

U

ESCUE

Revista de Ciencias Jurídicas

4 DIAS

21 JUN 1970
D 24629



No. 15

Junio 1970

2A

BIBLIOTECA

DIRECTOR

LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO:

Homenaje	3
Los Ingresos de los Entes Públicos Menores y la Reserva de la Ley Prof. Massimo Severo Giannini	5
Lo Público y lo Privado en la Organización y la Disciplina de las Empresas	37
Prof. Giuseppe Guarino	
Los Distintivos del Comerciante y su Protección Jurídica	113
Prof.: Boris Kozolchyk, Octavio Torrealba	
Hechos, Actos, y Negocios Jurídicos como Génesis de los Dere- chos Subjetivos	167
Prof. Rogelio Sotela Montagné	
La Revolución Jurídica del Siglo XVI	187
Lic. Jorge Enrique Guier	
El Auxilio Jurídico Internacional en Costa Rica	209
Prof. Walter Antillón	
Delimitación del Concepto de Auxiliares del Comerciante	251
Prof. Fernando Mora	
Observaciones Sobre los Delitos Culposos	275 ✓
Dr. Francisco Castillo González	
Las Limitaciones a la Propiedad en Nuestra Historia Constitucional	335
Dr. J. Luis Arias	

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV141540

HOMENAJE

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Esta edición se publica en homenaje al Dr. don Guillermo Padilla Castro. Esta expresión de agradecimiento, acordada por el Consejo de Facultad, representa una de las distinciones que nuestra Casa de Estudios debe al distinguido maestro que, por imperativo de las normas del Estatuto Orgánico de la Universidad, se separa de la docencia activa al cumplir la edad de retiro forzoso.

Durante sus treinta y tres años de servicio universitario en la cátedra de Derecho Penal, la labor del Dr. Padilla tuvo una condición especial: su vinculación estrecha con los estudiantes. De temperamento generoso, de espíritu jovial, fue siempre amigo y defensor de los jóvenes y los cambios de nombres, fisonomías y generaciones, nunca fueron obstáculo para que ese lazo se estableciera en todas las oportunidades. Prueba de ello es que los actuales estudiantes, de propia iniciativa y por contribución espontánea, le impusieron en la fiesta del 5 de Mayo —expresión genuina de las tradiciones estudiantiles de la Escuela de Derecho— una medalla de oro como muestra de su gratitud y la de todos los que les precedieron en sus relaciones con el maestro Padilla.

Su servicio académico fue prestado en dos distintas circunstancias, que revelan el camino hacia la madurez e institucionalización de nuestra Universidad. En una primera etapa compartió el Dr. Padilla, como muchos de nuestros profesores, sus labores académicas con una distinguida labor en distintas instituciones públicas— la Sub-Gerencia de la Caja Costarricense de Seguro Social, la corresponsalia de la Oficina Internacional del Trabajo, la Oficina de Censura de Espectáculos Públicos, el servicio diplomático. En la última década, después de servir como Vice-Decano y Decano en ejercicio, se transformó en profesor de tiempo completo. Dedicado plenamente a la tarea académica, realizó la mayor parte de lo que ha de ser su "Tratado de Derecho Penal", y, como colaboración de la Universidad para el desarrollo de las instituciones jurídicas básicas del país, se transformó en Presidente de la Comisión Redactora de la nueva legislación penal. El Código Penal recién aprobado, y el Código Procesal Penal, todavía mucho más necesario que el anterior, que habrá de quedar terminado en el curso de los próximos meses, representan sus importan-

tísimas contribuciones al campo jurídico a que ha dedicado sus mayores esfuerzos. Su tarea en la Comisión de Carrera Docente y en la Asociación Sindical de Profesores y Funcionarios Universitarios señalan su deseo de cumplir con la tarea universitaria en todos los aspectos.

Don Guillermo Padilla ha sido abogado, diplomático, funcionario público nacional e internacional y persona vinculada a una gama enorme de actividades. Pero, para nosotros, fundamentalmente habrá de ser siempre el profesor de Derecho Penal, el maestro rodeado del amor de sus discípulos, el superior y compañero amable, preocupado por los problemas de la juventud y deseoso de servirla. Representará también el hombre que, con la fructífera labor realizada como profesor de tiempo completo, después de un largo servicio como profesor horario, señala la necesidad de que todo el personal académico universitario alcance esa situación y pueda servir mejor la enseñanza e investigación de las disciplinas científicas que se le han encomendado y por medio de ellas, a toda la comunidad costarricense. Por todas esas cosas, este es nuestro homenaje.

LOS INGRESOS DE LOS ENTES PÚBLICOS MENORES Y LA RESERVA DE LA LEY (*)

PROF. MASSIMO SEVERO GIANNINI
Ordinario de la Universidad de Roma
(traduce: Walter Antillón)

1. Desde 1951 la doctrina y la jurisprudencia han comenzado a ocuparse de los aspectos constitucionales de la finanza de los entes públicos menores, surgiendo controversias entre poderes públicos y sujetos privados acerca de la validez constitucional de ciertas normas, o también sobre la legitimidad de actos no normativos, por efecto de los cuales los primeros pretendían de los segundos el pago de determinadas sumas de dinero. Las más importantes entre estas controversias han versado sobre: los tributos a favor de los entes provinciales de turismo, las "contribuciones" al Ente Nacional de la Celulosa y el Papel, los "derechos" del Ente para el Arroz, los pagos de utilidad para bombas de metano al Ente del Metano y después al Ente Nacional de Hidrocarburos, los "sobrepresos" termoelectrónicos, los "sobrecánones" a favor de los Municipios comprendidos en las cuencas fluviales; de modo indirecto y accidental se ha discutido también sobre las "contribuciones" agrícolas unificadas, sobre los ingresos de las casas de juego, de los "derechos" de pegar anuncios, de los "derechos" por ocupar áreas públicas, del impuesto municipal sobre los consumos, sobre el ganado, y del sobreimpuesto municipal territorial; y ya se anuncian otras controversias sobre otros temas similares.⁽¹⁾

(*) Publicado originalmente en "Rivista di Diritto finanziario e Scienza delle finanze", Año XVI, N. 1, Parte I.

(1) Sobre los problemas generales véase: TREVES, "Regolamenti in deroga alla legge", en la revista *Giurisprudenza Italiana*, 1953, 1, 2, 11; M. S. GIANNINI, "Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali", en la revista "Foro Italiano", 1953, III, 9; G. GUARINO, "Legge e regolamento", en *Foro It.*, 1953, I, 118; Idem, "Sul carattere discrezionale dei regolamenti", *Foro It.*, 1953, I, 536; A. M. SANDULLI, "Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo", *Foro It.*, 1954, IV, 217.

Una meritoria y completa reseña de los problemas aquí tocados, en ZINGALI, *Il concetto di tributo nella più recente elaborazione giurisprudenziale* en la revista "Archivio finanziario", 1956, 220, quien con ocasión de este trabajo reafirmó sus tesis sobre la materia. Sucesivamente véase F. FORTE, "Note sulla nozione di tributo nell'ordinamento finanziario italiano e sul significato dell'art. 23 della Costituzione", en "Rivista dir. finanziario e scienza delle finanze", 1956, I, 248. Ambos estudiosos se colocan desde un ángulo visual muy especializado, utilizando poco la literatura de Derecho constitucional y administrativo.

La decisión jurisdiccional que existía al respecto era aquella relativa a la controversia sobre los productos del Ente de la Celulosa; en la práctica forense llegó a ser casi un punto de referencia, de modo que debe exponerse brevemente su contenido.

El Ente de la Celulosa gozaba de varios ingresos entre los cuales había una "contribución" a cargo de los productores de fibras textiles artificiales, una "contribución" a cargo de los productores e importadores de papel y cartón, una "contribución" por cada quintal de celulosa producida o importada. El monto de estas "contribuciones" fue fijado con normas de ley (n. 868 de 13 de junio de 1940); otras normas de la misma ley atribuyeron además a los Ministros de Industria (entonces Ministro de las Corporaciones) y de Finanzas el poder de regular las modalidades de aplicación y recaudación y, sobre todo, de modificar las tarifas (alícuotas). Ocurrió que habiendo modificado ambos ministros la tarifa de las contribuciones, aumentándola uno en una medida más bien considerable, se levantaron las empresas de papel alegando en diferentes sentidos pero sobre todo sosteniendo que los miembros habían perdido el poder que les había conferido las leyes de 1940, tratándose de un poder normativo y no reconociendo ya la Constitución Republicana los reglamentos ministeriales; y que de todos modos el poder ya no habría podido ser ejercitado, en cuanto según el Art. 23 Constitucional, existía una reserva de ley relativa a toda la imposición y, por ende, no se podía proveer en materia de tributos mediante actos diversos a la ley.

El pronunciamiento de la Corte de Casación (Secciones Unidas, N° 2465 de 14 de julio de 1954) ⁽²⁾ a que aludimos, rechazó el primer argumento y acogió el segundo. Reconoció existentes en nuestro sistema positivo los reglamentos ministeriales, pero estimó que las providencias ministeriales —reglamentos o no— no podían superar ciertos límites indicados, como los señalados en el Art. 23 Constitucional. Resulta difícil en verdad usar expresiones menos genéricas, porque el pronunciamiento de la Corte es oscuro: no distingue entre reglamentos ministeriales y actos administrativos generales; habla de "reglamentos ministeriales delegados" pero no se sabe qué entiende por esa locución; muestra no tener clara la diferencia entre delegación de funciones normativas a titulares de poder

(2) Publicada en muchos periódicos, v. Foro It., 1954, I, 1065; Giur. It., 1954, I, 1, 1675.

normativos secundarios y atribución atípica de funciones normativas secundarias hecha originalmente por el legislador; parece aludir a una distinción entre poder que corresponde a un ministro de determinar elementos de un tributo con estructura predeterminada en la ley, y poder de determinar elementos de un tributo de modo más libre, considerando legítimo el primero y no el segundo. Desgraciadamente no puede decirse otra cosa.

Pese a todas sus oscuridades la sentencia ha difundido la opinión de que según el Art. 23 Const. los ministros no tienen ya poder de disciplinar, mediante sus actos, la finanza de los entes públicos menores, con la consecuencia de que se tornaría dudosa la validez de millares de actos de los ministros emanados cada año. ⁽³⁾

En estas notas se pretende tratar de iluminar algunos aspectos del principio enunciado en el Art. 23 Const., para demostrar que está bien lejos del simplismo que una interpretación fácil le ha atribuido.

Para no hacer muy complejo el discurso nos ocuparemos prevalentemente de la finanza de los entes nacionales, y menos de la de los entes territoriales y locales.

2. La opinión arriba expuesta se basa en un concepto inexpressado: que la finanza de los entes públicos menores tiene carácter unitario desde el punto de vista jurídico. En su apoyo se ha invocado a veces la noción de parafiscalidad, ⁽⁴⁾ de origen económico: confiando a entes nacionales funciones y servicios públicos, el Estado les atribuye a la vez el poder de recaudar dinero de los administrados.

Ahora bien, cualquiera ve que esta descripción del fenómeno es jurídicamente muy imprecisa para poder servir para calificaciones jurídicas. Las actividades confiadas por las normas a los entes públicos son de diversísima especie desde el ángulo jurídico.

(3) En efecto, la cuestión interesa —y a veces en relación con varias especies de proventos— los 7.500 municipios, los 2.000 consorcios de bonificación, los millares de otros consorcios, los entes locales y provinciales para el turismo, las provincias, las cámaras de comercio, además de a casi todos los entes nacionales.

(4) E. MORSELLI, "Le finanze degli enti pubblici non territoriali," Padua, 1943; Id., La fórmula finanziaria, en Arch. fin., 1950, 231; BUSCEMA, "Considerazioni sulla parafiscalità e sul suo controllo", en Riv. pol. ec., 1956.

Hay entes públicos que sólo actúan en el campo de la actividad industrial y comercial, como los bancos, las sociedades financieras, empresarios mineros, etc. Otros que realizan actividades de doble naturaleza, es decir, una actividad industrial y comercial, y una actividad que podríamos describir, para usar un término cómodo, como "no de derecho privado común": la Oficina Italiana de Cambios trabaja como cambista y ejerce un monopolio de Estado; el Banco de Italia hace de banquero y regula la moneda del Estado; El I.M.I. funge como sociedad financiera y supervisa empresas privadas por causas de interés público, etc. Hay luego entes públicos que realizan actividades cuya naturaleza pública es evidente porque se manifiesta a través de actos administrativos.

Los proventos de estos entes, luego de un examen elemental y de primera aproximación, pueden caracterizarse como contraprestaciones de contratos privados, como contraprestaciones en relaciones regidas por normas especiales o finalmente como entradas derivadas de poderes de imposición.

Admitiendo que pueda usarse la noción de parafiscalidad, ¿dónde recaería la distinción? Es evidente que si dicha noción abarca todas las entradas del ente público, carecería de utilidad desde el ángulo jurídico. Pero si se aplica sólo con las entradas a título de imposición, o se la lleva al límite de las entradas a título conmutativo, ¿qué nos daría de más, fuera de lo que ya se conoce en la ciencia del Derecho tributario en relación con los tributos del Estado?

Debe entonces admitirse, y es más, debe establecerse como un punto de fondo, que las entradas y los entes públicos menores pueden clasificarse con los mismos sistemas y dentro las mismas categorías en que lo son las entradas del Estado. Tenemos entonces, en concreto: impuestos, tasas, contribuciones especiales, contraprestaciones de derecho especial, contraprestaciones de derecho privado común.

La finanza de los entes públicos menores, aún admitiendo (mas no concediendo) que bajo el aspecto económico pueda presentarse con caracteres unitarios, bajo el jurídico está diferenciada como la estatal. Precisa entonces examinar caso por caso los caracteres jurídicos de cada entrada, es decir, conducirse del mismo modo que se hace en presencia de cualquier entrada del Estado.

Además estimaría que la unidad jurídica de las entradas de los entes de que hablamos no puede constituirse tampoco en orden al control que sobre ellos ejercitan órganos del Estado. El principio organizativo enunciado por el Art. 100, segundo apartado, de la Constitución, según el cual la Corte de Cuentas participa en el control sobre la gestión financiera de algunos entes, se refiere exclusivamente a los entes subvencionados por el Estado.⁽⁵⁾ Ahora bien, no todos los entes públicos menores están subvencionados por el Estado, mientras que, a la inversa, lo están incluso entes que tienen una naturaleza jurídica privada indiscutible.

Dejamos de lado otros aspectos relativos al alcance y ámbito del principio organizativo expresado en el Art. 100, porque no son directamente pertinentes a nuestro tema; nos interesa demostrar que, pese a los esfuerzos egregiamente motivados en contrario,⁽⁶⁾ sería azaroso, al menos en relación con nuestro derecho positivo, pretender encontrar en el enunciado de la norma formulada en el Art. 100 el fundamento del control de la parafiscalidad.

3. Casi nunca se preocupa, sin embargo, el legislador, de definir la naturaleza de la entrada del ente público nacional. Las denominaciones que usa son genéricas: derechos, cánones, con más frecuencia contribuciones. De todos modos el uso de este último vocablo ha generado en la práctica una extraña opinión que queremos eliminar de inmediato: que dichas entradas sean algo distinto de las debidas al mayor ente público, sea el Estado, o a los entes públicos menores que tienen un poder tributario más antiguo, como los entes públicos territoriales.

En realidad el vocablo "contribución" encuentra casi siempre una razón práctica en la voluntad del legislador de no comprometerse en la definición de la naturaleza jurídica del provento. A esto debe agregarse una razón histórica: hubo un período en que en nuestra doctrina se propuso llamar contribuciones a todos aquellos proventos que tenían carácter incierto, en parte similares a los impuestos y en parte a las tasas. Y no habiendo sido determinados

(5) FRANCHINI, "Natura e limiti del controllo sugli enti sovvenzionati dallo Stato", en Riv. trim. dir. pub., 1954, 480; O. SEPE, "Il controllo della Corte dei Conti sugli enti sovvenzionati", en "Nuova Rassegna", 1955, 1668.

(6) BUSCEMA, op. cit.

exactamente los caracteres de esa categoría, se llegó así a llamar contribución a todo provento de derecho público cuya naturaleza no fuera claramente definida al crearlo.

Hoy la categoría de los tributos inciertos ha desaparecido, pero ha adquirido fisonomía definida la categoría de los tributos especiales, a la que muchos refieren el vocablo de "contribución": se trata de prestaciones debidas por quienes obtengan una utilidad económica individual o individualizable por efecto de realizarse una actividad administrativa de carácter general, ya sea que tal utilidad se concrete en una ventaja para el patrimonio del sujeto, o bien que se concrete en una ventaja para la empresa.⁽⁷⁾

Habrán por lo tanto entradas de entes menores que pertenezcan a la categoría de los tributos especiales o contribuciones en sentido propio, pero no es que todas las entradas de tales entes puedan adscribirse a tal categoría.

4. El Art. 23 Const. enuncia en su forma moderna un antiguo principio constitucional: la reserva de ley para las prestaciones reales y personales que los poderes públicos pueden imponer a los ciudadanos. Pero debe decirse también que permanece incierto el contenido preciso del principio, en el sentido de que mientras se da lo que podría decirse un núcleo central de la materia contemplada en el principio sobre el que todos están de acuerdo, esto es, lo referente a las prestaciones que atañen a la principal categoría de tributos, que son los impuestos, permanecen en cambio indiferenciadas las zonas marginales: por un lado un concepto preciso de prestaciones, en especial de prestaciones personales; por el otro un diseño más nítido de la figura de la reserva de ley.

Veamos primero esta última. Se trata de un instituto poco estudiado, independientemente de las aplicaciones que recibe. Es dudoso si pueda considerársela una garantía (constitucional). Como quiera que sea, puede decirse descriptivamente que es una especie del género "reserva de normación",⁽⁸⁾ que se expresa en una norma sobre la normación y sobre la producción normativa, que vincula

(7) Con otra enunciación, ésta es, sin embargo, la tesis dominante: A. D. GIANNINI, "Istituzioni di diritto tributario", Milano, 1956, 41.

(8) Pero existen también otras reservas. En sede dogmática toda actividad jurídicamente relevante puede ser objeto de reserva y, por ende, también la jurisdicción, la administración y las actividades atípicas.

el poder de disciplinar normativamente una determinada materia al uso de un solo tipo de acto normativo con exclusión de los actos normativos subordinados, o bien al uso de un solo tipo de norma, con exclusión de las normas de cualquier otro orden. La reserva de ley sería así una norma sobre la producción normativa atinente a los actos que tienen fuerza de ley y a las normas primarias. Bajo el aspecto objetivo podría considerarse un hecho de legitimación a legislar; bajo el subjetivo se podría perfilar como un límite al legislador en función de tutela de particulares posiciones jurídicas fundamentales del ciudadano.

Pero con lo dicho no hemos aún completado el cuadro de la reserva de ley. En efecto, en sede teórica y en sede positiva la reserva de ley (y nuestro derecho positivo es prueba de ello) puede establecerse con diferente fuerza. Existen varias especies del género reserva de ley, diferenciadas entre ellas según la amplitud de la acción reservada al legislador primario. A propósito la doctrina estima que puede distinguir dos especies de reserva.⁽⁹⁾ En la primera la materia reservada puede ser disciplinada sólo mediante normas primarias, de donde se excluye por ilegítima su disciplina por normas secundarias (reglamentos) (la ilegitimidad de una disciplina mediante actos administrativos se basa en tal caso, no tanto del Art. 23, sino del principio de legalidad de los actos administrativos). En la segunda la materia reservada es menos amplia: no se requieren siempre y en todo caso normas primarias sino que es suficiente un acto normativo primario que contenga la disciplina general de la materia. De modo que en ésta la garantía impropia viene instrumentada mediante un diverso mecanismo: la presencia y la existencia del acto normativo primario señalan un límite de contención de las posibles normas secundarias, las que no podrán nunca contrastar lo dispuesto por las primarias, pero por otro lado se ha acrecido el margen libre del legislador primario, que puede dejar el desarrollo de la materia a la disciplina, más simple y fácil, del reglamento, así como puede atribuir poderes sustanciales a la autoridad administrativa en orden a dicha materia.

(9) Aunque no existen monografías sobre el tema, la distinción es comúnmente aceptada; sobre la reserva, la preferencia de ley y las figuras limítrofes véase de todas maneras: C. ESPOSITO, "La validità della legge", Padua, 1934, 146; BODDA, "I regolamente degli enti autarchici", Turin, 1932, 158; G. BALLADORE PALLIERI, "Diritto costituzionale", Milano 1953, 312; G. FERRARI, "Gli organi ausiliari", Milano 1956, 158; específicamente para la materia tributaria; G. TREVES, op. cit., 14; F. FORTE, op. cit., 276.

De modo que, en concreto, la diferencia entre lo que podría llamarse reserva de norma primera y lo que podría llamarse reserva de acto normativo primario (¿o tal vez sólo de ley en sentido propio?) viene a ser todo menos leve. En la primera sólo el legislador primario tiene el poder de regular la materia, y queda libre lo que no es regulado por él; en cambio en la segunda el legislador primario, en cuanto ha proveído al respecto ha absuelto su cometido y, siempre que la norma dictada por él se mantenga en el ámbito de la legitimidad constitucional, lo que quedó regulado en ella puede serlo por otras autoridades a las que se haya atribuido un poder específico para hacerlo.

Nadie discute que el Art. 23 Const. acogió el segundo tipo de reserva de ley. Tanto el texto ("con base en la ley") como la tradición doctrinal en la que el principio se ha encuadrado, como también el sistema dentro del que el principio fue enunciado y cuyos inconvenientes trataba de eliminar, muestran que se trata de reserva de acto normativo primario y no ya de reserva de norma primaria (o como también se dice, reserva de la ley y no reserva de ley.)⁽¹⁰⁾

Según el principio constitucional, tanto la ley en materia tributaria como toda otra ley en materia de prestaciones personales o reales⁽¹¹⁾ es legítima siempre que la prestación (en este caso la prestación tributaria) sea configurada con suficiente nitidez por las normas de la ley o, dicho de otro modo, no se atribuya a las autoridades administrativas una discrecionalidad de alcance tan amplio que permita alterar su naturaleza en vía de aplicación.⁽¹²⁾

Concretar el criterio de la "suficiente nitidez": he aquí el tema a estudiar. Que la ley tributaria deba determinar la naturaleza jurídica del tributo y su estructura fundamental es algo obvio; también lo es que deba indicar rigurosamente los sujetos pasivos y los auxiliares de la obligación; en orden a los presupuestos, la ley tributaria tendría que disciplinar directamente al menos los presu-

(10) Además es sabido que la dicción "con base en la ley" fue introducida en vez de "por ley" que contenía el proyecto, por la Asamblea Constituyente (15 de abril 1947, Disc. 2866).

(11) Salvo que no sean objeto de particular reserva de norma primaria.

(12) Un ejemplo de ley en materia de prestaciones personales inconstitucional por indeterminación se hubiera producido en el caso del conocido proyecto sobre la defensa civil.

REV 141540
340 R
1970
N. 15-

puestos necesarios; se diría en cambio que debe existir una mayor latitud acerca del objeto del tributo, de las alícuotas, de los actos de los procedimientos de accertamiento y de imposición, así como de recaudación. Sin embargo, incluso cuando el legislador deje la mayor amplitud al administrador en la determinación de los elementos que quedan indeterminados, siempre debería indicarle, aun que sea de modo implícito, los criterios que señalen límites al uso de la discrecionalidad de la administración: de otro modo la norma de ley está viciada porque abre la entrada a prestaciones que sólo aparentemente (y no en la realidad) están "fundadas en la ley".

5. Hemos fijado así las proposiciones que forman la base de un planteamiento correcto de los problemas que existen en la materia: las entradas de los entes públicos menores corresponden a las del Estado en cuanto a la clasificación jurídica; la Constitución sólo establece una reserva de acto normativo primario para la materia de las prestaciones reales o personales.

Ahora es posible resolver los problemas principales planteados en la materia, partiendo del referente a los poderes conferidos a órganos administrativos.

Hemos visto que la ley tributaria bien puede confiar a órganos de la administración el poder de determinar elementos del tributo, de la obligación tributaria y de los relativos procedimientos, siempre que delimite dicho poder dentro de confines determinados.

Puede ocurrir que de la letra del texto normativo el confin pueda aparecer indeterminado: en tal caso es preciso que al menos pueda deducirse de normas implícitas. Si tampoco ello es posible, se estaría atribuyendo a la administración, en contra de la Constitución, el poder de excogitar tributos innominados, entendiéndose por tales no sólo aquellos cuyos elementos sean inventados por la administración, sino también aquellos que, aún teniendo elementos parcialmente determinados por las normas, en sus elementos indeterminados reciban determinaciones de tal índole que su función quede desnaturalizada.

Sin embargo se debe recordar que para la finanza de los entes menores —y no solo para los entes menores nacionales, sino también para los locales— el principio seguido en nuestro sistema

es el de la indeterminación parcial.⁽¹³⁾ Para todas las entradas de los entes menores corresponden a órganos administrativos poderes variadísimos: fijar su medida, autorizar la aplicación de alicuotas máximas, autorizar la superación de límites normales, fijar escalones o progresiones, fijar el valor a los imponibles, fijar mínimos exentos, reducciones a la base, exenciones parciales, determinar en concreto categorías de obligados, fijar el objeto de especie, o las dimensiones o cualidades del objeto, etc.

Este principio —sobre el cual debe insistirse particularmente, pues casi siempre se lo olvida— no es casual, sino el fruto de una precisa fórmula de dirección política que se ha transfundido constantemente en las leyes relativas a los diversos entes menores, fórmula que ha sido siempre enunciada en la necesidad de subordinar las entradas de dichos entes a la situación de las finanzas del Estado. De modo que la maniobra de las entradas de los entes menores, instrumentada a través de los controles que ejercita el Estado sobre ellos, existe en función de la oportunidad de adecuar dichas entradas a las estatales, para no provocar desequilibrios a costa de ciertos grupos de contribuyentes o de usuarios, siendo uno de los términos del equilibrio —el constituido por la incidencia de las exacciones realizadas por el Estado— necesariamente dominante.

Cuando las normas contenidas en las leyes tributarias relativas a entes menores, al adoptar el principio de la indeterminación parcial, respeten en todo caso el límite de la suficiencia según ha sido descrito arriba, serán constitucionalmente válidas y habrá sido observado entonces el cánón del artículo 23.⁽¹⁴⁾

Con respecto a la validez constitucional de estas normas —y pasamos así a otro problema— puede considerarse en cierto modo indiferente la naturaleza del acto de la administración a través del cual se resuelve la indeterminación. Tal acto puede ser un reglamento gubernativo o un reglamento ministerial, pero también puede ser un reglamento del ente mismo, provisto de los actos de control positivos que estén prescritos; puede ser además un proveído

(13) M. S. GIANNINI, "Provvedimenti amministrativi", cit. N° 3. Los tributaristas que se han ocupado luego del tema no se ocuparon de dicha sugerencia, que se originaba en una intuición precisa de GRIZIOTTI.

(14) Esto no quiere decir que, de "jure condendo" no sean necesarios profundos retoques a esta legislación, que está desordenadísima.

administrativo general —una decisión— o un proveído administrativo individual. La naturaleza del acto podrá ser importante para efectos de su impugnación, no para efectos del juego del principio de reserva de la ley (reserva del acto normativo), respecto al cual es suficiente que el acto sea nominado, es decir, previsto y disciplinado en sus límites de la suficiente nitidez o determinación por parte de la ley reguladora de la materia tributaria.⁽¹⁵⁾

6. Todo lo que hasta ahora se ha dicho vale sin embargo solamente para las entradas de los entes menores que tengan naturaleza tributaria; no vale en cambio para las entradas que sean contraprestaciones de las llamadas prestaciones no obligatorias realizadas por la administración. El principio del Art. 23, en efecto, opera mientras se esté en presencia de prestaciones reales "impuestas", o sea, de proveídos administrativos de carácter ablativo, o con otras palabras, de exacciones a título imperativo.

Y es innegablemente aquí donde se plantea el grupo más delicado de cuestiones a que da lugar la aplicación de ese principio constitucional; aunque las otras cuestiones relativas a la regla de la determinación suficiente y a los actos encomendados a los órganos administrativos han sido las más discutidas en jurisprudencia y en doctrina.

La reafirmación del principio constitucional y su adopción en un sistema de constitución rígida ha otorgado de este modo actualidad e incluso plena relevancia positiva a la cuestión de la clasificación de las entradas de los entes públicos, la cual parecía adormecida por la repetida proclamación de su teoriedad. En efecto, es claro que el principio constitucional es aplicable a los impuestos en sentido propio, como se ha estimado siempre por todos; la doctrina moderna lo considera aplicable a las tasas y, debería considerarse, también a las contribuciones especiales. Pero sabemos la confusión que se ha hecho, un poco por parte de todos y a veces involuntariamente, sobre el modo de distinguir tasas y contribuciones especiales por un lado, contraprestaciones del otro, es decir, entre ingresos tributarios e ingresos patrimoniales.

(15) La naturaleza de estos actos, cuando son diversos de los reglamentos gubernativos, no es sin embargo siempre fácil de determinar. La doctrina admite hoy la posibilidad de reglamentos ministeriales, pero está en desacuerdo sobre la distinción entre actos reglamentarios y proveídos administrativos generales: véase, A. DE VALLES, en Foro It., 1951, IV, 97, y las obras citadas en la nota 1, de Treves, M. S. Giannini y Sandulli.

Aún no siendo este el lugar para reexaminar a fondo tales institutos, siempre en obsequio al criterio de remitirnos en cierto Derecho público, y no servicio asumido por un poder público. De eliminar de inmediato la principal fuente de confusión: la de servicio público.

Sorprende constatar hasta qué punto se ha difundido la creencia de que servicio público significa servicio regido por normas de Derecho Público, y no servicio asumido por un poder público. De ahí se pretende deducir que las entradas derivadas del servicio público serían tasas y no contraprestaciones.

Esta creencia está errada desde la raíz, pues existen servicios públicos erogados según normas de Derecho público así como servicios públicos erogados según normas de Derecho privado. Obsérvese luego que si en teoría es fácil comprender qué son "normas de Derecho público", ello resulta difícilísimo en la práctica, y no sin razón. Por lo tanto, los proventos de los servicios públicos deberían ser adscritos a las tasas o a las contraprestaciones, sin perjuicio de discutir después sobre las distintas clases de éstas.

La verdad es que para los fines de las entradas de los entes públicos, las nociones de servicio público, de servicio ejercitado por entes públicos, de servicio regido por normas de Derecho público y similares, tienen importancia indirecta. Más que la clasificación de las actividades de los poderes públicos basada en el criterio del ejercicio de las potestades de soberanía (dentro de la cual se proponen precisamente las categorías de la función pública y las diversas de servicio público), tiene importancia la clasificación de las actividades mismas en base al criterio del acto ejecutado y de la relativa relación. La naturaleza de la entrada del ente público se adecúa a éstos, y no a una actividad abstracta, pública, privada o de derecho especial que sea.

Se puede decir entonces que la tasa corresponde y se relaciona con la emanación de actos administrativos o jurisdiccionales; cuando en cambio el acto realizado no tiene esa naturaleza se está en presencia de entradas patrimoniales (o contraprestaciones). Naturalmente que este criterio exige cierta fineza en su aplicación, y subsidiariamente podrá integrarse con criterios concernientes al análisis de la actividad desarrollada.

El criterio aquí expuesto diverge del que en cierto momento recogió el consenso de la doctrina, fundado en conceptos de origen económico: el servicio "público" divisible da lugar a tasas, mientras que la contraprestación (que incluso se llamaba, con criterio jurídicamente erróneo, "precio") correspondería al servicio de naturaleza privada prestado por los poderes públicos. Tal criterio es imperfecto desde el inicio (aparte de otras impropiedades) porque olvida aquellas entradas que provienen de actividades realizadas por poderes públicos que no pueden estimarse de Derecho público porque no se manifiestan propiamente en actos administrativos, pero, que tampoco son de Derecho privado común, porque están reguladas por normas especiales que divergen en mayor o menor medida de las relativas a materias análogas establecidas en el Código Civil: por ej. las actividades de los servicios de correos, ferrocarriles, telecomunicaciones, haciendas municipalizadas, etc.

Diverge también del otro criterio que sucedió cronológicamente al precedente, y que se funda en la distinción entre carácter conmutativo y carácter contributivo de la entrada; prescindiendo de la intrínseca contradicción del criterio propuesto, se observa que en las entradas a título conmutativo vendrían a incluirse las tasas, las contraprestaciones por los servicios de Derecho especial y tal vez también, si los conceptos se interpretan según determinadas concepciones, las contribuciones especiales y las contraprestaciones por actividades de Derecho privado común.

Está sustancialmente más cerca del criterio sugerido por la orientación más reciente,⁽¹⁶⁾ según el cual a la contraprestación correspondería siempre un contrato entre la administración pública y el administrado; todas las demás entradas conmutativas no derivadas de contrato estarían entre las tasas. Me parece que tal criterio peca por exceso, pues requiere en todo caso la presencia de un contrato entre poder público y administrado; pierde de vista —lo que ocurre a menudo a los publicistas— que una cosa es contrato y otra obligación: en efecto hay actividades administrativas que dan lugar a relaciones obligatorias, a menudo incluso de Derecho privado común, nacidas directamente de la ley y a cuyo respecto

(16) Para ello, y para las diversas tesis relativas a la noción de tasa véase A. D. GIANNINI, "Il concetto giuridico di tassa", Riv. it. dir. fin., 1937, I, 7; A. BERLIRI, "Per una precisazione del concetto giuridico di tassa; rapporto di tassa e rapporto contrattuale", en Riv. dir. fin. sc. fin., 1951, I, 139.

la intervención de actos de la administración y del administrado tiene simplemente valor de hecho ocasional constitutivo de la relación: tales son, por ejemplo, las actividades cuyo arquetipo es el servicio postal, las actividades asistenciales directas de toda especie, y similares.

7. No coincide en cambio nuestro criterio con lo que parece ser la orientación reciente de algunos estudiosos de finanzas y de Derecho tributario, quienes a pesar de declarar expresamente no desearlo, transfieren al campo jurídico esquemas elaborativos de tipo económico.⁽¹⁷⁾ En sustancia su orientación se funda en los conceptos de servicio público impuesto y servicio público voluntario, que se distinguirían por el carácter de la demanda: si ésta es "coactiva", dicen, se trata de tasa; si es libre, entonces se trata de contraprestación. Tasa equivaldría entonces a "imperio", "coerción" y similares.

El lenguaje jurídico de estos egregios estudiosos no es de los más rigurosos; como quiera que sea, aparte de la coacción, la coerción, el imperio y otras nociones no pertinentes y de valor variable, de los ejemplos dados en sede aplicativa resulta bastante clara su tesis. Llamam tasa a la contraprestación de cualquier servicio necesario prestado por los poderes públicos. De modo que es tributo el canon por los servicios de retiro de basura, porque el ciudadano no puede no servirse de ellos; y lo mismo para los proventos de los monopolios fiscales, pues para la satisfacción de la relativa necesidad el ciudadano está obligado a monopolizar los bienes monopolizados; y lo mismo para las contribuciones de los consortistas en los consorcios obligatorios, pues las prestaciones del ente consorcio no pueden ser rehusadas; lo mismo para los sobrepagos a favor de las cajas de compensación, autoritariamente impuestos a quien realice determinados negocios privados, y así por el estilo.

Son muchas las objeciones teóricas al criterio propuesto, pero sus defectos se revelan principalmente al aplicarlo. Si son tributos

(17) ZINGALI, op. cit., y anteriormente en: "Ai confini tra l'entrata-tributo e l'entrata-prezzo", en "Annali della Facoltà di Catania" 1948; FORTE (op. cit.) consciente de la insostenibilidad de este método, intenta reaccionar a él, pero permanece dentro del mismo giro en cuanto asume como fundamento de su investigación la noción de exacción coactiva, tributaria y no tributaria.

las sumas pagadas para adquirir bienes de monopolio estatal, con mayor razón lo serían las pagadas por el suministro del agua, del gas o de la energía eléctrica por parte de haciendas municipales, siendo aquí el proveedor un monopolista y estando las relativas necesidades, sin ninguna duda, entre las fundamentales del hombre; si lo son las sumas pagadas a la hacienda municipal de limpieza urbana, lo deben ser también las que se pagan a la Oficina Italiana de Cambios por adquirir moneda extranjera, o a la "Federconsorzi" para obtener los servicios que el Estado le ha confiado exclusivamente; y si lo son las contribuciones consortiles, no se ve por qué no tienen carácter tributario las prestaciones en dinero realizadas en ventas coactivas, locaciones o reconducciones coactivas, administraciones controladas y similares, siempre que una de las partes sea un ente público. El criterio peca, entonces, por exceso.

En suma, sus autores quedaron impresionados por el hecho de que los proventos derivados de algunas de estas actividades son incluidos en los presupuestos de los entes y destinados a fines de utilidad general; pero jurídicamente una cosa es el destino del provento y otra su origen; y según creo se podría agregar también que una cosa es la masa de los proventos en cuanto entrada de presupuesto y otra el conjunto de ellos en cuanto "proventos".

No obstante lo cual en el criterio expuesto hay sensibilizaciones a dos problemas que ameritan ciertamente ser recogidos y explicados. En breve trataremos de uno de ellos (Nº 12). Ahora veremos el otro, que es el siguiente: en muchísimos casos la actividad realizada por el organismo público se desenvuelve a través de normas que no son de Derecho privado común, sino que en todo o en parte contienen limitaciones publicísticas a la actividad negocial de derecho común. Al hablar, desde el comienzo de este escrito, de contraprestaciones o retribuciones a prestaciones de derecho especial, se anticipaba una noción poco conocida en la doctrina tributaria, pero indispensable para explicar la estructura jurídica de los hechos de los que ahora se discute, y que corresponde aclarar.

A propósito de las tasas la doctrina ha observado ya que ni la posición monopolista que pueda ser propia del organismo público, ni el hecho de que el contrato entre éste y el particular se riga por normas de ley o por actos administrativos y no por cláusulas nacidas enteramente de la voluntad de las partes, serían capaces de trans-

formar en tasa las retribuciones de las prestaciones realizadas por el organismo público.⁽¹⁸⁾

Se ha demostrado en el párrafo precedente la insuficiencia de esta tesis —certeramente rechazada por los tributaristas— en cuanto asume el concepto de contrato para delimitar negativamente la noción de tasa. Pero que si se ponía la obligación (de Derecho privado) en el lugar asumido por el contrato, entonces la tesis podía retomar fuerza.

Es decir, hay prestaciones de los entes públicos regidas enteramente por normas de Derecho privado, en las que la prestación es objeto de obligación contractual; consecuentemente, en éstas el contrato es el acto a través del cual el ente público hace adquirir al particular el resultado de la prestación. Por otro lado hay prestaciones de los entes públicos regidas enteramente por normas de Derecho administrativo, en las que la prestación es objeto de un deber legal ocasionado por un proveído administrativo; así, éste viene a ser el acto que hace adquirir al particular el resultado de la prestación.⁽¹⁹⁾

Entre las dos, no como tercer género sino como especie —de vastas dimensiones— del primero, están aquellas prestaciones que son objeto de obligaciones que se inspiran en los esquemas del Derecho privado común, pero que, o surgen directamente de la ley (de hechos constitutivos previstos en la ley) o incluso de contratos (en sentido lato y a menudo impropio) disciplinados en gran parte por leyes o proveídos de la autoridad. Las normas que las regulan son entonces, en el fondo, normas de Derecho privado, pero fuertemente modificadas por normas de Derecho administrativo: se pueden entonces identificar como prestaciones de servicios de derecho especial, entendiéndose el vocablo “especial” en una acepción convencional que no corresponde a la de rigor (derecho que constituye una partición de especie dentro de un género).

Se ha dicho que en los servicios monopolizados por poderes públicos el acto que surge entre el ente y el particular está regu-

(18) Véase el último BERLIRI, op. cit., 135, quien sobre el punto recuerda la doctrina acorde administrativa y privatística (Orlando, Romano, Forti, Vitta, Barassi, etc.).

(19) Son las que en particular ha estudiado R. ALESSI, “Le prestazioni amministrative rese ai privati”, Milán, 1956.

lado por la ley en su contenido, que es inderogable, pero que es siempre un contrato, aun si las partes tienen autonomía negocial mínima (en el “an” y en el “quantum”); la privación de la facultad de elección de la parte, o de la facultad de regulación autónoma del contenido del acto no alteran la naturaleza de éste.⁽²⁰⁾ Lo mismo pasa cuando el particular sufre una limitación aún más grave, es decir, se encuentre frente a una de las llamadas figuras de coacción para contratar, como ocurre en el caso de los cúmulos obligatorios (para quien los conciba como ventas obligatorias) o en los empréstitos forzosos. Pese a la difusión de las normas administrativas, siempre surgen entre la administración y el particular relaciones de obligación reguladas por el Derecho privado común o también por normas especiales de Derecho privado.

En todo caso podemos encontrarnos siempre en el campo privado incluso cuando no exista contrato y la obligación nacida entre las partes tenga como fuente la ley o el proveído administrativo. Cuando las administraciones locales imponen a sus ciudadanos un servicio prestado por ellas —agua, energía eléctrica, mercados generales, limpieza urbana, etc.— puede ocurrir hasta que se haga innecesaria la solicitud del ciudadano dirigida a obtener la prestación, y que esta se le brinde automáticamente por el solo verificarse de ciertos hechos materiales. Pero no hay duda de que esta prestación es objeto de obligaciones de Derecho común, y que su incumplimiento por parte del municipio constituye un ilícito civil.⁽²¹⁾

8. En Derecho positivo puede darse casos en que el ente público, al prestar cierta actividad y al recibir su retribución, imponga y perciba también un tributo, que será un impuesto indirecto (no puede pensarse en una tasa, si falta el proveído administrativo o jurisdiccional). Mejor dicho: el legislador utiliza la prestación del bien o del servicio por parte del ente para imponer y recaudar un impuesto indirecto que viene pagado junto a la retribución.

(20) Es casi innecesario recordar que el fenómeno se da también en Derecho privado, en gran cantidad de figuras.

(21) Del resto, fuera del campo de los tributos y de los servicios prestados por entes públicos, no resultan nada insólitas las obligaciones privadas originadas en proveídos administrativos o en normas. Se conocen además obligaciones entre particulares que derivan de actos administrativos (G. TREVES, “Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti fra privati”, in Riv. trim. dir. pub., 1954, 314).

En este caso la retribución y el tributo pueden mantener cada uno su identidad, y entonces tendremos la figura del sobreprecio.⁽²²⁾ Pero puede ocurrir que se confundan en una deuda pecuniaria única; así ocurre para las tarifas de venta de los "géneros" de los monopolios fiscales, para las tarifas de los avisos públicos y también en el caso de los proventos de los mataderos públicos.

La jurisprudencia ha reconocido a veces la existencia de estos proventos intrínsecamente mixtos; no así la doctrina, que ha permanecido casi dominada por la idea de tener que construirlos a toda costa con carácter unitario.

En estas hipótesis puede ocurrir que retribución y tributo sean separables, y también puede ocurrir que sean inseparables: así pasa respectivamente a los proventos de los mataderos públicos y mercados generales, y a los proventos de los monopolios fiscales. En el primer caso cada uno (retribución y tributo) sigue sus reglas; en el segundo debe recurrirse por fuerza a otro criterio, que podría ser el de la prevalencia; de modo que el provento tendrá la disciplina de la retribución si la obligación privatística prevalece sobre la tributaria, y la del tributo en el caso inverso. Ejemplos, respectivamente, las tarifas de los monopolios fiscales y los proventos de los servicios de carteles o anuncios públicos.

9. Para probar la exactitud del criterio sugerido basta considerar algunos casos aplicativos relativos a la finanza estatal.

En materia judicial, por parte de quien solicita los actos de la autoridad deben pagarse sumas a título de tributos y, concretamente, de impuestos de timbre, o mediante el uso de papel sellado o mediante el depósito de sumas que deberán utilizarse luego para extender los originales de los actos de autoridad. Pero también se pagan tasas y retribuciones: así cuando se piden copias de actas o documentos con certificación de conformidad, esta certificación, expedida por el secretario, por ser un acto administrativo da lugar al

(22) La naturaleza tributaria del sobreprecio es indiscutible: confr. G. ZINGALI, op. cit., 229, 23 (contribuciones a las "Sepral"), 252 (sobrepuestos para el Fondo de Socorro invernal). Pero debe también advertirse que precisa cuidarse de las imprecisiones de vocabulario: los sobrepuestos para las Cajas de Compensación, pese a la tesis contraria sostenida agudamente por A. M. PESENTI (Studi parmensi, 1951, 421) y por A. D. GIANNINI (Foro padano 1953, I, 993; cfr. también ZINGALI, op. cit. 232) parecen más bien contribuciones consortiales o consortiles, conforme lo dice GUGLIELMI ("Rassegna della Avvocatura nell' Stato", 1951, 200): la cuestión requeriría un estudio más amplio.

pago de una tasa; y es una simple retribución la obtención de documentos y copias no certificados, y en tal caso la actividad desarrollada por los empleados de la oficina constituye una prestación de obras regulada por el Derecho privado común.

