevados a cabo por la SIECA.
- c) Planteamiento de las bases que sirvan de partida para una mejor coordinación de las políticas comunes, industrial y arancelaria, en tal forma, que como primer paso, se estudie la posibilidad de revisar los niveles y plazos de protección arancelaria dados a las empresas industriales y productivas del Istmo. Dentro de este planteamiento, un resultado positivo sería el determinar la posibilidad de variar (reducir) y adecuar los plazos de protección en armonía con el estado actual de cosas en Centroamérica, (v.g.: disponibilidades actuales de materias primas, productos semielaborados, algunos bienes de capital, obras de infraestructura, etc.). Aquí se deberá tomar en cuenta el aporte efectivo de cada empresa en el desarrollo de las economías de los países.
- d) Formulación de una reglamentación unificada y común para los cinco países, del Artículo IX del Tratado General, especialmente en su parte primera, como un paso efectivo que ordene y sistematice el otorgamiento de exenciones por parte de los Estados, en aquellos campos de la producción no cubiertos por el Convenio de Incentivos Fiscales a la Industria.
- e) Establecimiento de una mayor vinculación de los órganos del Servicio Aduanero Centroamericano creados por el Convenio de Equiparación de Gravámenes a la Importación, con los órganos creados por el Tratado General.
- f) Estudio que podría llevar a cabo la SIECA, de todos los impuestos de consumo o sobre las ventas, que en la práctica operan como gravámenes a la importación, con el fin de ordenar el cese de dichas violaciones.
- g) Suscripción de un Protocolo para puertos libres y zonas francas, con el fin de estimular cierto tipo de empresas industriales que sólo operan mediante la importación temporal de materias primas, que luego de transformadas o armadas, son re-exportadas. Se puede tomar aquí como base, el anteproyecto elaborado por SIECA.
- h) Iniciación de reuniones multilaterales entre los países, con el fin de estudiar la posibilidad de equiparar los aforos de importación para aquellos productos o manufacturas que actualmente se encuentran fuera del Convenio de Equiparación de Gravámenes a la Importación. Si no fuera posible llegar a un acuerdo inmediato sobre este punto, bien se podría fijar ciertos niveles tarifarios para cada producto que sirvan como "aforo de referencia" (target tariff), los que podrían ser alcanzados en un período de dos años por parte de cada gobierno.

No cabe duda que para lograr la equiparación arancelaria en el campo de los productos y manufacturas excluidos de la tarifa común, habrá necesidad de adoptar otro tipo de medidas de carácter no arancelario, tales como crediticias, de estabilización y monetarias.

ESTADO ACTUAL DE LA MEDICINA LEGAL EN AMÉRICA LATINA

Por Dr. EDUARDO VARGAS ALVARADO
Catedrático Asociado de Medicina Legal
Facultades de Derecho y Medicina
Universidad de Costa Rica

Tradición académica

La Medicina Legal en América Latina adquirió fisonomía propia en los programas de estudios de sus escuelas de Medicina desde el siglo pasado. Esto probablemente se debió a la influencia médica francesa que guió la organización de la mayoría de ellas. Así, la Universidad de Buenos Aires, al fundar su Escuela de Medicina, en 1821, incluyó en su curriculum la Cátedra de Partos, Medicina Legal y Enfermedades de los Niños.

Enseñanza pregraduada en las Escuelas de Derecho y Medicina

En la actualidad, sigue figurando la Medicina Legal como asignatura pregraduada obligatoria en todas las escuelas de Medicina latinoamericanas, por lo general en el último año profesional. La duración del curso oscila entre 75 y 30 horas lectivas, e incluye conferencias y clases prácticas. Esta tendencia tiene su fundamento en el hecho de que es reconocida por las leyes latinoamericanas la importancia de la opinión del médico en asuntos forenses. En algunos países, como Costa Rica, todo médico recién graduado debe cumplir un año de servicio en áreas rurales, como requisito previo para que se le conceda la autorización a ejercer privadamente la profesión. Parte de sus funciones durante ese período es desempeñar el papel de médico forense en esos pueblos.

Por otro lado, en la mayoría de las escuelas de Derecho latinoamericanas, se enseña Medicina Forense a los estudiantes pregraduados. En muchas de ellas, la enseñanza es impartida por la misma Cátedra de la Escuela de Medicina. En Costa Rica, por ejem-

plo, se enseña Medicina Legal en la Escuela de Derecho desde hace 40 años.