En las concesiones administrativas de bienes públicos, la entrada que se produce por la pura y simple emanación del proveído de concesión es indudablemente una tasa. Pero el canon que se paga a la administración por el uso excepcional del bien público es una retribución, aunque no esté regido por normas de Derecho privado común, porque no se relaciona con un acto de concesión sino con la convención estipulada entre la administración y el administrado, que no se concreta en un proveído administrativo sino en un acto del que surgen obligaciones de Derecho común.

En los servicios escolares (de educación) deben considerarse tasas las sumas que se pagan por la inscripción, así como por la expedición de diplomas, porque están vinculadas con actos administrativos de admisión y de constatación-certificación, respectivamente. Pero son retribuciones por actividades de Derecho común las sumas que se pagan para obtener ciertas ventajas, por ejemplo asistenciales o culturales.

Con base en el criterio propuesto no pueden considerarse tasas sino retribuciones las sumas que se pagan a las oficinas de ferrocarriles, correos y telecomunicaciones. Para las tarifas ferroviarias existe hoy una orientación bastante concorde en este sentido, en la doctrina y la jurisprudencia; para los cánones telefónicos no puede discutirse siquiera la naturaleza jurídica de las retribuciones; en cambio para las tarifas postales prevalece la opinión de que se trata de tasas. Pero en realidad no hay ninguna razón que la abone, puesto que la prestación del servicio postal no se realiza mediante actos administrativos de ninguna especie.

10. Para los entes públicos menores, en línea dogmática el criterio sugerido no debería dar lugar a particulares dificultades, si recordamos la proposición ya fijada según la cual hay correspondencia taxonómica entre las entradas de aquéllos y las del Estado. Sin embargo en la exégesis de ciertos textos normativos concernientes a las actividades de dichos entes pueden surgir algunas dificultades.

En líneas generales no se dan tasas sino retribuciones de servicios, aunque estén regidos por normas especiales, cuando el ente público no sea atributivo de poderes de autarquía, es decir, cuando no emane actos administrativos. Por ejemplo los institutos de instrucción manejados por municipios o provincias, pese a la naturaleza pública que les deriva de su carácter de instituciones comunales o provinciales, no perciben tasas sino retribuciones, puesto que realizan una actividad similar a la de los institutos privados —de los que copian el régimen jurídico—, esto es, una prestación de obra.

Análogamente son retribuciones de Derecho privado común las entradas de los bancos de Derecho público, de los entes públicos aseguradores y financieros (INA, IMI, IRI), mineros o comerciales, etc. Tales entradas son puros y simples proventos de actividad empresarial y no entradas normalmente disciplinadas en vía preventiva mediante actos normativos o de la autoridad. Pero también cuando existen actos de este tipo, como ocurre en el caso de las haciendas municipalizadas, cuyas tarifas están siempre determinadas, se da sin embargo la figura de la entrada patrimonial de Derecho privado común, pues no hay diferencia entre los actos realizados entre ellas y los usuarios y los que podrían nacer entre un empresario privado y sus clientes.

En fin, son casi siempre retribuciones de Derecho privado o especial, las entradas del ente menor derivadas de actividades desarrolladas por él en monopolio o en privativa, o incluso por simple encargo autoritario (derivado de ley o de proveído administrativo), siempre que por efecto del desarrollo de tales actividades surjan obligaciones de Derecho privado, en el sentido ya aclarado. De este modo los municipios y provincias operan haciendas, a menudo en régimen de exclusividad, y nadie ha pensado nunca que no realicen contratos de suministro, de provisión, de transporte, etc.

11. Se podría objetar que la presencia del acto administrativo o jurisdiccional para identificar la tasa es un expediente para reconocerla y no una explicación de su naturaleza.

La observación es certera. Pero como nos servía sobre todo un criterio práctico para distinguir tasas de retribuciones, nos parece que el propuesto cumple tal función. Si en cambio debemos pro-

ceder a una explicación, precisaría retornar temas que parecen ásporos a la doctrina y aún más a la jurisprudencia, es decir, la clasificación de las actividades públicas en las categorías de la función pública y de los servicios públicos. Evidentemente no es éste el lugar para hacerlo.

Bástenos constatar que a la tasa corresponden ante todo actividades de los poderes públicos que del todo carecen del carácter de servicios, siendo más bien funciones: las actividades que se extrinsecan en actos jurisdiccionales y muchas de las que se extrinsecan en actos administrativos, tales como autorizaciones (licencias, permisos, dispensas, etc.) o certificaciones-constataciones (certificados, atestados, patentes, diplomas). Pueden también corresponder actividades que tienen carácter de servicio, pero que se trata de servicios que no provienen de actividades del tipo empresarial: gestión de los bienes demaniales, las calles, la sanidad, la asistencia.

Obsérvese que estas actividades de los poderes públicos no siempre tienen carácter necesario, en el sentido en que la doctrina antes dicha (Nº 7) considera indicativo de los presupuestos de la entrada tributaria: la función certificadora de los poderes públicos es sustituible con el servicio de un notario; la función del juez con la del árbitro; el servicio del oficial sanitario con el de un médico privado, etc.

Todo esto muestra la insuficiencia de la definición corriente de la tasa, y por ello también se ha preferido aquí indicar sus rasgos propios y no ocuparse de los elementos de su definición, para lo cual se requiere una labor mucho más amplia. De todos modos es aceptable el carácter conmutativo de la tasa,⁽²³⁾ pero ésta no constituye ciertamente una retribución.

12. Lo dicho hasta ahora atañe a la distinción entre tributos y retribuciones (contraprestaciones) para fines de aplicación del principio de reserva de la ley del Art. 23 Const.: este opera en caso de tributos y no en el caso de retribuciones.

Pero aquí se plantea otro grupo de problemas. Puede ocurrir que el principio del Art. 23 opere lo mismo aunque no se esté en presencia de tributos, sino de prestaciones patrimoniales impues-

(23) ZANOBINI, "Diritto amministrativo", Milán, IV, 1955, 337.

tas por la ley independientemente de prestaciones del ente público. Que la ley pueda requerir prestaciones patrimoniales diversas de las tributarias es algo que se admite en teoría, y también se admite que interesen la aplicación del principio del Art. 23 citado.⁽²⁴⁾ La determinación de una deuda pecuniaria como tributo o a otro título será útil en estos casos para fines diversos del principio de reserva de ley, y frente a éste devendrá colateral. Por ejemplo, en orden a la determinación suficiente para la deuda no tributaria se requerirá menor rigor de las normas de la ley que cumplirá la función de actualización de la reserva, en comparación del que requeriría el tributo, pues es connatural al concepto mismo de deuda no tributaria la adecuación a una cierta medida. De modo que mientras la norma que regula un tributo dejando indeterminada su medida será ilegítima si le falta un criterio de determinabilidad concreta, no ocurrirá lo mismo a la norma que regule una deuda no tributaria dejando indeterminada su medida, pues siempre existirá su determinabilidad. Será el juez quien, si acaso, controle concretamente, no la norma sino el acto de autoridad determinativo de la medida, definiendo si se incurrió en inobservancia o en aplicación errónea de los criterios de determinación.

De todos modos es rarísimo el caso práctico en que la ley impone directamente una prestación pecuniaria con naturaleza no tributaria. Pueden mencionarse los sobrecánones a favor de los municipios rivereños y de los comprendidos en los perímetros de las cuencas fluviales (Art. 53 del Texto Unico sobre Aguas, N° 1775 de 11 de diciembre de 1953, y la Ley sobre cuencas fluviales, N° 959 de 27 de diciembre de 1953): éstos han sido considerados tributos⁽²⁵⁾ pero en realidad son indemnizaciones de naturaleza reparatoria de la substracción de riqueza que sufren las colectividades locales por efecto de derivaciones hidráulicas para uso de electricidad, similares a tantos otros que se imponen en las concesiones de uso excepcional de bienes públicos por determinación de las autoridades concedentes.

Debemos ahora estudiar una figura frecuente en Derecho positivo: aquella en que la ley impone no una prestación pecuniaria

(24) Véase sobre todo LUCIFREDI, "Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alla pubblica amministrazione", Padua, 1934, 74.

(25) ZINGALI, op. cit., 232; S. D'ALBERGO, Giur. it., 1956, III, 53, los considera cánones de Derecho privado.

sino el deber de valerse de una prestación de entes públicos de la que luego la contraprestación pecuniaria deriva como consecuencia lógica.

En estas figuras no hay imposición de prestaciones reales o pecuniarias: objeto de la norma legal no es la imposición de una prestación pecuniaria, sino la privación parcial, por razones de utilidad pública, de un derecho o facultad del administrado, y la entrega del contenido de ese derecho o facultad a un poder público.

Estamos entonces fuera del ámbito de aplicación del Art. 23 Const., y si acaso, cuando más, en el ámbito de otras disposiciones constitucionales, particularmente del Art. 41, 3° apartado (límites a la libertad de empresa) y 42, 2° apartado (límites a la propiedad) las cuales establecen también reservas de la ley (reservas de acto normativo) como el citado Art. 23.

Así, cuando existan centrales de leche el servicio de su pasteurización está reservado a ellas en exclusiva, y las empresas que comercian con la leche no pueden servirse de otra organización; análogo es el caso de los mercados generales con privativa, de los mataderos públicos y de otras instituciones locales. Numerosos entes públicos ejercen también actividades de este tipo, y antes existían más: el Ente para el aprovisionamiento de carbón adquiría el carbón fósil en el extranjero en exclusiva, y lo vendía luego a grupos regionales de comerciantes; los entes económicos para la agricultura realizaban en exclusiva la venta de bienes de interés para las categorías productoras; sólo el Ente de distribución de chatarra era quien cuidaba de la recolección y venta de chatarra de hierro, etc. Al recibir del ente el bien o el servicio, el particular paga su precio, pero junto al precio debe pagar también la prestación que el ente mismo le ofrece al organizarle el servicio de obtención del bien o del servicio.

En aquellos pocos casos en que la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de las prestaciones pecuniarias de que aquí se habla, las han incluido entre las prestaciones pecuniarias obligatorias, y a veces han empezado a discutir si se trataba de tributos o de prestaciones pecuniarias de otro tipo. Orientación insuficiente, o mejor, errónea, pues con las prestaciones de las que aquí se discute estamos en presencia de un fenómeno de ámbito mucho más vasto y cualitativamente mucho más complejo. En efecto, una cosa es

imponer a un sujeto el deber de pagar una suma con ocasión del verificarse de hechos jurídicos de contenido económico, y otra es privarlo de una facultad, de un derecho, de un poder, y obligarlo a sufrir, por las actividades que formaban objeto de facultad, derecho o poder, una prestación ajena a título oneroso.

Se podría observar que, para los limitados fines del problema de nuestro estudio, es decir, para la existencia de una reserva "de ley" o "de la ley", la cuestión no tendría mayor relieve en la práctica, si es verdad que siempre se estaría en el caso de reserva de la ley, sea cual sea la norma constitucional que se aplique. Y efectivamente tanto la disposición del Art. 23 como en las de los Art. 41, 3º apartado y 42, 2º apartado, se establece solamente una reserva de acto normativo primario. De todos modos no es tanto la existencia de la reserva de la ley lo que en efecto opera, sino el contenido de ella.

Y con esto hemos llegado a un punto en el que el discurso debería ampliarse en horizontes más generales. En efecto, se trataría de establecer con mayor claridad qué cosa son las reservas de normación, cómo operan, cómo se compaginan con otras disposiciones constitucionales. Es evidente que por su parte la reserva de ley es un instituto bastante simple, pues resolviéndose en un mandato de integral y exclusiva regulación de una materia mediante normas primarias solamente, viene a excluir por eso mismo problemas de relación positiva con otros principios de disciplina de la normación. En cambio la reserva de la ley abre continuos problemas positivos de relación, por su misma naturaleza.

Hay entonces un problema de fondo, de clara evidencia: si para todas las libertades y para todas las actividades del particular frente a los poderes públicos el principio conocido como de legalidad de la acción administrativa sólo es el aspecto administrativo de un principio general de reserva de la ley, por la incidencia del ejercicio de la autoridad en el campo de las libertades. Y hasta se podría pensar que, debiéndose en línea de máxima dar respuesta positiva al problema, el Art. 23 Const. deba considerarse, más que un principio atinente a las "prestaciones" en sentido propio, el enunciado del principio institucional ahora mencionado, en una de administrativos que se resuelven no en limitaciones de la libertad, sus más importantes extrinsecaciones, esto es, la de los proveídos sino en imposiciones de actividad al administrado.

La duda fue planteada por Calamandrei, pero pareciera preferible considerar el principio institucional mencionado como un principio no escrito, que recibiría diversas aplicaciones, con diversos contenidos, en los artículos de la Constitución con los cuales se establecen reservas de la ley en orden a las diversas libertades y actividades. De donde el ámbito del principio del Art. 23 vendría a circunscribirse sustancialmente a los proveídos administrativos impositivos de prestaciones al administrado, o bien, para enunciarlo con mayor precisión, a los proveídos administrativos ablatorios productores de deberes o de obligaciones cuyo objeto sea prestaciones del administrado de dar o de hacer.

Mientras que, en cambio, las aplicaciones del Art. 41, 3º apartado y 42, 2º apartado, tendrían un contenido mucho más complejo que el del Art. 23. Con la consecuencia práctica, nada leve, de permitir un control de legitimidad constitucional más articulado y penetrante del que puede permitirse a través del instrumento; más bien simple, ofrecido por el Art. 23.

Pero volviendo a las prestaciones pecuniarias de que se trataba y que podríamos llamar, de modo totalmente convencional, prestaciones pecuniarias obligatorias mediatas, puede concluirse, sin perjuicio de una revisión de toda la problemática de la materia que conduciría a remeditaciones de mayor profundidad y amplitud, diciendo que dichas prestaciones, desde el punto de vista constitucional, tienen relevancia en orden a la reserva de la ley, de contenido mucho más complejo, concerniente a las limitaciones al derecho de propiedad y al de empresa.

13. Examinemos ahora algunos de los casos que se han presentado, escogiendo entre los más significativos.

Los proventos del Ente de la Celulosa deben considerarse tributos, y particularmente impuestos. Como impuestos indirectos gravan también a sujetos no asociados al Ente, en la medida en que realicen actos previstos por las normas (venta, por parte de importadores, de papel y cartón, importaciones de celulosa), y además gravan a los asociados (venta de papel, de cartones y de celulosa). En realidad se podría pensar que frente a los asociados (consortistas obligatorios) se trate de cuotas asociativas y no de tributos, y tendríamos así un caso que revestiría cierto interés,

idéntico al que se plantea para los consorcios obligatorios, en que las cuotas deben considerarse proventos de Derecho privado, según la interpretación preferible. Pero el mecanismo adoptado por la ley de un porcentaje sobre el importe de las facturas emitidas, hace imposible adoptar tal construcción, siendo característica típica de las cuotas de los consortistas su conmensuración a los gastos del ente, destinando los residuos al pago de las cuotas de los años sucesivos. Y esto sin mencionar el hecho de que el Ente no es en realidad un consorcio obligatorio.

Siendo impuestos, los proventos de dicho ente caen bajo lo dispuesto en el principio constitucional de reserva de la ley. En el caso de estudio la ley había sido emanada y determinaba exactamente los sujetos activos y pasivos, los presupuestos, el objeto de los tributos; en cuanto a la medida, con base en una primera determinación hecha directamente por la ley, eran posibles determinaciones interministeriales de aumento o disminución (nos referimos a la legislación vigente en el momento del pronunciamiento, y no a la que está ahora en vigor). Entonces el problema era éste: ¿podía deducirse de la ley, aunque fuera implícitamente, un criterio al cual los ministros tendrían que atenerse para realizar la determinación a ellos confiada? Si existía dicho criterio y los ministros no lo habían tomado en cuenta, su proveído (decreto ministerial) era ilegítimo; si en cambio el criterio faltaba debía considerarse inválida la norma que atribuía el poder a los ministros.

La Casación no vio del todo este problema. Se limitó a afirmar rotundamente que la medida máxima del tributo debía estar fijada siempre por norma de ley, confundiendo así la práctica seguida en la mayoría de los casos con un principio normativo absoluto, sin darse cuenta de que el caso del Ente de la Celulosa no era aislado en lo que atañe a la determinación de la medida máxima del tributo.⁽²⁶⁾

Ahora que las normas han sido sustituidas por otras la cuestión ha perdido importancia práctica; pero yo estimaría que del Art. 2 de la ley institutiva, N° 1453 de 13 de junio de 1935, según como fue modificado después, podrían derivarse los criterios con base en los cuales se podría ejercitar el poder de variación de la medida de los tributos.

(26) Ver los escritos citados en la nota (1).

14. El Ente Nacional de Hidrocarburos tiene muchos proventos. Han dado lugar a debates los que ya percibía el preexistente Ente Nacional del Metano, reordenados mediante Ley N° 640 de 8 de julio de 1950, esto es, las “retribuciones por uso de las bombas de metano”.⁽²⁷⁾

Conviene advertir que la Ley N° 640 de 1950, al disciplinar la materia ha conservado el principio de la propiedad privada de los cilindros o bombas de metano, pero para no crear obstáculos a la circulación de ellos, ha reafirmado además el llamado principio de la intercambiabilidad de los cilindros: es decir, las bombas o cilindros circulan entre todos los usuarios independientemente de su propiedad y sin vínculos de retorno necesarios entre los diversos usuarios. El Ente Nacional de Hidrocarburos provee al mantenimiento de los cilindros, y provee también a la sustitución de las que no sirven, mantiene las relaciones con los órganos que realizan el control (Asociación Nacional para el control de la combustión; Administración de los ferrocarriles) y también cuida del seguro colectivo de responsabilidad hacia terceros. De modo que el derecho de propiedad sobre los cilindros está parcialmente reducido en el interés de los propietarios y también de la colectividad, y están concentradas en el ente público las incumbencias técnicas concernientes a la manutención y la circulación de esta particular categoría de bienes.

La ley dispone que por las prestaciones de las actividades que el ente provee a los interesados le sea pagada una “retribución de uso” cuyo monto es determinado por un comité cuya sede es el ente mismo, y que está a cargo de los usuarios de los cilindros, o sea de quienes los emplean para utilizarlos como tales (la determinación exacta de la noción de usuario del cilindro ha dado lugar a cuestiones sutiles, especialmente en orden a la diferencia entre usuario del cilindro y usuario del gas; pero esto no interesa aquí). La “retribución” comprende la compensación por el uso del cilindro, la cual es luego girada al propietario mediante operaciones internas (y de ahí que si el propietario es también usuario, paga la contribución de uso, pero luego recibe en restitución la compensación que él mismo se pagó) y una compensación al Ente, calculada de

(27) Véase F. FORTE, Note sulla nozione di tributo, cit.; en nota reporta también dos sentencias contradictorias: una de la Corte de Apelación de Roma y la otra del Tribunal de Florencia.

modo que queden cubiertos los gastos soportados por éste y por el comité.

¿Cuál es la naturaleza de la retribución de uso? Se ha dicho ⁽²⁸⁾ que es un tributo porque deriva de una actividad de Derecho público del ente en régimen de monopolio.

Pero como tributo, ¿qué podría ser? No un impuesto, pues resulta de servicios divisibles e indivisibles, según sea el número de cilindros alquilados al usuario. No un tributo especial, porque éste presupone la existencia de un servicio indivisible junto a una ventaja específica, y falta en el esquema, obviamente, ese servicio indivisible. Sólo podría ser una tasa.

La realidad es que esa figura constituye un claro ejemplo de retribución por actividad regulada por normas de Derecho especial. Incluso si prescindimos del hecho de que ya de por sí comprende la compensación al propietario por el uso que del cilindro hacen los terceros, por la parte por la que la retribución atañe a las prestaciones realizadas por el ente, este último no emana ningún acto administrativo (por lo que se excluye la posibilidad de que se trata de una tasa). Por el contrario, la actividad realizada por el ente no difiere de la que llevarían a cabo los propietarios de cilindros si tuvieran que proveer ellos mismos al mantenimiento, a las visitas de control y al aseguramiento de tales cilindros (como ocurre con los cilindros destinados a contener gases distintos del metano). Con base en la regla de la intercambiabilidad de los cilindros, una vez que éstos entran en circulación no puede distinguirse en concreto el modo en que dicha circulación se verifica.

En la medida en que la “retribución” es efectivamente tal, estamos fuera del campo de aplicación del Art. 23 Const. Pero —se dice— es necesario ver si esa retribución da lugar a una prestación real con fisonomía propia, e “impuesta” por la ley.

La confusión que dicha objeción contiene es sin embargo evidente: la ley no impone al propietario o usuario de cilindros una prestación patrimonial; al contrario, lo obliga a aceptar una prestación personal de un tercero, y restringe los derechos de propiedad y de empresa al imponer la intercambiabilidad de los cilindros y al confiar al ente público el servicio de mantenimiento y control.

(28) Exacción coactiva no tributaria, según FORTE, op. cit.

De todos modos estaría observada la reserva de la ley, porque el monto de la retribución debe adecuarse a los gastos de gestión del ente: cualquier juez estaría entonces en grado de controlar la observancia del criterio que debe usarse para determinar la medida de la retribución. ⁽²⁹⁾

15. El Ente para el Arroz desarrolla actividades de tutela seccional; sus actividades no están bien definidas, pero la ley ciertamente (en particular el R.D.L. N° 1183 de 11 de agosto de 1933) les atribuye tareas que se manifiestan en funciones públicas que conllevan poderes autoritarios de constatación que se manifiestan en controles sobre las superficies cultivadas, sobre las calidades, sobre la producción y el comercio de las variedades del arroz; también extiende certificaciones, a veces incluso certificaciones en función autoritativa, en cuanto ello sea requerido para el cumplimiento de negocios privados.

Sobre las ventas de arroz y en proporción a sus cantidades, el Ente percibe un “derecho de contrato” cuya medida es fijada anualmente por el órgano directivo del Ente, mediante decisión sometida a aprobación (control de mérito) por parte de los Ministros de Agricultura, Industria y Finanzas (Art. 9 de la ley).

El “derecho de contrato” es entonces una entrada cuyos elementos sólo parcialmente vienen determinados en la ley. Se determinan los presupuestos (contratos) y el objeto (valor de los contratos), los sujetos pasivos y las modalidades de recaudación. Indeterminado queda lo que atañe a la medida, y además se da la particularidad de que la medida es determinada por el mismo órgano del Ente.

Este último hecho no parece causa de ilegitimidad de la norma: el ente tiene carácter seccional, y aún no siendo asociativo es ciertamente un ente de categoría. Tiene naturaleza pública y cumple servicios y funciones públicas: el órgano del ente es por lo tanto un órgano público, al cual no puede negarse la atribución del poder de proveer en relación con las finanzas del ente mismo.

El aspecto relativo a la determinación de la medida de la entrada es más delicado.

(29) En sentido conforme FORTE, op. cit. 282.

Aquí no se da ninguna vicisitud del tipo de la que se vio en el caso del Ente de los Hidrocarburos: el "derecho de contrato" no es una retribución por servicios obligatorios realizados por el Ente que ocupen el lugar de las correspondientes facultades del empresario o del propietario, pues no puede decirse que la ley haya asignado al Ente ningún servicio de ese tipo. El Ente realiza actividades que se concretan, en su mayor parte, en servicios, pero en servicios que se añaden a la actividad de los particulares y no que sustituyen a esa actividad. Otra parte de la actividad del Ente constituye función pública, pues conlleva el ejercicio de acciones de policía económica y la emisión de actos certificativos.

Estando coordinado el pago del "derecho" con la emanación de certificaciones, podría pensarse que se está en presencia de un tributo, y especialmente de una tasa. Pero estando la deuda adecuada a las cantidades de producto negociadas, más correcto parecería considerar que este provento es un impuesto indirecto.

Se daría entonces el caso de ente público que determina la medida de un tributo que la ley le atribuye; gran parte de los tributos locales se encuentran en esta situación, con la diferencia de que la norma estatal determina al menos las medidas máximas. Puesto que, en la especie, la norma no determina la medida máxima, se plantea el mismo problema que varias veces hemos tratado: ¿existe en las normas predeterminación de criterios idóneos para hacer determinable el monto de la medida?

Aquí podría entenderse la locución de la norma "necesidades del ente" en el sentido de adecuación de la medida de los derechos a los gastos que el ente debe soportar para desarrollar sus actividades. En tal caso la reserva de la ley vendría respetada, y el "derecho" de contrato sería constitucionalmente legítimo.

16. Para algunas de las controversias de que se habló al principio ha sido investida la Corte Constitucional. Encontrándose este estudio pendiente de publicación aparecieron dos decisiones: la sentencia N° 4 de 26 de enero de 1957, sobre la legitimidad de las normas concernientes a los derechos de contrato del Ente para el Arroz, y la N° 30 de 26 de enero de 1957, sobre la legitimidad de las normas concernientes a las retribuciones de uso del ente Nacional de Hidrocarburos.⁽³⁰⁾ Ambas sentencias reconocen la

(30) En la revista "Giurisprudenza Costituzionale", 1957, 22, 407.

legitimidad constitucional de las normas deducidas en juicio, con base en el mismo orden de argumentos.

La Corte Constitucional ha considerado exacta la tesis, expuesta también en este estudio, según la cual el Art. 23 Const. configura una reserva de acto normativo (reserva de la ley) y no una reserva de norma primaria (reserva de ley) para las prestaciones patrimoniales y personales. Y por consecuencia ha considerado constitucionalmente legítimas las normas primarias reguladoras de tales prestaciones cuando se dejen indeterminados algunos elementos, siempre que de cualquier modo dichas leyes establezcan criterios capaces de delimitar suficientemente los poderes de determinar en concreto dichos elementos.

Las sentencias no se pronunciaron explícitamente sobre la naturaleza de los actos con los cuales tales poderes deben ejercerse; pero implícitamente han admitido que puedan ser incluso proveídos administrativos: en efecto, en los dos casos examinados por ellas se proveía mediante decisión de órganos dirigentes del ente público o mediante decisión (decreto) interministerial.

En ambos casos el elemento que se dejó indeterminado por parte de la norma era la medida (del tributo para el Ente del Arroz, de la retribución para el Ente de los Hidrocarburos). En el primero la sentencia ha estimado que en el concepto de necesidad del ente está contenido el criterio de adecuación de la medida del tributo a los gastos para sostener el desarrollo de la función o del servicio; en el segundo ha observado que las normas mismas establecen el criterio de adecuación de la medida de la contribución a los gastos. Y ha observado además, en ambas providencias, que existen mecanismos de control suficientes para permitir a los mismos interesados defenderse contra posibles excesos de los órganos deliberantes. De modo que contra el proveído administrativo con el cual se viola la norma determinativa de los criterios concernientes a la medida de los proventos, es posible acordar medidas de tutela de los derechos de los interesados (aunque haya opiniones contrarias debe pensarse en que las controversias correspondan a la jurisdicción voluntaria).

Mientras que para las contribuciones de uso a favor del Ente de los Hidrocarburos el razonamiento de la Corte nos parece irreprochable, no quedamos tan convencidos en orden a los tributos

(derechos de contrato) a favor del Ente para el Arroz: pero no es ésta la sede para examinar a fondo esa particular cuestión.

Es necesario en cambio formular algunas reservas sobre la solución que la Corte Constitucional ha adoptado en orden a la noción de prestaciones patrimoniales y personales. Es principalmente en la sentencia N° 4 que se encuentra delineada esta noción, pues la sentencia N° 30 no hace otra cosa que remitirse a aquélla. Se dice en tal sentencia que deben considerarse prestaciones, en el sentido del Art. 23 Constitucional, las que son "establecidas como obligatorias a cargo de una persona sin el concurso de su voluntad", en tal caso, se dice, la prestación es "impuesta", y ninguna relevancia tienen, para los fines de la norma, no sólo la denominación con que el legislador la designa (y esto es obviamente exacto), sino que tampoco su naturaleza: es suficiente que se trate de prestación instituida por acto de la autoridad.

La amplitud de esta noción nos parece inaceptable por las razones antes dichas y que no repetiremos. Además, en el caso del Ente para el Arroz, la Corte Constitucional se encontraba frente a un provento de naturaleza claramente tributaria y, por ende, podía incluso no ver los problemas que ha planteado la existencia de retribuciones de Derecho privado, de retribuciones de derecho privado especial, de prestaciones pecuniarias mediatas, de las que hemos tratado de proponer en este estudio aspectos nuevos. Pero en el caso del Ente Nacional de los Hidrocarburos estos problemas debieron ser decididos; y con mayor precisión debió resolverse el que planteaba el caso, esto es, como también se mencionó antes, la imposición al particular de una prestación obligatoria de un ente público a título oneroso.

Por lo tanto, es de esperar que por una parte la doctrina quiera enfocar los problemas aquí discutidos, transitando por vías menos simplistas que las recorridas hasta ahora y, consiguientemente, más conformes a la realidad cada vez más complicada de un ordenamiento moderno; y por otra parte que la misma Corte Constitucional quiera plantearse en el futuro los problemas dejados en la sombra en sus dos primeros pronunciamientos; éstos han establecido puntos fundamentales para la disciplina de la materia —y en esto está su indiscutible mérito—: ahora se trata de articular su aplicación a una realidad que es más compleja de lo que la tratadística tradicional podía hacer pensar.

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN LA ORGANIZACIÓN Y LA DISCIPLINA DE LAS EMPRESAS

PROF. GIUSEPPE GUARINO

Catedrático de la Universidad de Roma

Traduce: Walter Antillón

1. Los medios de producción: materias primas, máquinas, capacidades humanas bajo la forma de trabajo, capital financiero, a pesar de ésa su denominación, comúnmente aceptada, nada pueden producir separadamente, constituyendo sólo elementos, ninguno por sí mismo suficiente y tampoco todos juntos siempre necesarios, de una combinación que se realiza dentro del ámbito y por medio de una especial organización, que es la empresa.

Se estaría tentado a considerar a la empresa, en cuanto organización, como un medio distinto de producción junto a los otros. Pero este planteamiento daría una visión deformada de la realidad puesto que la empresa es el todo, frente al cual materias primas, máquinas, trabajo y capital financiero representan sólo partes singulares. La empresa tiene su propio grupo de mando y se vale de su propio sistema de normas: según un concepto, profundizado en particular por la doctrina jurídica italiana, la empresa constituye, desde el punto de vista jurídico, un ordenamiento.

Caracteriza a la empresa la circunstancia de que, en una cierta medida, debe permanecer autónoma respecto a cualquier otra organización de tipo político o de igual tipo productivo. Reduciendo a unidad una multiplicidad de elementos, la empresa tiene una existencia propia objetiva y real y, por ende, una individualidad. Y puesto que la empresa es un momento necesario de la producción, no sería incorrecto considerarla como el verdadero y efectivo "medio de producción": no diverso parece, por lo demás, el concepto

expresado en el Art. 2 del reciente Reglamento de la Hacienda Productiva Socialista de Estado de la U.R.S.S. de 4 de octubre de 1965, que la define como "el anillo principal de la economía nacional".

2. Antes de ir más lejos se imponen dos aclaraciones que ayudan a delimitar el ámbito de la indagación, y a dar un punto de referencia a las ideas que siguen.

Primero que nada proponemos emplear el término "empresa" solamente para las organizaciones productivas que, o produzcan directamente un bien o un servicio susceptible de formar objeto de cambio, o se inserten como componentes esenciales en un sistema cuyos productos terminales puedan igualmente ser objeto de intercambio: no constituye, por tanto, una empresa, según la definición propuesta, una organización que utilice también dos o más medios elementales de producción, pero a cuyos productos el público tenga acceso no por medio de intercambio sino por efecto y en virtud de una posición jurídica particular.

La no intercambiabilidad del producto puede derivar tanto del hecho de que éste tenga naturaleza de bien o servicio jurídico en sentido estricto (ej.: ejercicio de un poder autoritario, emisión de un acto certificativo), como por el hecho de que el producto, aún siendo por naturaleza susceptible de cambio, esté sustraído al mismo por disposición legal (ej. los servicios médicos que, aún pudiendo supuestamente ser erogados como contraprestación de una suma de dinero, deban ser prestados, por ley, por una determinada institución pública a favor de quien tenga necesidad de ellos, o de quien pertenezca a una determinada categoría).

No son empresas, entonces, El Estado, las administraciones locales, los entes de previsión y de asistencia contemplados por el ordenamiento italiano (INAM, INAIL, IMPS y similares), los entes a los cuales se confía la disciplina meramente normativa de un sector económico, y así por el estilo. La delimitación del concepto de empresa que ha quedado propuesta tiene su razón de ser en el hecho de que los problemas de la empresa son del todo diversos de los de las otras organizaciones, como quedará evidenciado en el transcurso de estas páginas.

3. En la forma en que ha quedado definida, la empresa no es necesariamente una organización simple: al contrario, en la generalidad de los casos ella se presentará como una organización compleja, a varios niveles. Podrán presentarse unidades productivas de base (establecimientos) y una o varias unidades intermedias. En principio cada una de estas unidades podría ser considerada ella misma una empresa. Se ha preferido, en cambio, reservar esta expresión para las organizaciones que tengan una autonomía efectiva; frente a éstas las unidades menores y dependientes deben considerarse como simples elementos.

Es de advertir que una o varias de las unidades menores que concurren a formar una empresa pueden también tener una propia y distinta personalidad jurídica sin que ello obligue a modificar los términos del planteo. La importancia de esta aclaración está en el hecho de que, entre las cuestiones que deberán profundizarse, las referentes al grado de autonomía de la empresa respecto a otras organizaciones y a la disciplina, dentro del ámbito de la empresa, de las unidades menores, están entre las más importantes.

4. La empresa es, por lo tanto, el elemento base del sistema económico, independientemente de los caracteres generales de este y del relativo régimen político. Es más, puede afirmarse que a nivel de la empresa los problemas, en una primera aproximación (que por otra parte podrá ser confirmada o contradicha por la elaboración sucesiva) pueden considerarse comunes, pues se conectan con la función que de todos modos la empresa debe desarrollar, y no con la función de otros organismos a propósito de las empresas o en colaboración con ellas, o sustituyéndolas.

Teniendo como punto de referencia la función propia de las empresas: unificación de los medios elementales de producción, nos proponemos valorar el rendimiento de una variedad de modelos jurídicos; y es más, para concretar más el examen en relación a cada uno de los perfiles fundamentales de la organización empresarial (entendiendo la organización en sentido lato, como comprensiva incluso de las relaciones con terceros), se estudiará el rendimiento de los institutos de Derecho público y de Derecho privado, es decir, los modelos contrapuestos, entre los cuales todo sistema jurídico debe realizar una elección al regular las relaciones particulares.

En un primer tiempo los institutos serán tomados en consideración individualmente; en una fase sucesiva serán insertados en estructuras integradas, de carácter más complejo.

Debe advertirse además que la indagación será conducida no con referencia a un sistema positivo singular, sino utilizando esquemas generales: si bien esto tornará la investigación, en cierta medida, abstracta, por otro lado permitirá utilizar los resultados incluso para sistemas económico jurídicos inspirados en principios organizativos que, aún siendo diversos (si no opuestos) desde otros perfiles, tampoco pueden prescindir, como se ha advertido, de este particular instrumento que es la empresa.

5. En el contexto de este trabajo, Derecho público y Derecho privado deben ser entendidos, rigurosamente, como nociones formales.

Una vez aplicados, todos los institutos jurídicos adquieren, sin excepción, una carga ideológica, que a veces (más frecuentemente de lo que se cree) es fruto de una ideología estrictamente jurídica, es decir, que tiene origen en los operadores técnicos del Derecho (jueces, administradores, abogados, profesores) y otras veces, en cambio, es expresión de las ideologías políticas generalmente dominantes en la sociedad.

Para hacer utilizable con plenitud de rendimiento un instituto ya aplicado dentro de un nuevo tipo de organización —y aunque el mismo no dejará de adquirir una nueva y correspondiente carga ideológica: antes bien, precisamente por esto— es necesario sobre todo depurarlo de la carga ideológica consolidada en torno a él en el anterior tipo de organización.

La carga ideológica formada para los conceptos de Derecho público y Derecho privado atribuye a éstos un carácter sustantivo. Se ha partido de la antigua definición romana: "Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem", para llegar a la conclusión de que es Derecho privado todo lo que atañe al individuo, Derecho público lo que se vincula al Estado. Individuo y Estado vienen aquí entendidos en su significado primigenio de persona física, es decir, de hombre singular, y de organización de mando. Desde esta premisa general parecía luego hasta obvio que se debiese extraer el corolario de que, así

como los particulares deben utilizar sólo institutos de Derecho privado, así mismo el Estado y las otras organizaciones públicas deben utilizar solamente institutos de Derecho público. Este planteamiento tuvo mucha fortuna en el Siglo Pasado —aunque sus efectos están ampliamente difundidos todavía hoy— y esto es fácilmente explicable en sede histórica porque en el mismo periodo se había generalizado la ideología de que las tareas de El Estado eran limitadas, que se podían individualizar en el terreno científico los fines de El Estado, en contraposición a los del individuo, que, en particular, toda ingerencia de tipo operativo en el campo económico estaba sustraída a El Estado. Esta ideología, propia del tipo de Estado llamado liberal, ha sido dondequiera superada por la experiencia: y su rechazo debe comportar también el rechazo de la ideología (que de ella constituía emanación y propagación) del carácter sustantivo de las nociones de Derecho público y Derecho privado.

Debido a ello parece indispensable liberarse de este preconcepto que, cerrando la puerta a una más amplia utilización de los institutos disponibles para los fines de la organización de El Estado, representa un grave obstáculo al desarrollo de las instituciones.

Los institutos del Derecho público y del Derecho privado no son otra cosa, repetimos, que particulares técnicas organizativas que deben ser tomadas en cuenta a título paritario en la formulación de modelos de organización, para ser utilizados solos o en las más variadas combinaciones. Esto es tanto más necesario, cuanto que el número de los institutos jurídicos de base —es decir, que sirven como unidades elementales para toda organización jurídica de tipo complejo— es bastante reducido, por lo que rechazar a priori una mitad de los referidos elementos significa introducir una injustificada y relevante limitación en el número de las combinaciones posibles.

Depurados de la ideología formada en torno a ellos, los institutos del Derecho privado y del Derecho público deben entonces distinguirse solamente por características formales, relacionadas con las disposiciones del sistema jurídico. Y tales características se distinguen en que, mientras los institutos del Derecho privado vienen puestos, por el sistema positivo, a disposición de cualquier tipo de sujeto jurídico —y es del todo indiferente al respecto que los sujetos

sean naturalmente idóneos para utilizarlos o tengan voluntad o posibilidad concreta de hacerlo— y como tales pueden ser utilizados indiferentemente por El Estado, por las personas físicas, por los entes públicos, por las sociedades privadas, etc., los institutos del Derecho público sólo pueden ser utilizados por sujetos específicamente indicados por las normas positivas.

Usando un lenguaje más técnico, esto significa que las hipótesis jurídicas del Derecho privado son “a sujeto indiferenciado”, las de Derecho público son “a sujeto vinculado”. En las páginas siguientes se hará referencia a los institutos del Derecho privado y del Derecho público exclusivamente en este significado técnico.

6. Los perfiles de la organización de la empresa que se tomarán en cuenta para evaluar el rendimiento de los diversos esquemas representados por los institutos del Derecho público y del Derecho privado son los de los “actos”, los “sujetos”, los “bienes” y las “relaciones con los terceros”.

Es de advertir que nos referimos a los actos sólo para conferir al discurso una mayor evidencia. Técnicamente sería más correcto referirse a los “poderes”: esto ayuda también a aclarar que los únicos actos que se examinan son los que constituyen ejercicio de un poder, mientras quedan fuera del campo de indagación los actos jurídicos en sentido estricto.

Por lo tanto, de los actos —así definidos— deben tomarse en consideración tres modelos fundamentales: el acto político, el acto administrativo y el acto negocial. Los dos primeros son públicos, el tercero privado. Característica común a todos es que, junto —eventualmente— a efectos ya predispuestos por el sistema legislativo, producen siempre efectos correspondientes a lo querido.

Para que estos tipos de actos sean individualizados más fácilmente, daremos una sumaria descripción de ellos, con la advertencia de que, también aquí, nos atenemos a las características principales, prescindiendo de las connotaciones más específicas que para ellos derivan de los sistemas jurídicos concretos.

El acto político es, o él mismo autoritario, o integrado en un sistema de actos con características prevalentemente autoritarias; tienen algunos momentos libres y otros vinculados; es más, de la

relación entre el grado de vinculación y el de libertad de los actos políticos atribuidos a la competencia de la organización de mando depende el tipo de Estado: en el Estado de Derecho prevalece la vinculación, el objeto en mérito del cual el acto puede disponer libremente está bien especificado en relación con cada acto singular; existen a veces rigurosos vínculos de contenido aún para los actos políticos de mayor relevancia (por ejemplo las leyes ordinarias —típico y esencial acto político— deben respetar las leyes constitucionales) y en los casos en que queda una amplia esfera de libertad se imponen complejos vínculos procedimentales (como ocurre en el caso del poder legislativo); en los actos políticos, aún tratándose de El Estado de Derecho, resta siempre, de todos modos, un margen de libertad de carácter absoluto que puede ser utilizado en particular para cualquier fin que el órgano agente estime oportuno perseguir. En el caso opuesto, siempre que en los actos políticos de las más altas autoridades la libertad prevalezca sobre la vinculación, y un órgano singular pueda disponer acerca de cualquier objeto, limitándose a observar sólo un mínimo de formas, se está ante El Estado Absoluto (l'Etat c'est moi). Entre estos modelos extremos de tipos de Estado pueden obviamente concebirse múltiples variantes de tipo intermedio.

Al igual que el político, el acto administrativo es autoritario (esto es, puede producir efectos para otros sujetos independientemente de su consentimiento) o se presenta integrado en sistemas de actos prevalentemente autoritarios. También el acto administrativo, en sus variantes más frecuentes (es decir, en las del acto de ejercicio de poder que, como se ha advertido, es la única que aquí se toma en cuenta) tiene algunos momentos libres y otros vinculados, pero se distingue del acto político principalmente por su mayor grado de vinculación; en particular su objeto está generalmente bien especificado; en todo caso el acto administrativo debe someterse a toda prescripción que le derive de la ley (la cual es siempre un acto político). Se distingue, además, el acto administrativo del político por otras especificaciones que son diversamente reguladas por los derechos positivos, y que consisten en un diverso régimen jurídico de los vicios, en la previsión de un sistema de controles de legitimidad y a menudo también de mérito, a veces también en la admisión de un control jurisdiccional; una peculiaridad de los actos administrativos, según el derecho italiano, es por

ejemplo que el órgano agente debe utilizar la esfera de libertad relativa al acto solamente para perseguir objetivos vinculados, deducidos del sistema normativo: con tal vínculo de objetivo se relaciona el control jurisdiccional del exceso de poder administrativo.

El acto negocial tiene carácter privado, como se ha anticipado, y puede en consecuencia, por lo general, ser utilizado por cualquier sujeto. En este acto la esfera de libertad prevalece ampliamente sobre los vínculos. Estos se reducen a menudo a la delimitación de una zona externa que no debe ser revasada (por ej. la hipótesis de la causa ilícita); y si a veces están predeterminados algunos aspectos de su objeto, permanecen libres todos los aspectos restantes. Los vínculos de forma son inexistentes o mínimos. La neta prevalencia de la libertad sobre el vínculo que distingue los actos negociales de los administrativos y que coloca a los primeros en una posición más favorable que la de los propios actos políticos se explica por la circunstancia de que los actos negociales —a diferencia de los otros dos tipos— tienen carácter paritario, es decir producen efectos sólo para el agente y pueden interferir en la esfera jurídica del tercero solamente si éste lo consiente. Por medio del acto público, político o administrativo, se dispone incluso para los terceros; con acto negocial privado cada uno dispone sólo para la propia esfera jurídica. Por virtud de esta característica el acto privado, salvo hipótesis marginales y bien definidas (incapacidad, estado de necesidad, etc.), no tolera controles preventivos ni de legitimidad ni de mérito.

7. Podría preguntarse la razón por la que, estando este trabajo referido a las empresas, se haya hablado también de actos políticos, los cuales, según la experiencia común, no parecen normalmente utilizables por las empresas.

En efecto los actos políticos no pueden ser de uso generalizado, puesto que en tal caso se generarían conflictos de soberanía; por tanto son sólo de competencia de los órganos soberanos de El Estado o de otras autoridades coordinadas con éste mediante una variedad de técnicas; por otra parte es posible ciertas autoridades subordinadas requieran poderes políticos dentro de ámbitos precisamente determinados, los cuales actos pueden coincidir a veces con el ejercicio de ciertas empresas. Puede suceder así que una o pocas empresas de particular relevancia, por su peculiar objeto

(aparatos espaciales, misilística, armamento atómico) o por lo extraordinario de las circunstancias (materias primas e industrias bélicas en período de guerra) tengan una organización fundada, de hecho, en actos políticos.

Se menciona estos casos porque el acto político es el que, por estructura, más se acerca al acto negocial —teniendo más que éste el efecto autoritario: en consecuencia, el rendimiento de estas empresas no puede ser tomado como modelo para la evaluación general de las empresas públicas que actúan mediante actos administrativos, pues es un rendimiento que por muchos respectos debe colocarse en el plano de las empresas que actúan mediante actos privados. Agréguese que el carácter prioritario de las empresas examinadas, así como puede justiciar en ciertos casos el recurso a los actos políticos, exige que el rendimiento sea medido en términos de consecución y oportunidad del resultado, independientemente de toda valoración de la economicidad y, por lo tanto, con base en un metro diverso del que normalmente se adopta para la generalidad de las otras empresas.

8. Dado el carácter anómalo, por no decir excepcional, del uso de actos políticos por parte de las empresas, la evaluación comparativa debe tomar como punto de referencia por un lado las empresas que actúan mediante actos administrativos, y por el otro las que operan por medio de actos privados.

Se encuentran a propósito afirmaciones constantes en la literatura. En lo que atañe a los actos administrativos, se lamenta la lentitud de los procedimientos y la alteración del principio de la responsabilidad consiguiente a los controles de legitimidad y de mérito; del lado opuesto se cita la no discutida eficiencia de las empresas que se valen de la capacidad jurídica de Derecho privado. Estas consideraciones son indudablemente exactas y serán luego reasumidas aquí, pero no agotan el tema.

Aún antes de las peligrosas interferencias producidas por los controles, debe en efecto ponerse de relieve la principal y benéfica característica del obrar mediante actos privados, que consiste en la “adecuación” y en la “concreción” de su disciplina.

Como se ha dicho, en el acto negocial la parte de libertad prevalece ampliamente sobre el vínculo, y en tal presupuesto se

basa la definición del negocio como autoreglamentación de la relación. Es decir, mediante el negocio la parte interesada, sin tener que seguir modelos preconstituidos establece la disciplina que estima más apropiada a las necesidades a satisfacer. Esta disciplina se establece en referencia a la situación concreta, "hic et nunc" determinada a través de la percepción y valoración inmediatas de todos los elementos capaces de influir en la satisfacción de las necesidades. Si se cometen errores la experiencia podrá utilizarse de nuevo introduciendo en los actos futuros las disposiciones necesarias para evitarlos.

Ejemplificando: el lugar donde ubicar un nuevo establecimiento, la preferencia entre uno u otro tipo de maquinaria, las características de la producción que se quiere poner en el mercado, el número y categoría de los empleados, serán determinados con referencia exclusiva a las previsiones de desarrollo hechas con base en la consideración de todos los elementos posibles. Cuanto mayor es la dimensión de la empresa, tanto más aumenta la capacidad para realizar prácticamente aquellas soluciones que se presentan como óptimas en sede de autoreglamentación de la relación.

Bajo este perfil el acto administrativo ofrece perspectivas sensiblemente diversas. En tal acto la parte del vínculo prevalece sobre la de la libertad; y si bien se piensa el vínculo no es otra cosa que una valoración del futuro realizada de modo preventivo con referencia a una generalidad de hipótesis. De ahí que el acto administrativo contenga una cuota necesaria de abstracción; el legislador o, en todo caso, la autoridad superior que determina su parte vinculada, podría modificar la solución acogida si conociese todas las características del caso concreto; en la imposibilidad de prever todo y disciplinar todo anticipadamente, en el acto administrativo se deja un margen de libertad que el órgano ejecutivo puede llenar según su discreción; pero en todo caso se mantiene firme el principio de que el órgano agente no puede nunca modificar la valoración del caso ya hecha por el órgano superior mediante la determinación de la parte vinculada; ésta no puede derogarse ni siquiera percatándose de que las circunstancias concretas habrían impuesto una disciplina en parte diversa en relación a la que resulta de la parte vinculada, o incluso un planteamiento enteramente distinto de la relación.

Dadas estas características se entiende cómo el acto administrativo constituya el medio técnico más adecuado en los casos en que se deban producir bienes o servicios jurídicos en sentido estricto, es decir, en los casos en que deban ejercitarse poderes autoritarios, realizar opciones que se resuelvan en ventajas para unos y en daños para otros, y en aquellos en que se deban erogar bienes colectivos a favor de particulares, y así sucesivamente. La previsión abstracta y predeterminada es en estos casos fuente de certeza y garantía de imparcialidad.

En cambio el acto administrativo aparece menos apto cuando se debe proveer caso por caso, no dejándose escapar ninguna de las peculiaridades de la hipótesis concreta para una mejor regulación de la relación. En este sentido el acto administrativo, por definición, no puede asegurar la mejor economicidad de la opción, puesto que si existe una medida que permitiría una mejor utilización de los medios elementales de producción y no está contemplada por la previsión normativa, o está directamente contradicha en la parte vinculada del acto, el órgano no puede adoptarla.

9. Una de las más relevantes consecuencias de estas características del acto administrativo se da en tema de "calidades". La previsión abstracta del futuro que está en la base del acto administrativo solo puede tomar en consideración las calidades "promedio", siendo éstas las únicas susceptibles de efectiva realización en la generalidad de los casos. Se produce así aquella singular deformación por efecto de la cual se denomina, por ejemplo, "alta calidad" la contemplada por actos administrativos, mientras que tal calidad, por el solo hecho de deber conformarse a standards prefijados que deben acatarse por la generalidad de los operadores, es ciertamente y por necesidad sólo una calidad media. El buen administrador (y nada cambiaría si se dijese el óptimo administrador) es el órgano que actúa como según el término medio, debe obrar el utilizador de actos administrativos; así como, para citar un ejemplo conocido, la "diligencia del buen padre de familia" no es la diligencia máxima, sino más bien la diligencia media.

Un segundo perfil, extremadamente relevante, a cuyo respecto divergen los rendimientos del acto negocial y del acto administrativo, es el de la "rapidez" de su uso.

El acto negocial no está generalmente sometido a formas particulares; cuando está prevista una forma vinculada, es en general de fácil utilización (acto notarial). No es así para el acto administrativo, para el cual, por el contrario, rige normalmente el principio de la taxatividad de la forma prescrita. El acto negocial además es por lo general el fruto de la decisión de un sujeto u órgano único, mientras el acto administrativo en el Estado contemporáneo, que tiene una organización extremadamente desarrollada, en cuyo ámbito todas las competencias están especializadas, es el resultado, en la generalidad de los casos, de un complejo procedimiento, analíticamente disciplinado por las leyes, y cuyas fases no son normalmente invertibles o eliminables. Es cierto que investigaciones preliminares, pareceres, sugerencias, también pueden requerirse para los fines del ejercicio de negocios privados, pero ello ocurre en todo caso de modo informal, y sólo si y en cuanto el órgano decidente, a su prudente juicio, lo estime realmente necesario. Para los fines de la emisión del acto administrativo cada fase del procedimiento debe en cambio resultar de una documentación objetiva, y todas las fases instructorias, de consulta o de control, cuando sean prescritas, deben ser observadas bajo pena de ilegitimidad del acto terminal, incluso cuando resulte claro que no podrán modificar la decisión ya vislumbrada y que, por ende, las mismas sean sustancialmente inútiles.

La rapidez del uso, examinada aquí con vista del cumplimiento del acto singular, adquiere un significado todavía más pleno cuando es referido a una serie de actos interconectados. La dimensión "tiempo" es, en un cierto sentido, extraña a la organización administrativa: aún cuando sea cierto que un determinado resultado pueda obtenerse sólo mediante el oportuno cumplimiento de actos coordinados, el acto administrativo no puede prescindir de la observancia de todas las reglas procedimentales, ni puede sacrificar la "regularidad" a la "tempestividad".

Un tercer perfil relevante de diversificación está representado por la "flexibilidad". Se trata de un fenómeno bien conocido: la fuente subordinada es más fácilmente modificable y adaptable que la fuente de grado superior. Se trata de una obvia consecuencia del principio ya precedentemente aludido a propósito de las características de El Estado de Derecho, según el cual cuanto más intensos y difundidos sean los efectos del acto, tanto más es necesar-

rio imponer cautelas y vínculos procedimentales a su emanación. La ley ordinaria es, entonces, más flexible que la ley constitucional, el reglamento más flexible que la ley, etc. El acto que, entre todos, realiza el mayor grado de flexibilidad es, en consecuencia, el negocio jurídico privado, que está en el último grado de la jerarquía de las fuentes (empleando esta expresión en sentido lato) y que dispone solamente para el patrimonio jurídico del sujeto agente.

A estos elementos diferenciadores del rendimiento del acto negocial y del acto administrativo se agregan otros, dependiendo ello de las disciplinas positivas concretas. Todo parecer obligatorio, "nihil ostat", autorización o aprobación que sea impuesto (para la adquisición de la maquinaria, para la escogencia del lugar de la planta, para la utilización de las reservas, para la transferencia de una suma de un fondo a otro, para la venta de excedentes, para el alquiler de medios de transporte inutilizados, etc.) constituye una ulterior causa de retardo. Los controles sucesivos que conlleven la anulación de los actos considerados ilegítimos, pueden romper una cadena de actos concebidos unitariamente y obstaculizar resultados ventajosos que el acto habría sido capaz de producir a pesar de su ilegitimidad. Los controles de mérito, preventivos o sucesivos, infringen el principio de la responsabilidad en cuanto la intervención volitiva de una segunda autoridad impide individualizar de quién sea el mérito o eventualmente el demérito, y hace venir a menos en todo caso el estímulo representado por la individualización del éxito.

10. Las examinadas características del acto negocial se reflejan tanto sobre el comportamiento externo como sobre la organización interna de la empresa. Los efectos sobre el comportamiento externo se combinan con otros factores que serán examinados sucesivamente; los que inciden sobre la organización interna merecen ser, en cambio, subrayados.

Las empresas están constreñidas a buscar las condiciones para un desarrollo continuo; aquéllas cuyas dimensiones sean estáticas o que decididamente retrocedan, siempre que no se trate de fenómenos temporales o ligados a eventos de carácter general, están destinadas a mediano o largo plazo a desaparecer. Por su parte, el continuo crecimiento plantea problemas siempre nuevos de organización o, mejor, obliga a repropo-ner los mismos problemas bajo una

luz siempre nueva: ¿es mejor unificar la dirección del personal o dejar que los problemas del personal sean afrontados autónomamente por las unidades operativas singulares? ¿Debe centralizarse o descentralizarse la oficina legal? ¿Cuál es el límite financiero de las operaciones que pueden ser realizadas directamente por los directores de las filiales? ¿Debe efectuarse por grupos la clasificación de las funciones, o con base en las características de cada departamento? ¿Cuál es la disposición más racional de las instalaciones? Cada uno de estos problemas y de otros similares, resuelto de cierto modo en un momento dado, puede exigir una respuesta diversa en una época sucesiva y a veces incluso a un breve intervalo, con base en las nuevas condiciones provocadas por el desarrollo de la empresa, por la introducción de nuevas técnicas administrativas y contables, por la consolidación de métodos de dirección diversos. Es esencial, por lo tanto, que la organización interna de las empresas sea flexible al máximo, de modo que la estructura pueda siempre adecuarse a las exigencias. Esta flexibilidad debe existir en primer lugar en las relaciones entre la dirección y las unidades operativas singulares, cuyo grado de autonomía debe poder ser libremente reducido o aumentado cada vez que se considere oportuno. En segundo lugar la flexibilidad es indispensable en lo que concierne a la distribución de las competencias y a las relaciones recíprocas de los departamentos singulares.

Estos resultados pueden ser asegurados sólo si la organización está dirigida mediante actos negociales. Si en cambio la fuente reguladora de la organización interna es un acto administrativo, se introduce automáticamente un elemento de rigidez que impide aquellas rápidas transformaciones que el dinamismo de la vida empresarial requiere. Peor si el reglamento relativo a la organización debe someterse a aprobaciones o controles de autoridades externas, y por aún si dicho reglamento debe uniformarse a un esquema tipo dictado en función de una pluralidad de empresas.

Uno de los peligros mayores del reglamento (acto administrativo) es que puede rigidizar las propias relaciones entre el grupo de mando de las empresas y las divisiones o unidades operativas singulares. Puede así ocurrir que éstas aún sin disponer de ningún poder decisional definitivo, reclamen el respeto al "status" garantizado por el reglamento, estorbando así la obra de mando del grupo al cual está confiada la responsabilidad de la guía de la empresa.

Tan grande es la necesidad de racionalizar la organización que, en los últimos decenios, han surgido especiales disciplinas como "organización hacienda", "disposición de las instalaciones", "job evaluation", que se ocupan exclusivamente de este objeto o de particulares aspectos del mismo, y prosperan empresas especializadas cuyas prestaciones consisten en examinar críticamente y racionalizar la organización de las otras empresas. De todos modos no siempre se piensa en que estas técnicas pueden afirmarse y aplicarse en la medida en que la flexibilidad de la fuente negocial permite conformar rápidamente la estructura de las empresas según las sugerencias recogidas; donde, por el contrario las empresas están obligadas a valerse de actos administrativos, existe el peligro de que mientras las modificaciones son efectuadas ya se han modificado las condiciones que las habían sugerido.

11. También en lo que atañe a los sujetos debemos partir de una definición sucinta de la persona jurídica privada y de la persona jurídica pública. También en este caso la definición será fundada en elementos exclusivamente formales y deberá ser acogida sólo como un amplio esquema, estando intencionalmente desvinculada de las disposiciones de cualquier derecho positivo: diremos entonces que persona jurídica privada es todo sujeto de derecho que, por voluntad del sistema positivo, está fundamentalmente destinada a vivir y obrar en base al régimen jurídico común a cualquier otro sujeto jurídico o que, cuando sea sometida a una disciplina particular, encuentre para ello un correctivo en la circunstancia de que tal disciplina puede ser creada por otros sujetos privados en base a su voluntad determinante y por medio de actos de derecho privado; en contraste, la persona jurídica pública, para todos, para muchos o aún para alguno solamente de sus aspectos, está sujeta a un régimen jurídico que vale sólo para ella, o bien para un grupo de entes; la persona jurídica pública, además, aún si es creada originalmente mediante actos privados, una vez constituida tiene una estructura y una consistencia que no son ya influenciables por los sujetos privados por medio de actos de derecho privado.

Como es sabido, las personas jurídicas se contraponen a las personas físicas; unas y otras tienen en común el régimen jurídico de la responsabilidad: en el primer caso la personalidad viene ligada a una organización, en el segundo a un hombre, a todo hombre.

Para crear otra persona física precisa generar un hombre, cosa extremadamente comprometedor; en el mejor de los casos el nuevo ser estará inerte por muchos años y, en vez de servir de ayuda, tendrá necesidad de protección y de cuidados. Crear una persona jurídica nueva es en cambio mucho más simple y, desde el punto de vista práctico, mucho más conveniente: como veremos, las personas jurídicas pertenecientes a determinados tipos tienen la característica de poder ser enteramente dominadas y manipuladas por su progenitor en la medida en que éste lo desee: además, la persona jurídica de nueva creación está de inmediato en grado de operar por sí sola.

La personalidad jurídica, pública o privada, no es en definitiva otra cosa que una técnica organizatoria: la atribución de la personalidad a una organización permite valerse de ciertos efectos y evitar otros. Como quiera que sea, dada la notable relevancia de este hecho, se comprende que los Estados se reserven un poder de decisión final en esta materia: por lo general las personas jurídicas públicas y las mismas personas jurídicas privadas pueden ser creadas sólo si a ello concurre un acto determinante de la autoridad pública. Este principio, por otra parte, en la generalidad de los sistemas positivos sufre —y no por casualidad— una importante excepción: las sociedades comerciales pueden ser creadas por cualquier otro sujeto jurídico por efecto de su exclusiva voluntad, limitándose las autoridades públicas a ejercitar al respecto un mero control de legitimidad relativo a la existencia de los requisitos mínimos establecidos para cada tipo de sociedad. Las sociedades comerciales son las personas jurídicas privadas que gestionan “empresas”: dentro de poco apreciaremos la relevancia de esta excepción.

12. Hemos anticipado que algunas personas jurídicas presentan la singular característica de poder ser enteramente dominadas por el sujeto que las genera, si y en cuanto y hasta cuando este sujeto lo desee.

Esta condición está presente para todas las personas jurídicas públicas respecto al legislador de El Estado (salvo que exista sobre el particular una norma constitucional vinculante, como ocurre, por ejemplo, en Italia para las Regiones) y también puede verificarse en el sector privado si se adopta el esquema de la sociedad por acciones. Para asegurarse el mando de una sociedad por acciones es

suficiente conservar la mayoría de las acciones o un capital accionario que, habida cuenta del fraccionamiento de los accionistas, asegure de hecho el dominio de los órganos sociales, o bien reservarse el poder de nombramiento de los administradores o particulares de los rechos de voto.

La posibilidad de reservarse el poder de mando frente a otro sujeto no implica que el poder mismo deba en cada caso ser ejercitado. Muchas sociedades por acciones son del todo autónomas frente a los sujetos progenitores (fundadores); y lo mismo puede ocurrir para las personas jurídicas públicas respecto al Estado. Ateniéndonos al principio de que la ley puede en todo momento modificar el estatuto de la persona jurídica pública, está dentro de las posibilidades de la misma ley disciplinar variadamente, graduándola en medida diversa, la posición de autonomía o de dependencia de la persona jurídica pública frente al Gobierno y a la administración pública estatal. Este aspecto adquirirá un significado más concreto cuando se responda a la cuestión de por qué puede resultar conveniente atribuir personalidad jurídica pública a empresas de El Estado supuestas a operar con los medios jurídicos del derecho privado.

La dependencia puede darse tanto para las personas jurídicas públicas respecto de El Estado, cuanto para las sociedades por acciones frente a los fundadores o a quienes adquieran su poder de mando. Pero por la incidencia que ello pueda tener en el plano de la funcionalidad, debe subrayarse que el grado de maniobrabilidad por parte del sujeto dominante puede alcanzar en las sociedades por acciones una intensidad mayor de la realizable en las personas jurídicas públicas. Esto se explica por dos factores: el primero está dado por el distinto grado de flexibilidad de la fuente reguladora; vale repetir aquí lo que antes hemos observado sobre la mayor flexibilidad del negocio privado frente al acto administrativo o la ley: y precisamente las personas jurídicas públicas encuentran su fundamento en un acto administrativo o una ley, mientras que el fundamento de las sociedades por acciones está constituido por un negocio privado. La rigidez de la fuente explica por ejemplo el fenómeno de los entes superfluos, es decir, de aquellas personas jurídicas públicas que, a pesar de haber agotado del todo su función, continúan existiendo sin que las autoridades públicas provean a su disolución: fenómeno inconcebible en régimen privado.

13. Un segundo factor de diferencia entre personas jurídicas públicas y sociedades por acciones (siempre en relación con el aspecto de su maniobrabilidad) viene dado por su diversa capacidad. Para los entes públicos se establece frecuentemente que se valdrán de modo principal sólo de la capacidad de derecho público, lo cual, en términos concretos, significa que tienen una competencia predefinida; los entes son creados para ejercitar esta competencia y no pueden separarse de ella: el ámbito de su operatividad está, entonces, rígidamente circunscrito. Las sociedades por acciones se valen en cambio de la capacidad de derecho privado, que es general. Dentro de este ámbito ellas pueden moverse libremente, pasando por ejemplo, sin dificultades apreciables, de un sector a otro, o de un tipo de relación jurídica a otro.

14. El esquema de las sociedades comerciales ha sido dispuesto en función de las empresas; y las empresas que están habilitadas por el derecho positivo para operar por medio de la capacidad de derecho privado —y entre éstas se incluyen sobre todo aquellas que tienen ellas mismas la forma de sociedades comerciales— se valen ampliamente de tal esquema, especialmente del de las sociedades por acciones. Recurriendo a esa fórmula organizatoria las empresas ejercitan la facultad de crear todas las nuevas personas jurídicas que estiman necesarias, con la certeza de conservar el pleno control de ellas en la medida en que lo consideren oportuno, adquiriendo así la ventaja de tener a su disposición ciertos centros operativos que, aún siendo considerados como entidades autónomas por el derecho —beneficio de gran relieve desde el punto de vista de la limitación de la responsabilidad y fiscal— son a la vez los más dóciles y dúctiles instrumentos de maniobra.

Tal facultad, concedida por el derecho a las empresas habilitadas para operar mediante institutos de derecho privado, adquiere un significado mucho más decisivo cuando se la relaciona con el principio de que, salvo circunstancias excepcionales, la reacción de una nueva empresa de una determinada dimensión puede tener lugar, de hecho, sólo por obra de otra u otras empresas de iguales o superiores dimensiones. De hecho, por lo tanto, las grandes empresas tienen el monopolio de la creación de otras grandes empresas. Tan cierto es esto que incluso los Estados, si quieren reducir los riesgos y el costo de la operación, encuentran conveniente confiar la

tarea de crear las nuevas empresas útiles para el desarrollo de su economía a empresas de grandes dimensiones ya existentes, eventualmente extranjeras.

Se explican, por otra parte, las razones que justifican y hacen efectivo el principio expuesto: la creación de una nueva empresa de dimensiones relevantes comporta la solución de problemas que sólo una empresa que opere al mismo nivel está preparada para afrontar: la elección del lugar, de los equipos, el adiestramiento preventivo y oportuno del trabajo especializado, la obtención de capitales.

Los mercados financieros están prontos a ofrecer los capitales necesarios siempre que existan garantías idóneas y éstas, de hecho, sólo pueden ser dadas por las grandes empresas: éstas tienen conocimiento pleno y directo del mercado, dan certeza de solvencia; su presencia es garantía de que la nueva iniciativa ha sido cuidadosamente estudiada, de que la nueva empresa será eficiente y dispondrá de los medios técnicos y científicos para desarrollarse. De modo que dentro de ciertos límites sólo se trata, para la empresa establecida, de una elección empresarial que se resuelve en términos de conveniencia, el establecer si y en que medida invertir en la nueva empresa capitales propios o recurrir al mercado de capitales.

Hay también otros aspectos de la creación de nuevas empresas respecto de las cuales el papel de empresas preexistentes de dimensiones no inferiores resulta aún más insustituible: disponibilidad de grupos ejecutivos (para los cuales, de hecho, no existe mercado) y transmisión a la nueva empresa de las técnicas operativas y de las tradiciones que son propias y peculiares de cada empresa, y que dan lugar a aquellos aspectos inmateriales de la organización cuya importancia práctica va reconociéndose cada día más.

Igualmente decisivo e insustituible es el rol de la empresa preexistente para el desarrollo de la nueva empresa. Toda nueva empresa tiene necesidad al menos en los primeros años de existencia, de integrarse en un sistema completo. Se trata no solo de tener un sostén idóneo para afrontar todas las dificultades que pueden encontrarse: nuevas necesidades de capital, consultoría especializada para resolver problemas especiales, etc., sino también de poder gozar del flujo de las innovaciones técnicas sin el cual cualquier

empresa estaría irremediablemente condenada en una economía tecnológicamente avanzada. De esto han tenido una amarga experiencia empresarios autónomos que aventuradamente decidieron instalar industrias en zonas subdesarrolladas (p. ej. en Sicilia) impulsados por el espejismo de las facilidades públicas; las empresas creadas por ellos resultaron en un primer momento en una ruina total pero adquiridas después por grupos de grandes dimensiones e integradas a la organización de éstos, han demostrado plena vitalidad. Ello debido a que el flujo de las informaciones y de las innovaciones puede ser asegurado sólo por una empresa preexistente que tenga dimensiones adecuadas.

El medio técnico jurídico representado por la creación de sociedades por acciones, sumado a la aptitud de hecho de crear otras empresas, facilita a las empresas la plena utilización de sus capacidades. La creación de nuevas empresas puede ser determinada por varios factores: haber descubierto nuevas combinaciones productivas, colmar vacíos existentes en otros mercados, aprovecharse de márgenes disponibles en la propia organización comercial, utilizar productos secundarios de las propias producciones principales (mucho es raro el caso de que un producto creado sólo para evitar que se pierda materia secundaria, se revele, andando los años, más interesante que la propia producción principal); otras veces la razón de la nueva iniciativa es sólo financiera.

La conveniencia de permitir a las empresas existentes crear otras empresas es evidente en todos los casos en que éstas llenen una laguna del mercado; pero resultará evidente también en términos generales si se considera que, por ejemplo, la capacidad ejecutiva y organizativa (a un cierto nivel) y la capacidad de producir un flujo de innovaciones, aún permaneciendo dentro de amplios límites inmutables en su consistencia, pueden ser al mismo tiempo utilizadas para un número indefinido de unidades; toda nueva producción que se valga de estos elementos disminuye su costo unitario. Además toda nueva iniciativa acrece, tanto desde el punto de vista técnico como organizativo, las experiencias obtenidas y confiere al grupo la aptitud para descubrir nuevas combinaciones dentro de una extensión todavía más amplia.

Si se impide a una empresa que genere otras empresas no sólo se esteriliza una capacidad existente que en sí misma repre-

senta uno de los bienes más preciosos, y talvez el mayor de que disponga el sistema económico, sino que se impide incluso el enriquecimiento progresivo de esta misma capacidad.

15. Una confirmación de estas conclusiones, y de la relevancia de las fórmulas jurídicas, le ofrece el comportamiento de los mayores grupos americanos en los últimos decenios. Todas las nuevas producciones (electrónica, cohetes, nuclear, espacial), incluso careciendo a veces, o teniendo solo mínimas conexiones con las producciones precedentes, han sido acaparadas por las grandes empresas preexistentes. Los mayores grupos americanos, en su conjunto, han creado además en el exterior que constituyen la tercera potencia industrial del mundo, sólo superada por la industria interna de los Estados Unidos y de la Unión Soviética, y superior a la potencia representada por el complejo de las empresas europeas.

Con referencia a este último fenómeno puede preguntarse por qué una expansión análoga de las empresas soviéticas no ha tenido lugar. Existen en Rusia empresas de dimensiones no inferiores a las mayores americanas, que en todo caso tienen una dimensión suficiente para la creación de otras grandes empresas. Debe excluirse la hipótesis de que la abstención de las empresas rusas en generar empresas internacionales sea atribuible a falta de capitales: la constatación de que, por ejemplo, los capitales utilizados para la creación de las empresas americanas en Europa son de origen europeo en su mayoría, y que el flujo hacia Estados Unidos de capitales bajo la forma de dividendos accionarios, royalties por utilización de patentes, pago por suministros especiales de parte de sociedades americanas en el exterior, es superior al flujo de la inversión externa de nuevos capitales americanos, viene a ser decisiva al respecto.

¿Por qué, aún existiendo (al menos aparentemente) las condiciones objetivas necesarias, no se asiste a un desarrollo de las empresas soviéticas en el exterior, comparable al americano? Probablemente la causa deba adscribirse, además de a la conciencia de una economicidad no comparable de la propia gestión (que debe también imputarse, como se verá, a razones de carácter jurídico), en primer lugar, a la razón específica, de carácter jurídico, consistente en el hecho de que el ordenamiento de las empresas en la URSS no las habilita ni a crear libremente empresas complementarias ni a operar en el exterior.

Si las empresas americanas hubiesen encontrado, a su vez en el régimen jurídico que se les aplica, un obstáculo igual para entrar en producciones diversas de las originarias o a operar en el exterior, su inmensa capacidad de generar otras empresas se habría esterilizado y habría permanecido inutilizada; y nótese que la creación de las empresas en el extranjero se ha revelado como un excelente negocio que, sin quitar nada a las empresas madres, ha constituido, por el contrario, un factor esencial de su alto grado de dinamismo.

16. Acerca del aspecto subjetivo parecería natural concluir en este punto a favor de la forma jurídica privatística sobre la publicística, en lo que hace al rendimiento de las empresas. Es cierto que la primera, según el derecho común a la generalidad de los países, habilita la creación de otras personas jurídicas, es decir, ofrece un instrumento jurídico de potencialidad ilimitada para la generación de nuevas empresas; sin embargo, mientras que sobre tal constatación no surgen dudas, al tratar la forma jurídica publicística deben hacerse ciertas distinciones.

En efecto, no es tanto esta forma en sí mismo, cuanto el modo en que la misma suele regularse, lo que impide la generación de otras empresas por parte de las existentes. El punto neurálgico de tal disciplina (para el problema que aquí interesa) está representado por el carácter abierto o cerrado del objeto de la empresa.

En una empresa inserta en un sistema de derecho administrativo la hipótesis más corriente es que su objeto esté fijado de modo rígido y vinculante: la gestión de uno o varios establecimientos, la producción de determinadas cantidades de productos, según la nomenclatura, la absorción, las cualidades prefijadas, en fin: la gestión de un entero, pero específico, sector productivo. En estos casos la empresa aparece como ejecutora de una tarea precisa y está obligada a cumplirla: las mejores técnicas y las innovaciones están a su vez condicionados por lo específico del objeto, y pueden ser introducidas (a menudo, previo ejercicio de controles adecuados) solamente si conciernen de modo directo e inmediato a los bienes incluidos en el programa a cumplir.

Un segundo caso en el que la capacidad de generación no puede tampoco llevarse a la práctica se da cuando el sector de activi-

dad de la empresa está fijado taxativamente, y se prohíbe a aquélla desviarse de tal sector, ya de manera directa, ya indirectamente. Con frecuencia, para recalcar mejor esta limitación, las leyes prohíben expresamente que el ente constituya sociedades o participe en ellas. Pertenecen a este tipo de disciplina en Italia el Ente Nacional para la Energía Eléctrica (ENEL).

En cambio la forma pública no es incompatible con la generación de otras empresas cuando esté expresamente previsto que realice su actividad mediante sociedades controladas o coligadas. En esta hipótesis es la misma ley la que desea que el Ente público desarrolle en concreto la función de jefe de un grupo de sociedades de forma privatística. Es compatible con este esquema que se fijen al ente sectores particulares de operatividad, pero en este caso, si bien es cierto que el vínculo exige que el ente esté presente de alguna manera en los sectores productivos de que se trate, no puede impedir que opere también en cualquier otro campo al cual lo lleve su propia fuerza dinámica de expansión. Una holding pública con vínculo sectorial en el sentido indicado es en Italia el Ente Nacional de los Hidrocarburos (ENI).

En fin, el modelo más abierto está representado por el Ente público que está expresamente habilitado para operar por medio de sociedades, sin que se le impongan vínculos de sector. El Instituto de Reconstrucción Industrial (IRI) pertenece hoy en Italia a este tipo.

De lo dicho resulta que al menos en dos de las variantes examinadas el ente público puede comportarse, respecto a la creación de otras empresas y a la utilización para este fin de un instituto típico del derecho privado, como es la sociedad por acciones, del mismo modo que las empresas que revisten ellas mismas forma privatística, alcanzando resultados parecidos.

17. Sobre el particular ofrece útiles experiencias, pues en el sistema vigente coexisten entes públicos de los varios tipos considerados. El ENI fue creado en 1953, con la tarea de promover y realizar iniciativas de interés nacional en el campo de los hidrocarburos y de los vapores naturales.

Si dicho ente hubiese sido sujetado a la disciplina del ente público que opera con vínculo sectorial, su vida hubiera sido pobre

y su gestión probablemente hubiera asumido carácter ruinoso: las fuentes de metano en el Valle Padano, que dieron impulso a la creación del Ente, están por ser absorbidas rápidamente por el fuerte incremento del consumo, mientras que la esperanza de encontrar petróleo en Italia han sido hasta ahora vanas; si el Ente no hubiera robustecido su estructura por otros medios, probablemente no habría tenido la experiencia técnica ni los capitales necesarios para ejecutar y dirigir las investigaciones que ahora se están efectuando en la plataforma continental italiana. Pero la ley ha permitido oportunamente a la Institución que opere como jefe de un grupo de sociedades controladas y coaligadas; el límite de sector ha sido interpretado de modo elástico. Estas particularidades de la disciplina jurídica han permitido al ENI operar aún en el extranjero, a la misma necesidad de oponerse a la competencia de los potentes grupos petrolíferos internacionales lo ha constreñido a crearse una base de mayor resistencia a través de una integración de carácter horizontal. Hoy el Ente es una empresa sólida que opera con éxito aún en el campo internacional, en los sectores petrolífero, químico, mecánico, nuclear y textil.

Análoga es la historia del IRI (ente público cuyo objeto es más bien, el más abierto).

Diversas, al menos desde el punto de vista jurídico, se presentan las posibilidades de desarrollo del ENEL (creado en 1962); este ente es el mayor en dimensiones, pero su objeto es del tipo "vinculado"; la gran fuerza generatriz del ENEL debe permanecer, por ley, inutilizada; pese a la consistencia de sus dimensiones si no se reforma su disciplina, el ENEL quedará también en el futuro como un mero consumidor de plantas industriales producidas por terceros y no podrá valerse de su experiencia y de las capacidades derivadas de sus dimensiones para realizar el alto grado de desarrollo tecnológico y de integración que es propio de los grupos que operan en su mismo sector y que pueden utilizar (en otros países) una forma jurídica abierta.

18. Hay otro aspecto distinto que debe ser considerado en relación con la naturaleza del sujeto.

Hasta aquí se ha hablado de generación de otras empresas pero en realidad mientras la empresa madre mantenga su control sobre la empresa hija, la empresa sigue siendo única, incluso si se

estructura como grupo. La personalidad jurídica, como ya se dijo, sólo es una técnica de organización: desde el punto de vista práctico esto significa que con la facultad de crear y maniobrar distintas personas jurídicas, la libertad de autoorganización de la empresa que pueda hacer uso de dicha facultad se acrecienta enormemente. La flexibilidad de la organización, que es indispensable para asegurar una adecuación incesantemente renovada, encuentra así, en la sociedad controlada, un ulterior instrumento para lograr sus objetivos.

Son tan evidentes las ventajas del grupo empresarial que se ha tratado de crear una estructura similar también en el ámbito de una disciplina enteramente publicística, creando entes de dirección de sector y poniendo bajo su dependencia una pluralidad de empresas que operan dentro del mismo, o dotadas también de naturaleza pública. La objeción que puede hacerse a este esquema es la de que, además de topar con las dificultades ya evidenciadas que derivan del límite sectorial, del fraccionamiento de la responsabilidad, de la aplicación de procedimientos administrativos muy complejos, introduce, con el reconocimiento de la personalidad jurídica pública a favor de las unidades operativas, un ulterior diafragma. La funcionalidad del grupo está ligada a la maniobrabilidad de las unidades dependientes por parte del ente de mando; para que este resultado se obtenga en el ámbito de una disciplina publicística precisa que se atribuya al ente de dirección un poder exclusivo sobre la existencia de las unidades dependientes, que le permita en cualquier momento proceder a su creación, transformación, fusión, supresión. Cuando estos poderes sean atribuidos a un tercer órgano, o de cualquier modo deban ejercitarse con intervención de un tercer órgano, la posición de las unidades dependientes se rigidez y se autonomiza, produciendo, por razón de la obtenida personalidad jurídica, efectos frenantes todavía mayores de los que se producen cuando la organización interna está regulada mediante actos administrativos comunes.

La forma pública se ha impuesto muchas veces por la necesidad de crear empresas de dimensiones idóneas, pudiendo el Estado, mediante el ingreso tributario, aprestar mayores recursos que los que ninguna empresa estaría en grado de recoger. Para muchos estados de medianas dimensiones los términos del problema, en los tiempos más recientes, se están invirtiendo, pues para determinados tipos de empresas la dimensión nacional media ha llegado a

ser económicamente insuficiente. En estos casos, cuando no se hayan previsto los mecanismos necesarios, la forma pública se transforma en una prefijación de un nivel máximo que puede bloquear el desarrollo de la empresa.

Este inconveniente puede obviarse permitiendo al ente público que opere mediante sociedades controladas o coaligadas, según el esquema ya examinado; las sociedades, que gozan de la disciplina común de derecho privado, pueden superar libremente el nivel nacional y expandirse según su capacidad dinámica.

El grupo público que permita a un ente público controlar y guiar a una pluralidad de sociedades escalonadas a varios niveles, evita incluso los inconvenientes de la rigidez de la estructura organizativa, y alcanza la misma flexibilidad de un grupo del grupo en el que también el ente dominante tiene forma jurídica privada. En este punto corresponde preguntarse qué razones hay para conferir forma jurídica pública al ente jefe de un grupo que, en lo demás está enteramente sujeto a la disciplina jurídica privatística: la pregunta se ha hecho muchas veces, incluso con intenciones polémicas. Pero su respuesta requiere profundizar aspectos que hasta ahora no hemos considerado, y por ello es preferible diferir su examen por el momento.

La conclusión general que desde ahora puede obtenerse en lo que atañe a los sujetos es que el asunto acerca de ellos es mucho más complejo y las soluciones pueden ser mucho más sofisticadas que las que corresponden a los actos. Como muchas veces se ha observado, la personalidad jurídica no es otra cosa que un esquema organizativo; debe admitirse que este esquema puede ser diversamente configurado según las exigencias que se quieren satisfacer y los resultados que se quieren obtener. Por otro lado el esquema "persona jurídica" presupone, utiliza y se resuelve en actos jurídicos: tratándose de una figura organizatoria compleja, nada excluye que para los fines de su construcción se utilicen y combinen en diversa medida, actos públicos y privados, buscando con ello obtener las ventajas propias del rendimiento de cada uno de ellos.

19. También para los bienes debe partirse de la definición: son públicos los bienes sujetos a disciplina publicística, y de los cuales puede, por consiguiente, disponerse sólo mediante actos de

derecho público; son privados los bienes sujetos a disciplina privatística, y de los cuales puede disponerse mediante actos de derecho privado.

También para los bienes debe, entonces, evitarse rigurosamente toda definición de contenido sustantivo, que sea fruto de una carga ideológica: como aquella de que los bienes públicos deban ser objetivamente diversos de los privados, o que el bien es privado si puede ser objeto de propiedad o de otro derecho real de un individuo persona física.

Pero la misma cosa, permaneciendo inmutada en su consistencia y naturaleza, puede devenir pública o privada según el régimen jurídico a que está sujeta; si existe una diferencia de sustancia entre estos dos tipos de bienes, ella resulta exclusivamente del derecho.

En cuanto al ligamen del bien privado con el individuo particular, sólo es expresión de la ya recordada contraposición decimonónica (históricamente cierta en aquel período) entre fines y dominio del Estado y fines y dominio de los particulares, y está actualmente superado por la definición formal de los dos tipos de bienes.

Pero también desde un punto de vista histórico aparece superado: en los albores del sistema industrial y aún durante un buen trecho de su desarrollo, el capitalista permaneció siendo un individuo físico. En la fase contemporánea, sobre todo a nivel de las grandes empresas que son las que en definitiva caracterizan el sistema económico, los capitales que se requieren han alcanzado tales proporciones que superan en todo sentido las posibilidades de los individuos singulares. En el nivel considerado las empresas familiares e individuales van desapareciendo inexorablemente, y hoy se cuentan con los dedos de la mano; y de todos modos, aún en los casos de propiedad individual, las utilidades netas deben necesariamente redestinarse en su mayor parte a los procesos productivos bajo la forma de autofinanciamiento: y el margen de ganancia individual, además de representar una fracción mínima del capital invertido, refluye a su vez, bajo forma de demanda de bienes de consumo, en el mecanismo productivo. Puede entonces aceptarse tranquilamente como punto de partida que la empresa de ciertas dimensiones utiliza dondequiera bienes colectivos: el régimen ju-

rídico, público o privado, solo constituye una diferencia en la técnica de utilización de estos bienes.

El rendimiento de estas dos técnicas alternativas debe ponderarse desde tres puntos de vista: el de la influencia sobre la organización del grupo de mando; el de la dimensión de la empresa; y el de la utilización de los bienes en los procesos productivos.

20. Dentro del ámbito de un régimen privatístico se da una relación estrecha entre propiedad (de las acciones) y poder de mando. Este dato de hecho, combinándose con otros factores, ofrece hoy la base de una serie de consideraciones extremadamente diversas. Precisa sobre todo distinguir entre la situación en el organismo que opera como jefe de grupo y la situación en las sociedades que forman parte de un grupo en posición de dependencia. En este segundo caso es normal que la propiedad de las acciones, en su mayoría, esté en manos del ente jefe de grupo; y es precisamente a través de esta técnica que el ente jefe de grupo (él mismo sociedad privada o persona jurídica pública) conserva un dominio completo sobre las sociedades dependientes, y está en grado de manipularlas libremente. En cuanto al jefe de grupo, la atenuación de los predomios familiares o individuales y la acentuación de la naturaleza sustancialmente colectiva, con formas variadas, de los capitales utilizados (fraccionamiento del capital accionario, adquisición de la mayoría por parte de grupos no empresariales, como fondos de seguro o de inversión, control directo o indirecto de la mayoría de las acciones por parte de la sociedad misma) ha provocado una tendencia a la formación de una oligarquía de mando que se renueva sustancialmente mediante cooptación. Aún con la prudencia que debe usarse al formular juicios en una materia cuyos particulares se sustraen a la publicidad, puede estimarse que el carácter oligárquico del grupo de mando subsiste aún cuando no haya participaciones familiares o individuales que representen la mayoría relativa sin alcanzar la absoluta. Un dato extremadamente interesante es que las relaciones en el ámbito del grupo oligárquico se mantienen fluidos por regla general: lo que no sólo facilita la renovación de la élite (que en las mayores empresas mundiales ha sido bastante rápida) sino que, prescindiendo de la renovación, permite el continuo ajuste de las posiciones recíprocas sobre la base de las capacidades demostradas, no excluyendo que, para determinados pe-

riodos, una personalidad singular adquiera un dominio preminente frente a todas las otras.

El régimen publicístico, en cambio, no resiste generalmente a la tentación de determinar la composición interna del grupo de mando, con la consecuencia de que, incluso donde rija el principio de la dirección colegial, se provocan antagonismos y rigideces derivados del hecho de que las funciones de cada uno y sus recíprocas posiciones hallan su fundamento y límite en una fuente supraordinada; peor aún cuando estas regulaciones se imponen como disciplina uniforme para la generalidad de las empresas.

Paradójicamente, la de otro modo rara hipótesis de capital de una empresa de grandes dimensiones poseído por un sujeto único puede hoy verificarse principalmente si el accionista es el Estado. En esta hipótesis los administradores de la empresa se encontrarían expuestos al deseo de los órganos directivos del Estado; el principio de la formación de la élite por cooptación con base en la capacidad sería sustituido por el nombramiento por parte del personal político. Y ya que el poder de nombramiento de parte del dueño de la mayoría de las acciones es, en régimen privatístico, absoluto, de allí derivaría una sujeción de la empresa a los órganos políticos o burocráticos que degradaría sustancialmente a la empresa al rango de unidad subordinada, en un grupo con características de total maniobrabilidad. No hay duda de que debe ser posible subordinar a la empresa cuyos capitales sean del Estado a las directrices impartidas por los órganos de gobierno; pero la conservación de un grado suficiente de autonomía es indispensable, puesto que de otro modo el poder efectivo de mando pasaría a las manos de órganos que, precisamente por el hecho de ser políticos y burocráticos, son particularmente adeptos a otras funciones; no siendo profesionalmente empresarios, no pueden en este aspecto dar ninguna garantía de mejor rendimiento. Esta es una de las razones (pero no la única) para las que, cuando el capital de la empresa sea total o mayoritariamente del Estado, se prefiere, para la disciplina del ente jefe de grupo, la forma publicística y no la privatística, puesto que la primera permite soluciones más diversificadas y un mejor balance de las exigencias de la autonomía, esenciales para la economicidad de la gestión, y de la dependencia, esenciales para asegurar que se tratará de alcanzar los objetivos señalados por los órganos de Gobierno. La fórmula prevalentemente adoptada en Italia para los

entes públicos antepuestos a grupos empresariales que operan en régimen privatístico, es el nombramiento de los administradores por parte del Gobierno por periodos de tres años renovables, y posibilidad de disolución anticipada de la administración sólo en caso de graves irregularidades o persistentes violaciones de la ley; en vez de la revocabilidad en cualquier momento y sin obligación de motivación, que se produciría si tales entes tuvieran la forma de sociedades por acciones, en vista del completo dominio de la asamblea por parte del Estado.