Medicina Legal como especialidad médica

Sin embargo, la importancia académica que tiene tradicionalmente la Medicina Legal o Forense en América Latina, no se ha acompañado de un desarrollo paralelo en el plano profesional como especialidad médica. Aunque sus leyes especifican el papel importante del perito médico en los aspectos médico legales, en la mayoría de estos países la Medicina Legal es desempeñada por médicos generales o médicos especialistas en otros campos, que trabajan a tiempo parcial en Medicina Legal. Esto podría explicarse por la falta de adecuada remuneración para estas labores y a la inestabilidad política tan característica de gran parte de Latinoamérica, factores ambos que hacen poco atractiva para el médico la dedicación a una especialidad que, como la Medicina Legal, le obliga a depender económicamente de un puesto de gobierno, que con un golpe de Estado puede perder en cualquier momento.

Institutos de Medicina Legal

Pese a lo anterior, la Medicina Legal se ha consolidado como especialidad médica y cuenta con instituciones técnicas bien organizadas en países como Chile, Colombia, Brasil, Argentina, Costa Rica, Perú y México. Así, por ejemplo el Servicio de Medicina Legal de Bogotá fue establecido en 1914, y el Servicio Médicolegal de Chile en 1916. Recientemente, en 1965, se fundó el Instituto de Medicina Legal de la República de Costa Rica.

Estos Institutos, por lo general, constan de varias divisiones en las que están representadas todas las Ciencias Forenses, como sigue:

- a) **Clínica Médicolegal y Psiquiatría Forense**, que se encarga del examen de personas vivas que han sufrido lesiones en asaltos, accidentes de tránsito o accidentes de trabajo; padecen enfermedades profesionales y debe establecerse la incapacidad correspondiente; han sufrido violación; presentan trastornos mentales que deben evaluarse en juicios de insanía o para determinar el grado de responsabilidad penal de un delincuente, etc.

- b) **Tanatología o Patología Forense**, que efectúa las autopsias médicolegales y los exámenes de restos esqueléticos.
- c) **Toxicología** que realiza la determinación de alcohol en sangre y cualquier otro tóxico en individuos vivos y en cadáveres cuando así lo pida un Juez.
- d) **Criminalística**, forma parte del Instituto de Medicina Legal en algunos países, como Costa Rica; mientras que en otros, es una división del Departamento de Policía. Esta división estudia manchas de sangre, esperma, etc., identifica proyectiles y hace estudios de balística, dactiloscopia y documentos cuestionados.
- e) En algunos Institutos, hay además división de Inmunología para exclusión de la paternidad por grupos sanguíneos y división de Bacteriología para complementar las autopsias o establecer si hay contaminación venérea en violaciones.

Relación administrativa

En algunos países, estos Institutos dependen del Ministerio de Justicia, como en Chile, y en otros de la Corte Suprema de Justicia, como en Costa Rica, ciudad de México y Argentina. En Costa Rica, Colombia y Chile, sirven de sede del Departamento de Medicina Legal de la Escuela de Medicina de la Universidad del Estado, al mismo tiempo. En esta forma sus profesionales son a la vez expertos y profesores, y se dedican exclusivamente a la Medicina Legal.

Preparación postgraduada del médico forense

Solamente, la Escuela de Medicina de la Universidad de Buenos Aires tiene un curso de postgraduado en Medicina Legal de tres años de duración. En los demás países latinoamericanos, los médicos forenses se adiestran trabajando en los Institutos de Medicina Legal o bien siguen cursos de especialización en Europa o en Los Estados Unidos de América. Esto ha dado origen a dos corrientes o escuelas en la Medicina Legal latinoamericana: la escuela anglosajona, en la que predomina la Patología Forense, y la italoespañola o latina en la que predomina la Psiquiatría Forense en la formación del médico especialista. Así, en la Argentina, la mayor parte de

los médicos forenses son psiquiatras que se han especializado en Medicina Legal, y trabajan como médicos forenses para la Corte Suprema de Justicia o para alguna Escuela de Medicina, y como psiquiatras en la práctica privada. En la ciudad de México, la Ley fija en catorce el número de médicos forenses, especificando que por lo menos tres deben ser psiquiatras y que como auxiliares debe haber un patólogo y un químico, pero no hay requisitos acerca de la preparación académica de los médicos forenses, pese a lo cual hay reconocidos especialistas en Medicina Legal que siguen la escuela clásica latina. En cambio, en Chile, Brasil, Colombia, Venezuela y Costa Rica, ya existen, como en los Estados Unidos de América, patólogos forenses que ocupan el papel más importante en estos Institutos de Medicina Legal.

Sin embargo, en los últimos años parece ir surgiendo una escuela o tendencia latinoamericana propia. Ella auna las dos tendencias, anglosajona y latina. Como resultante se forma un médico forense con adecuada preparación en Patología Forense, en Psiquiatría Forense, Toxicología y Medicina del Trabajo, con amplia capacidad para resolver todos los problemas medicolegales en cadáveres y en individuos vivos.