21. Un segundo aspecto a considerar es el del poder externo de la empresa; éste depende de sus dimensiones y por lo tanto, también aquí, en régimen privatístico, del complejo de los capitales disponibles: la empresa que utiliza institutos de derecho privado opera, en efecto, por definición, por medio de negocios jurídicos, estos, mediante actos no autoritarios. Por ende, sólo puede disponer de los bienes propios o de los que, consensualmente, logra obtener en los mercados financieros.

Para las grandes empresas internacionales esto no es un límite efectivo, puesto que su dimensión es tal que no sólo les permite afrontar todo nuevo cometido en condiciones de ventaja respecto a todo otro competidor, sino también reunir con mayor facilidad otros capitales en los mercados internacionales. Su misma dimensión garantiza además a estas empresas una posición casi de monopolio para la utilización de contratos de suministro y de investigación que alcanzan, especialmente los del Gobierno de los Estados Unidos, cifras elevadísimas y que se han revelado como un factor decisivo del desarrollo tecnológico. Para las empresas medianas, o incluso para las empresas mayores de los sistemas económicos menores, el límite que representa el complejo de bienes disponibles (y, en relación con éstos, de los bienes conseguibles) constituye un obstáculo insuperable cada vez que se descubre una nueva combinación de factores productivos que exija una actividad empresarial de más amplias dimensiones. Este problema, insoluble en términos privatísticos, puede en cambio encontrar una respuesta con la inserción de una determinante pública: el Estado dispone de instrumentos publicísticos de diversos tipos para la obtención de capitales, y puede afrontar el problema de la inversión en una iniciativa empresarial de mayores dimensiones como un problema normal de ponderación

entre varios intereses públicos y, por ende, en definitiva, sobre la base de una decisión de gobierno.

22. Hasta aquí, en lo que concierne la formación del grupo de mando y el poder externo, el rendimiento del régimen privatístico y el del régimen publicístico se compensan, apareciendo preferible ora uno, ora el otro según cambian las circunstancias concretas. En cambio si se mira al aspecto de la utilización de los bienes en los procesos productivos, la superioridad del régimen privatístico aparece, en los casos normales, indiscutible. Utilización de los bienes en los procesos productivos significa posibilidad —a favor de los responsables de la empresa— de disponer de los bienes en la cantidad y calidad apropiadas y oportunas. El régimen privatístico permite a los empresarios escoger, a consecuencia y por efecto de la autonomía negocial y sobre la base de un cálculo de conveniencia, los bienes necesarios para sus producciones (áreas, inmuebles, maquinarias, materias primas y semielaboradas); procurar su entrega en las fechas pactadas; enajenar los que ya no son necesarios; sustituir aquéllos que, no siendo todavía obsoletos, sirven para tareas que pueden ser mejor realizadas por bienes de nuevo tipo.

El régimen privatístico aventaja aquí, no por la pertenencia de los bienes, sino como técnica de obtención de los bienes, técnica que, fundándose sobre la utilización de actos de derecho privado, revela aquellas ventajas de la adecuación, la oportunidad y la simplicidad.

Cualquiera sea el ángulo en que se lo considere, el régimen publicístico de los bienes utilizables en la producción no puede menos que traducirse en una rémora a la economicidad: la asignación de bienes por parte de autoridades externas, la subordinación a autorización superior para todo desplazamiento de sumas de un fondo a otro, el deber de requerir el visado para la venta de excedentes de inventario, el examen previo de autoridades superiores para la sustitución de maquinarias, la compra de éstas no por medio de una relación directa con su productor sino mediante una solicitud motivada dirigida a un órgano superior, la subordinación a aprobaciones expresadas para todo cambio en los procesos técnicos, etc., se traducen en una prolongación de los tiempos y en la consiguiente alteración de las combinaciones productivas previstas por las empresas; muchos de estos procedimientos pueden incidir también en el fondo

de las decisiones haciendales, como por ejemplo en el caso de que los bienes asignados sean de naturaleza diversa de la requerida, es negada la sustitución de maquinaria por otra más eficiente sólo porque la primera no es suficientemente obsoleta, si las máquinas y los materiales adquiridos por el órgano competente (y que no pueden ser rechazados) no corresponden exactamente, por calidad y tipo, a los requeridos; si se niega la modificación de un proceso productivo; así como inciden sin más sobre la responsabilidad sobre el rendimiento haciendal el deber de observar normas rígidas prefijadas sobre el consumo de las materias primas y de las maquinarias, sobre el grado de antigüedad de las máquinas a sustituir sobre la repartición de los fundos entre los diversos objetivos haciendales. Un aspecto que no puede descuidarse es que estas dificultades terminan por incidir sobre la formulación misma de los requerimientos por parte de las haciendas, que se abstienen de presentar sus exigencias si tienen la razonable convicción de que no serán atendidas.

Normas del tipo expuesto se observan en el ya citado Reglamento de la Hacienda productiva socialista de Estado, en vigor en la URSS desde octubre de 1965, y ellas constituyen no un dato ocasional sino más bien un lógico y normal desarrollo del principio de sujeción de los bienes al régimen publicístico.

23. Entre los aspectos más delicados de la disciplina de las empresas están los controles y la responsabilidad, temas separados en abstracto, pero estrechamente unidos en la práctica o mejor aún, interdependientes.

Si la empresa está sujeta a una prevalente disciplina administrativa, los problemas del control, al menos desde el punto de vista formal, se plantean y resuelven de modo bastante simple. Hay muchos objetos atinentes a la vida de la empresa que se fijan mediante actos de rango superior, como la repartición de utilidades entre los varios fondos, los procesos productivos, las normas de consumo, la determinación de los bienes y de las maquinarias en libre disponibilidad, el ámbito de la negociación autónoma, las relaciones entre los diversos dirigentes, etc., mientras que para el cumplimiento de muchas otras operaciones se requiere la aprobación, en examen, el "nihil obstat" de las autoridades superiores. La función de los controles es entonces rápidamente individualizada: donde se

haga necesaria la intervención preventiva de la autoridad superior, aquellos se extienden al mérito, es decir, valoran la conveniencia o bondad de la elección hecha por la empresa; en este o en cualquier otro caso ellos conciernen luego también a la legitimidad, es decir, verifican la observancia de las prescripciones que para la empresa tenían carácter vinculante.

En cuanto a la responsabilidad, la misma se establece no sólo para cualquier ilegitimidad cometida, sino que se verifica también globalmente con referencia a un parámetro dado: la superación de los índices de producción fijados en los planes, los cuales determinan la nomenclatura, el surtido, la calidad y la cantidad de los productos; si tales índices no son alcanzados se procede al castigo de los culpables; si en cambio son superados, se atribuirán premios a la empresa, globalmente considerada y también a todos los que particularmente hayan tenido el mérito.

24. Si la empresa opera en régimen privatístico el asunto se hace extremadamente complicado. Ante todo viene a faltar el presupuesto para el control de legitimidad: éste tiene como antecedente necesario una regla que debía ser observada; en el acto privado, al contrario, la libertad prevalece frente a la regla; la regulación es siempre autónoma, en el sentido de que corresponde de todos modos al sujeto decidir libre e incontrolablemente cumplir o no el acto.

Ni es posible un control sobre la actividad global. En efecto, no hay límites preestablecidos de cantidad y calidad. El metro es uno solo: desarrollarse en medida no inferior a las otras empresas, puesto que la empresa que pierde el paso en la carrera del desarrollo está ineluctablemente condenada a desaparecer o a ser absorbida. Pero de ello se percata generalmente sólo en los últimos momentos, cuando es demasiado tarde para reaccionar. En realidad faltan indicios seguros para medir la vitalidad de una empresa. Sucesivamente se ha propuesto hacer referencia a la facturación, al patrimonio, a las utilidades anuales, al valor agregado. Pero, aparte lo subjetivo de la generalidad de las valoraciones sobre cuya base algunos de estos indicios deben calcularse, una dificultad insuperable deriva de la circunstancia de que los efectos de las elecciones más importantes, en el grado actual de desarrollo tecnológico y comercial de la producción, se realizan enteramente sólo en un plazo largo o

mediano, de modo que no es sino cuando el ciclo está ya completo cuando es posible anticipar juicio; y agréguese a esto que los ciclos singulares no son fácilmente aislables, puesto que los efectos de las diversas elecciones se entremezclan y confunden, de manera que los ciclos tienen siempre carácter abierto en cuanto se renuevan incesantemente. Sólo de vez en cuando, a cierta distancia, en el tiempo, es posible reconstruir las consecuencias de alguna decisión importante y reconocer que la misma fue feliz o inoportuna; pero se trata de valoraciones expresadas en sede, por así decirlo, histórica, que no pueden influir sobre la conducta actual de la empresa que, en el momento en que el juicio es formulado, está seguramente ocupada en una problemática enteramente nueva.

No basta, por otra parte, que la conducta observada por la empresa haya asegurado un cierto grado de desarrollo: es también necesario que este desarrollo no haya sido inferior al de las empresas competidoras. Y es en esta necesidad que debe buscarse el único control efectivo de la conducta de las empresas, en la conciencia de que la empresa participa en una competencia abierta en un mercado libre, y en la necesidad de adoptar todas las precauciones que sirvan para evitar la derrota en esta carrera, cuyo precio sería demasiado alto: la desaparición de la empresa y, por lo tanto, la desaparición de su grupo de mando.

Características esenciales de esta competencia son: que no se conocen los tiempos de los adversarios y que la meta es permanentemente desplazada. Por otra parte, en cualquier fase de la carrera basta superar un cierto margen de separación respecto a quienes están en primera fila para ser eliminados; precisa entonces tratar de obtener lo máximo de todo acto de la propia existencia de la empresa, para no encontrarse bajo esta invisible (pero no por ello menos significativa) línea de eliminación, antes bien, para realzar un progreso y colocarse a la cabeza: se trata, por lo tanto, de hacer uso de la autonomía ínsita en todo acto negocial para realizar la más adecuada regulación que procure los mejores medios de producción a los costos más bajos, los mejores materiales, la maquinaria más seleccionada, los lugares y locales más aptos, la mano de obra más calificada, los capitales de más bajo interés, los directores más capaces; se trata de vender a los precios más elevados, se mejora la calidad para incrementar las ventas; se aplican los pro-

cesos productivos más modernos; se reducen, del modo más expedito, los tiempos necesarios para cada operación; más en general, se trata de eliminar todo período de inutilización de los varios factores productivos.

El cuadro no estaría completo si no se precisara una ulterior característica de la carrera perenne en que toda empresa se encuentra frente a las demás en régimen privatístico; en esta justa cada concurrente, por así decirlo, puede valerse de cualquier máquina para aumentar su propia velocidad, y también puede, en cualquier instante, cambiar la máquina usada si aparece una más veloz. Por ende toda empresa está constreñida a dar por hecho el progreso científico de los adversarios, y a tratar de anticiparse a ellos. Se trata no sólo de optimizar la propia organización y las combinaciones productivas actuales, sino también, y todavía más, se trata de preparar desde ahora para el futuro las decisiones más apropiadas; el comportamiento actual de la empresa es siempre la realización de una futurización anterior. En esta perspectiva la empresa investiga hoy los campos en los cuales sea previsible para mañana los progresos más rápidos (campos cuya conveniencia podrá derivar incluso de la ausencia actual de empresas igualmente dinámicas), incrementa la investigación científica, acelera el flujo de las innovaciones, perfecciona el grado de calificación de la mano de obra, recluta oportunamente los mejores ejecutivos. En realidad la economicidad misma, para las empresas en régimen privatístico, debe ser entendida en sentido no estático sino dinámico, con proyección hacia el futuro.

Sin embargo sería erróneo estimar que toda empresa puede crecer sin límite y que su mayor o menor desarrollo depende exclusivamente de su voluntad y capacidad: en realidad el desarrollo de la empresa está también condicionado por factores objetivos, externos o internos, como por ejemplo la capacidad de absorción de los mercados, el monto de los capitales disponibles, la presencia de una mano de obra especializada, una efectiva capacidad de dirección, la ausencia de empresas competidoras que restrinjan ritmos de desarrollo superiores; si no se tiene debida cuenta de estos factores, y se incrementan los otros elementos olvidando aquellos cuya dimensión esté legalmente limitada, se tropezará con obstáculos tales en los procesos productivos que determinarán resultados catastróficos. Por consiguiente, cuando nos referimos a un ritmo de desarro-

llo máximo, consideramos con ello el máximo y equilibrado desarrollo de todos los factores necesarios, dentro de los límites derivados de las condiciones técnicas objetivas propias de cada uno de los referidos factores.

25. También para las empresas en régimen privatístico que se diga sobre la responsabilidad está condicionado por la situación relativa a los controles. Si no hay ninguna medida objetiva para medir el rendimiento (estando el control de éste confiado esencialmente al estímulo de la competencia) no puede haber ninguna medida objetiva tampoco para medir la responsabilidad de los componentes del grupo directivo de la empresa. Por otro lado a nivel de dirección (especialmente si se tiene en consideración una empresa de grandes dimensiones) se ha debido constatar que la sanción más grave no puede consistir sino en la remoción del cargo. Toda otra sanción sería inadecuada: las penales, porque repugna a la conciencia moderna la aplicación de medidas punitivas por errores de valoración; las civiles, porque el patrimonio individual corresponde a una dimensión que no puede conmensurarse con la de la empresa. Como el estímulo para la acción se basa esencialmente en el espejismo de aumentar el poder de mando de la empresa e indirectamente el poder propio, así recíprocamente la sanción se identifica con la privación de este poder. Y puesto que no existe nunca certeza de la efectiva erroneidad de la conducta sino que, por el contrario, no se excluye que a la distancia de años una decisión que en el momento aparecía aventurada y que de hecho haya sido fuente de graves dificultades en los primeros años de aplicación, se revele como un genial bastión para el desarrollo de la empresa, el administrador separado del poder efectivo y luego con frecuencia alabado y honrado.

Se explicó al comienzo que el acto negocial, hecha abstracción de la eficacia autoritaria, tiene una estructura muy cercana a la del acto político. En consecuencia el ejercicio del poder en las empresas gestadas en forma privatística asume caracteres muy próximos a los del ejercicio del poder político. Se notará así que la sanción que se aplica a los dirigentes de empresas presenta las mismas características de la llamada responsabilidad "política" a la que están sometidos los hombres políticos en los regímenes que acogen el principio de la democracia formal. En efecto, también

la responsabilidad política consiste en el mero alejamiento del cargo, alejamiento inexorable y duro, y sin embargo frecuentemente acompañado del tributo de honores y alabanzas.

La analogía entre responsabilidad empresarial en régimen privatístico y responsabilidad política en régimen de democracia formal podría llevarse más a fondo, examinándose los mecanismos a través de los cuales dicha responsabilidad es hecha valer. Así como no hay principios fijos que condicionan la renovación de la clase política, otro tanto puede decirse para los grupos empresariales. Puede ocurrir que un administrador que se haya equivocado (y otro tanto puede ocurrir para un político) permanezca a pesar de ello en el poder, hasta logrando con ello consolidar su posición; recíprocamente óptimos políticos, u óptimos administradores, pueden perder sólo porque son desplazados por otros que pertenecen a una ola sucesiva que han logrado adueñarse de los controles de mando.

En el ámbito de los grupos empresariales, ya sea porque tienen una consistencia numérica más limitada, o porque los movimientos son más lentos y el espíritu de grupo y el interés social sugieren apoyarse en todo caso sobre los mejores, estos fenómenos se presentan con tintas más atenuadas, pero lo que resulta cierto es que en uno y otro caso, en el ámbito empresarial y en el político, la responsabilidad no es sino el fruto de relaciones de fuerza y de confianza recíproca en un ambiente fluido.

26. Los programas de desarrollo, que en régimen privatístico son preparados por las mismas empresas a las que se aplican y que presentan la característica de estar constantemente impulsados al máximo, tienen un grado de vinculación mayor con mucho de lo que ocurre en régimen administrativístico; además las evaluaciones o, en todo caso, las inobservancias concretas de estos programas, están reducidas al mínimo. Se verifica una verdadera paradoja: los programas son extremadamente rígidos y por lo tanto las empresas, en cuanto son sus propias autoras, deberían ser inducidas a elaborarlos con prudencia. ¿No es un hecho verificable dondequiera que quien está firmemente obligado a respetar un deber, trata de reducir, en lo posible, su contenido? Y en cambio las empresas privatísticas ponen toda su buena voluntad en aumentar el alcance de los deberes a que estarán sometidos con pesadísimas cadenas.

El mecanismo que explica este comportamiento paradójico está constituido por la conexión entre la necesidad de maximizar en los programas el propio desarrollo y el régimen contractual. En un mercado competitivo la contraparte trata de obtener para sí las mejores condiciones; cada uno de los oferentes, para obtener el consentimiento del cliente, debe asegurarle las mejores condiciones en términos de calidad, precio, tiempos de entrega. En el momento de la oferta, por consiguiente, la empresa optimiza su conducta en la oferta con márgenes de seguridad reducidos al mínimo y sobre la base de tales previsiones ofrece entregar una mercancía en calidad y cantidad prefijada, dentro de un plazo que por regla general considera como esencial. Si la oferta es aceptada se estipula el contrato. En este momento la empresa ya no es libre, debe realizar su programa, puesto que la inobservancia de una cualquiera de las cláusulas pactadas, que en su conjunto presuponen la consecución efectiva de la capacidad productiva prevista por el programa, supondría una responsabilidad por daños. Este es un riesgo que ninguna empresa puede correr a la ligera, puesto que el otro contratante a su vez, sobre la base del contrato, ha cumplido previsiones correspondientes de optimización de su propia conducta para ligarse contractualmente con otras empresas. Y la empresa no podría invocar la imposibilidad de realizar su programa para sustraerse a sus obligaciones contractuales, pues habiendo sido elaborado por ella mismo el programa, todo error de previsión, así como la inadecuada diligencia en la ejecución, deben imputarse a su responsabilidad. La empresa no podría, por tanto, invocar el "hecho del príncipe", fácilmente configurable en régimen administrativístico bajo la forma, por ejemplo, de falta de asignación de las materias primas o de los materiales requeridos, o asignación de bienes de calidad diversa, retardo en la conclusión de un procedimiento administrativo.

En su conjunto el régimen privatístico postula la estipulación de series de contratos, ligado cada uno de ellos a todos los otros que lo han precedido y lo han hecho posible, y cada uno de estos contratos hace indirectamente más pesado el vínculo que constriñe a la empresa singular para realizar sus programas de modo completo, preciso y oportuno.

Esta interconexión entre programas y contratos explica el fenómeno que de otro modo sería incomprensible, es decir, el

la reducción de los tiempos en un sistema productivo de tipo privatístico.

Para la optimización de la conducta de toda empresa es esencial que se dé el máximo grado de utilización de cada factor productivo; un apoyo determinante para la producción de este resultado se tiene si la empresa está cierta de disponer de los factores singulares en el momento preciso en que deba valerse de ellos; ni un momento después, porque ello bloquearía todos los procesos productivos, ni un momento antes, porque ello equivaldría a un período de inutilización; la garantía de disposición del factor en el momento justo se obtiene estableciendo un término esencial en el contrato a cargo de la empresa que debe proveerlo; ésta a su vez está constreñida a programar su conducta y a obligar frente a sí a otros productores para poder respetar el término así establecido.

El signo indicativo del grado de vinculación de los programas en régimen privatístico podría ser precisamente localizado en la restricción de los términos o, en todo caso, en su respeto de parte de los obligados; de modo que el cuadro de conjunto está formado por empresas que se afanan laboriosamente para entregar bienes a otras empresas, o para efectuar servicios a su favor, en los momentos precisos en que éstas lo necesitan, y así por consiguiente en una cadena indefinida.

27. La empresa con régimen privado presenta una conformación global bien definida. Como organismo que debe afirmarse para sobrevivir en una competencia abierta, dicha empresa tiene una estructura autoritaria; el poder de mando está centralizado en un pequeño grupo, prevaleciendo la forma oligárquica sobre la monocrática; este grupo debe asegurar una dirección unitaria: su cometido es actuar con prontitud y decisión. No hay divisiones institucionales de poderes, contrapesos internos ni límites preconstituidos de actividad; la organización misma debe ser plasmada por el grupo de mando, de modo tal que se adecúe rápida y flexiblemente al variar las exigencias. Corresponde al grupo de mando saber utilizar al máximo cada factor productivo, operar las más convenientes combinaciones de factores y predisponer oportunamente las condiciones que aseguren a la empresa un ritmo de desarrollo rápido y constante.

Igual que en las relaciones con los otros factores, también es de responsabilidad exclusiva del grupo de mando obtener el máximo rendimiento del factor trabajo.

Bajo este ángulo se manifiesta una de las más patentes diferencias entre la empresa con régimen privado y la que tiene régimen público. Faltando en esta última el mecanismo automático de estímulo derivado de la lucha competitiva, se trata de influir sobre cada uno de los distintos componentes de la empresa para que superen, singularmente y en conjunto, el rendimiento previamente fijado. Para este fin se establecen premios y sanciones y se institucionalizan formas de emulación en el ámbito de la propia empresa o entre los sujetos pertenecientes a varias empresas.

Sería inexacto considerar que estos medios no son usados en el régimen privado, pero no están institucionalizados, porque es responsabilidad del grupo de mando adoptar éstas, así como otras técnicas posibles, para alcanzar el máximo de rendimiento de los trabajadores. Es decir, también en este campo rigen los principios de la centralización de la responsabilidad, de la adecuación y de la flexibilidad. Todos los medios pueden usarse si responden al fin de conferimiento de premios, distinciones honoríficas en el ámbito de la empresa, obtención de honores del Estado, incentivos económicos a la emulación, aplicación de sanciones, desarrollo de la tradición, realización de una organización eficiente que haga imposible, por el hecho, una merma individual de rendimiento, autoridad de los cuadros dirigentes, mecanismos de persuasión, etc. Se recurrirá a una o a otra de tales técnicas o a varias de ellas de modo combinado ponderando en concreto su rendimiento y, por ende, tomando en cuenta también las condiciones económicas y sociales generales. Lo que parece cierto es que la economicidad de la empresa no puede asegurarse con sólo el buen rendimiento de los trabajadores, si fallan o es insuficiente la acción de mando, y que la eficiencia de la acción de mando se manifiesta, en primer lugar, cualquiera que sea el medio usado, en la obtención de un rendimiento máximo por parte de todos los participantes en la empresa.

28. A través de los diversos aspectos considerados el comportamiento de los institutos privatísticos y publicísticos aparece bastante claro. Pero esto no es todavía suficiente para formular un juicio comparativo: éste presupone siempre una perspectiva par-

cular, la elección de un fin u objetivo específico con el cual medir el rendimiento. El fin que se toma como unidad de medida es, por ahora, el de la "economicidad" de la gestión. Las conclusiones que se obtendrán poseerán, entonces, valor respecto a dicho fin, exclusivamente. Por otra parte, la elección de este criterio no es arbitraria, pues las referencias a la "economicidad" se encuentran en muchos textos: el Art. 3 de la Ley N° 1589 de 22 de diciembre de 1956 dispone que los entes autónomos de gestión, dependientes del Ministerio de las Participaciones Estatales, deben "manejarse según criterios de economicidad"; el artículo 1° de la Ley N° 1643 de 6 de diciembre de 1962 obliga al ENEL a operar "con costos mínimos de gestión"; a su vez el Art. 23 del Reglamento de la Hacienda Productiva Socialista de Estado prescribe que la empresa debe perseguir los objetivos que le son fijados "con base en la conveniencia", asegurando "en el interés de la economía nacional, la obtención de los mejores resultados con el menor gasto de trabajo, y de bienes materiales y financieros".

En lo que a esta finalidad se refiere, la mayor conveniencia de los institutos privatísticos (régimen de los actos, de los sujetos, de los bienes, de los controles), entendidos como medios técnicos de organización de la empresa, no puede ponerse en duda.

Las elecciones singulares son más adecuadas y rápidas, incluso en el sentido de que pueden descubrir más rápidamente los errores y eliminarlos en el futuro; la organización es flexible y se modifica bajo el incesante impulso hacia la racionalización, en vista de las particulares características técnicas de los procesos productivos, de las condiciones del mercado, de las dimensiones alcanzadas; la facultad de crear otras personas jurídicas entera y durablemente controlables agrega una nueva nota a la flexibilidad de la empresa; los bienes son obtenidos en la medida, cualidad y tiempo necesarios; en las grandes empresas internacionales no se advierte de hecho el problema del límite del poder externo; la organización de mando es oligárquica, con relaciones fluidas de poder en el interior del grupo de los directores que permitan su rápida y continua renovación; pero es autoritaria y potente frente a cualquier otro grupo perteneciente a la empresa; único control verdadero es el del éxito, es decir, el del desarrollo dinámico de la empresa; pero existe un mecanismo jurídico específico que hace positivamente vinculante dicho control, en cuanto la empresa, después de que ha programado

su desarrollo futuro por la vía más rápida, estipula con terceros contratos que sólo podrán ser cumplidos por ella si cumple a la vez aquel programa de modo puntual y oportuno; finalmente, las responsabilidades están centralizadas, al no existir ninguna autoridad externa que pueda interferir con las líneas de desarrollo programadas.

En el ámbito del régimen publicístico los comportamientos concretos se fundan en valoraciones anteriores que necesariamente son fruto de previsiones abstractas —al menos en parte— y por lo tanto corresponden preferentemente a valores promedio (no son los mejores pero tampoco los peores: apenas tienden a superar la suficiencia); la organización presenta un grado de mayor rigidez que varía sin embargo según el tipo de modelo publicístico utilizado; la obtención de los bienes se realiza por medio de procedimientos más complejos, que no garantizan la oportunidad y puntualidad de las entregas ni la plena correspondencia con las exigencias indicadas que inciden, por lo tanto, ya sobre las opciones que deben tomarse para la combinación de los factores productivos, ya sobre la realizabilidad de las opciones hechas; la organización del mando tiene poderes a veces amplios, pero que en todo caso tienen límites rígidos; también son rígidos, en diversa medida, las relaciones en el ámbito de la organización del mando; se definen con precisión los controles y las responsabilidades con referencia al tipo de comportamiento y de resultado que había obligación de realizar.

Los dos puntos neurálgicos de un régimen publicístico para la organización de las empresas están representados por el tiempo y la calidad. El resultado es negativo relativamente al factor tiempo en todas las perspectivas posibles: ¿tiempo para reunir los medios necesarios en función de un proceso productivo ya establecido? ¿cuánto tiempo para racionalizar una unidad productiva ya existente? ¿cuánto para crear una nueva unidad productiva de un tipo ya conocido? ¿cuánto para descubrir y realizar una nueva unidad productiva?

La insuficiencia del régimen empresarial de tipo publicístico en términos de calidad depende de la circunstancia, varias veces mencionada, de que el producto debe corresponder a un modelo fijado precedentemente y que, por lo tanto, mientras que por un lado contiene necesarios e ineliminables elementos de abstracción

por otro es fruto de valoraciones promedio; además ese modelo tiene carácter estático, esto es, debe ser seguido hasta que no sea autoritariamente modificado. Al contrario, en régimen privatístico la producción tiende constantemente a basarse en el mejor entre los modelos realizables por la empresa; el impulso hacia la futurización del desarrollo estimula incesantes mejoramientos, creación de productos sustitutivos, búsqueda de combinaciones productivas incluso con miras en productos nuevos que satisfagan no las necesidades existentes sino necesidades que a su vez deberán ser creadas.

El problema de la calidad no ha sido advertido hasta ahora en la plenitud del ámbito de los regímenes empresariales de tipo publicístico porque en la primera fase de un proceso de industrialización el aspecto cuantitativo prevalece sobre el cualitativo. Es sólo a partir del momento en que la cantidad llega a ser suficiente que la búsqueda de una mejor calidad salta al primer plano.

No puede probarse el rendimiento —en términos de calidad— de un régimen publicístico sino hasta cuando, al establecer los standards, puedan tomarse como modelo los productos ya realizados en el ámbito de otros sistemas productivos organizados con régimen privatístico. La piedra de toque del régimen publicístico está así representado por la creación de modelos y por el logro de calidades todavía desconocidas para las empresas similares que operan en sistemas con régimen privatístico. Este resultado no puede decirse ciertamente que se haya realizado si comparamos la calidad y el ritmo de novedad de los productos de las empresas sujetas a régimen publicístico en la URSS (no obstante que dichas empresas cubren la entera gama de los productos utilizados en las sociedades contemporáneas y tengan las más amplias dimensiones) frente a la calidad y al ritmo de los productos de la empresa con régimen privatístico de los países occidentales. Según la advertencia ya hecha, la comparación debe ser hecha exclusivamente con las empresas sujetas a régimen administrativo común, mientras que la conclusión podría ser distinta para las empresas, necesariamente limitadas en número, que operando en sectores prioritarios, se valen de hecho de actos políticos.

Tiempos más prolongados, deficiencia en la calidad, inciden en la economicidad de las diversas empresas y sobre el rendimiento global de un sistema cualquiera de tipo publicístico. Si quisiéramos

referirnos a experiencias históricas concretas, aún estando conscientes de la problemática extrema de inducciones de este género, se debería suponer que el sistema ha compensado la menor eficiencia de las empresas con una menor remuneración para todos o para algunos de los factores productivos en particular, como por ejemplo las materias primas o los salarios reales. Por otra parte la economicidad podría haber sido conscientemente sacrificada a otros intereses públicos que atañen ya sea al mismo campo económico, como la necesidad de poner en acción un proceso acelerado de acumulación productiva, ya sea a esferas de orden social o estrictamente político, como en seguida se verá.

29. La diversidad de comportamiento y rendimiento (desde el ángulo de la economicidad) de la empresa con régimen privatístico y con régimen publicístico no es un hecho casual, sino que tiene carácter necesitado. Este descubrimiento es uno de los más geniales frutos de las investigaciones marxistas: a él se dedica sustancialmente el segundo volumen del *Capital*. El comportamiento del empresario no debe imputarse a la bondad o maldad de su ánimo, ni a la inteligencia o la torpeza de sus decisiones, sino que generalmente es provocado por la coherencia lógica del sistema; el empresario que quiera sustraerse a estas reglas de conducta que tienen —todas— naturaleza férrea, debe estar dispuesto a salir del sistema, esto es, a renunciar a su naturaleza misma de empresario, a pasar a otros el poder de mando o incluso a ver destruida su empresa.

De esta premisa la experiencia ha permitido luego deducir un importantísimo corolario: si los comportamientos son necesitados, si dependen del régimen jurídico de la empresa y de la lógica que de ahí deriva para el entero sistema, ello quiere decir que tanto la naturaleza del empresario, es decir, el hecho de que él sea una persona física o jurídica, como la diversidad de los detentadores de los capitales: individuos, sociedades, entes públicos o el Estado carecen de influencia al respecto.

La economicidad no depende de la calidad de las personas sino del rendimiento de los institutos jurídicos: y es a este rendimiento que debe atribuirse también la aptitud para provocar en los sujetos el hacerse de nuevas o mayores calidades.

Y puesto que no hay nada que impida al Estado utilizar para sus empresas los mismos institutos jurídicos hasta ahora usados satisfactoriamente por las empresas de los particulares, se sigue de allí que también las empresas estatales, si, en cuanto y con tal de que sean colocadas bajo la misma disciplina, pueden ser igualmente eficientes o, en otros términos, “económicas”, que las de los particulares. Viene así a caer el mito de la mayor eficiencia de las empresas de los particulares respecto a las públicas, mito que tenía razón de ser mientras frente a las primeras, que gozaban de institutos jurídicos privatísticos, se contraponían sólo empresas públicas sujetas a disciplinas jurídicas total o prevalentemente de Derecho público. Debe en cambio quedar muy claro ahora que la eficiencia o economicidad es una meta que, si está provocado por comportamientos necesitados, el Estado puede realizar plenamente para sus empresas con sólo que esté dispuesto a recurrir a aquellos institutos jurídicos que condicionan dichos comportamientos. Del resto, la experiencia práctica ofrece desde hace tiempo datos que confirman plenamente todo lo que puede deducirse del análisis teórico, por un lado porque en los diversos países en que operan empresas públicas con instrumentos privatísticos dan éstas un rendimiento del todo análogo al de las empresas de los particulares, al punto de que cuesta distinguirlas, en este aspecto, de las últimas (por ej. *British Petroleum* en Inglaterra, *Regie Renault* en Francia, *ENI* o *Alfa Romeo* en Italia) y en cambio se contraponen a las empresas públicas que, en los mismos países, continúan usando instrumentos de Derecho público; y por otro lado porque en las mismas empresas de los particulares que ya exceden una cierta dimensión, el capital —según se dijo— se ha colectivizado sustancialmente, de modo que también por esta vía tenemos la prueba de que lo que determina su eficiencia no es la naturaleza, la calidad o las capacidades de los detentadores de los capitales, sino solamente el régimen jurídico de la empresa.

30. La indagación realizada analíticamente sobre los institutos conectados con la organización de la empresa induce a dos conclusiones seguras: que pueden distinguirse varios tipos de empresa según el modo en que los diversos institutos son utilizados y combinados entre ellos; y que estos tipos de empresa tienen un rendimiento distinto desde el punto de vista de la economicidad.

Los principales tipos de empresa según resultan de las consideraciones hechas pueden ser ejemplificados así:

a) La empresa que utiliza exclusivamente institutos privatísticos, que tiene la forma de las sociedades por acciones o de otro tipo de persona jurídica privada, y cuyo poder de mando está en manos de individuos singulares o, en todo caso, de sujetos privados;

b) La empresa, en todo idéntica a la precedente, pero cuyo poder de mando está en manos del Estado o de otro sujeto público, de modo directo o indirecto;

c) La empresa que utiliza exclusivamente institutos privatísticos, que en consecuencia puede crear libremente o concurrir a la creación de sociedades y otros sujetos privados por ella, pero que tiene la veste jurídica de persona jurídica pública;

d) La empresa que tiene veste jurídica de persona jurídica pública, pero que se distingue de la anterior porque utiliza institutos jurídicos privatísticos nada más que de manera prevalente, y que se caracteriza en que, aislada o conjuntamente, está sometida a los siguientes ligámenes: d') no puede crear, directa o indirectamente, ni concurrir a crear otros sujetos de Derecho privado; d'') debe operar sólo en sectores taxativamente prescritos; d''') utiliza los institutos privatísticos sólo para las relaciones externas —comprendida o no en ellas las relaciones de trabajo— mientras que utiliza institutos publicísticos para su organización interna;

e) La empresa que tiene la veste jurídica de persona jurídica pública, y debe operar, en la generalidad de sus relaciones, con institutos de Derecho público.

En el plano de la economicidad, las empresas pertenecientes a los primeros tres tipos tienen un rendimiento equivalente; las empresas de los otros tipos tienen un rendimiento gradualmente menor, en la medida en las que los institutos publicísticos sean sustituidos a los correspondientes del Derecho privado.

Por lo tanto, siempre en lo que atañe al aspecto de la eficiencia, la contraposición que debe hacerse no es entre empresa pública y privada, sino más propiamente entre empresa a régimen publicístico y empresa a régimen privatístico. Esta última puede

bien pertenecer tanto a particulares, como al Estado o a otros sujetos públicos: la naturaleza del propietario, a menos que intervengan otros factores, es indiferente respecto a los aspectos aquí considerados, puesto que el tipo de comportamiento y el rendimiento (en términos de eficiencia y en paridad de condiciones objetivas) permanecen idénticos. Cuando en lo sucesivo nos refiramos a las empresas en régimen privatístico, debe entenderse —y salvo que se hagan diversas especificaciones— que incluimos la categoría entera: las observaciones valdrán, entonces, tanto para las empresas de los particulares, sea para las de régimen privatístico pertenecientes a sujetos públicos.

31. Entre los tipos posibles de empresa merece una consideración aparte el “grupo integrado” o “firmy”, que según un modelo utilizado —pero con sensibles variaciones— en las economías de tipo colectivista, agrupa todas o la generalidad de las unidades de un sector productivo. La característica de este tipo organizatorio es que, pese a mantener la utilización de institutos publicísticos, se ha tratado de posibilitar por él tipos de decisiones y de comportamientos análogos a los de las empresas que operan con régimen privatístico. Para este fin se recurre ampliamente a institutos muy cercanos a los poderes políticos, aunque no se les quiera calificar como poderes políticos propiamente tales. Sin embargo no se ha tropezado con las dificultades que aquí hemos aparejado al uso general de poderes políticos por parte de las empresas, porque el recurso a estos poderes ha estado sustancialmente limitado, en el modelo en examen, a determinados aspectos de la organización interna. Entre los poderes característicos del grupo se cuentan los de crear unidades dependientes con personalidad jurídica pública autónoma, los de transformar, fusionar o disolver dichas unidades; de nombrar y remover los dirigentes de las unidades menores; de asignarles objetivos y de intervenir autoritariamente en diversos aspectos de su organización y en las distintas fases de sus procesos productivos.

Los grupos integrados son empresas de amplia y a veces de amplísimas dimensiones, y gozan de las ventajas consiguientes a dichas dimensiones. Pero debe excluirse que tengan o puedan tener un rendimiento comparable, en el plano de la economicidad,

al de empresas de iguales dimensiones que operan con régimen privatístico. Los factores que influyen negativamente sobre ese rendimiento parecen ser principalmente los siguientes:

En primer lugar es importante que el uso de institutos publicísticos de carácter político se extiende, en la generalidad de los modelos concretamente aplicados, no a todos indistintamente, sino sólo a algunos de los aspectos de la organización de las unidades dependientes; otros aspectos de la misma siguen siendo disciplinados por fuentes de tipo publicístico externas al grupo integrado como podrían ser por ejemplo las leyes o los reglamentos generales del gobierno central; en la medida en que un aspecto de la organización de las unidades dependientes se regula por la fuente externa (por ej., el número de los directores, sus relaciones recíprocas, administración de los fondos, actos y procedimientos para los que es necesario que intervenga el ente de mando, etc.) la estructura del complejo se torna rígida y se crean correspondientes momentos de autonomía de la unidad dependiente respecto al ente de mando.

Agréguese todas las dificultades que derivan de la permanencia, en vía general, de un régimen publicístico de los bienes, y sus efectos tanto sobre la organización interna como en sus relaciones con los terceros, y en particular con las empresas responsables de los otros sectores.

En tercer lugar, el grupo integrado según el modelo en examen abarca, podría decirse, por definición, solo ciertos sectores productivos, hallando así un límite taxativo de operatividad; se trata de empresas de amplia o amplísimas dimensiones, pero limitadas dentro de confines rígidos. Valen entonces para ellas todas las consideraciones antes desarrolladas sobre las influencias del vínculo de sector sobre la economicidad.

Al vínculo preconstituido de sectores de operatividad suele también agregar, agravando la situación, el obstáculo de tener que operar sólo en el interior, estando confiada a otras empresas la tarea de las relaciones con el extranjero. Aún en las hipótesis en que no está vedada la actitud directa en el extranjero, no se suele advertir diferencias sensibles en el plano práctico, pues estas empresas, pese a su notable dimensión, estando habituadas a ciertos tipos de comportamientos y probablemente por la incapacidad

competir con las extranjeras, han demostrado escasa o ninguna propensión a aventurarse en los mercados externos (debiéndose aquí considerar sólo las intervenciones sugeridas por finalidades económicas, y no las provocadas por razones políticas): y así las cosas, el límite consistente en la participación dentro del sistema interno únicamente, puede considerarse sustancialmente válido para todas las empresas de este tipo.

Si la "economicidad" de la gestión fuese el único interés relevante en materia de empresa y, por lo tanto, el único posible parámetro de valoración, este escrito tendría que considerarse concluido en este punto.

Pero resulta que, como ya se ha puesto de relieve, la "economicidad de la gestión" no representa un valor absoluto, sino que constituye también ella el fruto de una decisión política. Ni siquiera en los casos en que la "economicidad de la gestión de la empresa singular" es fruto de un vínculo específicamente contemplado o hasta impuesto por normas positivas, constituye un valor absoluto.

En efecto, la "economicidad" puede ser valorada también desde ángulos diversos del de la empresa singular, como por ejemplo desde el punto de vista del Estado, entendido como colectividad organizada, o desde el del sistema económico considerado globalmente. Y además entran en consideración también otros intereses bien individualizados, los cuales pueden sugerir la reducción o incluso la anulación del peso que habría de conferirse a la economicidad de la empresa.

La experiencia ha demostrado, consecuentemente, que el régimen privatístico de las empresas no opera nunca en estado puro, sino que viene corregido, integrado o sustituido por regímenes de tipo diverso que, mirando a la satisfacción de intereses específicos, se traducen en institutos sustraídos al uso generalizado y, por ende, dotados de carácter publicístico. Las soluciones que la historia muestra, al deber adecuarse a condiciones y a necesidades que eran distintas y peculiares de las correspondientes sociedades políticas, han asumido un contenido extremadamente diversificado.

Nos limitaremos entonces a una exposición muy sucinta y esquemática.

Nótese que si en vez de comenzar con las empresas con régimen privatístico, cuyo rendimiento en términos de economicidad nos ha parecido superior, examináramos en primer lugar las empresas con régimen publicístico, que son las que en vía primaria satisfacen intereses diversos de la economicidad, se asistiría al fenómeno—inverso— de la inserción gradual en el sistema de institutos privatísticos a los niveles en los cuales la economicidad de la gestión puede ser perseguida como interés primario.

Es necesario aún recordar que, puesto que el rendimiento en términos de economicidad ha sido considerado equivalente para las empresas con forma privada dominadas por sujetos privados, para las empresas con forma privada dominadas por el Estado, y para las empresas con forma pública pero habilitadas para operar sin límites con institutos privatísticos, las observaciones que siguen valen indistintamente para estos tres tipos de empresas: a ellas conjuntamente entendemos referirnos con la expresión “empresa con régimen privatístico”. Las diferencias entre uno y otro de estos tipos respecto a la tutela de intereses singulares distintos de la economicidad, serán señaladas expresamente en cada caso.

Si por otra parte comenzáramos no con el prevaleciente régimen privatístico sino con el administrativo, asistiríamos al fenómeno inverso: aún allí donde el acto público se impone en la disciplina de las empresas como regla taxativa, en virtud de una taxativa decisión política, los institutos privatísticos han hecho también su ingreso, habiéndose constatado que para determinadas relaciones sin perjuicio del cuadro unitario, y precisamente en función de un mejor rendimiento de dicho cuadro, los institutos privatísticos producían mejores resultados que los de la disciplina administrativa, o los mismos resultados por medios más simples.

Por último parece indispensable advertir que el cuadro que va a delinearse es el de una empresa con régimen privatístico “en estado puro”, es decir, que opera en un ambiente que no está sensiblemente condicionado por institutos publicísticos. Tal cuadro presenta fuertes divergencias del que resulta del análisis de la situación histórica actual, precisamente porque la adopción de los institutos publicísticos ha sido dirigida especialmente a modificar ciertos efectos derivados del juego de los institutos privatísticos, y la experiencia ha demostrado que el recurso a dichos institutos publicísticos

ha sido eficaz y, en la generalidad de los casos, ha permitido realzar los objetivos prefijados. Antes bien, cuanto mayor se revele la diferencia entre cuadro “originario” y cuadro “actual”, tanto más seguras y amplias deberán considerarse la relevancia y la eficiencia de los institutos publicísticos. Pese a ello la descripción del comportamiento de las empresas privadas en un régimen “puro”, por así decirlo, conserva intacta su utilidad, pues las tendencias de comportamiento que de este modo quedan evidenciadas corresponden a líneas de fuerzas a las que la empresa en régimen privatístico está sometida aún en la fase más reciente de su evolución, precisamente porque son provocadas por su estructura interior, es decir, por el hecho mismo de ser una empresa de ese tipo, y continuar siéndolo.

33. La empresa con régimen privatístico está expuesta incensablemente a una competencia dura y abierta, cuyas consecuencias pueden consistir en la eliminación del organismo que resulta vencido, o de su consistencia física (por ej. quiebra, o dispersión de los factores productivos) o de su naturaleza de empresa (enajenación del poder de mando o incorporación de hecho o jurídica en otra empresa). Impulsada por la dinámica de esta competencia la empresa privatística presenta el aspecto de un organismo salvaje, rapaz, voraz, presto a recurrir a cualquier medio para maximizar su provecho en cada una de sus relaciones. Y comienza devorando los factores mismos de la producción en cada relación en que se presenten como contrapuestos y autónomos frente a ella.

En lo que concierne particularmente a los trabajadores el fenómeno ha sido estudiado con detalle: la lógica del sistema, especialmente al nivel de las empresas individuales (mientras que las relaciones para las grandes empresas que fundan su conducta en programas de larga duración se presentan de otro modo), si no hubiesen intervenido fuerzas externas para contrarrestarla, habría reducido los salarios al nivel mínimo apenas suficiente para garantizar la mera conservación y reintegración de la fuerza de trabajo. Esas fuerzas externas han sido representadas en primer lugar por las duras luchas sindicales, y luego por la ley, que alguna vez ha precedido pero más a menudo ha seguido y consolidado las conquistas sindicales. En definitiva la ley ha terminado por modificar la estructura interna de la empresa: ésta presentaba originalmente

un grupo de mando oligárquico o al inicio todavía monocrático, ejercitaba un poder absoluto frente a todos los otros componentes de la empresa, poder que sólo era contrastado por la facultad del trabajador de abandonar la empresa, pero esta facultad era gran medida ilusoria en presencia de una fuerte desocupación; mientras el trabajo fue prevalentemente indiferenciado, esto es, especializado.

En el desarrollo contemporáneo la empresa privatística ha asumido el carácter de una democracia autoritaria: se ha mantenido la reserva del poder de mando en las manos del grupo oligárquico, pero si bien puede éste disponer sin interferencia ni limitaciones de la conducta de la empresa, topa con límites insuperables (en cuanto están precisamente consagrados por la ley, fuente externa) en las relaciones con los trabajadores; como en un Estado de democracia autoritaria, los trabajadores gozan por un lado de un status protegido de libertad y de tutela de la dignidad humana (salario remunerativo, jornada limitada, feriados pagados, seguridad social, justa causa para los despidos, tutela de la dignidad individual, libertad sindical, etc.), pero no participan en el ejercicio de los poderes de mando. Esta estructura parece destinada a mantenerse en el futuro: la empresa, como organismo de carácter competitivo, exige responsabilidades centralizadas y unidad de orientación, y a una dirección concentrada en los intereses globales de la empresa misma, que logre no dejarse influenciar por los intereses sectoriales de los factores productivos singulares. Si al disciplinar las relaciones con los trabajadores la ley superase este límite, introduciría probablemente un principio de ruptura que socavaría el rendimiento del régimen privatístico global. La cogestión y otros institutos análogos tienen, por lo tanto, probabilidad de afirmarse no como instrumentos para la participación de los trabajadores en el gobierno de las empresas, sino como rito democrático dirigido a reforzar la ideología de la empresa y, por ello mismo, también el poder de mando de los dirigentes.

34. Análogo es el comportamiento de la empresa frente al capital. El capitalista dueño de la empresa ha sido sustituido por las grandes empresas en las que los bienes han asumido de hecho un carácter colectivo, por un tipo de relación parecida a la que inicialmente existía con los trabajadores. La empresa tiende a

maximizar las utilidades, en la medida máxima posible, en su propio y exclusivo interés, bajo la forma de autofinanciamiento, reduciendo el tipo de remuneración del capital accionario al mínimo compatible con las exigencias de la conservación y reintegración del capital mismo, según las condiciones del mercado, o con las exigencias de la disuación de toda tentativa de escalar el poder de mando por parte de otros grupos. En este sector sólo en algunos países ha intervenido la ley para imponer formas adecuadas de garantía sobre la veracidad de los datos del balance y en tutela de los derechos de las minorías; pero el problema permanece abierto en lo esencial, incluso por las exigencias de no debilitar con la inserción de estos controles empresas nacionales que ya se encuentren en dificultades por la competencia de empresas extranjeras más potentes.

Un aspecto menos estudiado, pero al cual conviene también aludir, es el de que la empresa devora del mismo modo a su propio grupo de mando, tanto porque elimina a los directores teniendo en cuenta nada más que sus propias exigencias, como porque, sobre todo en períodos de competencia aguda, exprime sus energías a veces hasta el límite de su resistencia. Las intervenciones externas pueden hacer poco al respecto, y se limitan a los aspectos económicos de la relación: aquí están sobre todo las motivaciones relativas a aspectos inmateriales, la fascinación del poder, con la lucha que ello supone, el status social, la afirmación de la propia personalidad, para dar una idea de la fuerza de la empresa frente a sus directores.

35. Rapaz y voraz en el interior, la empresa privatística lo es de la misma manera en sus relaciones externas. Las intervenciones de la ley y del acto administrativo son en este campo extremadamente diversificados: aquí las autoridades públicas deben estar siempre alerta, tanto para prevenir nuevos peligros producidos por las empresas, como porque es constante la tendencia de éstas de eludir los límites y prohibiciones que han sido ya establecidos. Siendo imposible un análisis de cada situación, nos limitamos a recordar que en estos casos las normas tratan de tutelar al contratante más débil que si no estuviera protegido sería destrozado en una competencia libre: a veces la protección concierne al productor (en Italia se han verificado por ejemplo los casos de la industria del azufre, los productores de cáñamo, de remolacha, de aceite de orujo, etc.), pero con más frecuencia al consumidor: y a este se

gundo fin tienden, entre otros, los controles de las calidades anunciadas, las prohibiciones del uso de sustancias nocivas, la disciplina de los precios de los productos de primera necesidad, etc.

36. La fuerza de la empresa se manifiesta en el hecho que ella ejercita su presión frente a los intereses privados de igual modo que frente a los intereses públicos. Es más, hay ciertos intereses de la colectividad que se encuentran particularmente expuestos a los asaltos de las empresas, como por ejemplo los fiscales, urbanísticos, del paisaje, sociales, sanitarios, etc.

Para impedirlos el legislador se ve obligado a crear mecanismos muy precisos que dan lugar a series procedimentales de actos administrativos cuya efectiva realización condiciona la licitud de los comportamientos de los particulares.

37. Hemos contemplado hasta aquí las intervenciones públicas de menores dimensiones. Pero hay otras más relevantes y de mayor complejidad impuestas por una valoración de la misma economicidad, pero no ya referida a la empresa singular sino al sistema económico global. Las lagunas y deficiencias de un sistema montado con régimen privatístico de las empresas han sido estudiadas por una abundante literatura que ha podido utilizar una experiencia más que secular: aquí bastará aludir a algunos de los aspectos más evidentes, sobre todo para poner de relieve los institutos publicísticos cuya intervención se requiere. Las dificultades del régimen privatístico se originan en la circunstancia de que cada empresa ignora el comportamiento preciso de los otros empresarios, de que cada empresa es constreñida por la dinámica del sistema a valorizar sólo su propio interés empresarial, y no el diverso y más amplio interés de la colectividad, de que el poder de cada empresa está limitado por el monto de los medios de producción que logre reunir todo ello por la falta de un centro de dirección del sistema total. Consecuencias: crisis repetidas que se traducen en inutilización de factores productivos y que son causa de antieconomicidad del sistema; intereses estrictamente económicos —pero valorados a nivel de la colectividad— que permanecen insatisfechos; sectores productivos abandonados o no cultivados porque requieren una dimensión empresarial que supera la capacidad de las empresas existentes condicionan la remuneración del capital al transcurso de plazos de

masiado largos; ausencia de economías dependientes de una acción coordinada. Como era de esperar, se han producido mecanismos de compensación a tales deficiencias en el ámbito mismo del sistema privatístico, sea bajo la forma de carteles o de otras formas de coordinación entre empresas (pero a veces peligrosas para otros intereses públicos), o sea sobre todo a consecuencia de la formación de empresas de mayores dimensiones que adquieren un conocimiento más amplio del mercado, que tienen una producción balanceada a través de una pluralidad de sectores, que detentan un poder de mando externo mayor, que realizan ya en su propio seno formas de coordinación productiva y están en grado de formular programas de larga duración. Pero las intervenciones más decididas siguen siendo, en la generalidad de los países, las del Estado, las cuales consisten: en el uso coordinado de diversas técnicas de intervención para prevenir, controlar y bloquear las crisis; en facilidades, incentivos y adopción de procedimientos administrativos de coordinación para hacer económicos también desde el punto de vista de las empresas los intereses que conciernen directamente a la economía de la colectividad (el fenómeno afecta sobre todo el desarrollo de las áreas atrasadas, las localizaciones industriales en general, la constitución de núcleos de desarrollo, las producciones nacionales deficitarias, las de bienes esenciales, etc.); la creación de empresas públicas para llenar vacíos del sector productivo, salvar empresas destinadas a desaparecer, efectuar inversiones que superen la capacidad del sistema existente; la coordinación de todos los sectores productivos en el ámbito de un programa nacional.

38. El cuadro de las intervenciones realizadas con institutos de Derecho público en el ámbito de los regímenes prevalentemente privatísticos que se han delineado, pretendía servir como simple ejemplificación: en la realidad las técnicas de intervención pública son complejas y diversificadas. Los instrumentos que en ciertas circunstancias y lugares son útiles, se revelan en otros superfluos o hasta dañosos. Y esto depende de muchas razones. En efecto, según las diversas condiciones de desarrollo económico y social cambian las exigencias a las que debe hacerse frente; las características políticas, ideológicas y jurídicas de los distintos Estados pueden llevar también a apreciar de modo diverso una exigencia de consistencia objetivamente idéntica; la variedad de ambientes económicos, jurídicos y políticos incide también sobre el

rendimiento de cada técnica; y en fin, no todos los Estados están en grado de usar los mismos instrumentos, pues algunos de estos exigen una dimensión en la cual no todas las sociedades políticas están en grado de operar.

Por ejemplo, hoy generalmente se estima que los contratos de suministro y los programas de investigación del gobierno americano representan un factor decisivo del desarrollo tecnológico en los sectores avanzados (por ej. electrónica en general y con referencias específicas a los computadores, misilística, energía nuclear, biofísica y bioquímica) y en consecuencia un importante elemento coadyuvante de la dinamicidad del sistema económico americano en su conjunto. Técnicamente esta forma de intervención supone erogaciones de sumas mediante afectaciones hechas por ley y por contrato pero la eficacia de la intervención está relacionada con el volumen de las afectaciones y con la preexistencia de estructuras industriales en posición de valerse de ellas para realizar nuevos descubrimientos y hallazgos en zonas fronterizas de la ciencia. Por efecto de las investigaciones realizadas, las potentes empresas que gozan de estos contratos disponen de un flujo continuo de innovaciones que les permite superar la competencia. Una de las razones de fuerza de las sociedades americanas en el exterior depende del hecho de que pueden aprovechar del mismo flujo de informaciones e innovaciones de las sociedades madre; y puesto que en sus relaciones internacionales estos beneficios son retribuidos mediante royalties, el sistema económico norteamericano realiza, con las grandiosas inversiones en los programas de investigación, el triple beneficio de alcanzar metas de prestigio, reforzar de modo relevante la posición competitiva de sus empresas dependientes y de obtener mediante el pago de los royalties una consistente reintegración de los capitales invertidos. El análisis detallado de estos procesos demuestra que las analogías hechas entre Estados Unidos de América y la Comunidad Económica Europea son abstractas y vagas. Malgrado la amplitud de su espacio económico, la Comunidad no posee una correspondiente autoridad política: es un área en la que grandes empresas preexistentes pueden expandirse con éxito (y esto explica el rápido desarrollo de las empresas americanas en Europa), pero que no disponiendo de poderes de exacción fiscal y de disposición política propia no podría en ningún caso adoptar técnicas de intervención parecidas a las usadas en Estados Unidos. También en este caso

(así como antes se dijo en relación con el diverso comportamiento de las empresas americanas y soviéticas en el exterior) la diversidad de rendimiento económico es atribuible con toda seguridad a las fórmulas jurídicas de organización de la Comunidad.

Si bien son distintas las formas de intervención pública, hay un punto sin embargo en que existe acuerdo: que la presencia maciza de la intervención pública es por sí un factor esencial del rendimiento global de todo sistema económico que utilice institutos privatísticos.

La intervención pública opera como un elemento de estabilidad: a ella se deben tanto la eliminación o al menos la detención de las crisis recurrentes, como la obtención, en los últimos decenios, de ritmos de desarrollo que en el pasado se juzgaban imposibles de alcanzar por los sistemas que ya hubieran superado un cierto grado de desarrollo. La medida de la complejidad alcanzada por el sistema en su conjunto, complejidad sobre la que varias veces hemos dirigido la atención, y que se traduce en intersecciones y conexiones de institutos privatísticos y publicísticos, queda demostrada en esta aparente paradoja: que el mayor factor de desarrollo de un sistema económico fundado sobre la prevalente adopción del régimen privatístico para las empresas, está representado por la presencia activa del Estado, que es el más típico y potente de los institutos de Derecho público.

39. El Estado eroga medios y dispone de poderes de contenido positivo y negativo que, si bien son decisivos para el desarrollo del sistema económico en su conjunto, lo son aún más para las empresas que logran aprovecharse de ellos. La empresa con régimen privatístico, dadas su virulencia y dinamicidad, no deja entonces ningún medio sin probar para tratar de dirigir estos flujos benéficos en su favor. El diseño de una economía fundada en institutos privatísticos no estaría completo si no se mencionara esta presión de las empresas, asociaciones de empresas o grandes empresas singulares, sobre el Estado: presión encarnizada, permanente, con frecuencia dolosa. De ahí derivan relaciones complejas, cuya evaluación se hace difícil por la multiplicidad de sus componentes, como la aspiración a la autonomía de la clase política o de la burocracia, la corriente ideológica que ve en el Estado el mediador autónomo entre los intereses opuestos, el deseo y a veces hasta la necesidad

del Estado de apoyar las empresas nacionales, pero de apoyarlas sobre bases de imparcialidad y sin estar condicionado.

Las técnicas de control del fenómeno tienen carácter público también en este caso, y consisten en procedimientos de publicización o nacionalización, según diversas fórmulas.

Pero el recurso a institutos de este tipo encuentra notable dificultades y se hace casi imposible cuando las empresas no sólo estén en su generalidad dirigidas por particulares, sino que sean de particulares. En estos casos, paradójicamente, la autoridad autónoma del Estado se consolida sólo si el número de las empresas sobrepasa una cierta dimensión y sus intereses están bien balanceados. El Estado es más débil frente a una o dos que frente a muchas empresas (de análoga fuerza) que operen en sectores distintos. La empresa que presiona sobre el Estado ejercita en realidad una presión que en cierta medida está dirigida contra las otras empresas éstas, en consecuencia, si son advertidas, no dejarán de ejercitar una presión igual y contraria. El pluralismo de empresas termina entonces por crear un sistema de "counter-vailing powers" que permite a los tecnócratas, entre otras cosas, participar en el juego como grupo de presión autónomo más directamente ligado con el poder político.

Los problemas de las relaciones con el poder político se plantean por el solo hecho de que existen las empresas, que son organizaciones fuertes y en cierta medida autónomas; pero es indudable que estas relaciones, aún si las dificultades no desaparecen tampoco en este caso y adquieran, por el contrario, caracteres diferentes, tienen soluciones más fáciles si las empresas están regidas con régimen publicístico o al menos tienen, en su organización, un determinante pública.

40. Es oportuna en este punto una pregunta planteada desde las primeras páginas, sobre la cual hemos vuelto varias veces pero cuya respuesta ha sido siempre diferida: cuando las empresas estén habilitadas u obligadas en línea general a organizarse o operar en el exterior con los institutos de derecho privado ¿tienen un significado concreto y presenta una efectiva utilidad calificada su personalidad jurídica como pública? Desde un punto de vista sustancial, para que una empresa sea pública es ciertamente suficiente

que el Estado u otro organismo público mantenga su poder de mando: empresas sustancialmente públicas son, entonces, también aquellas que tienen forma de sociedad por acciones, con tal de que la mayoría de las acciones y el poder de control, cualesquiera sean los institutos usados para realizarlo, se mantengan en manos de órganos o sujetos públicos. En consecuencia, la cuestión planteada (siempre con referencia a empresas que en los demás aspectos deban ser gestadas por medio de institutos privatísticos) pregunta qué cosa agrega, o eventualmente qué cosa quita a una empresa sustancialmente pública la atribución de la personalidad jurídica pública en sustitución, por ejemplo, de la forma de la sociedad por acciones.

La tesis de la inutilidad de la forma pública en estos casos tiene la simpatía de los prácticos y es acogida, en sede teórica, por la definición del ente público como mero ente exponencial.

La respuesta a esta interrogante no puede ser única y general, sino que varía según las finalidades que se pretenden alcanzar. Si el Estado se contenta con haber creado un sistema desarrollado de empresas y de mantener su dominio, y pone como finalidad del sistema la eficiencia de las empresas y su dinamismo, la adopción de la forma societaria, en particular la de la sociedad por acciones, es suficiente para ese efecto. El peligro de esta solución, ya antes evidenciado, es que el sujeto que tiene el poder de mando puede, en cualquier momento, sustituir los administradores e infringir así los principios de la autonomía de la empresa y de la centralización de las responsabilidades en su interior. Ocurre así que, cuando el Estado tenga el capital total de una sociedad y a la vez intente adaptar el planteamiento que podría llamarse meramente empresarial de las empresas públicas, los órganos del Estado se abstienen de hecho de ejercitar el poder de mando, es decir, se comportan igual que un accionariado fraccionado, dejando que el grupo de mando se renueve según las leyes de su dinámica interna, por cooptación, al igual que los grupos de mando de sociedades cuyo capital, aunque perteneciente a particulares, ha asumido de hecho las características de un bien colectivo (fondos de seguro, poder de mando perteneciente —por vía indirecta— a la misma empresa, amplísimo fraccionamiento de las acciones, etc.). La pertenencia pública del capital social constituirá un límite para la cesión de la empresa; para lo demás las empresas privadas del Estado se comportarán en este esquema y bajo todos los aspectos, como cualquier otra em-

presa con régimen privatístico, (parece pertenecer a este modelo "British Petroleum"). Lo que no significa que deban omitirse de todo las intervenciones del Estado en el sistema económico: serán igualmente necesarias, pero deberán asumir las características de las intervenciones que se plantean como externas respecto a la empresa y al sistema que deriva de ella (consistirán por ejemplo en prohibiciones, autorizaciones, incentivos, facilidades, maniobras fiscales, manipulación de instrumentos crediticios, contratos de investigación, etc.).

Entre las finalidades del Estado pueden estar en cambio junto a la de la eficiencia, la de utilizar específicamente las empresas para la obtención de objetivos públicos concretos realizables mediante acción empresarial.

Mediante la creación de nuevas grandes empresas públicas se pueden efectuar rápidas inversiones en sectores base de la economía con función anticíclica, con efectos de estímulo directo o de carácter difusivo de la producción; una empresa pública puede servir para deshacer una situación monopolística u oligopolística que represente una estrangulación del sistema económico; la intervención autoritaria puede ser indispensable para introducir un nuevo tipo de empresa que, aunque útil para el desarrollo económico en su conjunto, encuentre en el interés de los particulares para disfrutar de modo más prolongado las instalaciones existentes en un sector colateral, intercambiable, un obstáculo para su surgimiento (un caso de contraste entre el interés económico general y el de grupo era por ejemplo evidente en Italia en la actitud de las empresas eléctricas privadas frente a las instalaciones nucleares); otras veces la creación de nuevas empresas públicas puede remediar una deficiencia objetiva derivada tanto del temor de las empresas privadas a aventurarse en campos desconocidos para ellas, cuanto de su deseo de no invadir sectores dominados por otras, eventualmente extranjeras a fin de evitar represalias peligrosas; la creación mediante decisión política puede hacerse también indispensable o por el carácter extremadamente riesgoso de la empresa, o por el hecho de que ella tenga una dimensión económica que supere las posibilidades de los empresarios existentes; finalmente la creación de empresas públicas puede servir para una rápida industrialización de áreas atrasadas o para crear de modo coordinado un nuevo polo de desarrollo industrial

trial o una nueva infraestructura empresarial; otras veces la intervención pública mira a salvar empresas deficitarias pertenecientes a particulares o a poner en manos nacionales empresas privadas a punto de ser cedidas a extranjeros, etc. No existe objetivo empresarial de relevancia pública que sea fin en sí mismo, o que sea medio para otros fines ligados con el desarrollo del sistema económico en general, que no pueda ser realizado cuando se tiene un sistema de empresas eficiente y pueda disponerse de ellas incluso singularmente. Estas exigencias de una intervención del Estado, de carácter interno, en el sistema empresarial, que se realiza precisamente a través de las empresas, son sentidas sobre todo en los sistemas económicos necesitados de aceleraciones adicionales además de la que ya poseen, derivada de la dinamicidad de las empresas; y en particular, entonces, en los sistemas en que generalmente las empresas no superan la dimensión media o en las que el desarrollo de conjunto esté todavía atrasado.

Dos son los presupuestos que deben ser respetados para satisfacer en concreto las exigencias indicadas. El primero es que se asegure a las empresas públicas un status que les permita conservar y perfeccionar su eficiencia; las empresas operan como instrumentos si son eficientes; si para instrumentalizarlas y manipularlas se lesiona su eficiencia, se impide ipso facto la concreta realización de los objetivos propuestos, pues ningún resultado podrá alcanzarse si el instrumento ya no es idóneo.

El segundo presupuesto es, en cambio, que la forma jurídica permita hacer llegar a las empresas las órdenes individuales y las directrices impartidas por los órganos de gobierno. Para este fin el modelo representado por la forma jurídica pública parece un instrumento apto que posibilita soluciones diversas según cambien las circunstancias y las exigencias. Dicha forma representará en concreto el instrumento de armonización entre los intereses de la eficiencia satisfechos con la organización y los medios de acción privatísticos de la empresa, por una parte, y los intereses específicos que hallan expresión en los institutos publicísticos que se dirigen a la empresa. La delicadeza de la disciplina de este instrumento de armonía está en la dosificación atenta de la relación "autonomía-heteronomía". La empresa no es tal, ni puede ser concretamente eficiente si no goza de un efectivo grado de autonomía y si no tiene,

en su ámbito interno, responsabilidad y mando centralizados. Por otro lado, si la empresa debe poder ser, si es necesario, también el instrumento individual para la realización de específicos intereses públicos, no hay duda de que deba ser igualmente asegurada, de cualquier modo, su subordinación a los poderes del Estado.

Es en la satisfacción de estas antinómicas exigencias que la personalidad jurídica pública se ofrece como más adecuada que la privatística societaria. Esta excluye, en realidad, los balances, y ofrece soluciones extremas, de carácter opuesto: si hay control hay dominio completo (y hay dominio aún cuando hay concesión de autonomía, pero revocable en todo momento ad libitum del dominador), si no hay control, hay autonomía total. La forma societaria es entonces idónea en la más alta medida para las relaciones entre unidades menores y grupo total, no apta para las relaciones entre empresa y órganos estatales, siempre que a éstos se asigne no la tarea de fungir de empresarios (pues entonces el asunto sería distinto) sino la de impartir determinadas órdenes a las empresas. En la forma publicística todo eso puede ser adecuadamente regulado, modulando los criterios de elección de los administradores de la empresa, la duración en sus cargos (la fijación previa de un período que no sea brevísimo —por ej. tres o cuatro años— es garantía de autonomía), la disciplina taxativa de las hipótesis de remoción anticipada, el tipo de mandatos que pueden ser impartidos, la organización misma de las dependencias estatales a las que se confía la intervención en las empresas.

Este último es un aspecto que no debe subestimarse: por su fuerza dinámica interna las empresas son impulsadas a afirmar su prevalencia en toda relación en la que deban participar; es de esperar entonces que las empresas públicas, lejos de someterse pasivamente a los órganos del Estado, traten de adueñarse de ellos en forma indirecta para reducir su poder de mando, o aún mejor para utilizarlos como fuente de beneficio. La organización de los órganos del Estado deberá tener en cuenta estos peligros y estructurarse de modo que puedan resistirlos: y hasta parece superfluo advertir que la solución deberá buscarse no debilitando las empresas (pues esto atentaría contra su eficiencia) sino reforzando adecuadamente también a los órganos de dirección, para hacerlos plenamente eficientes y fuertes.

Otros dos efectos de la adopción de la forma publicística deben también mencionarse. El primero consiste en la imposibilidad para la empresa de disponer de su propia existencia y de su propia caracterización fundamental, pues estos aspectos se encuentran regulados por una fuente de grado superior (ley o acto administrativo) sustraída al poder dispositivo de la empresa. Desde el punto de vista práctico esto significa, entre otras cosas, que el poder de mando de las empresas de forma pública no es cesible a particulares ni, con mayor razón, a extranjeros.

El segundo aspecto deriva de las mayores posibilidades de equilibrio de la fuerza de las empresas, para crear un sistema de contrapesos que refuerce mejor a los órganos públicos de mando. Si todas las empresas son de forma privatística el equilibrio se podrá realizar mediante el desarrollo natural de la empresa, y por las (mayores) dimensiones mismas del sistema económico en su conjunto. De hecho esto se realiza hoy en los Estados Unidos en medida más extensa que en el pasado, como lo demuestra la circunstancia de que la política del Gobierno Federal parece hoy menos atribuible a las intervenciones de determinados grupos que en los decenios pasados (ej. posición de la United Fruit en el caso de Cuba; de las sociedades petrolíferas en el Medio Oriente). En los sistemas económicos intermedios, cuando no se interviene con medios internos, es en cambio más fácil, como se ha dicho, que cualquier empresa adquiera una posición de predominio que se refleje incluso en las relaciones con los poderes públicos. En estos casos la forma pública permite ejercitar aquellas intervenciones adicionales para favorecer la creación de otras empresas públicas que, insertándose en el sistema al lado de las dominantes, públicas o privadas, atenúen la capacidad de éstas de invertir la relación efectiva de fuerza entre gobernantes y gobernados. Una tentación que conviene evitar es la de marginar la fuerza de presión de las empresas de forma pública asignándoles límites taxativos de sector: este remedio es peor que la enfermedad, pues tales límites, como ya se ha indicado, constituye un freno muy grave para el dinamismo y el desarrollo de las empresas. La solución debe buscarse sin lesionar la dimensión de la empresa, antes bien, propiciando la obtención de la dimensión más económica por parte de ellas, y cuidando de que haya más de una empresa en cada dimensión: mejor aún si entre los diversos sectores hay interferencias, pues en este caso habrá un

mayor estímulo a vigilarse recíprocamente y a impedir que entre ellas adquiera una prevalencia absoluta y, en consecuencia, los órganos del Estado podrán ejercitar más eficientemente la labor de dirección y mediación a ellos confiada.

41. Las anteriores consideraciones valen "de jure condendo" si y en cuanto se deba escoger, en sede política, si atribuir a una empresa sustancialmente pública la forma de ente público o de sociedad por acciones. El panorama es parcialmente diverso si la elección ya ha sido hecha y si se ha concretado adoptando uno u otro instituto positivo.

En particular, si las normas en vigor han conferido la personalidad jurídica pública, ello comporta la automática aplicación de una particular disciplina jurídica.

En los complejos sistemas jurídicos contemporáneos conviven uno junto al otro, tipos diversos de entes públicos (ej. entes que operan como administración pública, entes que producen bienes y servicios financiados por medio de procedimientos administrativos, entes que gestionan empresas en régimen enteramente administrativo, o con organización prevalentemente a régimen administrativo y con sector predeterminado, entes que gestionan empresas directamente con régimen privatístico, entes que controlan grupos de sociedades que gestionan empresas: nótese que esta clasificación se adapta sólo en parte a la de las empresas, puesto que así como hay empresas que no tienen personalidad jurídica pública, así también hay entes que no son empresas).

En otros términos, existe una pluralidad de tipos de entes públicos, así como existe, en el campo privado, una pluralidad de tipos de sociedad.

Cada uno de estos tipos representa un modelo organizativo diverso, y conlleva la aplicación de una disciplina jurídica distinta. Esto es, la aplicación de todas las normas vigentes para ese determinado tipo. Es más, existe un restringido número de normas que se aplican a todos los entes públicos, de cualquier tipo, así como, paralelamente, existen normas aplicables a todos los tipos de sociedades comerciales.

En Italia, las normas que (salvo derogatoria expresa) se aplican a todas las personas jurídicas públicas son pocas, pero

particularmente caracterizantes: permiten sustraerse a las garantías dictadas en la Constitución, de modo directo o indirecto, a favor de los sujetos privados, entre las cuales es importantísima la que consagra el principio constitucional de igualdad; la que prescribe la indisponibilidad de la propia existencia; la sujeción al menos a los poderes genéricos de vigilancia por parte de un órgano del Estado; la sujeción a los poderes de disolución de los órganos de administración y de nombramiento de comisarios en las hipótesis de grave y persistente violación de ley, o irregularidades de gestión. Las últimas dos características no son suficientes para eliminar la autonomía del ente frente a la administración; en virtud de las dos primeras características existe en cambio una total maniobrabilidad del ente por parte del Legislador, que en cualquier momento podría suprimirlo o transformarlo, limitar su iniciativa económica, imponerle especiales prestaciones a mayores cargas fiscales, incautar su patrimonio, etc., y todo esto mediante disposiciones singulares: son resultados que en el sistema italiano vigente, en lo que atañe a los sujetos privados (comprendidas las empresas del Estado con forma privatística) no podrían obtenerse jamás mediante leyes singulares, y que en relación con muchos aspectos concretos no podrían obtenerse ni siquiera mediante leyes generales.

Estas consecuencias distinguen entonces, de modo efectivo y concretamente apreciable, la disciplina de la personalidad jurídica pública relativa a la forma privatística societaria. Se dan también otros efectos derivados de la aplicación de las normas relativas a la especie a que el ente pertenece, o establecidas directamente en la ley especial relativa al ente. Para los entes de gestión que aún teniendo personalidad jurídica pública tienen la tarea específica de controlar grupos de sociedades controladas y vinculadas, y que por lo tanto están generalmente obligadas a operar con institutos privatísticos (ej. ENI; IRI; EFIM; entes de gestión minera, termal, de cine) la disciplina cohesiva consiste principalmente en su dependencia del Ministerio de las Participaciones y de los órganos de la programación (ver Arts. 2 y 4 de la Ley N° 1589 de 22 de diciembre de 1956; y 16 y 18 de la Ley N° 48 de 27 de febrero de 1967).

Sin embargo hay en el sistema italiano vigente una hipótesis límite, en la que el conferimiento de la personalidad jurídica pública estuvo ligado a otra norma que sujeta al ente a una disciplina de

sector que se aplica de modo uniforme a todos los sujetos que operan en el mismo, independientemente de su naturaleza pública o privada. En esta hipótesis, que es precisamente la de los bancos de interés nacional que ejercen el crédito ordinario, no hay una diferencia efectiva entre los entes públicos (ej.: Banco Nacional del Trabajo) y los que tienen forma jurídica privada pero cuyo capital es público al menos en su mayoría (ej. Crédito Italiano, Banco de Roma, Banco Comercial Italiano) puesto que, también para estos últimos las transformaciones en el capital social y las fusiones o incorporaciones están sujetas a control público. En esta hipótesis el conferimiento de la personalidad jurídica pública responde a funciones específicas, y a veces se ha transformado en causa de distorsiones derivadas de la aplicación a los entes, de normas cuya pertenencia a la disciplina especial debió en rigor excluirse (por ej.: normas penales dependientes de la calidad de oficial público que tienen los administradores).

42. La experiencia ha demostrado que en un régimen privatístico de empresas generalmente no pertenecientes al Estado se insertan sin dificultad empresas estatales que hagan uso de los mismos institutos de Derecho privado. Estas empresas, no sólo dan un rendimiento análogo al de las empresas de los particulares sino que, aún persiguiendo también los fines públicos en vista de los cuales el Estado las ha creado, no alteran el rendimiento ni las características globales del sistema privatístico. Se plantea entonces la cuestión de si es previsible que tales características y rendimiento permanezcan idénticos también en hipótesis en que la totalidad o la generalidad de las empresas pertenezca, directa o indirectamente, al Estado. Se pregunta en sustancia, partiendo del dato histórico de sistemas jurídicos en los que todas o la generalidad de las empresas son públicas y operan ahora prevalentemente con instrumentos jurídicos publicísticos, si también para estos sistemas la adopción de los institutos privatísticos para las empresas represente una alternativa abierta, a la cual el sistema pueda recurrir cuando pretenda dar mayor peso al aspecto de la economicidad de la gestión, incluso si continúa persiguiendo todos los fines en vista de los cuales se ha impuesto la pertenencia de las empresas productivas al sector público.

Parece que puede darse una respuesta positiva a esta cuestión, si existen ciertas condiciones. La primera consiste en el goce de un grado suficiente de autonomía de parte de las empresas; la autonomía debe hacer posible la centralización de los poderes de mando en las manos del grupo director y, por ende, también la sanción consistente en la eliminación de dicho grupo, bajo la forma de alejamiento del poder, cuando la empresa, por su insuficiente grado de desarrollo, venga a ser suplantada o absorbida por otra.

Una segunda y fundamental condición es que no sólo la organización interna sino también la acción externa de la empresa deberá desarrollarse por medio de institutos privatísticos y que, en consecuencia, el ambiente jurídico externo sea tal que consienta recurrir a dichos institutos. En términos concretos esto significa renuncia a toda disciplina integral de carácter autoritario de las relaciones de trabajo, de las materias primas, de los capitales, de los abastos de mercancías; y regulación de estos y de todos los otros asuntos conexos con la producción de modo prevalentemente privatístico, con la consiguiente formación de los relativos "mercados".

En tercer lugar parece indispensable que, aún admitiéndose en línea general el recurso a los institutos privatísticos por parte de las empresas, no se pongan a ellas límites taxativos de actividad por sectores y lugares; en efecto, hemos puesto en relieve la importancia, determinante para la economicidad de las empresas en régimen privatístico, de posibilidades como la de crear nuevos sujetos, pre-disponer nuevas combinaciones productivas en otros sectores, operar en el extranjero. Por otra parte, la participación en los mercados mundiales valiéndose de sus propias dimensiones y del predominio ya consolidado en un extenso mercado interno, aparece como la ventaja más consistente y una de las causas más relevantes de eficiencia de las que pueda disponer un sistema económico que se valga de institutos publicísticos para crear de la nada empresas de enormes dimensiones. Recíprocamente, la participación en la competencia abierta por los mercados mundiales concurre a sostener el rendimiento del entero sistema aún en el sector interno.

Y no parece que el recurso a fórmulas privatísticas para la generalidad de las empresas estatales impida que dichas empresas respondan a los otros fines públicos que desean perseguir. La em-

presa pública con régimen privatístico, cuando se halle bien armada con los poderes públicos, es un dócil y dúctil instrumento para la persecución de cualquier fin público que pueda ser satisfecho mediante comportamientos de tipo empresarial y sin ceder nada en ello frente a empresas regidas con régimen publicístico, permitiendo en comparación con éstas, una más amplia posibilidad de maniobra en razón de su más dinámica capacidad de desarrollo y por su más flexible adaptabilidad a las condiciones externas. La dirección dinámica de gobierno, actuada hasta ahora por medio de empresas con régimen publicístico, podría entonces igualmente, o aún con mayor ventaja, realizarse cuando el régimen de las empresas sin perjuicio de su carácter estatal, fuese modificado de publicístico a privatístico.

Y no debe olvidarse que en un sistema en el cual todas las generalidades de las empresas, aún operando en régimen privatístico, pertenezcan de hecho, directa o indirectamente, al Estado, se atenuarían los requerimientos y tensiones provocados por las mismas frente a los otros intereses públicos: ya se aludió a este resultado con referencia a un régimen mixto; ahora puede agregarse que la pertenencia sustancial de la generalidad de las empresas a un único propietario generaría, muy probablemente, una ética de comportamiento más respetuosa de los intereses, individualmente extraños a la empresa, que responden a la utilidad general.

Parece entonces que la pertenencia común de las empresas, directa o indirecta, al Estado, no alteraría las características propias de un régimen empresarial privatístico, y antes bien, podría mejorar su rendimiento global, pues de un lado permitiría una plena manifestación de la economicidad de la gestión de la empresa singular, mientras que del otro haría más fluida y simple la tutela de los otros intereses públicos confiados a la intervención de institutos propiamente publicísticos. De modo que no sería arriesgado prever que, cuando en el ámbito de sistemas en los cuales están ya presentes empresas de amplias dimensiones regidas y gestadas hasta el momento con régimen publicístico se introdujera el régimen privatístico, por virtud del efecto combinado del rendimiento necesario propio del régimen privatístico, de las dimensiones adecuadas y la disponibilidad de un enorme mercado interno, se generaría un enorme impulso dinámico y una tremenda expansividad, cuyas consecuencias se advertirían rápidamente no sólo en el sistema

cual pertenezcan dichas empresas, sino también en los mercados mundiales.

43. Aún dejando de lado, en gracia a la brevedad, todos los delicados, graves y complejos problemas concernientes al necesario periodo transitorio, parece necesario de todos modos detenerse en algunas probables implicaciones de orden institucional, de la eventual adopción (en línea prevalente) de un régimen privatístico para la totalidad o generalidad de las empresas, aunque todas, en principio, pertenezcan al Estado.

Este hecho no quedaría sin consecuencias sobre una pluralidad de institutos jurídicos y para los comportamientos individuales. Una de las características más relevantes del régimen privatístico empresarial es la de estimular a todo individuo a hallar su lugar más adecuado en la sociedad y a desplegar al máximo sus capacidades. El régimen privatístico presupone y provoca movilidad de las personas, espíritu de aventura, deseo de mejoramiento, tensión intelectual; en otros términos, exige pleno desarrollo de la persona humana y como medio para realizarlo, goce de una amplia esfera de libertad. Entre privatización del régimen de las empresas, aún pertenecientes todas al Estado, y reconocimiento a los individuos de libertad personal, de domicilio, de circulación, de correspondencia, de reunión, de asociación, de palabra y de manifestación en general del pensamiento, existe una necesaria correlación; salvo para periodos breves, es imposible que se afirme una sin las otras.

Una segunda consecuencia de la privatización del régimen empresarial es la admisión necesaria de que los mismos bienes puedan ser objeto de apropiación también de los particulares y que, en consecuencia, junto a las empresas del Estado, puedan surgir también empresas formadas por o con el concurso de cualquier otro sujeto y, por ende, también de individuos singulares.

En efecto, régimen privatístico significa, como se aclaró al principio, indiferencia en relación con el sujeto y, por consecuencia, aptitud de cualquier sujeto —ciertamente que también del Estado, pero asimismo de individuos singulares y de todo otro sujeto privado— para hacer nacer el mismo tipo de negocio. Desde el punto de vista sustancial esto no conlleva alteraciones efectivas —al menos hasta que se esté en grado de controlar las actividades de los

extranjeros— pues dada la desproporción en los capitales disponibles debe preverse la absoluta imposibilidad para los terceros de constituir empresas tan potentes como las del Estado; viceversa, las empresas de los particulares pueden encontrar en ello una ventaja segura, pudiendo ocupar aquellos sectores marginales en los que difícilmente logran insertarse empresas de amplias dimensiones. Pero queda el hecho de que el nacimiento de empresas de particulares como corolario de la privatización de las empresas públicas constituirían una transformación institucional de primera importancia.

44. En todo caso los cambios no se limitarían a los institutos, sino que se extenderían a la cultura y a la civilización. El sistema empresarial privatístico crea nuevas necesidades, determina tipos de comportamiento de hábito, condiciona directa o indirectamente corrientes de pensamiento e ideas morales. El sistema empresarial provoca, más en general, un tipo de cultura y de civilización que le permita prosperar y afirmarse; y tiende a suprimir toda otra forma de cultura y, consecuentemente, de civilización que no se armonicen con esta función y que permanezca extraña a ella.

Por ello se postula coherentemente la existencia de una civilización capitalística; y hay que advertir solamente que el responsable de tal civilización no es tanto el capital cuanto el régimen privatístico de las empresas, si es que es exacto lo que se ha afirmado aquí de que un sistema de empresas sujetas a este mismo régimen produciría las mismas consecuencias aunque pertenecieran en principio al Estado.

En los países que adoptan sistemas empresariales de tipo publicístico precisamente por el diverso tipo de condicionamiento, la cultura, y más en general la civilización, se desarrollan con tonos diferentes: la menor movilidad de las personas, la atenuación de la ansia del éxito, mantienen más vivos los valores de la tradición; conservan íntegros los núcleos intermedios (familia, comunidades locales) favoreciendo el desarrollo de ideas morales más sólidas y profundas.

La fuerza autónoma menor de estos sistemas permite que en cierta medida prosperen y se afirmen también filones de cultura que no están ligados a la vida y a las exigencias del complejo empresarial.

Estas implicaciones demuestran que más allá de un cierto límite la escogencia del régimen de las empresas asume las mismas características fundamentales de la sociedad e implica una decisión que no atañe ya a la economía, sino que es política en un significado completo e integral. Y como para todas las decisiones políticas, que presuponen valoraciones globales y previsión de efectos de duración indefinida, también para este caso existe incertidumbre y criterio subjetivo sobre todo: sobre las razones para preferir uno u otro tipo de sociedad, es decir, de vida individual y colectiva, sobre la procedencia de las previsiones, sobre los límites mismos en que una generación deba asumir la responsabilidad o los sacrificios por hechos que afectarán seguramente sólo a las generaciones futuras. Y existe también el riesgo de que las mismas transformaciones provocadas por los sistemas productivos inviertan las posiciones: si resultan exactos los cálculos de futurización según los cuales en los países de desarrollo industrial más elevado (es decir, precisamente en los países que adoptan hoy el régimen privatístico de las empresas) los días dedicados al reposo superarán, al final de este siglo, a los dedicados al trabajo, es posible que una mayor autonomía de la cultura y formas más complejas y diversificadas de civilidad lleguen a ser precisamente una característica de estos países y que, como en una espiral, después de un fatigoso esfuerzo la sociedad retorne a sus orígenes, pero en posiciones más elevadas y conscientes.

45. De lo que se ha venido exponiendo pueden extraerse conclusiones diversas, en distintas direcciones.

Puesto que la adopción de uno u otro instituto jurídico influye, a menudo de manera relevante, sobre el rendimiento de las empresas y, en consecuencia, también sobre el de los sistemas económicos en su conjunto, resulta en primer lugar que en las elecciones de política económica, en las previsiones programáticas, en las indagaciones sobre los desarrollos futuros de cada sistema económico y en el planteamiento de las teorías económicas mismas, es imprescindible la consideración de los institutos jurídicos concretamente utilizados, o hipotizados como presentes, y de su probable rendimiento. Lo cual debe conllevar también la conciencia de que determinados resultados o promedios de rendimientos que estamos habituados a considerar como obvios o normales en referencia a ciertos

sujetos o sistemas (por ej.: en las sociedades por acciones, de los capitalistas en general, de las sociedades americanas, de los temas económicos con base privatística) constituyen en la realidad el fruto de institutos jurídicos específicos y no se producirían si estos institutos fuesen modificados o eliminados, así como podrían producirse aún en otros ambientes si se adoptaran aquellos mismos institutos jurídicos.

En resumen: el resultado económico de una empresa o de un sistema global depende no sólo de la cantidad y calidad de los factores disponibles —capacidades laborativas y gerenciales, materias primas, maquinarias capitales—, sino también del modo en que estos factores están organizados, esto es, de la cualidad y del tipo de régimen de Derecho de las que depende esta organización.

Esta primera constatación confirma que Derecho privado y Derecho público, disciplina privatística y publicística de los actos de los sujetos, de los bienes, de las relaciones con terceros, de los controles, son y no podrían no ser considerados otra cosa que simples técnicas de organización: esta afirmación constituyó el punto de partida de esta indagación y constituye a la vez su punto de llegada; un examen analítico, conducido con referencia a los correspondientes aspectos de la organización de la empresa, ha demostrado que en este organismo, en línea de principio, los institutos de uno u otro tipo pueden ser manejados indiferentemente. En esta materia no rigen principios absolutos, derivados de la naturaleza de las cosas, de la calidad de los hombres, de la fuerza imperativa de la razón; no existen conexiones necesarias entre institutos y particulares tipos de sujetos o de bienes. De modo que también el Estado y con él los sujetos públicos, puede utilizar para sus bienes, para las organizaciones que de él dependen, para los actos relativos a éstas, los institutos de Derecho privado, al igual que cualquier otra persona de Derecho. Entonces, el criterio para dar preferencia a uno y no a otro instituto no puede ser sino el del rendimiento, es decir, de que responda a lo que con él se pretende obtener.

A este respecto ha sido determinado para las empresas un objetivo preciso: el de la economicidad, que podría ser descrito también como eficiencia de la gestión. Es un objetivo consagrado expresamente en las legislaciones positivas. Y es un objetivo respecto al cual los institutos privatísticos, puestos frente a los corres-

pondientes institutos publicísticos, dan un rendimiento indudablemente mayor. Adecuación, flexibilidad, reducción de los tiempos, maximización —en definitiva— en el uso de cada factor productivo, son las características de la empresa que se habilita para operar en régimen privatístico.

La economicidad de la gestión de las empresas no es, sin embargo, el único objetivo posible: la economicidad puede ser referida, además que a la empresa, al sistema en su conjunto, y este desplazamiento de horizontes ya por sí mismo es suficiente para modificar los cálculos de rendimiento. Hay además otros intereses específicos que pueden ser considerados merecedores de salvaguardia, y cada uno de ellos puede requerir, o mejor dicho, normalmente requiere, la intervención de disciplinas publicísticas.