En ciudades como Buenos Aires, los médicos de los Tribunales deben rotar durante el año en las diferentes áreas de la Medicina Legal, garantizándose con ello una experiencia integral del especialista.

Esfera de acción del Instituto

Con respecto a la jurisdicción o zona de acción de estos Institutos de Medicina Legal latinoamericanos, los hay de carácter nacional, es decir, que dirigen o centralizan todas las actividades de la Medicina Legal en todo el territorio del país, como es el caso del Servicio Médicolegal de la República de Chile, y los hay circunscritos a ciudades como en San José de Costa Rica o la ciudad de México, o a Estados como ocurre en Brasil y Argentina. En la práctica, los Institutos con autoridad sobre todo el territorio de una República, funcionan con alto nivel científico solamente en el área metropolitana, porque en las zonas rurales debe dependerse de médicos generales con algún adiestramiento en Medicina Legal, y que

trabajan a tiempo parcial como médicos forenses. Esto debido a la falta de fondos y a las deficientes comunicaciones con la Capital, ambos males endémicos de la mayoría de los países latinoamericanos.

Futuro de la Medicina Legal en Latinoamérica

A pesar de todo, es cada vez mayor la importancia que en Latinoamérica se le va concediendo al médico como auxiliar importantísimo de la Justicia. La tendencia es hacia la creación de Institutos dependientes de las Cortes Supremas de Justicia, y, a su vez, garantizarles a estas Cortes autonomía económica y técnica. De este modo, la Medicina Legal como especialidad médica tiende a arraigarse o consolidarse en América Latina. De este espíritu son ejemplos elocuentes los 53 años del Servicio Médico Forense de Chile, quizá el más completo en Latinoamérica, y los 6 años del Instituto de Medicina Legal de Costa Rica, quizá el más joven, pero en el que se ha logrado fusionar lo clásico de la Medicina Legal latina con lo técnico de la Medicina Legal anglosajona.

RESUMEN

La Medicina Legal es reconocida como materia académica pregraduada en el curriculum de todas las Escuelas de Medicina y de la mayoría de las Escuelas de Leyes de las universidades latinoamericanas, desde el siglo pasado. La Medicina Legal latinoamericana auna la Patología Forense de la escuela anglosajona y el estudio clínico de lesiones y trastornos mentales en personas vivas de la escuela latina o italoespañola. Los Institutos de Medicina Legal latinoamericanos comprenden divisiones de clínica médicolegal, Psiquiatría Forense, Patología Forense, Toxicología, Criminalística e Inmunología Forense. Hay Institutos de Medicina Forense con especialistas en cada una de las Ciencias Forenses en Chile, Colombia, Brasil, Argentina, Perú, México y Costa Rica. En la Escuela de Medicina de la Universidad de Buenos Aires, hay un completo curso de postgraduado en Medicina Legal de tres años de duración.

SUMMARY

Forensic medicine has been recognized as a pregraduate academic subject in the curriculum of all schools of Medicine and most school of Law in Latin American universities since the 19th

century. Latin American forensic medicine combines forensic pathology, as included in the Anglo-Saxon school, with the clinical study of mental disorders and injuries in living persons, as included in the Latin or Italo-Spanish school. Latin American Institutes of Forensic Medicine include divisions for medicolegal clinics, forensic psychiatry, forensic pathology, toxicology, criminalistics and forensic immunology. There are Institutes of Forensic Medicine with specialists in each of the forensic sciences in Chile, Colombia, Brazil, Argentina, Perú, México and Costa Rica. The Medical School of the University of Buenos Aires offers a complete, postgraduate course in forensic medicina that lasts three years.

BIBLIOGRAFIA

- ACOSTA, ALFONSO, & MUELLING, RUDOLPH, J., Jr., *Medicina Legal y Toxicología*, ed. 3, 695 pp, 185 illus, Costa Rica, Publicaciones de la Universidad, 1961.
- BONNET, EMILIO, F.P.: *Medicina Legal*, 861 pp, 200 illus, Buenos Aires, López Libreros Editores, 1967.
- MARTINEZ, SALVADOR: *Medicina Legal*, ed. 10, 485 pp, 64 illus, México D.F., Librería de Medicina, 1964.
- ROJAS, NERIO: *Medicina Legal*, ed. 8, 584 pp, 74 illus, Buenos Aires, El Ateneo, 1964.
- URIBE, GUILLERMO: *Medicina Legal*, ed. 8, 758 pp, 33 illus, Bogotá, Editorial Temis, 1965.
- VARGAS, EDUARDO, CHAVES, ROBERTO, & MOLINA, ANTONIO: *Sinopsis de Medicina Legal y Toxicología*, ed. 2, 228 pp, Costa Rica, Publicaciones de la Universidad, 1970.