Por tanto, la construcción de los institutos concretos deviene obra compleja: lo privado y lo público pueden y deben ser oportunamente dosificados según las particulares y específicas exigencias a satisfacer. Cuando se dijo que institutos de Derecho público y de Derecho privado no son otra cosa que técnicas organizatorias, se abrió así la vía para sus posibles combinaciones; existe una amplísima gama de relaciones respecto a las cuales lo público y lo privado no se encuentran nunca, por así decirlo, en estado puro, y respecto a las que el problema concreto no consiste en utilizar lo público o lo privado, sino cuánto de uno u otro, y cuáles institutos de uno u otro tipo, y de qué modo enlazarlos y organizarlos operativamente.

Por otra parte, en las indagaciones realizadas Derecho público y Derecho privado, así como sus relativos institutos, fueron entendidos en el sentido de esquemas amplísimos, como por lo demás se advirtió oportunamente. Pero la organización concreta está hecha no sólo de visiones de conjunto sino también de soluciones específicas y de detalles; y los detalles, tanto como las líneas fundamentales del organismo, deben ser atendidos en sus particulares y concordados con el todo. En cuanto al grado de complejidad, los más relevantes institutos jurídicos, ante todo el Estado en su conjunto, y luego la organización constitucional, la disciplina del sistema económico, el régimen jurídico de las empresas, etc., pueden compararse a las potentes astronaves que llevarán a los hombres a la Luna, con la dificultad adicional de que para las astronaves

el objetivo puede ser ubicado exactamente en el espacio con referencia a un momento preciso, las construcciones sociales no tienen elementos que no sólo son por naturaleza constantemente cambiantes, sino que se modifican entre otras cosas por efecto del organismo unitario que concurren a integrar. Y como no puede pensarse en dejar partir una nave espacial antes de que todos sus mecanismos estén listos, del mismo modo, una sola parte de un mecanismo jurídico, aún aparentemente secundaria, si no está bien construida puede alterar el rendimiento conjunto y hasta puede provocar valores negativos en vez de los positivos que se esperan. Todo esto significa que no se puede confiar sólo en los resultados de las esquematizaciones generales, y que el rendimiento concreto depende no solamente de la elección de este o aquel instituto, sino del modo en que éstos serán regulados en sus detalles y ligados unos a los otros en una coherente visión de conjunto. De la complejidad de este trabajo se ha tenido una prueba en el hecho de que la esquematización misma, para no permanecer totalmente abstracta, ha debido tomar en cuenta las combinaciones posibles y ponerse a ilustrar series alternativas de desarrollo. Pero ni siquiera donde la esquematización ha sido más analítica deben surgir engañosas ilusiones.

En esta materia las soluciones concretas son sólo las que derivan de la consideración precisa de los objetivos y de elección cuidadosa de los institutos que, una vez precisamente disciplinada su configuración y sus conexiones, y adecuadamente dosificadas pueden servir mejor para alcanzar dichos objetivos, dadas las condiciones en las que los organismos que se crean tendrán que operar. En definitiva, toda solución es sustancialmente nueva y única, por lo que debe insertarse en un ambiente económico, social y jurídico que aún cuando pueda parecer similar, no es jamás idéntico al de otras épocas y otros países. La única función de la esquematización, así como del análisis comparativo, es entonces la de indicar las características fundamentales de los materiales que están disponibles y que hipotéticamente pueden utilizarse en sus variadas combinaciones; nada más.

Estas observaciones acentúan entonces todavía más el carácter técnico de las construcciones jurídicas. Pero indican también cuál es el límite de este planteamiento. Un problema puede consi-

derarse de carácter técnico mientras los objetivos estén claramente prefijados y determinables, esto es, concretamente, cuando exista un metro seguro con base en el cual valorar el rendimiento de las soluciones experimentadas y de las nuevas que se proponen (ej.: economicidad de la gestión de las empresas). Pero si por su amplitud o sus implicaciones —que a la larga no dejará de producir— la solución deberá incidir sobre los mismos objetivos de los cuales se ha partido, es decir, sobre aspectos del cuadro general que se había convenido mantener intactos, el asunto sufre una mutación cualitativa y adquiere carácter político, debiéndose considerar política toda decisión que concierna a los fines mismos que deben ser perseguidos.

Por lo que atañe al régimen jurídico de las empresas, la mutación cualitativa puede relacionarse aproximadamente con una fase cuantitativa, esto es, con el momento en que se modifiquen las relaciones de prevalencia entre lo público y lo privado. La adopción prevalente del régimen privatístico para las empresas (manteniendo su pertenencia al Estado) en un sistema empresarial, regido hasta el momento sobre base publicística, provocaría con seguridad influencias en el régimen constitucional de los ciudadanos y de los bienes, sobre las características de la cultura, sobre la forma misma de civilización. Otro tanto ocurriría sobre todas las empresas de un sistema con base privatística si fueran sometidas a una disciplina administrativística analítica. De manera que la decisión final sobre la oportunidad de disponer transformaciones de este tipo escapa a la mera evaluación técnica y presupone una consciente decisión política.

Si estas observaciones son exactas, sobre la base de la experiencia puede hoy realizarse una transposición en términos más amplios que los de las fórmulas marxistas. No es la propiedad, sino más bien el régimen jurídico escogido para la utilización de los medios de producción, lo que condiciona la cultura y, en definitiva, la civilización misma de una colectividad. Marx se refería razonablemente a la propiedad del individuo privado porque éste era el instituto sobre cuya base se fundaba el régimen organizativo de las empresas en la primera fase de desarrollo de la era industrial.

La indagación formal está hoy en posibilidad de demostrar que las consecuencias que Marx examinaba se producen también

si la propiedad no es del particular, sino de sujetos colectivos, y que estas consecuencias no dependen sólo de la propiedad, sino del conjunto de institutos jurídicos privatísticos utilizados. Por esto es necesario referirse al régimen jurídico global al que está confiada la utilización de los medios de producción. Los medios de producción de que dispone una colectividad, permaneciendo invariable su composición cuantitativa y cualitativa, determinan un diverso tipo de civilización cuando sean utilizados por medio de técnicas organizatorias diversas.

En el momento en que un dato asumido como necesario y necesitante (propiedad del particular) es sustituido por otro que conlleva soluciones alternativas (régimen jurídico) el sentido global del planteamiento se invierte, puesto que se demuestra que es la misma colectividad, al escoger las formas de su propia organización, la que condiciona y tal vez determina su civilización futura.

LOS DISTINTIVOS DEL COMERCIANTE Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA*

Prof.: BORIS KOZOLCHYK
OCTAVIO TORREALBA

I. Introducción: La Hacienda, El Establecimiento, Los Distintivos y La Competencia Desleal.

Entre los bienes que han adquirido mayor importancia dentro del establecimiento mercantil contemporáneo, se hallan los llamados "distintivos" del comerciante, es decir aquellos símbolos que, como los nombres y marcas, sirven para identificar al comerciante y sus productos. Estos distintivos, al igual que las patentes que amparan el derecho a producir y distribuir determinados bienes en forma monopolística, constituyen el objeto de una rama del derecho mercantil denominada "derecho industrial" o "derecho de la propiedad industrial", en la cual se estudian tanto los procesos de adquisición de los distintivos y patentes como su protección.⁽¹⁾

Naturalmente, en un curso elemental de derecho mercantil, como éste, no hay campo para un estudio detallado del derecho industrial. Sin embargo, dada la importancia de esta materia, se hace necesario examinar, aunque sea en forma somera, algunos de los principios generales que la caracterizan, lo mismo que estudiar las reglas que tipifican a algunos de los sistemas legislativos más

* Este trabajo es parte del Capítulo II del *Curso de Derecho Mercantil - Texto y Material de Estudio*, obra en cuatro tomos que será editada próximamente.

(1) Así, según GHIRON, "La materia que forma objeto del curso de Derecho Industrial, es comúnmente conocida con los títulos siguientes: represión de la competencia desleal; disciplina de la hacienda; de los nombres, de la firma, de las enseñas, de las marcas y signos distintivos; disciplina de las invenciones industriales, de los diseños y modelos y correspondientes privilegios; derecho de autor" (MARIO GHIRON, *CORSO DI DIRITTO INDUSTRIALE*, T. I., p. 15 (Roma, 1935)). El estudio de los derechos de autor, según otros autores, no forma parte del derecho industrial por no ser inherente al ejercicio de la actividad de un establecimiento industrial o comercial. Véase a LEDESMA, JULIO C., *EL DERECHO INDUSTRIAL*, págs. 38 y sigs. (Buenos Aires, 1953); e ISIDRO SATANOWSKY, *DERECHO INTELECTUAL*, Tomo I, págs. 35 y sigs. (Buenos Aires, 1954).

importantes sobre nombres comerciales, marcas y patentes. Este estudio nos permitirá adquirir una visión adecuada de la forma en que el derecho mercantil contemporáneo protege la propiedad industrial, absorbiendo y moldeando conceptos provenientes de la rama de los derechos reales del derecho civil. De igual manera, examinaremos el modo como el derecho mercantil protege de la competencia desleal el uso de los distintivos, adaptando conceptos civilistas extraídos de la teoría de la responsabilidad extracontractual. Es necesario advertir, sin embargo, que a pesar de la distinción que se hace por legisladores, jueces y tratadistas entre la protección que brinda la titularidad de las marcas, nombres y patentes y la de la represión de la competencia desleal (distinción que se recoge con efectos didácticos en este capítulo), en última instancia, ambas constituyen el anverso y el reverso de la misma moneda: la necesidad de limitar racionalmente el ejercicio de la libertad de acción del comerciante.

La competencia desleal es una figura proteica. Es virtualmente imposible compilar en un catálogo todas las actividades que pueden llegar a constituir la. Desde el acuerdo de varios productores para vender sus productos a un precio inferior al de costo para eliminar a un tercero, hasta el acto unilateral de usurpar o imitar una marca con el fin de atraerse la clientela de su dueño; desde la presentación de los productos maliciosamente parecida a los del competidor para aprovecharse de su prestigio, hasta la publicidad encaminada a destruir la reputación de un comerciante o de sus productos, todo cae en el ámbito de la competencia desleal. Ello trae como consecuencia que los medios que se usen para perseguirla o reprimirla, también adopten diversas formas que van desde la concesión de derechos exclusivos al uso de signos (marcas, nombres, emblemas) o de inventos (patentes), hasta la represión civil y penal de toda forma desleal de competencia. Unas normas tienen origen contractual, como los convenios entre comerciantes para establecer entre sí las reglas en que van a competir en determinados mercados; otras tienen origen legislativo o jurisprudencial, y otras, con mayor frecuencia en nuestro siglo, provienen de tratados y convenciones internacionales.

A. El nombre civil y el nombre comercial

La principal función del nombre, en el ámbito del derecho es la de servir de instrumento para identificar a los sujetos que

intervienen en una relación jurídica para determinar así quiénes son los titulares de los derechos y obligaciones que de ella surgen.

Uno de los primeros y más estables signos de individualización es, sin duda, el nombre civil (nombre "de pila") o nombre propiamente dicho y el nombre de familia o patronímico, constituido por los apellidos paterno y materno, enunciados en la forma acostumbrada. Por eso el comerciante individual utiliza su nombre civil para celebrar toda clase de actos y contratos, inclusive, desde luego, los que forman el objeto de su negocio. Algunas legislaciones mercantiles hasta prohíben a los comerciantes, como regla general, el uso de otro nombre, distinto del civil, en el ejercicio de su comercio.⁽²⁾ La razón de esta prohibición es que el uso de un nombre diverso del propio o el de varios nombres distintos por parte de una misma persona, se prestaría a fáciles confusiones. Además, como explica ROCCO, "como sujeto de derecho el comerciante no se distingue del particular; ... así como no existe un patrimonio mercantil distinto del civil, no hay tampoco, consiguientemente, una personalidad mercantil distinta de la civil, y como quiera que el nombre individualiza precisamente al sujeto de derecho, claro es que un único sujeto de derecho sólo puede tener un nombre".⁽³⁾

Así, pues, los cheques, facturas, recibos, letras y demás documentos empleados en el comercio, contendrán el nombre civil del comerciante individual que los autorice o emita, escrito o estampado de manera uniforme y formal. Pero, además, el comerciante frecuentemente utiliza su propio nombre para distinguir con él su

(2) C. de C. de Honduras: "Art. 661. El nombre comercial se formará libremente, pero en él no podrá figurar más nombre completo que el del titular de la empresa, a no ser que ésta o el establecimiento se transfieran conjuntamente con dicho nombre a un nuevo titular, caso en el que se agregará alguna expresión que indique el cambio efectuado".

C. de C. de Costa Rica: "Art. 242. Todo comerciante ejercerá el comercio y suscribirá los documentos relativos a su giro, con un nombre que constituirá su distintivo comercial. Ningún comerciante podrá, individualmente, usar como razón comercial nombre distinto del suyo".

C. de C. de Panamá: "Art. 36. Todo comerciante ejercerá el comercio y firmará cualesquiera documentos relativos a su giro, con un nombre que constituirá su firma o razón social. Ningún comerciante podrá individualmente usar como razón comercial nombre distinto del suyo".

En la mayoría de los estados de los Estados Unidos, en cambio, rige la norma de que "la firma se hace mediante el uso de cualquier nombre, inclusive un nombre comercial o ficticio, en un instrumento, o con cualquier palabra o marca usada en sustitución de la firma autógrafa".

(UNIFORM COMMERCIAL CODE, 1962 Official Text with comments, Art. 3, Part 4, Section 3-401. De este Código hay traducción al español editada por Equity Publishing Corp.)

(3) ROCCO, p. 248, México, 1960.

establecimiento mercantil, su empresa; y entonces resulta que el nombre sirve, no sólo para designar un sujeto (el comerciante) sino también para identificar un objeto (el establecimiento o la empresa). "En un proceso de objetivación —advierte GARRIGUES— el nombre comercial se ha transformado y de medio de individualización del comerciante ha venido a ser medio de individualización de la empresa mercantil; el nombre comercial se ha convertido en una cosa incorporal, en un derecho conexo a la empresa mercantil, en un elemento patrimonial de ella".⁽⁴⁾

Surge así la necesidad de un conjunto de reglas especiales para proteger el nombre comercial cuyas características distintivas serán estudiadas a continuación, tomando en cuenta, en primer término, los diversos significados del vocablo "nombre comercial".

B. CARACTERISTICAS DEL NOMBRE COMERCIAL

a) Pluralidad de acepciones

La primera característica que salta a la vista al estudiar la legislación, doctrina y jurisprudencia relativas al nombre comercial es su pluralidad de significados, tanto en el derecho costarricense y en el del resto de Centroamérica, como en los sistemas legislativos matrices.⁽⁵⁾

En el artículo 234, inc. b), del C. de C. de Costa Rica, por ejemplo, se equipara el nombre de un establecimiento mercantil a la razón social o denominación de una sociedad. Más adelante, en el art. 242 (que es similar al art. 36 del C. de C. de Panamá), se establece la equivalencia entre el nombre civil del comerciante, su firma y su distintivo comercial. La igualdad entre nombre comercial, firma y razón social, se supone en los Arts. 243, 244 y 245 del mismo Código. Finalmente, la Ley de Marcas costarricense, N° 559 de 20 de Junio de 1946, al definir el nombre comercial, dice:

(4) GARRIGUES, *Curso*, p. 173.

(5) Escribiendo a principios de siglo VIVANTE describe los múltiples usos del nombre comercial como sigue: "El nombre puede ser usado por el comerciante como nombre comercial para distinguir sus obligaciones contraídas por escrito, como denominación para distinguir sus mercancías, como marca de fábrica para diferenciar sus productos, o como insignia o señal para distinguir su establecimiento". T. I, p. 197.

"Art. 34.—Se entenderá por nombre comercial, el nombre propio del fabricante, comerciante o agricultor, la razón social o denominación de las sociedades, corporaciones o compañías, y el nombre de sus establecimientos, fábricas, talleres, dependencias u oficinas y el que usen y registren las personas o entidades para proteger sus actividades y establecimientos de índole profesional, cultural o benéfica".

De lo anterior se desprende que un comerciante llamado "Juan Fernández" puede usar este nombre, como nombre comercial, en las siguientes diversas operaciones:

a) Obtención de una patente municipal para abrir y operar un negocio bajo el nombre de "Almacén Juan Fernández" el cual aparecerá ostensiblemente como rótulo en el establecimiento y en la papelería impresa.

b) Formación subsiguiente de una sociedad en nombre colectivo, con su hermano Julio Fernández, bajo la razón social "Juan Fernández y Cía."

c) Suscripción de los documentos relativos al giro del negocio, tales como facturas, cheques, pedidos, recibos, etc., bajo la firma "Juan Fernández", utilizada personalmente, o "Juan Fernández y Cía.", a nombre de la sociedad.

d) Venta de productos con la marca "Juan Fernández". Por ejemplo, café molido vendido al público en envases especiales distinguidos con esa marca.

En todos esos casos estará Juan Fernández haciendo uso, de distintas maneras, de su nombre propio como nombre comercial: unas veces —casos b) y c)— para identificar un sujeto (individual o social), es decir, como nombre-subjetivo; otras veces —casos a) y d)—, para distinguir un objeto (establecimiento comercial o mercancías), o sea como nombre-objetivo. Pero desde el punto de vista jurídico, es fácil apreciar que cada una de esas utilizaciones del nombre pone en juego intereses de muy diverso orden que deben propiciar normas diferentes. Así, por ejemplo, el nombre-subjetivo, como sirve para individualizar a la persona física como sujeto de derecho, no debe en principio ser cesible porque la posibilidad de su transferencia desvirtuaría totalmente su función identificadora.

En cambio no hay inconveniente para permitir la cesión del nombre objetivo, y hasta resulta recomendable como medio de conservar la clientela conquistada por un establecimiento comercial, cuando sea transmitido a un nuevo dueño.⁽⁶⁾ Más aún, los dos usos del nombre comercial que se describen en los ejemplos b) y c) —nombre subjetivo individual y nombre-subjetivo social—, deben estar sujetos a distintos regímenes jurídicos, dada su diferente naturaleza. Tratándose del nombre individual, verbigracia, debe adoptarse el principio —ya analizado— de que no es permitido usar nombre distinto del propio. Tratándose, en cambio, del nombre de las sociedades, especialmente el de las llamadas “capitalistas” (anónima, de responsabilidad limitada), esa prohibición no tiene sentido y debe permitirse el uso de nombres de fantasía o que hagan alusión al objeto social. De igual forma, existen diversas reglas para los distintos tipos de nombres. Así, el nombre comercial utilizado como rótulo del establecimiento y el usado como marca de las mercancías, no están sujetos a las mismas reglas, ya que las leyes generalmente conceden el uso perpetuo del nombre como rótulo y, por el contrario, limitan a cierto plazo el derecho exclusivo al uso del nombre como marca (aunque ese plazo sea prorrogable).⁽⁷⁾

No es posible, pues, sujetar a una sola disciplina, bajo el rubro genérico de “nombre comercial”, situaciones tan disímiles como las que trata de abarcar la legislación costarricense en los preceptos antes aludidos. Por eso es que algunos autores critican las legislaciones que, como la italiana, ofrecen también un concepto excesivamente amplio y, de consiguiente, ambiguo del nombre comer-

(6) “El nombre de la hacienda o establecimiento es cosa aparte de la razón social como nombre del comerciante; cierto que el contenido de la razón social suele emplearse para designar la hacienda, o sea el conjunto de los bienes dedicados al comercio, y entonces se habla de una razón social objetiva en oposición a la razón social-nombre, que constituiría la razón social subjetiva... Como individualización de la hacienda, la razón social tiene un régimen jurídico completamente distinto del de la individualización de la persona, y por ello, la razón social subjetiva, ni puede cederse ni transmitirse por herencia, y menos aún forjarse a capricho del comerciante; en cambio la razón social objetiva, sí puede inventarse, venderse o transmitirse por herencia, a condición, tan sólo, de que, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, se transmita simultáneamente con la hacienda, por ser un signo distintivo de ella, y como tal, corre la suerte de la cosa individualizada”. ROCCO, pág. 249.

(7) Véase arts. 23 y 42 de la Ley de Marcas de Costa Rica; 24 y 52 del *Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial y Represión de la Competencia Desleal*. Este Convenio ha sido ratificado por Costa Rica (Ley Nº 4543 de 18 de marzo de 1970, “La Gaceta” Nº 70).

cial.⁽⁸⁾ Posiblemente es también por este motivo que el recientemente aprobado “Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial y la Represión de la Competencia Desleal” (citado en lo sucesivo como “Convenio Centroamericano”), a semejanza de la legislación y doctrina mexicanas,⁽⁹⁾ entiende por nombre comercial solamente la denominación que se le asigna a la empresa o establecimiento mercantiles (nombre-objetivo) y sólo a ella se refiere en el desarrollo de su articulado.⁽¹⁰⁾ En el mismo sentido se pronuncia la “Ley-tipo sobre marcas, nombres comerciales y actos de competencia desleal, para los países en desarrollo”, preparada por las “Oficinas internacionales reunidas para la protección de la propiedad intelectual” (citado en lo sucesivo como BIRPI).⁽¹¹⁾

(8) “En la Relación Ministerial (exposición de motivos del Código Civil italiano de 1942) se lee (n. 1. 041) que “de acuerdo con la doctrina más reciente” se ha recogido “la naturaleza y función del nombre-firma como denominación no sólo de la empresa (léase empresario), sino también de la hacienda”, e idéntica opinión sostiene en la doctrina MOSSA. A nosotros esta fórmula, que intenta ser conciliadora, nos parece más bien contradictoria. No puede, distinguir el nombre-firma a un mismo tiempo dos entidades heterogéneas, como son el empresario y la hacienda, el sujeto y el objeto del derecho, porque sus exigencias son distintas, debiendo, por ello, ser diferente también la reglamentación de las dos hipótesis. Además, si el signo mira al empresario, a un traspaso de aquél al adquirente de la hacienda, se opondrá, de un lado, el interés que el empresario tiene a no ser despojado del signo, de otra parte el interés del público a la identificación del sujeto que responde por las obligaciones de la empresa, mientras que ninguno de ambos intereses entra en juego cuando, por el contrario, la denominación se refiere a la hacienda. Añádase que, unificando la reglamentación de los dos signos distintivos, la consecuencia inevitable es que la disciplina se modelará sobre el signo que requiera mayores precauciones, de suerte que ésta se reducirá en definitiva, al nombre-firma”. FERRARA FRANCISCO, *TEORIA*, pág. 70.

(9) “Los diversos sistemas legislativos y las construcciones doctrinales sobre ellos levantadas, entienden por nombre comercial ora el nombre bajo el cual una persona ejerce el comercio, ora el nombre de la negociación mercantil... una interpretación sistemática de nuestra legislación sobre propiedad industrial demuestra que en derecho mejicano el nombre comercial es el nombre de un establecimiento o de una negociación mercantil, no el nombre de un comerciante; el nombre de una cosa, no el de una persona”. MANTILLA MOLINA, ROBERTO L., pág. 104, (México, 1959). En igual sentido, RODRIGUEZ RODRIGUEZ, JOAQUIN, *CURSO* Tomo I, pág. 419, BARRERA GRAF, en cambio, interpreta el Derecho de su país sosteniendo que en México por nombre comercial se entiende “tanto la razón social y la denominación de los empresarios colectivos (sociedades), como el signo distintivo de las negociaciones mercantiles”. Véase su *TRATADO DE DERECHO MERCANTIL*, Vol. I, pág. 249.

(10) El artículo 48 del “Convenio” dice: “Para los efectos del presente Convenio, nombre comercial es el nombre propio o de fantasía, la razón social o la denominación con la cual se identifica una empresa o establecimiento”.

(11) En 1966, las llamadas “Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual (“BIRPI”), luego de haber preparado y publicado una “Ley-tipo sobre invenciones para los países en desarrollo” (primera “Ley-tipo”), elaboraron un proyecto sobre marcas y materias afines, que fue luego examinado por un Comité de Expertos, convocado por el BIRPI, que se reunió en la sede de éste en Ginebra, en el mes de noviembre de 1966. Como resultado de ese trabajo, se publicó en 1967 la “Ley-tipo sobre marcas, nombres comerciales y actos

Es indudable que el nombre comercial (en cualquiera de sus diversas acepciones) tiene o puede llegar a alcanzar un considerable contenido económico o patrimonial. Cuando se emplea para designar la empresa o establecimiento y las mercaderías o productos, el nombre ejercerá una influencia decisiva en las relaciones con la clientela del negocio, sobre todo si ésta se encuentra satisfecha con los productos o servicios ofrecidos. Se propagará la conveniencia de comprar "donde Juan Fernández" y se formará así el "derecho a la clientela", como parte esencial del establecimiento. Como nombre-subjetivo, el nombre comercial influirá también en una mayor facilidad para obtener crédito de banqueros y proveedores, si el comerciante, para "guardar su buen nombre", ha sido un buen cumplidor de sus obligaciones comerciales, lo cual, como se comprende, tiene un subido valor económico.

El carácter patrimonial del nombre comercial, implica la necesidad de una doble protección jurídica. En primer término, el titular de un nombre comercial debe ser protegido de la competencia desleal que resultaría del hecho de que otro comerciante no autorizado se valiese del mismo nombre para ejercer el comercio desviando hacia sí la clientela del primero. En segundo término, es necesario facilitar la transmisión del nombre, para que el adquirente del establecimiento mercantil pueda aprovechar el factor de riqueza que representa un nombre comercial conocido y acreditado.

Todo ello debe ordenarse dentro de ciertas normas jurídicas que enmarquen razonablemente el ejercicio de cada derecho, armonizando el interés del comerciante con el del público y el interés de aquél con el de los terceros, lo cual da por resultado sistemas completos de reglas que algunas veces difieren sensiblemente de país a país. A continuación vamos a reseñar dos sistemas suficientemente antagónicos para que pueda apreciarse la diversidad de soluciones a que el mismo problema da origen.

de competencia desleal para los países en desarrollo" junto con su declaración explicativa, la cual fue remitida a los países en desarrollo, a los estados miembros de la Unión Internacional para la protección de la propiedad industrial y otras organizaciones internacionales.

"En el sentido de la presente ley —dice la "Ley-tipo" del BIRPI— se entiende por: d) "Nombre comercial": el nombre o la designación que identifica la empresa de una persona física o moral. (Art. 1, inc. 1).

1. Sistema del Código de Comercio alemán.

a. Introducción

A pesar de no haber sido el primer sistema legislativo de protección al nombre comercial,⁽¹²⁾ el C. de C. alemán se toma frecuentemente como punto de referencia en la evaluación de las diversas soluciones legislativas.

De acuerdo con este ordenamiento, todo comerciante —individual o social— tiene el derecho de ejercer su actividad profesional bajo un nombre o firma, y además, tiene obligación de hacerlo, inscribiendo su firma en el Registro de Comercio ya que el derecho sobre el nombre comercial depende de la inscripción.⁽¹³⁾

La firma, según explica, von GIERKE, "es el nombre del comerciante. Siendo un nombre, no constituye un sujeto especial de derecho. Siendo el nombre del comerciante, no constituye el nombre de la hacienda comercial (*Geschäft*). Denominaciones tales como "Hostería el Caballito Blanco" o "Farmacia El León", no son, pues, nombres comerciales, pero pueden constituir "aditamentos" del mismo".⁽¹⁴⁾

El rigor registral y sus efectos sustantivos se reflejan en la regla según la cual la firma, una vez inscrita, deberá seguirse utilizando en la misma forma en que se registró, durante toda la vida mercantil del titular o hasta que no se inscriba una enmienda.⁽¹⁵⁾ Un ejemplo citado por el Profesor Heinsheimer es suficientemente claro: si un comerciante llamado Karl August Berger, ha elegido la firma "Karl A. Berger" y la ha registrado, no podrá válidamente suscribir documentos o presentarse en el futuro bajo el nombre comercial "K. Berger" u otro diferente; de la misma manera, no permitirá el registro que, dentro de su localidad, se inscriba otro

(12) Para un estudio de los antecedentes históricos (incluyendo los franceses e italianos) de la protección del nombre comercial, véase OUDINOT, de la *TRASMISSION DE LA FIRME EN DROIT ALLEMAND*, (Annales de Droit Commercial) 1912, pág. 362.

(13) Véanse arts. 29 a 37 del H. G. B.

(14) VON GIERKE, Tomo 1, pág. 142.

(15) Véanse arts. 29 a 37 del H. G. B.

comerciante cuyo nombre consista en las mismas palabras que aquél tiene registradas.⁽¹⁶⁾

Otra característica fundamental del ordenamiento alemán es que el C. de C. permite a un tercero la adquisición de la firma así concebida, siempre que la transmisión se haga junto con la respectiva empresa o negocio en el cual se empleaba y que se cumplan los requisitos registrales.⁽¹⁷⁾

b. Principio de la veracidad de la firma

Varios principios jurídicos gobiernan la operación del registro de comercio alemán en lo que se refiere a la inscripción y a la protección del nombre comercial. En primer lugar, rige el principio de la veracidad de la firma, el cual exige que toda firma nueva deba formarse de modo que evite a terceros la posibilidad de confusión o engaño, como ocurriría en las siguientes situaciones:

1) Uso de firmas que no corresponden al carácter individual o social de la empresa (uso de palabras que hagan aparecer una sociedad donde sólo exista un comerciante individual y viceversa); que no llenen los requisitos especificados para cada tipo de organización mercantil (sociedades en nombre colectivo, de responsabilidad limitada, anónimas, etc.).

2) Uso de firmas o nombres por comerciantes individuales, que tiendan a encubrir la identidad del titular a través de referencias adjetivas inciertas, como por ejemplo "Fábrica Rhenana de Motores", en el caso de un establecimiento comercial perteneciente a Karl A. Berger, un comerciante individual.⁽¹⁸⁾

c. Principio de la novedad y prioridad de la firma.

El artículo 30 del C. de C. alemán prescribe que las firmas deben ser distintas unas de otras y, por tanto, cuando en una misma localidad o circunscripción registral se pretenda inscribir una firma análoga a otra ya inscrita, la nueva debe agregar algún signo que la distinga claramente de la anterior.⁽¹⁹⁾ Este principio se fortalece

(16) HEINSHEIMER, pág. 34.

(17) Véase art. 22 del H. G. B.

(18) Véanse artículos 18 y 19 del H. G. B. y HEINSHEIMER, págs. 36 y sigs.

(19) Art. 5 del H. G. B.

con una regla procesal de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que dispone que la inscripción de una firma ilegal no es suficiente para subsanar los defectos de que adolezca.⁽²⁰⁾

De producirse una inscripción inválida por violación del principio de novedad, ella deberá ser borrada del registro, a instancia de parte o de oficio, por el tribunal de comercio respectivo.

d. Transmisión de la firma

Como habíamos apuntado, el C. de C. alemán permite la transferencia del nombre comercial. Esta transmisión requiere la observancia de ciertas reglas encaminadas a preservar los principios de veracidad y novedad, anteriormente descritos. En primer lugar, la firma no puede ser transmitida con separación de la empresa o negocio para el que se adoptó. Por lo mismo, es preciso que el adquirente emplee la firma en un negocio similar al adquirido. En segundo término, se requiere que el nombre del adquirente sea inscrito en el registro como titular de la empresa transmitida.⁽²¹⁾ Finalmente, el nombre del adquirente debe hacerse constar junto con la firma adquirida con caracteres visibles, tanto en el local de la empresa como en su papelería y propaganda.⁽²²⁾

En lo sucesivo, una vez llenados todos esos requisitos, el adquirente podrá utilizar la firma de su antecesor para ejercer el comercio, firmar con ella los documentos en que consten sus obligaciones y, bajo el nombre comercial adquirido, podrá demandar y ser demandado.⁽²³⁾

e. Acciones contra el uso ilegal de la firma.

El sistema de protección de la firma o nombre comercial en el C. de C. alemán y legislación complementaria, es tan completo como complejo. Las acciones contra el uso ilegal de la firma se derivan, no sólo del "derecho a la firma", un derecho de caracteres reales basado en la sustantividad de la inscripción, sino también de

(20) Véanse arts. 126, 142, 143 de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (*Freiwillige Gerichtsbarkeitgesetz*), cit. por HEINSHEIMER, Pág. 42.

(21) Art. 23 del H. G. B.

(22) Véanse arts. 15 a 31 del H. G. B. y HEINSHEIMER, págs. 38 y 39.

(23) HEINSHEIMER, págs. 33 y 34.

las reglas sobre competencia desleal. La aplicación de un grupo u otro de reglas depende de los siguientes factores: 1) objeto o interés protegido; 2) circunscripción de la reclamación, y 3) remedio legal buscado.

e. i. Objeto o interés protegido

Desde el punto de vista del objeto protegido, cabe hacer la distinción entre el nombre-firma (basado en el nombre civil del comerciante) y el nombre de tipo simplemente distintivo, sin contenido patronímico, utilizado para designar algún negocio o establecimiento, como por ejemplo "Hotel Presidente". Si un comerciante adopta este signo distintivo para su hotel, sin incluirlo en la firma comercial inscrita, el derecho alemán permite su protección únicamente dentro de las normas relativas a la competencia desleal.⁽²⁴⁾

De igual manera, cabe la protección por competencia desleal contra toda persona que registre un nombre cuyos términos, elegidos arbitrariamente, conduzcan a un equívoco en relación con una marca de fábrica inscrita con anterioridad. Así, por ejemplo, desde los años veintes existe en Alemania jurisprudencia que ampara a titulares de marcas inscritas, tales como "Gillette" o "Meteor", contra empresarios de nombres similares que pretendían aplicarlos a actividades o productos análogos a los que protegían las marcas registradas.⁽²⁵⁾

También existe jurisprudencia reiterada que califica de competencia desleal la del que registre o trate de registrar una marca que pueda inducir en error acerca de la titularidad de un nombre comercial o firma anteriormente registrado.⁽²⁶⁾

Es importante recalcar las características que distinguen la protección que se fundamenta en la titularidad de una firma registrada de la que se base en la competencia desleal. En el primer caso basta con probar la legitimidad registral, es decir, que la firma discutida está inscrita. En el segundo, en cambio, no sólo debe probarse la legitimidad registral sino también la posibilidad de equívocos, es decir, el grado en que los terceros y el público en general pueden per-

(24) Véase HEINSHEIMER, pág. 36.

(25) Véanse sentencias de R. G. Warn, N. 55, cit. por HEINSHEIMER, pág. 42.

(26) Loc. cit.

judicarse con la confusión entre nombres, firmas o marcas. Cabe, por tanto, en un caso de competencia desleal, tanto consideraciones de tipo objetivo (la similitud gráfica o fonética, la posibilidad de confusión) como de tipo subjetivo (intención del competidor de arrebatar la clientela), consideraciones éstas que no se toman en cuenta cuando el derecho invocado es simplemente el de la propiedad de una firma, tal como fue literalmente inscrita.

La distinción entre los dos grupos de reglas (derecho a la firma y protección contra la competencia desleal) se verá más claramente en el siguiente acápite.

e. ii. Circunscripción del reclamo.

En principio, el "derecho a la firma", como derecho real, es en la legislación alemana un derecho circunscrito territorialmente. La protección del registro se extiende sólo a su territorio. En términos más generales, la protección de todos los registros en el territorio alemán, salvo tratados o convenios especiales, no rebasan sus límites territoriales. Es posible, sin embargo, que un nombre comercial, válidamente registrado en una circunscripción registral, entre en conflicto con otro igual o similar, registrado en otra localidad con igual validez. El profesor HEINSHEIMER cita el caso de un fabricante de pianos, "Bluthner", establecido en Leipzig pero ampliamente conocido en todo el territorio nacional, enfrentándose a otro fabricante de pianos, de distinta localidad, con idéntico nombre civil y firma comercial.

Las reglas sobre la competencia desleal le permiten en este caso, al que ha alcanzado una buena reputación en todo el territorio estatal, al amparo de un nombre comercial inscrito en una determinada localidad, eliminar la confusión causada por otro comerciante de nombre igual, inscrito posteriormente en otra circunscripción.

e. iii. Remedios legales buscados.

La legislación alemana proporciona varios remedios legales al titular legítimo de un nombre comercial. Su acción puede concretarse a pedir que se deniegue la inscripción de un nombre nuevo o bien a solicitar la nulidad de una inscripción ya realizada en perjuicio de su derecho.⁽²⁷⁾ Puede también obtener una sentencia

(27) Arts. 17 y 37 del H. G. B.

que prohíba al demandado hacer uso del nombre comercial ilícito (sentencia de no hacer) y reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios, conjunta o separadamente.⁽²⁸⁾

Es importante, sin embargo, subrayar que la indemnización de daños y perjuicios y el logro de una sentencia prohibitiva, dependerán de las reglas que protejan el objeto o interés violado. En el caso de la infracción pura y simple al derecho a la firma (por ejemplo, el comprador de una empresa, que usa la firma de su antecesor a pesar de haber sido excluida del traspaso) el tribunal se concretará a examinar quién tiene mejor derecho según el registro. En el caso de la competencia desleal, en cambio, la apreciación judicial deberá extenderse a aspectos subjetivos, como la intención del demandado, u objetivos, como la posibilidad de que un público de mediana inteligencia pueda llegar a confundirse por la alegada infracción. De ahí que en la aplicación de las reglas sobre competencia desleal bien puede suceder que, a pesar de haberse comprobado el derecho a la firma, no logre el actor el remedio que busca, ya sea porque el demandado logre probar idéntico derecho (inscrito en otra localidad) o porque el actor no compruebe la posibilidad de confusión del público, implícita en la alegación de deslealtad comercial.

2. Sistema Francés.⁽²⁹⁾

a. Introducción

Dada la escasez de reglas legislativas, la regulación del nombre comercial (*nom commercial*) en el Derecho mercantil francés se debe en muy pequeño grado al C. de C. de 1808 y su legislación complementaria. Se basa, preponderantemente, en la labor creadora de los tribunales de comercio y de casación.⁽³⁰⁾

(28) Arts. 35 a 37 y 823 del H. G. B.

(29) La descripción del sistema francés en el texto está basada en la legislación anterior al primero de agosto de 1965, fecha en la cual entró en vigencia la nueva Ley de Marcas promulgada el treinta y uno de diciembre de 1964, que modifica sustancialmente lo aquí expuesto. No obstante, hemos descrito el sistema anterior para efectos didácticos de contraste con el régimen del Código de Comercio alemán.

(30) Véase la edición Dalloz de 1964, del C. de C. francés, que contiene solamente seis leyes de carácter penal, administrativo y procesal en torno a la protección del nombre comercial, en pp. 880 a 882. Algunas de las leyes transcritas por Dalloz serán comentadas más adelante.

Al igual que en el Derecho mercantil alemán, la jurisprudencia y doctrina francesas conciben el nombre comercial como objeto de un derecho de propiedad incorporeal;⁽³¹⁾ pero, a diferencia del Derecho alemán, distinguen entre el nombre firma (*signature*) y el nombre comercial (*nom commercial*) propiamente dicho. Aquél es personal e intransmisible en el Derecho francés; éste, como parte del fondo de comercio, es transmisible con el fondo o sin él.⁽³²⁾ El distintivo comercial o enseña (*enseigne*) es también transmisible en el Derecho francés.

b. El registro en el Derecho francés.

Al postular la no transmisibilidad de la firma, los tribunales y la doctrina franceses no aducen, significativamente, prohibiciones de orden público sino preceptos de carácter administrativo registral. Esto se debe a la distinta función y transcendencia que el registro de comercio francés tiene, en comparación con el alemán.

En Francia, tanto la cesión como la pignoración de un fondo de comercio, debe inscribirse en el registro; pero el efecto de esta inscripción es simplemente el de prevención a terceros, pues, a diferencia del Derecho alemán, la inscripción no tiene efectos constitutivos, sino meramente declarativos. La falta de inscripción de un nombre comercial en Francia, por tanto, no acarrea sanciones jurídicas realmente significativas. Es más, cuando se practica una inscripción con base en una declaración falsa o inexacta, esto sólo acarrea una sanción de responsabilidad civil.⁽³³⁾ Como se recordará, en el Derecho alemán quien inscribe primero un nombre de comercio se asegura su derecho de prioridad. Ello permite que, al venderse un fondo de comercio, la firma inscrita pase al comprador quien, a partir de la inscripción, se hallará protegido por la publicidad registral contra su vendedor y terceros infractores.⁽³⁴⁾

(31) Véanse las sentencias del Tribunal de Sena (Seine) Civ. de 19 de diciembre de 1947, transcritas en Sirey, 1948, T. II, p. 95, y de Lyon, Com. del 13 de diciembre de 1949, transcrita en Dalloz, 1950, p. 250, con nota del Profesor Ripert, en la cual se discute la doctrina contemporánea.

(32) Véase RIPERT Y ROBLLOT, T.I., p. 129, donde estos autores citan jurisprudencia desde el año 1845.

(33) Sobre los requisitos de publicidad en la venta o prenda de un fondo de comercio, véase la Ley de 17 de marzo de 1909, Ley de 29 de junio de 1935, Ley de 11 de marzo de 1949 y Ley de 9 de abril de 1949, todas ellas en Dalloz, y comentarios de RIPERT, Tomo I, págs. 359 - 373.

(34) Para una comparación de los dos sistemas, véase GARRIGUEZ, *Curso*, Tomo I, págs. 175 y sigs.; y, RIPERT, Tomo I, pág. 167.

Los efectos restringidos de la inscripción en el registro de comercio francés impiden el funcionamiento cabal de los principios de novedad y veracidad, tal como funcionan en el Derecho alemán. De ahí que la protección contra el uso ilícito del nombre comercial en Francia tenga que basarse en las reglas sobre competencia desleal (*concurrence déloyale*) como fuente primaria de derechos y obligaciones. La forma en que los tribunales franceses han interpretado estas reglas, creando todo un sistema jurídico en torno al nombre comercial, será examinada en el punto siguiente.

c. Reglas Jurisprudenciales.

Las primeras reglas jurisprudenciales para la protección del nombre comercial aparecieron en Francia a mediados del siglo pasado. Los tribunales establecieron algunas reglas llamadas a evitar el uso impropio del nombre comercial por el comprador o cesionario de un fondo de comercio, tratando de evitar la confusión entre el nombre comercial cedido y el nombre civil del cedente. Así se autorizó el uso de frases como "Antigua Casa Orleans" o "Sucesores de Viuda Cliquot", añadiendo el nombre del cesionario tras el del cedente.⁽³⁵⁾

Alrededor de 1880 se ventilaron los primeros casos de homonimia, en los cuales un comerciante con el mismo nombre civil de una firma establecida y bien conocida se dedicaba a fabricar y vender productos similares a los de ésta, bajo su propio nombre. De estos litigios resultó una serie de reglas jurisprudenciales que obligaban al infractor a precisar en su papelería y productos que su establecimiento comercial no era el ampliamente conocido.⁽³⁶⁾

Es importante anotar que las reglas jurisprudenciales para la protección del nombre comercial distinguían dos situaciones: A) si el nombre estaba protegido por una marca de fábrica, su titular tenía monopolio sobre las palabras disputadas; B) si no existía protección marcaria⁽³⁷⁾ era necesario rendir prueba de la anteriori-

(35) Véase Requettes Sala de la Corte de Casación, 14 de febrero de 1845, Dalloz 45, T. I, p. 116; Civil 10 de abril de 1866, Sirey 66, T. I., p. 251; París 11 de julio 1867; Dalloz 67, T. I., p. 219, cit. por Ripert p. 181.

(36) Véase Requettes de 12 de junio de 1883 en Dalloz 83, T. I., p. 281, con nota del Profesor Esmein, Cit., por Ripert p. 181.

(37) Véase a Ripert p. 312.

dad del uso y de la posibilidad de confusión para evitar que otro usara las palabras discutidas.⁽³⁸⁾

Las reglas jurisprudenciales sobre la homonimia desleal exigen el uso de un nombre de pila cuando éste sea distinto del comerciante con nombre comercial anteriormente usado; si esta distinción es insuficiente, se hace preciso incluir la fecha de fundación del segundo establecimiento o la mención de su domicilio social, o el lugar de procedencia de sus productos, etc. Aún así, la situación actual de la homonimia en el Derecho mercantil francés se describe por los Profesores Ripert y Roblot en la siguiente forma:

"Nada de esto (reglas anteriormente mencionadas) impide que la homonimia siga siendo una fuente de confusiones... en esta materia ha habido procesos que se han hecho célebres".⁽³⁹⁾

d. Elementos de la Competencia Desleal.

De mayor importancia jurídica que el enunciado casuístico de las reglas jurisprudenciales francesas, es la elaboración de los principios que rigen la competencia desleal en su protección al nombre comercial y a la enseña o distintivo. La base legislativa utilizada por los tribunales franceses para construir su doctrina sobre la competencia desleal no pudo haber sido más vaga: el Art. 1382 del C. C. cuyo texto es el siguiente:

"Cualquier acto por el cual una persona le causa perjuicio a otra, obliga a esa persona a reparar el perjuicio causado".

Debe notarse que, a pesar de la amplitud de los términos de este artículo, su texto, al aplicarse a la competencia desleal con un nombre de comercio, contiene una limitación fundamental: presupone la existencia de un perjuicio probado y reparable. En otras palabras, este artículo no fue concedido para protección general de un derecho, independientemente del daño causado, sino en función del daño. De ahí que su aplicación, en principio depende de la prueba del daño causado. Es curioso notar, además, que una Ley pro-

(38) Véase la nota del Profesor Esmein, citada en nota anterior.

(39) Véase Ripert p. 312 y Ripert y Roblot p. 221 donde se citan los casos del Champagne Cliquot, Reims 18 mayo de 1906, Dalloz 1909, tomo II, página 89, el de los Pianos Erard, Casación, 30 de enero de 1878 Sirey 78, Tomo I, p. 287; el del licor Pernod, Casación de 2 de julio de 1955 y otros.

mulgada en 1824 con el propósito específico de proteger el nombre comercial⁽⁴⁰⁾ se contentó solamente con imponer una sanción penal a la alteración o asunción ilícita de nombres comerciales de productos elaborados o fabricados.

Bien puede considerarse como la principal contribución de la doctrina francesa a la elaboración jurisprudencial sobre la competencia desleal, el haber llamado la atención hacia el carácter patrimonial del "derecho a la clientela", en general, y del nombre comercial, en especial, como parte del fondo de comercio.⁽⁴¹⁾ Competencia desleal debe proporcionarle a la parte perjudicada la posibilidad de demandar no sólo la reparación del daño sufrido, sino también la declaratoria que impida o prevenga la continuación de la conducta desleal. Más aún, debe proporcionársele al demandante que pruebe el uso válido y previo del nombre, la oportunidad procesal de impedir la utilización del homónimo o del nombre comercial que cree confusiones, antes de que se le produzcan perjuicios sobre todo si prueba que los perjuicios pueden llegar a producirse.

Los tribunales franceses a través del uso del "astreinte" (sentencia condenatoria a no hacer bajo penalidad) tienen el poder de prevenir el uso continuado y desleal de un nombre comercial a la par que pueden imponer una condenatoria de responsabilidad civil por daños causados. Además, la jurisprudencia reciente ha definido la competencia desleal en materia de nombres de comercio en términos suficientemente comprensivos, como para vaticinar una mayor protección del derecho al nombre:

"... Considerando que el hecho de servirse de su nombre patrimonial para ejercer el comercio, sin tomar las medidas útiles para que no haya confusión posible con un comercio similar explotado bajo el mismo nombre, constituye un acto de competencia desleal."⁽⁴²⁾

(40) Véase la Ley de 28 de julio de 1824, el C. de C. en Dalloz, p. 880 y sigs.

(41) Entre los autores franceses más influyentes figuran: ALIART, *TRAITE DE LA CONCURRENCE DELOYALE* (París, 1892), POUILLET, *TRAITE DES MARQUES DE FABRIQUE DE LA CONCURRENCE DELOYALE*, (París, 1911); obras más recientes son las de NAST, *CONCEPTION FRANCAISE DE LA CONCURRENCE DELOYALE* (Melanges Wielland, 1932) y la exposición de Savatier en *TRAITE DE LA RESPONSABILITE CIVILE*, Tomo 1939, párrafos número 48 y sigs.

(42) Véase Requetes 15 de enero de 1946, 2 fallos en *Jurisqueur Periodique*, 1948, T. N. 4835, cit. por Ripert p. 312.

Queda pendiente, sin embargo, en Francia, la determinación de los casos en los cuales es y no es necesario probar la existencia de un perjuicio efectivo, el peso que debe otorgársele a la intención del infractor (factor subjetivo) y a la posibilidad de confusión que conlleve una destrucción del derecho a la clientela (factor objetivo).

Si la jurisprudencia en torno a la protección de la enseña o distintivo comercial puede tomarse como indicadora de la actitud de los tribunales, entonces puede predecirse que en un futuro muy cercano la tendencia de los tribunales franceses será la de proteger el nombre comercial, independientemente de la prueba del perjuicio efectivamente causado. De acuerdo con la jurisprudencia analizada por el Profesor Boulanger en un artículo publicado en 1940⁽⁴³⁾ ya en aquel entonces los tribunales franceses admitían la protección de un demandante que probara la prioridad en el uso de una enseña y el hecho de la usurpación de la misma por un demandado, sin necesidad de probar el perjuicio causado.

Finalmente, es necesario transcribir parte del texto de una reciente ley sobre competencia desleal en Francia, la Ley de Finanzas (Nº 63-628, de 2 de julio de 1963), cuya obvia intención es la de fortalecer la prevención judicial de la competencia desleal.

"Artículo 2.—Concurrencia Desleal. Todo comerciante, industrial o artesano que presente una acción en un juicio para la reparación de un perjuicio debido a actos de concurrencia desleal o ilícita, puede exigir, mediante un procedimiento que será establecido por decreto del Consejo de Estado, que hasta tanto el asunto no se haya resuelto en forma definitiva por el Tribunal, se ordene la cesación de los actos imputados al demandado a título provisorio y por sentencia inhibitoria (astreinte)."

II. La Marca

A. Introducción

El nombre propio del comerciante (como vimos en la Sección I anterior) se emplea en el comercio no sólo para identificar al titular de la empresa y a la empresa misma, sino también, para distinguir las mercaderías, productos o servicios que se ofrecen al

(43) Véase la *Revue General de Droit Commercial*, p. 5, 1940.

público. En este último supuesto, el nombre hace las veces de marca, función en la cual se utilizan también —y quizás con mayor frecuencia— multitud de signos de diversa naturaleza, tales como denominaciones, palabras, dibujos, emblemas, colores, envases o envolturas, destinados todos a distinguir unos productos de otros. La regulación de estos signos distintivos, guarda estrecha relación con la del nombre comercial —puesto que todos sirven para identificar o individualizar algo— y, en consecuencia, ambos temas ofrecen áreas comunes que se rigen por las mismas normas. Así, por ejemplo, los requisitos y trámites de inscripción del nombre comercial son generalmente los mismos que se exigen para la inscripción de una marca (ya esté ésta constituida por el nombre del interesado o por cualquier otro signo); los efectos de la inscripción (bien sea declarativos del derecho del titular o bien atributivos) rigen por igual para el nombre y la marca, según sea el sistema adoptado por cada ordenamiento; las reglas sobre remedios legales destinados a proteger el derecho al uso exclusivo del nombre comercial y de la marca, son comunes a ambas instituciones, como comunes son también los principios de novedad, veracidad, y especialidad y otros secundarios que las rigen, tales como los que sirven para establecer la similitud entre signos distintivos en conflicto.⁽⁴⁴⁾

Pero a la vez existen normas diversas para el nombre comercial y la marca, determinadas por la especial naturaleza de cada uno de esos distintivos. La marca, como se aplica a mercancías que frecuentemente circulan en amplias zonas internacionales, requiere de una protección que tiende a extenderse territorialmente cada vez más, por medio de instrumentos jurídicos regionales o internacionales.⁽⁴⁵⁾ El nombre comercial generalmente tiene un ámbito de protección más reducido, a veces circunscrito a una plaza o circunscripción registral (véase sección I, *supra*). El derecho al nombre comercial como ya dijimos, generalmente se otorga por

(44) Véase *infra* Sección G.

(45) Entre estos instrumentos pueden citarse el Convenio de París de 20 de marzo de 1883 por el que se establece la protección de la propiedad industrial; el Arreglo de Madrid de 14 de abril de 1891 referente al registro internacional de las marcas de fábrica y de comercio, y el Arreglo de Niza de 15 de junio de 1957, relativo a la clasificación internacional de los productos y de los servicios a los cuales se aplican las marcas de fábrica o de comercio. En la América Latina véase la Convención sobre marcas de fábrica, suscrita en la Cuarta Conferencia Americana de Buenos Aires de 11 de agosto de 1910, aprobada y ratificada por el gobierno de Costa Rica el 20 de junio de 1916 (Colección de Leyes y Decretos Año 1916, primer semestre, págs. 400 y sigs.).

tiempo indefinido, en tanto que el derecho a la marca es por tiempo limitado en la mayoría de los ordenamientos, aunque esta regla se atenue con la prórroga ilimitada de la inscripción, mediante trámites de renovación. El uso de la marca es facultativo salvo para ciertos productos,⁽⁴⁶⁾ en tanto que el uso del nombre comercial es en muchas legislaciones obligatorio.⁽⁴⁷⁾

B. Concepto de la Marca

Para los propósitos de nuestro estudio, la marca puede definirse simplemente como cualquier signo que se utilice para distinguir en el mercado unos productos o servicios de otros. Los fabricantes, los comerciantes y los empresarios en general, identifican sus productos, mercancías o servicios con determinadas marcas y mediante el empleo de ellas logran el propósito de adquirir, mantener y aumentar una clientela que, impulsada por la calidad, la fama o la propaganda, adquirirá los productos o buscará los servicios ofrecidos. Esto hace que la marca, en muchos casos llegue a adquirir un elevado valor económico.

Las marcas sirven, especialmente cuando empiezan a ser usadas, para indicar al comprador la procedencia del producto, es decir, quién es el fabricante o productor; pero, conforme van siendo conocidas por el público y van cobrando fama, tienden a independizarse en la mente de los adquirentes o usuarios hasta que en la mayoría de los casos, como apunta MASCAREÑAS,⁽⁴⁸⁾ el comprador o usuario exige una marca determinada sin indagar más sobre la procedencia, o sobre la empresa que fabrica el producto; sólo le interesa que el producto sea de “tal marca”, ya porque lo haya usado o porque se lo hayan recomendado. Por tal razón, el tratadista italiano Francisco FERRARA considera que no es exacta la afirmación, muy frecuente en la doctrina, de que la marca diferencia el producto al certificar la procedencia de una hacienda mercantil determinada. Esto puede suceder —dice— pero no es preciso que ocurra, ya que la marca puede ser un signo anónimo, o una locución fantástica que no revele su procedencia o verdadera

(46) Véase Art. 14 de la Ley de Marcas de Costa Rica y Art. 2 del Reglamento N. 10 de 27 de octubre de 1958, en cuanto a uso obligatorio de marcas en la venta de café molido.

(47) Véase Art. 242 Código de Comercio de Costa Rica y Art. 34 del Código de Comercio de Panamá.

(48) En SOLA DE CAÑIZARES, pág. 419.

titularidad. Por tanto, la finalidad inmediata de la marca no es dar a conocer la hacienda mercantil ni hacer su propaganda, sino formar una clientela para el producto, facilitando su identificación en el mercado.⁽⁴⁹⁾

C. Marcas de Fábrica, de Comercio y de Servicios

Se acostumbra distinguir por parte del legislador, la doctrina y la jurisprudencia entre marcas de fábrica, marcas de comercio y marcas de servicio. El artículo 9 del "Convenio Centroamericano" por ejemplo, las define y distingue de la siguiente forma:

"Marcas industriales o de fábrica son las que distinguen las mercancías producidas o elaboradas por una determinada empresa fabril o industrial.

Marcas de comercio son las que distinguen las mercancías que expende o distribuye una empresa mercantil, no importa quién sea su productor.

Marcas de servicio son las que distinguen las actividades que realizan las empresas dedicadas a dar satisfacción a necesidades generales, por medios distintos de la manufactura, expendio o distribución de mercancías".

Estas distinciones, especialmente entre marcas de fábrica y de comercio, no siempre es posible hacerlas en la práctica mercantil porque con los métodos modernos de fabricación y de distribución de productos, frecuentemente se requiere la intervención de diversas industrias y empresas en la manufactura o en el marcado de productos, sin que se pueda saber, a ciencia cierta, como ocurre con los productos manufacturados por sucesivos y diversos ensambladores, cuál de todos es "el fabricante" con derecho a usar la marca de fábrica que ampara el producto final. Más aún, es frecuente el caso de empresas que dan a hacer los artefactos con que comercian a la fábrica que mejores condiciones les ofrezca y luego los venden al público con las "marcas de fábrica" de su propiedad.⁽⁵⁰⁾

(49) FERRARA, pág. 218.

(50) Por ejemplo, la empresa norteamericana Sears Roebuck es dueña de las marcas "Coldsport", "Silvertone" y "Kenmore" para distinguir refrigeradoras, equipos electrónicos y artefactos eléctricos, pero no fabrica ninguno de esos artículos, sino que los encarga a diversas fábricas que pueden estar situadas a miles de kilómetros de distancia de su sede social.

Tales circunstancias y la observación de que tanto unas como otras marcas están sometidas al mismo régimen jurídico, han hecho que la doctrina critique la clasificación⁽⁵¹⁾ y que se acuse una tendencia a suprimirla de los textos legales, tal y como ocurre con la "Ley-Tipo" del BIRPI, que consigna al respecto el siguiente comentario:

"Aunque en muchas leyes existentes se hace una distinción entre marcas de fábrica (o sean marcas de un fabricante que distinguen los productos manufacturados y vendidos por él) y marcas de comercio (o sea, las marcas que distinguen los productos de un comerciante que no han sido manufacturados por él), en la Ley-tipo no se hace así, ya que se trata de una distinción que no tiene consecuencias legales ni prácticas y que, por tanto, carece de valor jurídico".

En Costa Rica bajo el régimen de la vigente Ley de Marcas,⁽⁵²⁾ la distinción sí tiene consecuencias legales, ya que si se pretende inscribir una marca de fábrica nacional, es necesario demostrar documentalmente que la respectiva industria o fábrica "existe ya o que va a establecerse con seriedad", en tanto que tal demostración, por supuesto, no es necesaria cuando se trata de inscribir una marca de comercio. (Art. 11 inciso e). Además, la jurisprudencia costarricense ha declarado que la marca de comercio no puede aplicarse para distinguir determinado género de artículos, comprendidos en alguna de las cincuenta "Clases" de la nomenclatura de la Ley de Marcas, como se hace con la marca de fábrica, sino que se aplica por el titular "a todas las mercancías con que negocia, ordinaria o extraordinariamente."⁽⁵³⁾

(51) FERRARA, entre otros, hace la siguiente crítica: "Muy difundida en la doctrina es la (clasificación) que distingue entre marcas de fábrica y marcas de comercio. Pero este criterio diferenciador es discutible. Para algunos son las primeras las que coloca el productor; las segundas son las que stampa el comerciante; mas ello no siempre ocurre, porque el productor da frecuentemente el encargo de colocar la marca al revendedor, a quien cede el producto en masa, encomendándole la función de fraccionarlo y prepararlo para el consumo... la distinción en realidad es inconsistente, porque la marca puede ser un signo anónimo y de fantasía que ni revele la procedencia del producto ni quién la colocó, y, de otro lado, el hecho material de que la marca haya sido colocada por el comerciante o el productor no influye para nada en la reglamentación del signo".

Op. Cit., pág. 226.

(52) Ley N° 559 de 27 de junio de 1946.

(53) Véase Art. 11, Inc. e) de la Ley de Marcas y sentencias de Casación N° 64 de 14:50 hrs. del 18 de enero de 1955 (Hermanos Burochowicz, S. R. Ltda. vs. Coro Inc.), incluidas adelante, en la sección destinada a jurisprudencia. La misma Sala, en sentencia N° 73 de 10:30 hrs. del 29 de abril de 1951, dijo lo siguiente: "La denegatoria de inscripción hecha

D. La Marca Colectiva

La marca colectiva, como la marca individual a que hemos aludido en párrafos anteriores, es un signo diferenciador de las mercancías; pero, mientras la marca individual sirve para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otra u otras empresas, la marca colectiva tiene el propósito de distinguir el origen o cualesquiera otras características comunes de los productos o servicios de diferentes empresas que utilizan la marca bajo la inspección y vigilancia de un titular, que puede ser una colectividad (cooperativa, sindicato, municipio, gremio, cámara, grupo de empresas, etc.) o un empresario.

El propósito de la marca colectiva, es doble. En primer término, denotar ciertas características comunes —como la unidad de calidad derivada de métodos de producción uniformes, del origen geográfico o de otros elementos naturales o artificiales— de los artículos que se ofrecen por los usuarios de la marca colectiva, aunque cada artículo lleve distinta marca individual. En segundo término, las características que se anuncian en los productos o servicios que llevan la marca colectiva, son respaldadas por el titular de la marca. Por ello la regulación del uso de la marca colectiva no es igual a la de la marca individual, ya que el titular de esta última debe tener libertad de aplicarla a los productos a que está destinada, cualquiera que sea su calidad y demás características. Claro está que si la aplica a productos de calidad inferior, la marca perderá prestigio y terminará por no poder usarse, pero el derecho marcario no se preocupa por la calidad del producto. El empleo de una marca colectiva debe estar, en cambio, sometido a reglas que impongan a los usuarios la obligación de dar a los productos amparados por ella, ciertas normas mínimas de calidad que correspondan a lo anunciado en la marca, sometiendo los productos, por ejemplo, a determinados procesos industriales de unificación de calidad.

por la Sala Primera Civil no se basa, precisamente, en la similitud de los productos y artículos que ampara la marca ya registrada por la "Real Silk Hosiery Mills Incorporated" y los que se mencionan en la marca que pretende inscribir bajo el nombre de "Real Silk Mercerized Cotton Thread", así como tampoco en la posibilidad de confusión apenas enunciada en el fallo recurrido, sino en la circunstancia fundamental de no haber probado el actor, documentalmente, que la fábrica de hilados de que se dice dueño el recurrente, exista en el país o que en realidad se va a establecer, requisitos esos exigidos por el inciso "e" del artículo 11 de la Ley de Marcas, para que se pueda acordar la inscripción". Véase, en igual sentido, Sentencia del mismo tribunal N° 33 de las 15:15 hrs. del 30 de mayo de 1957, y resolución de la Sala Ira. Civil N° 972 de las 8:40 hrs. del 6 de setiembre de 1958.

chequeando su extracción de alguna zona o región, etc. Asimismo, es menester que existan normas que obliguen al titular de una marca colectiva a ejercer la debida vigilancia sobre el uso que se haga de la marca. Así, pues, la marca colectiva no puede existir sin un reglamento que rijan su utilización y en el cual se especifiquen las características que deben reunir los productos o los servicios amparados por ella, las condiciones de utilización, las personas que puedan usarlas, los sistemas de inspección y vigilancia que aseguren un correcto empleo de la marca y, las sanciones adecuadas para reprimir su uso incorrecto.⁽⁵⁴⁾

E. El Derecho a la Marca

El derecho a usar la marca de un modo exclusivo y, en general, de ejercer sobre ella todos los atributos que corresponden al titular, puede fundarse en uno de estos dos principios: a) tiene el derecho quien primero la use; b) tiene el derecho quien primero la registre. Tales principios dan lugar a dos sistemas legislativos.

1. Sistema Declarativo

Conforme a este sistema, que se basa en el uso de la marca, la propiedad sobre ella se adquiere por la prioridad en el uso. La inscripción en el registro sólo "declara" o reconoce la preexistencia del derecho adquirido con anterioridad por el uso y, por consiguiente, nada o muy poco agrega al derecho del usuario. Si se demuestra, luego de registrada la marca, que alguien la había usado con anterioridad, la inscripción se anula. Este sistema se ha llamado "sistema francés" porque la "Ley de Marcas de Fábrica" francesa, de 23 de junio de 1857, se basa en estos principios.⁽⁵⁵⁾

2. Sistema Atributivo

Se denomina sistema atributivo aquel en que la inscripción de la marca en el registro es la que da lugar al nacimiento del derecho. El uso de la marca, en principio, no confiere derecho alguno.

(54) Véanse por ejemplo, los artículos 35 y sigs. del "Convenio Centroamericano" y los artículos 39 y sigs. de la "Ley-tipo" del BIRPI.

(55) Véase esta ley en DALLOZ, págs. 861 y sigs. No obstante, la nueva ley francesa sobre marcas, promulgada el 31 de diciembre de 1964 y que entró en vigencia el 1° de agosto de 1965, establece en su artículo 4° que la propiedad de la marca la adquiere quien primero presenta la solicitud de registro, independientemente del uso anterior que se haya hecho del signo.

El que usa la marca sin inscribirla, se expone a que otro la registre y se la apropie. Se conoce en este sistema, con certeza, la fecha de nacimiento del derecho y cualquier persona puede, con relativa facilidad, elegir sus marcas, sin peligro de que posteriormente las impugnen, con sólo consultar el registro para ver si no han sido inscritas con anterioridad. La inscripción, por tanto, tiene efecto constitutivo.

Este sistema ha sido llamado "sistema alemán" porque la ley del Reich sobre la protección de los signos de mercancías (*Warenbezeichnungen*), del 12 de mayo de 1894, en su redacción de 7 de diciembre de 1923, se basó en una estricta aplicación del principio de la prioridad del registro. Sin embargo —como lo apunta el profesor von GIERKE—, a raíz de las más intensas relaciones comerciales internacionales reflejadas en materia marcaria en estipulaciones del llamado "Convenio de Unión" (creado por el Convenio de París de 20 de marzo de 1883) y, además, por la adopción en gran escala de normas referentes a la competencia desleal, se produjo muy pronto en Alemania un cambio fundamental en la jurisprudencia y práctica judiciales. Se creó un cuantioso "derecho viviente", por el cual entre otras cosas, se reconoció también en mayor escala la marca de hecho o no registrada. Este derecho se desarrolló de acuerdo con los siguientes axiomas pertenecientes a la materia de la competencia desleal: "El derecho formal de distintivos o signos de mercancías está sujeto a los límites de la competencia"; "El derecho de signos o distintivos de mercancías forma parte del derecho de competencia desleal". Así, una ley de marcas austriaca de 1935 aplicó menos estrictamente el principio de la inscripción y se basa más en los principios generales que rigen la competencia.⁽⁵⁶⁾

F. El Derecho a la Marca en Costa Rica y en la "Ley-Tipo" del "BIRPI"

La Ley de Marcas vigente, número 559 de 24 de junio de 1946, se inspiró, indudablemente, en el principio de la titularidad adquirida por la prioridad del registro, estructurando así un sistema legislativo que ha sido descrito por un tribunal costarricense como

(56) Sobre la Ley austriaca de 1935, véase JULIUS von GIERKE, *DERECHO COMERCIAL Y LA NAVEGACION*, pág. 158, Tomo I, traducción de Juan M. Semon (Buenos Aires, 1937) y jurisprudencia citada por HENSHEIMER, op. cit., págs. 48 y sig., nota (3).

"atributivo puro",⁽⁵⁷⁾ por contar con normas tan radicales como las siguientes: "Las marcas constituyen propiedad únicamente cuando hayan sido debidamente inscritas de acuerdo a la presente ley" (Art. 2); "sólo se admitirá oposición fundada en similitud gráfica o fonética entre marcas, cuando provenga del propietario de alguna marca antes registrada, de su apoderado o gestor de negocios, y se presente dentro del término de ley" (Art. 7); "el derecho de propiedad y uso exclusivo de una marca se acreditará por medio del certificado de inscripción expedido por el Registro de Marcas, o

(57) El Tribunal Superior Civil y Contencioso Administrativo ha declarado en una sentencia reciente: "II.—Que no por el hecho de que la firma opositora tenga inscrita la marca 'Bobbie Brooks' en la Oficina de Marcas de los Estados Unidos de América está por ello marginada legalmente la firma solicitante de registrar en Costa Rica como una propiedad suya aquella misma marca. Porque, dentro del sistema atributivo puro en que está concebida la Ley de Marcas nacional número 559 de 24 de junio de 1946, lo que pone de relieve en numerosos artículos, el número 15 dispone: 'Las marcas extranjeras deberán estar registradas en Costa Rica para gozar de las garantías que esta ley acuerda...' y si la marca extranjera 'Bobbie Brooks' no la tiene registrada en Costa Rica la firma opositora no puede invocar la exclusiva en la propiedad y uso de aquella marca para oponerse al registro de la misma a nombre de la firma nacional 'Textiles Nylon de Costa Rica, Sociedad Anónima' (Artículos 2º, 7º, 13, 15 primer aparte, 16, 17 de la citada ley número 559) si lo que dispone el segundo párrafo del aparte infine del citado artículo 15, cuando expresa: 'Los propietarios de ellas, o sus apoderados son los únicos que pueden solicitar el registro' es que las marcas extranjeras como tales sólo pueden ser inscritas en el Registro de Costa Rica a nombre de sus dueños en el extranjero y sólo a solicitud de éstos, todo lo cual se comprende así de la lectura de la disposición conexonada con lo atrás citado del inciso b) del artículo 22 de la Ley de Marcas referida. Conviene por último expresar, en referencia a la alusión del apoderado de la firma opositora a la 'competencia ilícita' o desleal y al dicho de aquel apoderado que la firma solicitante quiere 'aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial adquirida por el esfuerzo de otro...' (lo que configura la competencia ilícita)... que aun los hechos o actos incidentes en las situaciones previstas en el artículo 52 de la Ley de Marcas como competencia ilícita o desleal, requieren para que constituyan tal, que la persona afectada con ellos '... tenga registrada su propiedad (de la marca) al amparo de la presente ley'; y entonces tampoco el argumento de la competencia ilícita o desleal y del intento de aprovecharse del fruto o producto del esfuerzo de otro, que arguye el señor apoderado de la firma Bobbie Brooks Inc. es idóneo a la procedencia de la oposición si esa firma no tiene registrada la marca en Costa Rica". Uno de los miembros del Tribunal, sin embargo, disintió del criterio de los que formaron mayoría y expuso así su parecer: "El suscrito confirma la resolución apelada, aunque no comparte las razones que se aducen en el 'Considerando II'. Si bien es cierto que en la vía administrativa no pueden admitirse oposiciones fundadas en similitud de marcas, sino a condición de que el opositor tenga inscrita la suya en Costa Rica (Art. 7º de la Ley de Marcas), sí queda abierta al interesado la posibilidad de acudir a la vía ordinaria a demostrar, si es el caso, la competencia desleal de que haya sido objeto, dentro de la fórmula amplia que la Ley respectiva estatuye en su artículo 52; y si el demandante llegare a probar los hechos constitutivos de la concurrencia ilícita, podría obtener la nulidad de la inscripción que haya servido de instrumento, aunque su propia marca no haya estado registrada con anterioridad en nuestro país. Esta es la solución que se desprende de la jurisprudencia nacional y de la doctrina más autorizada; y, a la vez, la que mejor concilia las exigencias de un sistema atributivo, como el que nos rige, con la necesidad de proteger la buena fe en el tráfico mercantil. Octavio Torrealba. German Fernández H. Srio.". "Textiles Nylon de Costa Rica, S. A." vs. "Bobbie Brooks Inc.", Sent. Nº 213 de las 14:20 hrs. del 25 de abril de 1968.

por certificaciones auténticas del asiento de registro, emanadas de esa Oficina" (Art. 14); "la propiedad de las marcas se regula, en general por las leyes que rigen los bienes muebles; mas para que valga, debe estar inscrita debidamente... Las marcas extranjeras deberán estar registradas en Costa Rica para gozar de las garantías que esta ley acuerda" (Art. 15); "El que primero registra una marca es dueño de ella, salvo que la inscripción haya sido obtenida contra lo dispuesto en esta ley. El que primero presenta la solicitud de inscripción de una marca, adquiere el derecho de prelación; y una vez registrada, el de propiedad y uso exclusivo de la misma" (Art. 16); "contra el registro de un nombre comercial sólo se admitirá oposición fundada, dentro del término de la ley, si proviene del propietario de otro nombre antes registrado, de su apoderado o gestor de negocios" (Art. 39).

Sin embargo, tal como ha ocurrido en Alemania, los tribunales costarricenses han tenido que suavizar dichas normas, introduciéndole excepciones al régimen atributivo. Así le han concedido protección a la marca no inscrita, o a la denominación corriente o usual de una inscrita o del producto que ella protege, porque, de lo contrario "no sólo se desconocerían los avances doctrinarios en la materia sino también se arribaría a soluciones reñidas con principios jurídicos éticos y económicos a pretexto de la rigidez del sistema atributivo". Un grupo de sentencias transcritas en la sección jurisprudencial está destinada a ilustrar tanto la tendencia jurisprudencial costarricense respecto al contenido y características del Derecho marcario, como los puntos de vista en disputa, por lo que remitimos al lector a esa sección para su estudio cuidadoso.

Es interesante anotar que este sistema atributivo atenuado que la práctica de los tribunales costarricenses ha impuesto, coincide en sus rasgos generales con las bases propuestas por el BIRPI en sus explicaciones a la "Ley-tipo", en donde se lee lo siguiente:

"El párrafo (1) de este artículo (el 4 de la Ley-tipo) sienta el principio de que el derecho exclusivo a la marca, tal como lo confiere la Ley, tiene que ser adquirido mediante el registro. Así pues, el registro es el único medio de adquirir la plenitud de la protección de la Ley-tipo. El mero uso de la marca, aún cuando sea el primer uso, no se reconoce como medio de adquirir dicha protección.

"Esta cuestión fue discutida muy a fondo por el Comité (receptor) de la Segunda Ley-tipo⁽⁵⁸⁾ y aunque se manifestaron diferentes opiniones, el Comité acabó por adoptar sin dificultad el principio antes mencionado. Se hizo así principalmente por dos razones. En primer lugar, el sistema en virtud del cual el derecho exclusivo a una marca se adquiere mediante el registro y no mediante el uso o el primer uso de la marca, parece que es el más adecuado para la mayoría de los países en desarrollo en los que el mero uso de una marca no puede ser verificado sin graves dificultades y donde sólo el registro puede constituir una base sólida del derecho tal como se otorga. En segundo lugar se observó que el sistema de registro adoptado en la Ley-tipo está atenuado por otras disposiciones que atribuyen cierta importancia al uso de una marca no registrada. Esas disposiciones son las siguientes:

"La utilización de una marca en el país, o incluso fuera de él, antes de su registro puede contribuir a darle carácter distintivo y facilitar así su posterior registro (artículo 5 (2)). Además, la persona o empresa que se limita al mero uso de una marca en el país, aunque no adquiera el derecho exclusivo a ella conferido por la Ley-tipo, estará sin embargo protegida en cierta medida por los artículos 50 y 52 (a) —dirigidos contra los actos de competencia desleal— contra el uso por un tercero de la misma marca o de una marca similar que cree confusión con productos o servicios similares, aunque la protección sea menos completa y eficaz que la reservada a las marcas registradas (artículo 18). Por último el que se limita al mero uso de una marca está protegido en varios casos contra el registro de la misma marca o de una marca similar que se preste a confusión por parte de un tercero, concretamente cuando este último ha tenido conocimiento o no ha podido ignorar esa utilización (artículo 6 (b)), o cuando, incluso, si la marca no se utiliza todavía en el país mismo o no era conocida del solicitante, ha sido ya generalmente conocida (artículo 6 (d)), o cuando el registro de la marca sea contrario a las reglas que reprimen la competencia desleal (artículo 6 (e))."⁽⁵⁹⁾

(58) La primera Ley-tipo del BIRPI es sobre patentes; la segunda es la que se analiza en el texto.

(59) BIRPI, págs. 21 y 22.

G. Características de la Marca

1. Novedad

La marca, para cumplir su función esencial de signo distintivo, debe ser novedosa, es decir, distinta de las demás y a la vez distintiva, o sea que tenga la virtud, por sus elementos componentes, de identificar los productos o servicios a que va ser aplicada.

La regla básica de interpretación de lo que constituye lo nuevo o distinto en materia marcaria la expone claramente el autor belga THOMAS BRAUN, quien explica: "Una marca difiere suficientemente de otra, cuando ninguna confusión es posible para quienes ponen en su examen una atención común y ordinaria, y una marca no difiere suficientemente, cuando puede haber confusión para aquellos compradores que no tengan las dos marcas ante sus ojos".⁽⁶⁰⁾ La práctica marcaria internacional ha sancionado una serie de reglas subsidiarias de interpretación, tales como: 1) la comparación debe apreciarse teniendo en cuenta las semejanzas y no las diferencias; 2) la semejanza hay que apreciarla considerando la marca en su conjunto; 3) la apreciación de las dos marcas debe resultar de su examen sucesivo y no del simultáneo, es decir, viendo alternativamente las marcas y no comparándolas una al lado de la otra; 4) la imitación debe apreciarse suponiendo que la confusión pueda sufrirla una persona medianamente inteligente, o sea el comprador medio, y que preste la atención común y ordinaria. Esta atención común y ordinaria habrá que valorarla teniendo en cuenta el tipo de producto y la calidad del comprador.⁽⁶¹⁾

Por no tener características distintivas suficientes, los derechos costarricense y centroamericano no admiten como marcas: los nombres técnicos o vulgares con que se distinguen generalmente los productos, su representación gráfica, las palabras descriptivas y los términos o locuciones que hayan pasado al uso general.⁽⁶²⁾ No

(60) THOMAS BRAUN, *PRECIS DES MARQUES DE FABRIQUE ET DE COMMERCE*, págs. 20 y 21, (Bruxelles, 1936); Cit. por DAVID RANGEL MEDINA, *TRATADO DE DERECHO MARCARIO*, págs. 186 y sig. (México, 1960).

(61) Véase MASCARENAS, en *SOLA DE CAÑIZARES*, Tomo II, pág. 427, y DAVID RANGEL MEDINA, "PRINCIPIOS FUNDAMENTALES PARA JUZGAR LA IMITACION DE LAS MARCAS", en *REVISTA MEXICANA DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y ARTISTICA*, pág. 243, año IV, núm. 8, julio-diciembre 1966.

(62) Véanse arts. 6º, inciso f) de la L. de M. de Costa Rica y 10, incisos i), j) y k) del "Convenio Centroamericano".

tendría sentido, en efecto, utilizar, por ejemplo, la denominación descriptiva "ARCHIVOS METALICOS" para amparar muebles de esa naturaleza, o el vocablo de uso común "CUBA LIBRE" para distinguir una bebida alcohólica compuesta de ron de caña y bebida gaseosa; o el término genérico⁽⁶³⁾ "SULFAMIDA" para proteger la fabricación y expendio del producto farmacéutico así designado. En cambio, ninguna objeción habría para aplicar como marca un nombre técnico o vulgar a objetos diversos de los que normalmente ese nombre designa, porque en este caso sí se cumpliría el propósito distintivo esencial. Así por ejemplo a un jabón podría llamársele "CAMPANA", a un perfume, "MADERA", o a una mezcla de tabaco, "LLAVE".⁽⁶⁴⁾

Por otra parte, como apunta el autor argentino, BREUER MORENO,⁽⁶⁵⁾ existe una serie de prefijos y sufijos, descriptivos de la naturaleza o calidades del producto, que se emplean corrientemente en la composición de denominaciones de fantasía. Principalmente se procede en esta forma cuando se trata de crear denominaciones para productos químicos o medicinales. Estos prefijos y sufijos, aisladamente, no serían registrables por carecer de novedad, pero pueden usarse en combinación con otras letras para formar denominaciones características sin que por ello pueda alegarse exclusividad en el uso del afijo.⁽⁶⁶⁾ Son ejemplos de prefijos usuales, los siguientes: CALCI, KAFIR, IOD, BROM, MICRO, CHLOR, LACTO, LAC, etc.

(63) Una lista de las palabras no registrables por haber sido seleccionadas como genéricas por la Organización Mundial de la Salud, puede verse en MARIANO UZCATEGUI URDANETA, *RECOPILACION DE LEYES Y JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL*, págs. 213 y sigs., (Venezuela, 1960).

(64) Pueden consultarse en Costa Rica, como ejemplos de denegatorias de inscripción por tratarse de términos vulgares o técnicos, las sentencias de Casación de las 14:45 hrs., del 30 de agosto de 1950, relativa a la palabra "BIRRA" como marca de cerveza, y de las 10:50 hrs., del 6 de setiembre de 1950, que rechazó la inscripción de la palabra "AUROTRICINA" por ser semejante al término técnico "AUREOMICINA", utilizado para designar un antibiótico conocido.

(65) PEDRO C. BREUER MORENO, *TRATADO DE MARCAS DE FABRICA Y DE COMERCIO*, pág. 137, N° 120, (2ª Edición, Buenos Aires, 1946).

(66) En la jurisprudencia costarricense encontramos varios ejemplos de aplicación de estas reglas: la Sentencia de Casación N° 41 de 15 hrs., del 13 de abril de 1962 (ENDO-XAN.ASTA vs. ENDO-DERMOL, ENDO-MAGSAL y "ENDO-LABORATORIES INC."); las Sentencias de la Sala 1ª Civil N° 972 de 16:30 hrs. del 26 de noviembre de 1959 (SOMATOVITE vs. SYMPATOVIT), N° 416 de 9:45 hrs. del 9 de junio de 1959 (DECA-VI-TABS vs. MULTITABS), y N° 730 de 8 hrs. del 11 de setiembre de 1962 (CALCIDRINE vs. CALCIDURAN).

Finalmente, a manera de ilustración, consignamos en el siguiente cuadro algunos términos o voces que, según el criterio reciente del Registrador de Marcas, constituyen ejemplos de similitud gráfica o fonética que da lugar al rechazo de la solicitud.

Marca Inscrita	Clase	Marca Solicitada	Resolución del Registro
JICKY	seis	KICKY	Denegada por Res. 26/3/68
FESTANITAL	"	TESTIVITAL	Denegada por Res. 22/7/68
MONGOL	"	MONOPOL	Denegada por Res. 14/11/67
PENSTREP	"	PENSTREPTOCYCLIN	Denegada por Res. 20/10/67
CURAMON	"	CURASOL	Denegada por Res. 8/11/67
ASTOR	"	ASTER	Denegada por Res. 4/12/67
NORLESTRIN	"	NOGESTIN	Denegada por Res. 30/7/68
EUPHARMA	"	EUROPHARMA	Denegada por Res. 22/2/68

2. Veracidad

El principio de la veracidad de la marca tiende a proteger, por una parte, el interés del público de no ser engañado con falsas indicaciones de procedencia, naturaleza o calidad de los productos o servicios que se le ofrecen y, por otra parte, el interés de los titulares de derechos protegidos por la propiedad industrial, de que se respeten esos derechos o no se vulneren por medio de actos de competencia desleal. La marca, por tanto, debe ser veraz en mérito de un doble interés: el público y el privado.

Los diversos ordenamientos reprimen penal y civilmente la utilización engañosa de las marcas, como una manifestación de la competencia desleal.⁽⁶⁷⁾ De igual manera, el "Convenio Centroamericano", autoriza la imposición de multas a los que realicen actos

(67) Así por ejemplo, el Art. 677 del C. de C. de Honduras expresa lo siguiente: Art. 677. El propietario de una marca tiene acción para impedir que otro la emplee o imite, para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios y para denunciar los delitos previstos y sancionados en la ley.

que tengan por objeto dar a entender, directa o indirectamente, que los productos o servicios que ofrecen pertenecen o corresponden a los que brinda otro empresario, bien sea que el engaño resulte del uso indebido, simulación, sustitución o alteración de marcas, nombres comerciales, expresiones o señales de propaganda que se encuentren protegidos por ese instrumento, o bien la imitación de etiquetas, envases, recipientes u otros medios usuales de identificación. De igual manera reprime dicho Convenio la utilización en las marcas de falsas descripciones de los productos o servicios que protegen, mediante el uso de palabras, signos u otros medios que tiendan a engañar al público con respecto a su naturaleza, calidad, utilidad, método de fabricación, características o valor, o que hagan suponer la existencia de galardones, premios, diplomas o medallas otorgados o concedidos, siendo falso este hecho.⁽⁶⁸⁾

Además, el Convenio Centroamericano establece que la sentencia o resolución que declare la existencia de actos de competencia desleal como los descritos, dispondrá las medidas necesarias para su cesación, para impedir sus consecuencias y evitar su repetición y, si fuere procedente, el resarcimiento de daños y perjuicios, además de la imposición de la multa correspondiente.⁽⁶⁹⁾

Una forma particular de marca engañosa es la conocida en la práctica marcaria como "marca denigrante", que es la que se registra y utiliza para distinguir productos repusivos o desagradables, con el propósito de desacreditar una marca igual, inscrita con anterioridad en otra "Clase", y que ampara productos apetecidos por el público. BREUER MORENO⁽⁷⁰⁾ refiere el caso de un competidor que pretendió registrar, para distinguir venenos, la marca "YELMO", que se utilizaba con bastante difusión como marca de cigarrillos; y transcribe las observaciones que para rechazar su inscripción hizo el Juez argentino. Dijo éste:

"Si bien los cigarrillos registrados bajo la marca "YELMO" no podrían jamás confundirse con las materias o sustancias a que se refiere la marca cuyo registro motiva este juicio, la verdad es que, bajo el punto de vista

(68) Véase artículo 66, Inc. a), b) y c) del Convenio.

(69) Véase Art. 70.

(70) Op. Cit., pág. 67.

de la competencia, no es menos cierto que pudiera ocasionarle perjuicio manifiesto. En efecto, registradas ciertas marcas para distinguir aguas minerales, dentríficos, cervezas o cigarrillos, y acreditadas debidamente en el comercio, no puede negarse que el registro de las mismas denominaciones para distinguir aguas de limpieza o lejías, venenos, artículos para matar ratas o materias anticorrosivas, etc., podría afectarlas en su nombre o prestigio, atento el antagonismo que ofrecen los referidos artículos destinados a objetos tan opuestos. No es posible desconocer la sugestión que puede despertar en el público consumidor, la circunstancia de que el agua mineral para beber lleve el mismo nombre que el agua destinada al lavado de ropa, o que se designe la cerveza con la misma denominación que el producto para matar ratas, o los cigarrillos en la misma forma que ciertas sustancias químicas anticorrosivas, todo lo cual provocaría el desfavor público, motivando cierto retraimiento, aversión o repugnancia que puede llegar al temor o desconfianza en el consumo del referido artículo. Fácilmente se concibe la competencia desleal que podría hacerse con semejantes registros al comercio practicado honradamente, de acuerdo con las prescripciones y garantías legales, siendo esto, precisamente, lo que ocurre en el caso *subjudice*, en que si bien no sería posible la confusión, en cambio podría ocasionar el desprestigio del artículo registrado con anterioridad, y a su amparo acreditarse una marca nueva hasta entonces desconocida."⁽⁷¹⁾

En la jurisprudencia costarricense existe un caso⁽⁷²⁾ que bien podría catalogarse como de "marca denigrante". En su sentencia número 711 de las 10:15 hrs. del 23 de noviembre de 1956, la Sala Primera Civil, resolvió en lo conducente:

"III. También a juicio de esta Sala, la inscripción de la marca TABU en Clase 44, para distinguir el expendio de productos tales como agujas hipodérmicas, bragueros, fajas sanitarias, pezoneras, toallas sanitarias y otros por el estilo puede causar en el público consumidor una mala impresión, una mala idea, al evocar esos artículos dolencias, deficiencias, frente a la impresión arraigada en los compradores de que el nombre TABU distingue perfumes y otros artículos de tocador, de agradable impresión y sensación, sobre todo para el sexo femenino que es el gran consumidor de esta clase de artículos, por lo que la nueva marca violaría,

(71) Juzgado Federal, Antonio Pahul vs. Compañía Nacional de Tabacos, cit. por Breuer Moreno, Op. cit., págs. 67 y sigs.

(72) Cit. por GEORGINA ROMAN JENKINS, *TESIS DE GRADO*, Universidad de Costa Rica, 1965, pág. 51.

como dice el señor Registrador, los principios de buena fe comercial y desarrollo normal y honrado de las actividades industriales y comerciales que ampara el artículo 52 de la Ley de Marcas".

3. Especialidad

De los pronunciamientos judiciales transcritos anteriormente se desprende otro principio del derecho marcario: el principio de la especialidad. Conforme a él, la marca sólo debe servir para diferenciar o amparar los productos o servicios para los que ha sido creada y, en consecuencia, no es lícito registrar una marca destinada a proteger, indeterminadamente, toda clase de cosas. En cambio, no hay obstáculo para que, inscrita una marca para distinguir determinados objetos pueda a la vez registrarse otra igual para artículos enteramente diversos.

Consecuentemente con este principio, se ha generalizado la práctica legislativa de agrupar los objetos susceptibles de protección marcaria en varias "Clases" cada una de las cuales abarca artículos que guardan entre sí cierta afinidad. De esta manera, los objetos amparados por una marca no pueden pertenecer a distintas Clases y si ello se quisiera hacer, habría que registrar varias veces el signo para cada objeto o grupo de objetos comprendidos en diferentes clases. El derecho a la marca, por tanto, sólo comprende los artículos que, dentro de una misma clase, se describan o señalan en la respectiva solicitud y cualquiera puede utilizar la misma marca u otra parecida, para amparar otros objetos pertenecientes a distinta Clase, o aun, en ciertos casos, comprendidos en la misma Clase pero no amparados expresamente en la primera inscripción.⁽⁷³⁾

El legislador costarricense ha establecido cincuenta clases con criterio exhaustivo. La aplicación de las reglas, en torno al principio de la especialidad, se ilustra en las sentencias de la Sala de Casación números 89, de 16:10 hrs. del 14 de setiembre de 1955, y 27, de las 16 hrs. del 3 de abril de 1964. En la primera de esas sentencias, la propietaria de la marca registrada "CHAMPION", que distinguía automóviles, en Clase 19, se opuso a la inscripción de la misma marca destinada a amparar "lanchas y botes", comprendidos en la misma clase. El tribunal declaró lo siguiente:

(73) Véanse Arts. 17 y 18 de la Ley de Marcas de Costa Rica y 23 del "Convenio Centroamericano".

"si el opositor, en el escrito inicial de estas diligencias, en forma literal advierte que la marca "CHAMPION" de su representada distingue y protege automóviles, no tiene derecho de impedir, según el párrafo final del artículo 4 ibídem (Ley de Marcas), que se inscriba el propio nombre para distinguir lanchas y botes, aunque ambos lo sean bajo la misma clase 19 (vehículos), que expresa el número 13 de la repetida ley, pues aquél y éstos son evidentemente de diferente naturaleza. Entender lo contrario llevaría a la conclusión, a todas luces absurda, de que quien registrara una marca para aeronaves, automóviles, botes, lanchas, etc., tendría derecho a oponerse al de la misma tratándose de objetos mecánicos tan disímiles de aquéllos como triciclos, trineos, velocípedos, volantas, etc., todos incluidos en la lista oficial de la expresada clase 19."

La segunda sentencia ordenó igualmente la inscripción de una marca ya inscrita (SYNTEX) para proteger preparaciones antisépticas en Clase 6, solicitada por otra persona para distinguir detergentes industriales en la Clase 4.

4. Otros requisitos de la marca

Finalmente la marca, para ser registrada, debe respetar las prohibiciones que las leyes respectivas suelen establecer en defensa del orden o del interés públicos, o por consideración a ciertas entidades nacionales o internacionales. Así, no deberán admitirse como marcas, signos contrarios a la moralidad o a las buenas costumbres, como las imágenes obscenas, o que vayan contra el orden público, como los lemas de agrupaciones políticas que tiendan a destruir los fundamentos de la organización del país. Tampoco deben admitirse, porque darían una idea falsa de vinculación con la entidad respectiva, las marcas que reproduzcan o imiten, sin estar debidamente autorizadas, las banderas, escudos y cualquier otro distintivo o emblema de los Estados u organizaciones internacionales reconocidas por el país de que se trate (tales como la Organización de Estados Americanos, las Naciones Unidas, la Cruz Roja, etc.).⁽⁷⁴⁾

H. Extinción del Registro de la Marca

El derecho que confiere a su titular la marca, una vez registrada, puede extinguirse, antes de vencer el plazo legal (original o prorrogado), por renuncia del titular o por la nulidad o cancelación

(74) Véanse los Arts. 6º, Inc. a) y d) de la L. de M. de Costa Rica; Art. 10, Inc. a), b), c), d), f) y g) del "Convenio Centroamericano" y Art. 5º, Inc. e) y f) de la "Ley-tipo".

de la marca en el registro. El primer motivo es voluntario; los otros dos, forzosos. A su vez la nulidad, por regla general, obedece a causas anteriores a la inscripción o concomitantes a ella y la cancelación, a causas supervivientes.

1. Renuncia

Como todo derecho privado subjetivo, el derecho a la marca puede renunciarse.⁽⁷⁵⁾ Esta renuncia puede referirse a la marca en su totalidad, es decir, a todos los productos o servicios que ella ampara, o puede también concretarse a sólo uno o varios de esos productos o servicios, quedando vigentes para los demás. Por ejemplo, el titular de una marca que había sido registrada para proteger, en Clase 12 de la nomenclatura centroamericana ("Materiales de construcción") la fabricación y expendio de varilla para construcción, ladrillos de barro y mosaicos, puede renunciar parcialmente su derecho, reservando la marca sólo para la varilla o sólo para proteger cualquiera de los otros artículos.

La renuncia, sin embargo, no puede hacerse válidamente sin el concurso o anuencia de aquella persona a quien el titular haya conferido algún derecho aún vigente para la utilización de la marca, como es el caso del "licenciatario",⁽⁷⁶⁾ pues de admitirse lo opuesto, se vulnerarían derechos de tercero.

2. Nulidad

La marca debe ser anulada cuando ha sido inscrita a pesar de que su registro era inadmisibles. Si la marca no tenía características distintivas o era similar a otra inscrita, si la marca era engañosa o estaba en conflicto con la moral o el orden público, si atentaba contra derechos de terceros o contra las normas que reprimen la competencia desleal, su registro debe ser suprimido por medio del instituto de la nulidad.

(75) Véanse los Arts. 28, Inc. b) de la Ley de Marcas de Costa Rica; Art. 42, Inc. a) del "Convenio Centroamericano", y Art. 29 de la "Ley-tipo" del BIRPI.

(76) Con este término se denomina, tanto en el "Convenio Centroamericano" (Art. 33) como en la "Ley-tipo" (Art. 22 y 26), al beneficiario de una licencia para el uso de la marca.

La nulidad es la condición de un acto jurídico que ha nacido con un vicio en sus elementos esenciales;⁽⁷⁷⁾ es una irregularidad de origen y, por tanto, sólo pueden anularse actos que, al momento de celebrarse, adolecían del defecto que los hace insubsistentes. Un acto jurídico sin irregularidad alguna en sus elementos constitutivos, no puede convertirse luego en acto nulo.⁽⁷⁸⁾ Por esa razón, los vicios susceptibles de provocar la nulidad de la marca, deben haber existido en el momento en que el derecho a la misma fue otorgado y no después. Si con posterioridad a su inscripción, la marca deja de ser distintiva (porque se ha convertido en signo genérico o denominación común), o entra en conflicto con el orden público (porque un cambio político del Estado la proscribiera), o llega a ser considerada inmoral (por un cambio en las ideas morales del público), el derecho del titular puede llegar a extinguirse en virtud de la cancelación que se haga del registro de su marca, pero no por nulidad.

Por tales razones, no debería ser necesario que los motivos de nulidad persistiesen en el momento de hacerse la declaratoria. Sin embargo, motivos obvios de conveniencia aconsejan que, si las causas que hacían nulo el acto han desaparecido, no debe pronunciarse la anulación. Así lo propone el BIRPI en las explicaciones preliminares de su "Ley-tipo". Dice:

"No se tendrán en cuenta los motivos de inadmisibilidad que ya no existan en el momento de la decisión. En otras palabras, sólo se declarará la nulidad si las razones que existían en el momento del registro siguen existiendo en el momento de tomar la decisión, tanto si se trata de "razones objetivas" (artículo 5: falta de carácter distintivo, conflicto con la moralidad o el orden público, carácter engañoso, conflicto con problemas públicos, etc.) como si se trata de razones basadas en "derechos de terceros" (artículo 6: solicitudes de registro anteriores, usurpación de marcas o nombres ya utilizados, reproducción de una marca o de un nombre comercial notoriamente conocidos, conflicto con derechos de terceros o con las disposiciones que reprimen la competencia desleal, etc.) No habrá anulación si existían las razones en el momento del registro pero ya no

existen en el momento de la decisión, por ejemplo, si el registro anterior ha caducado o ha sido cancelado del registro, si la utilización de una marca anterior ha cesado o si la marca cuya anulación se solicita ha adquirido un carácter distintivo ("significación secundaria", del que carecía originalmente".⁽⁷⁹⁾

La nulidad por otra parte, como ocurre con la renuncia, puede ser parcial, por afectar sólo uno o varios de los productos o servicios protegidos por la marca. En este caso se declarará la nulidad únicamente en cuanto a los productos o servicios a que la marca no ha debido ser aplicada (porque respecto de ellos había una inscripción anterior, porque resulta inmoral referida a esos artículos particularmente considerados, etc.) pero se mantendrá la validez de la marca en cuanto a los que no estén afectados por vicio alguno.

El pronunciamiento de la nulidad de las marcas registradas, se deja, generalmente, a la decisión de los tribunales comunes de justicia, en la vía ordinaria declarativa.⁽⁸⁰⁾

3. Cancelación

Ni la ley costarricense ni el "Convenio Centroamericano" tienen disposiciones que autoricen expresamente la cancelación, propiamente dicha, de las marcas. Esta ocurre, como se desprende de lo dicho en párrafos precedentes, cuando sobrevienen motivos que (fuera del advenimiento del plazo) extinguen la marca regularmente inscrita. Dos son los casos más importantes de que trata la doctrina y la legislación comparada: la cancelación por falta de uso y la cancelación por pérdida de la capacidad distintiva.

a. Cancelación por falta de uso

De acuerdo a esta causa, se considera que si el titular de una marca no la utiliza efectivamente durante cierto tiempo, es que no tiene interés legítimo en ella y que el mantenerla registrada en tales condiciones es inconveniente por varios motivos: porque ello limita innecesariamente el uso de signos en que podrían tener interés otros empresarios o el público; porque se presta para bloquear

LIBROS DE LEGAL
FACULTAD DE DERECHOS
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

(79) Op. Cit., Pág. 67.

(80) Véase Arts. 59 y 60 de la L. de M. de Costa Rica y 42, Inc. c) y 45 del "Convenio Centroamericano".

(77) Sobre los conceptos básicos de la teoría de la nulidad en el derecho costarricense, puede consultarse ALBERTO BRENES CORDOBA, *TRATADO DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS*, Págs. 249 y sigs. (San José, Costa Rica, 1936).

(78) Véase TORREALBA OCTAVIO, "ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES", en *REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS*, Págs. 95 y 96, Tomo XI, N° 3, (Marzo de 1956).

indefinidamente el ingreso de marcas extranjeras; porque el mas tener registradas marcas que no se usan, recarga excesivamente el registro.

Tales consideraciones han hecho que algunas leyes de marcas adopten el principio de que la falta de uso de la marca por un lapso considerable puede provocar la extinción del derecho. Así lo establecen las legislaciones italiana⁽⁸¹⁾ y mexicana⁽⁸²⁾ y lo recomienda el BIRPI en su "Ley-tipo".⁽⁸³⁾ El uso de la marca debe ser efectivo, esto es, deben venderse en el mercado los productos o prestarse los servicios y no simplemente emplearse la marca en la propaganda de la empresa,⁽⁸⁴⁾ salvo que la inacción sea efecto de causas independientes de la voluntad del titular, como la falta de materia prima provocada por un estado de guerra o la prohibición de importaciones indispensables para el uso de la marca. No se admite, sin embargo, como justificación para el no uso, la falta de recursos económicos.

Dicho principio sufre una atenuación en el caso de las llamadas marcas de "reserva" o "defensivas", que son aquellas que presentan alguna semejanza gráfica o fonética con una marca principal y que se inscriben en relación con los mismos productos u otros similares a los que ésta ampara, no con el propósito de usarlas, sino con el de impedir que algún competidor las registre y cree confusión en el público. Respecto de estas marcas, dispone la ley italiana: "Tampoco tendrá lugar la caducidad si el titular del certificado correspondiente a la marca no utilizada fuere titular al propio tiempo de otro u otros certificados en vigor para marcas similares, uno de las cuales, por lo menos, utilice efectivamente para distinguir los mismos productos o mercancías" (Art. 42, párr. 2º del Decreto Real N° 929 de 1942).

(81) El Art. 42, Párr. 1º, del Real Decreto de 21 de junio de 1942, dispone: "El certificado se extingue, además, si la marca no se utilizare dentro de los tres años siguientes a la concesión o si después de dicho trienio la utilización se interrumpiere por tres años. Sin embargo, en uno u otro caso no procederá la extinción siempre que la inacción corresponda a causas independientes de la voluntad del titular del certificado, excluyéndose de dichas causas la falta de medios financieros".

(82) Art. 204 de la Ley de Propiedad Industrial.

(83) Véase Art. 30 de la "Ley-tipo".

(84) En Italia, sin embargo, se ha considerado que es suficiente el empleo de la marca en propaganda. Véase FERRARA, Pág. 309.

b. Cancelación por pérdida de la capacidad distintiva

La ley costarricense (Art. 8º) y el "Convenio Centroamericano" (Art. 10, Inc. J), estatuyen: "No se estimará que han pasado al uso general las marcas registradas que se hayan popularizado o difundido con posterioridad a su inscripción". No se admite, pues, en esos ordenamientos, que la marca que haya llegado a convertirse en denominación genérica de un producto o mercancía, es decir, la marca que haya perdido su capacidad distintiva, pueda ser cancelada por esa razón.⁽⁸⁵⁾ Otras leyes, como la Italiana y la propuesta por el BIRPI como "Ley-tipo", sí autorizan la cancelación del registro por esta causa, siempre que se den ciertas condiciones como las siguientes:

En primer lugar, que el titular del registro sea responsable de la transformación de su marca en nombre genérico, bien sea porque la haya presentado así en su propaganda, bien porque no haya hecho uso de los medios legales correspondientes para impedir que otros la utilizaran en ese sentido.⁽⁸⁶⁾

En segundo lugar, la marca tiene que haber perdido totalmente su significado de tal marca —o sea, su facultad de poder distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras empresas— tanto en los círculos comerciales como a los ojos del público. Si sólo es el público quien considera que la marca se ha convertido en un nombre genérico —situación contra la cual nada podrá hacer muchas veces el titular— no bastará como causa de cancelación, siempre que el titular del registro se haya opuesto con éxito a que hagan el mismo uso de su marca los círculos comerciales, cuidando así de que esos círculos comerciales se sigan dando cuenta del significado del signo como marca. Y, contrariamente, no habrá motivo para cancelar la marca si los círculos comerciales dejan de respetar su carácter de marca, pero subsiste ese carácter a los ojos del público.

(85) Un caso famoso en los anales judiciales italianos fue el de la marca "VASELINA", convertida en denominación genérica del producto. Véase FERRARA, Pág. 306. Otros casos, citados por MESSINEO, fueron los de la marca de vino "CHIANTI" y de las palabras "THERMOS" y "FIBRA", Tomo III, pág. 414.

(86) En Italia, según lo refiere FERRARA, hoy es difícilmente sostenible el principio de que la cancelación sólo procede cuando la generalización se haya producido por incuria del titular, ante el contenido del Art. 41, Núm. 1, de la ley de marcas, que hace referencia a la transformación objetiva, sin dar importancia a los motivos que la hayan determinado. Véase Op. Cit., Pág. 307.

En tercer lugar, la marca tiene que haberse convertido, a los ojos de los círculos comerciales y del público, en una designación genérica o en un nombre genérico de uno o varios de los productos o servicios comprendidos en el registro. Esto presupone que la marca se use para designar productos o servicios de más de una empresa.⁽⁸⁷⁾

III. La Patente de Invención

A. Introducción: Patente y Monopolio

Quien inventa algún objeto o procedimiento capaz de ser aprovechado industrial o comercialmente, puede optar por mantener su invención en secreto con el fin de que las ventajas logradas con su esfuerzo lo beneficien sólo a él y no a sus competidores. Con ello, sin embargo, corre el riesgo de que su secreto se pierda o sea sustraído y divulgado, o, lo que es más frecuente, que el procedimiento o diseño lleguen a conocerse a través del uso y explotación comercial de los productos resultantes del invento. De nada le valdrá al inventor, entonces, haber mantenido oculta su invención puesto que cualquier persona podrá imitarla fácil y legítimamente. Esto ha hecho sentir, desde tiempos antiguos, la necesidad de obtener alguna protección legal que asegure al inventor la explotación exclusiva de su invento o descubrimiento, creando en su favor un verdadero monopolio, aunque sea temporal.

En el Derecho inglés, uno de los ordenamientos precursoros en materia de concesión de patentes, ya desde los años 1331 a 1453 aparecen pruebas de la concesión real de "cartas de protección" (**Letters of Protection**) otorgadas en forma abierta y para conocimiento público, "literae patentes".⁽⁸⁸⁾ Estas cartas o patentes se utilizaban por la Corona Inglesa para una gran variedad de propósitos: administrativos, militares (la famosa "patente de corso"), nobiliarios, industriales y comerciales. Entre los industriales y comerciales aparecen en lugar prominente los privilegios concedidos a ciertos grupos o gremios para la explotación de determinada industria o actividad, como la de los tejedores o vendedores de vinos. Y ya a mediados del siglo XVII, no cabe duda de que los privilegios

(87) Véase BIRPI, Op. Cit., Pág. 64.

(88) Véase sobre la historia de las patentes en el Derecho inglés, TELLELL AND SHELLEY ON PATENTS, pp. 1-5 (1951, Cit. por Ebb., International Business Regulation and Protection, p. 496, St. Paul, Minn. 1963).

reales constituían verdaderos monopolios, tal y como se desprende de una famosa sentencia de 1615: "Si un hombre ha traído una nueva invención y un nuevo oficio al Reino con peligro de su vida y con perjuicio a su hacienda, o si un hombre ha descubierto algo, en tales casos el Rey por su gracia y bondad, y en recompensa a sus sacrificios y costos, puede concederle una patente (**charter**) para que sea sólo él quien comercie o trafique por un determinado periodo de tiempo, ya que en un principio los otros pobladores del reino ignorarán lo que sabe el patentado, y no tendrán su habilidad en el uso del producto. Pero una vez que haya expirado la concesión el Rey no podrá hacer nuevas concesiones".⁽⁸⁹⁾ Como era de esperarse, con una política reguladora tan amplia y discrecional, los abusos del régimen de patentes por parte de la Corona y sus favoritos, fueron tales que pronto el Parlamento tuvo necesidad de promulgar la llamada "Ley de Monopolios", de 25 de mayo de 1628, la cual sentó algunos de los principios básicos que hoy rigen en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos:

- a) Todas las concesiones de patentes estaban sujetas a un procedimiento en el cual debe probarse su conveniencia, necesidad o justicia;
- b) Ninguna concesión podrá durar un período mayor al determinado (14 años en aquel entonces);
- c) La patente le deberá ser otorgada al primero y verdadero inventor o inventores del bien o del proceso.
- d) La patente excluirá el uso del objeto o proceso patentados por parte de otras personas.⁽⁹⁰⁾

Surge así el moderno sistema en la concesión de patentes, basado en la comunicación que hace el inventor a una oficina pública de ciertos datos que le permitan a ésta, al igual que a los tribunales ingleses del siglo XVII, evaluar la conveniencia y justicia de otorgar un derecho exclusivo con caracteres monopolísticos sobre la fabricación, uso y venta de los productos o procedimientos. Con esto, como apunta Messineo, cesa el régimen de secreto y se susti-

(89) Véase el Clothworkers of Ipswich Case extractado en Terrell and Shelley, op. cit. supra, nota 89.

(90) Ibid.

tuye por una notoriedad de fórmula o de procedimiento, pero ya tutelada mediante la exclusividad de la utilización, atribuida al inventor.⁽⁹¹⁾

La tutela oficial, al igual que en la Ley de Monopolios inglesa, no puede ser absoluta ni por tiempo indefinido, porque la comunidad social tiene un interés vital en que las invenciones, fuentes propulsoras del progreso técnico, beneficien al mayor número posible de personas, y porque la obra del inventor, por muy original que parezca, siempre está basada en conocimientos suministrados por la sociedad en general, sin los cuales el invento habría sido imposible.⁽⁹²⁾ Si las patentes fueran eternas —dice BREUER MORENO— el progreso industrial se estancaría, por la imposibilidad material de organizar un sistema que permita que cada inventor controle los infinitos perfeccionamientos que su invento sufre a través de los años y que no impida que esos perfeccionamientos sean aprovechados por la sociedad.⁽⁹³⁾

Por eso la protección jurídica de los derechos del inventor, conciliando el interés de éste con el de la sociedad, confiere sólo un poder limitado en el tiempo a la explotación exclusiva del invento, y siempre condicionado a la efectiva utilización de la patente por parte del inventor.

B. El Invento

El invento implica por lo general, la solución de un problema industrial: la obtención de un nuevo producto útil por medios desconocidos o no utilizados hasta entonces; el descubrimiento de un nuevo medio (procedimiento, máquina, artefacto) para obtener productos no conocidos o para facilitar la producción o mejorar las características de los ya conocidos. De modo que el objeto de la

(91) Op. Cit. T. III, p. 387.

(92) "En las obras del ingenio, por originales que parezcan, entra por mucho el trabajo ajeno. La instrucción que se recibe, los ejemplos y antecedentes que se tienen a la vista, las ideas flotantes en el medio ambiente, preparan poco a poco el advenimiento de las nuevas creaciones; y en muchísimos casos el autor no hace más que ceder a la poderosa sugestión que sobre él ejerce el círculo social en que se mueve, y toma del fondo común del saber humano los elementos principales de su obra". ALBERTO BRENES CORDOBA, *TRATADO DE LOS BIENES*, Pág. 98.

(93) PEDRO C. BREUER MORENO, *TRATADO DE PATENTES DE INVENCION*, Pág. 47, Vol. I.

patente puede ser un producto nuevo o un nuevo medio para obtener productos conocidos o no. En el primer caso, la patente de invención atribuye al inventor el derecho temporal de explotación exclusiva del producto inventado por él, de modo que nadie podrá fabricarlo sin su permiso; en el segundo caso, la patente atribuye al titular el uso exclusivo del método o proceso y no la exclusividad sobre el producto. Aunque, naturalmente, si el método o proceso está dirigido a obtener un producto industrial nuevo, la patente puede también extenderse al producto obtenido, siempre que éste pueda constituir objeto de patente.⁽⁹⁴⁾

Lo anterior no quiere decir que el hecho de haber encontrado una solución a un problema industrial, le conceda al inventor el monopolio sobre todas las posibles soluciones que el problema pueda tener. El problema, señala agudamente BREUER MORENO, no es privativo del inventor que no puede pretender para sí el derecho exclusivo de solucionarlo; está al alcance de todos, a todos se presenta y todos pueden buscarle solución.⁽⁹⁵⁾ El derecho del inventor se contrae al medio que él ha descubierto para obtener como resultado la solución del problema industrial de que su invención trata; nunca al resultado mismo.

El invento debe tener utilidad industrial, es decir, debe ser susceptible de aplicación inmediata y útil a la industria y no sólo representar el desarrollo de una verdad teórica o sin interés para la actual explotación industrial. El fin de la invención es esencialmente utilitario —dice acertadamente BARRERA GRAF— y consiste en poder satisfacer requerimientos sociales de tipo económico, a diferencia de la mera actividad científica que se encamina a la

(94) Véase MESSINEO, T. III, p. 387.

(95) Véase BREUER MORENO, Págs. 69 y Sigs., quien pone el siguiente ejemplo: supongamos que en la industria alpargatera, la utilización de la vira o cerco de cuero presenta algunos inconvenientes, por ejemplo, el de encarecer excesivamente el calzado. Pero la vira es necesaria. El problema a resolver es encontrar algún medio que subsane esos inconvenientes. Los del oficio saben que admite tres planteos diferentes: abaratamiento de la vira en sí; abaratamiento de la manera de asegurarla, o modificación de la construcción del calzado de modo que pueda prescindirse de la vira. Un inventor encuentra que la cinta de cuero que constituye la vira, puede ser sustituida por lona, material más barato, fabricando con este material una vira de forma determinada; otro encuentra que la costura especial de la vira, puede ser sustituida por otra que supla esa costura y la que normalmente asegura las vueltas de la plantilla; un tercero encuentra un procedimiento de fabricación de alpargatas, mediante el cual se hace innecesario el empleo de la vira. Cada uno de los medios de que se han valido estos inventores, configura un invento.

conquista desinteresada de un conocimiento más amplio o más profundo, o de la actividad literaria o artística que sólo busca la recreación estética.⁽⁹⁶⁾ Sin embargo, no es preciso que el invento produzca necesariamente ventajas inmediatas de tipo económico. Bien puede ser que el invento encarezca el proceso industrial o que su aplicación no luzca por ahora económicamente reproductiva;⁽⁹⁷⁾ pero debe reiterarse que será invento si tiene alguna utilidad para la industria.

Finalmente, el invento debe ser novedoso. Esto es obvio, aunque no siempre de fácil determinación. Si un invento es conocido del público en forma tal que cualquiera, con una mediana habilidad, puede descubrirlo o reproducirlo, no podrá obtenerse una patente sobre el mismo, porque el invento pertenece al dominio público.

Podría, inclusive, presentarse la situación —no infrecuente— de que alguien de buena fe crea ser el inventor de un producto o procedimiento, ignorando que su descubrimiento ya era conocido del público o estaba patentado con anterioridad. Esto sucede a veces cuando el inventor está falto de noticias o cuando otro inventor, trabajando paralelamente, ha obtenido primero el resultado, por los mismos o similares métodos, y lo ha patentado. En estos casos, el segundo invento no cumpliría con el requisito de la novedad —aunque sea nuevo para su inventor— y por tanto, no podría patentarse. En cuanto a si el conocimiento público del invento debe ser en el territorio nacional o basta con que se conozca en cualquier otro país del mundo, las legislaciones no aplican el mismo criterio. Para algunas, es preciso que el invento sea conocido localmente; para otras, basta con que se demuestre que la invención es conocida públicamente en cualquier país, para que haya perdido la novedad.⁽⁹⁸⁾

(96) BARRERA GRAF, Vol. I, p. 340. BREUER MORENO ilustra esta idea con un ejemplo. "Es posible —dice— encontrar teóricamente medios capaces de dar un resultado; pero mientras éste no se haya producido tangiblemente, el "resultado" no existirá. No importa que calculemos que un motor a explosión de un kilogramo de peso puede desarrollar mil caballos de fuerza y que teóricamente determinemos qué condiciones debieran llenar los materiales necesarios para su construcción, si estos materiales aún no existen ni hay posibilidad inmediata de fabricarlos, ni idea de cómo deben fabricarse". Op. cit., V. I, p. 77.

(97) Los inventores de las primeras máquinas voladoras, llevados más que nada por motivos deportivos, nunca habrían podido adivinar el inmenso provecho económico que el desarrollo de sus inventos produce modernamente.

(98) Pueden consultarse, al respecto, BREUER MORENO, V. I, p. 86 y ss., y MASCAREÑAS en DE SOLA CASIZARES, T. II, pp. 308 y ss. Es interesante anotar que el primer

De otra parte, el invento debe representar una real innovación para la industria, o sea, que no basta un simple cambio de forma, de ornamentación o modificación insustancial del primitivo invento,⁽⁹⁹⁾ o a la simple mejora, adición o corrección de un defecto, —como señala BARRERA GRAF— una aportación secundaria que cualquier hombre de mediana preparación o de normal habilidad técnica o artística pudiera obtener de un objeto o de un medio ya conocido, sino que se requiere un adelanto efectivo, el cual se valora por las dificultades que el inventor hubo de vencer y se aprecia (discrecionalmente) por la diferencia entre la invención y el estado anterior de la técnica. Esto no significa que se exija un progreso inmediato ni menos un grado de perfección del invento que, generalmente, es difícil de alcanzar cuando se inicia una explotación.⁽¹⁰⁰⁾ Lo cual tampoco implica que el invento deba ser un ente complejo, intrincado o de difícil concepción, porque muchos objetos o procedimientos sencillos son a veces geniales inventos que revolucionan la industria.⁽¹⁰¹⁾

C. Derechos del Inventor

1. Anteriores a la Patente

El inventor, por el sólo hecho de realizar su invención, está protegido por el orden jurídico, aunque en forma menos efectiva

autor citado clasifica a Costa Rica entre los países que consideran que sólo la publicación o uso del invento dentro de su territorio y no en el extranjero, es lo que destruye el principio de la novedad; en cambio Mascareñas incluye nuestro país entre los que exigen "la novedad absoluta", o sea que el invento sea nuevo en todo el mundo. La ley costarricense no tiene ninguna regla expresa que defina el punto. No conocemos, tampoco, jurisprudencia costarricense, judicial o administrativa, que haya resuelto directamente el problema, aunque la resolución número 289 D, dictada por el Registro de Patentes de Invención, denegó la solicitud de inscripción de un "limpiador para pisos mecánico manual", fabricado en España, a pesar de que se había introducido por primera vez al país después de presentada la solicitud, pero antes de la resolución definitiva. Sobre este tema, puede el lector analizar también la sentencia dictada en el caso "Bertolini Molina" insertada adelante, en la Sección respectiva. Las opiniones de dichos autores, son, pues, conjeturas de ellos.

(99) Véase el Art. 48, Inc. 6) de la Ley de Propiedad Intelectual de Costa Rica, insertada más adelante.

(100) BARRERA GRAF, V. I, p. 339.

(101) MICHAELIS dice al respecto: "Puede ser que la idea sea fácil de encontrar, que sea muy próxima a lo obvio. Ello no importa. La simplicidad jamás es prueba de la existencia del invento; al contrario, la máxima simplicidad es la mejor prueba del genio. Siempre es presuntuoso pretender que una innovación es obvia cuando nadie hasta entonces, ni los especialistas, la habían concebido. Lo que tienen de extraordinario las invenciones patentables es que permiten que los profanos crean que no se ha requerido trabajo intelectual previo". Cit. por BREUER MORENO, Vol. I, Pág. 73.

y completa que si obtiene, por los medios legales respectivos, la patente de invención. Antes de que ésta le haya sido concedida, este secreto estará protegido, aunque limitadamente, por distintas normas. Los que estén ligados a él por una relación de trabajo estarán obligados a mantener en secreto el invento⁽¹⁰²⁾ y el mismo deber tendrán las personas que, vinculadas con el inventor por otro tipo de relaciones contractuales (como, por ejemplo, contrato de prestación de servicios profesionales o técnicos, corretaje, mandato, venta de establecimiento mercantil, etc.), hayan contraído esa obligación, expresa o implícitamente.⁽¹⁰³⁾ Además, pueden sufrir una pena aquellos que, teniendo noticia por razón de su estado, de su oficio o empleo, de su profesión o arte, de un secreto cuya divulgación puede causar daño, lo revelen sin causa que justifique su conducta.⁽¹⁰⁴⁾

Sin embargo, esta protección, como hemos dicho, es limitada pues sólo alcanza a aquellas personas singularmente consideradas que, por vinculaciones contractuales o de otro tipo con el inventor, estén en el deber de guardar sus secretos; pero no defiende al inventor de las personas enteramente ajenas a él y termina cuando el secreto se divulga, y por tanto, el invento pierde su novedad.

El inventor tiene también el derecho, mientras su invento no haya pasado al dominio público, de solicitar la patente y, por consiguiente, este derecho es anterior a la misma. Se le concede, incluso la facultad de reivindicar la patente cuando ésta haya sido otorgada a quien, sin ser inventor, tuvo conocimiento del invento y lo patentó a su nombre, y, por supuesto, se le reconoce la facultad de oponerse, durante el trámite correspondiente, a que la patente sea concedida en esas condiciones.⁽¹⁰⁵⁾

(102) Véanse artículos 71, Inc. g) y 81 Inc. e) del C. de T. de Costa Rica; Arts. 30, Inc. y 44, Inc. 4º, C. de T. de El Salvador; y DE LA CUEVA, MARIO, *DERECHO MERCANTIL Y CANO DE TRABAJO*, Pág. 479 (México, 1943).

(103) En general, la obligación contractual civil de guardar el secreto, puede hallar fundamento en lo dispuesto por el Art. 1023 del C. C. de Costa Rica (y sus equivalentes en otras legislaciones), que dice: "Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta". Hay, además normas especiales para determinados contratos, que imponen el deber de fidelidad o reserva, de donde puede deducirse la obligación de conservar en secreto el invento. Por ejemplo, Arts. 305 (en cuanto a corredores) y 306 (en cuanto a venta de establecimiento mercantil), ambos del C. de C. de Costa Rica.

(104) Véase Art. 256 del Código Penal de Costa Rica.

(105) Véase BREUER MORENO, Vol. I, Págs. 196 y Sigs., con cita de jurisprudencia argentina.

Asimismo puede el inventor, antes de estar protegido por la patente, ceder sus derechos (*inter vivos* o *mortis causa*), y, en algunos países (Francia, Alemania, Argentina, p. ej.) continuar explotando su invento, a pesar de que otro legítimo inventor lo inscriba con posterioridad, siempre que pruebe que desde antes lo explotaba como secreto de fábrica ("posesión anterior").⁽¹⁰⁶⁾

Finalmente, debe apuntarse que el que pone en ejecución un invento suyo, para explotarlo comercialmente, sin estar amparado a una patente, puede sin embargo estar protegido, en ciertos casos, por las normas que regulan y reprimen la competencia desleal, si se llegaran a dar los supuestos en que ellas descansan.

2. Posteriores a la Patente

La patente es la que concede al inventor la plenitud de los derechos que la legislación otorga. Algunos autores han querido ver en ella la única fuente de los derechos del inventor,⁽¹⁰⁷⁾ aunque desde luego, esa opinión no es compartida por muchos otros autores que reconocen que el inventor tiene derechos anteriores o ajenos a la patente, tal y como lo señalamos en el acápite anterior.

Sin embargo, hay que reconocer que no es sino con la concesión de la patente que el inventor adquiere sobre el invento un auténtico derecho al monopolio de su explotación industrial, derecho que por ser real debe ser respetado por todos (*erga omnes*) y ya no sólo por aquellos que en virtud de relaciones particulares estén obligados a guardar el secreto del invento. En virtud de este monopolio, el titular de la patente es el único que puede fabricar el producto o emplear industrialmente el procedimiento objeto de

(106) Véase BREUER MORENO, Págs. 191 y Sig.

(107) MASCAREÑAS afirma que el inventor, por el hecho mismo de la invención, no tiene ningún derecho sobre la invención misma y agrega: "Ciertas doctrinas han sostenido el derecho del inventor sobre su invención, e incluso se ha dicho que era una propiedad de Derecho natural. Y ciertas leyes de patentes declaran que la ley viene solamente a reconocer el derecho que el inventor tiene; pero el texto mismo de los otros artículos de estas leyes desmienten totalmente tal declaración de principio. En realidad el inventor no tiene otro derecho que el de obtener una patente, es decir, el de obtener del Estado una concesión para explotar el objeto del invento en régimen de monopolio". Op. cit., Pág. 288.

la patente, o permitir que otros lo fabriquen o lo empleen.⁽¹⁰⁸⁾ Este derecho puede también ser transmitido **intervivos o mortis causa** y está garantizado por acciones civiles y penales atribuidas al titular, con las cuales puede impedir que terceros exploten el objeto patentado.⁽¹⁰⁹⁾

Por las razones que apuntamos en la introducción, el derecho que concede la patente es siempre por tiempo limitado, y, a diferencia del derecho sobre la marca, no es susceptible de prórrogas, o, al menos, éstas están también limitadas por la ley.⁽¹¹⁰⁾

Además de los derechos que hemos indicado, que podrían llamarse patrimoniales, se le reconoce al inventor el llamado derecho de paternidad o derecho moral, que, como dice BARRERA GRAF, consiste en que el nombre del autor se manifieste en la invención y que tenga él la prerrogativa de ostentarse como único autor de su invento. Es éste un derecho personalísimo y, por tanto, intransferible; es, además, un derecho absoluto y eterno.⁽¹¹¹⁾

D. Obligaciones del Inventor

La principal obligación del titular de una patente, si quiere conservar su derecho, es la de explotar efectivamente el objeto de la misma. En ello hay un interés público que los redactores de la moderna ley sobre propiedad industrial venezolana sintetizaron muy bien así: "Conjuntamente con el derecho legítimo del autor a disfrutar de su obra, nace el derecho igualmente legítimo y de mayor intensidad social para la humanidad, de recibir ésta el beneficio colectivo que produce la utilización y aprovechamiento del invento. De ahí que con el derecho al invento, surja, para el inven-

(108) Esto ocurre en los países de régimen económico capitalista. En los países de régimen socialista, la patente de invención tiene otro contenido que consiste generalmente en la atribución de algún premio, remuneración u otra ventaja, al inventor; el monopolio de explotación siempre corresponde al Estado u organismos públicos. Véase MASCAREÑAS, Op. cit., Págs. 336 y Sigs.

(109) En Costa Rica, cuya Ley de Propiedad Intelectual, no tiene normas expresas vigentes que asignen especialmente las respectivas acciones civiles y penales al inventor, hay que acudir a las normas generales del Derecho Civil y Penal, por ejemplo, ver artículos 264, 265, 275, 277, 278, 287, 290, 291, 292, 295, 316 del C. C. y artículos 307, Inc. 1º, del C. P.

(110) *Costa Rica*, Ley Nº 40 de 27/6/1896, Art. 41: 20 años a partir de la inscripción para las nacionales; Art. 41: el plazo que falte para expirar en el país de origen para las extranjeras. *Nicaragua*, Ley de 14/10/1899, Art. 2º: de 5 a 10 años; las mejoras: el tiempo que falte para la expiración de la Patente principal. *El Salvador*, Ley 27/5/1913, Art. 4º: 5, 10 ó 15 años, a voluntad del solicitante. *Guatemala*, Decreto Nº 2011 de 18/4/1910, Art. 1º: 15 años. *Honduras*, de 10 a 20 años. *Panamá*, de 5 a 20 años.

(111) BARRERA GRAF, Pág. 354.

tor el deber de utilizarlo".⁽¹¹²⁾ Por eso es que los diversos ordenamientos jurídicos establecen reglas expresas que imponen al inventor o a sus causahabientes el deber de utilizar industrialmente el invento, bajo pena de caducidad de sus derechos. Así sucede en Costa Rica, cuya ley dispone que "Las patentes de invento pasarán al dominio público cuando transcurran dos años sin que se pongan en práctica, los cuales se contarán desde la fecha de la inscripción" (Art. 66) y que "Siempre que una patente de invento se deje de utilizar durante tres años consecutivos, pasará al dominio público (Art. 67).⁽¹¹³⁾

Este sistema, denominado de la "explotación compulsoria" se contrasta con el llamado del "Licenciamiento obligatorio", adoptado en otros ordenamientos, como la Convención Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial de Lisboa, de 31 de octubre de 1958. El licenciamiento obligatorio sólo fuerza a quien no usa su patente durante un período de tiempo determinado, a concederle la explotación, por medio de regalías u otros arreglos compensatorios similares, a quien esté en disposición de hacerlo.⁽¹¹⁴⁾

Otra obligación del patentado consiste en el pago de una tasa que, en algunos países, como Costa Rica, estriba en un pago inicial único y en otros, en pagos periódicos, generalmente anuales.

(112) "Exposición de Motivos a la Ley de Propiedad Industrial", Caracas, agosto de 1955, en UZCATEGUI URDANETA, Op. Cit., Pág. 130.

(113) El Registro de Patentes de Costa Rica ha considerado que la puesta en práctica del invento debe comunicarse, para su anotación en esa oficina, dentro del plazo de 2 años, a partir de la concesión, y que luego, cada 3 años debe hacerse una comunicación y una anotación similares sobre la utilización del invento, bajo pena de que la caducidad pueda ser decretada. Sin embargo, el Ministerio de Industrias, en resolución Nº MIC 72/66 de 17 de diciembre de 1966 (publicada en "LA GACETA" de 4 de enero de 1967), conociendo en apelación de una resolución del Registro en que se declaraba la caducidad por falta de comunicación, decidió que este requisito formal no es obligatorio y, por tanto, no puede su omisión, por sí sola, provocar la caducidad de la patente, ya que la ley no lo exige. Como ejemplo de una declaratoria de caducidad por no haber sido puesta en práctica la invención patentada, puede verse la resolución Nº MI 35-65 de las 10 horas del 17 de noviembre de 1965, en COLECCION DE LEYES, ACUERDOS Y RESOLUCIONES, Tomo II, II Semestre, Pág. 764, año 1965.

(114) El Art. 5 (2) de la Convención de Lisboa expresa lo siguiente: "Cada país de la Unión tendrá el derecho de adoptar medidas legislativas que establezcan el licenciamiento obligatorio para prevenir los abusos que puedan resultar de la concesión de los derechos exclusivos concedidos por la patente..." A su vez la sección (3) del propio artículo expresa: "La revocación de la patente (casos de los artículos 66 y 67 de la ley costarricense) no tendrá lugar excepto en los casos en los que la concesión del licenciamiento obligatorio no hayan podido prevenir esos abusos..."

E. La Protección Internacional de la Patente

1. El uso internacional de la patente

Con la moderna intensificación del comercio internacional, el Derecho de patentes, quizás en grado más acusado que el Derecho de marcas, ha tenido que moldearse sobre instrumentos jurídicos de aplicación internacional, dada la frecuencia con que se suscitan problemas en que entran en juego intereses que traspasan los linderos de los ordenamientos jurídicos locales o ponen en conflicto dos o más ordenamientos nacionales.⁽¹¹⁵⁾

Hoy día la industria realiza enormes inversiones destinadas a obtener ventajas y adelantos técnicos que se traducen en inventos cuyo aprovechamiento requiere de un mercado amplísimo, integrado por muchos países, y de un marco jurídico que proteja los derechos de patente en todo ese mercado. El inventor exige que sus derechos se extiendan al mayor número de países posible porque de ello depende que su invención le produzca un mayor rendimiento económico y los imitadores están al acecho de cualquier descuido o de cualquier falla legal, para aprovecharse indebidamente del esfuerzo ajeno.

2. El Convenio de París de 1883 y la Convención de Buenos Aires de 1910.

Desde mediados del siglo pasado comenzó el movimiento internacional para la redacción de tratados y convenios en materia de propiedad industrial.

Se consideró, con razón, que la propiedad industrial no estaría verdaderamente protegida hasta que encontrase en todas partes

(115) Una sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos (*Boesch vs. Graff*, 133 U. S. 697, 10 S. Ct., 378) puede ilustrar uno de los problemas que con mayor frecuencia se presentan en el uso internacional de la patente. Un fabricante alemán, inventor de ciertos componentes de lámparas debidamente patentados en Alemania y los Estados Unidos, presentó reclamo contra un comerciante norteamericano, quien había adquirido tales componentes en Alemania, de un tercero debidamente autorizado para venderlos en ese país, y los había importado a los Estados Unidos para venderlos, sin autorización o licencia del demandante. No obstante que los productos eran auténticos, es decir, producidos por su legítimo inventor, y que se habían comprado en Alemania de quien tenía derecho para venderlos, la Corte Suprema le otorgó protección a la patente norteamericana del reclamante y declaró que la importación, a pesar de ser el resultado de una compra válida en su país de origen, infringía el derecho del demandante en el país de importación o destino.

reglas simples, uniformes, precisas, que formaran entre los Estados un clima de garantía contra el plagio y la falsificación.⁽¹¹⁶⁾

El más importante instrumento desde el punto de vista histórico lo es, sin duda, el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, de 20 de marzo de 1883,⁽¹¹⁷⁾ que creó la "Unión para la Protección de la Propiedad Industrial", actualmente con más de cincuenta países adherentes, incluyendo casi todas las grandes potencias del mundo.⁽¹¹⁸⁾ Este convenio declara que "La protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, el nombre comercial y las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal" (art. 2º) y que "Los súbditos de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los otros países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a los nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por la presente Convención" (Art. 2).

Una de las más importantes instituciones que reglamenta el Convenio de París es la de la **prioridad**. Según el art. 4º, el que haya depositado reglamentariamente una solicitud de patente de invención, de modelo o de marca, en alguno de los países de la Unión, gozará para efectuar el depósito en los otros países, de un derecho de prioridad durante 12 meses, tratándose de patentes, y de 6 meses, tratándose de marcas, de modo que el depósito efectuado ulteriormente en alguno de los otros países de la Unión, antes de la expiración de dichos plazos, no podrá ser invalidado por hechos ocurridos en el intervalo, sea, principalmente, por otro depósito, por la publicación de la invención o su explotación, por la puesta a la venta de ejemplares del dibujo o modelo, o por el empleo de

(116) BREUER MORENO, p. 361.

(117) Revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900; en Washington el 2 de junio de 1911; en La Haya el 6 de noviembre de 1925; en Londres el 2 de junio de 1934; y en Lisboa el 31 de octubre de 1958.

(118) A pesar de que Guatemala y El Salvador estuvieron entre los once países que firmaron inicialmente la Convención, ninguno de ellos ni los demás de Centroamérica aparecen entre la lista de países que forman la Unión, publicada por el órgano oficial "La Propriété Industrielle", Berna, 1961, pp 1 y 2.

la marca, y estos hechos no podrán dar lugar a ningún derecho de terceros ni a ninguna posesión personal.

En América debemos citar la "Convención sobre Patentes de invención, dibujos y modelos industriales", firmada en la Cuarta Conferencia Internacional Americana, celebrada en Buenos Aires el 11 de agosto de 1910, ⁽¹¹⁹⁾ que contiene normas similares a las de la Convención de París de 1883.

HECHOS, ACTOS, Y NEGOCIOS JURÍDICOS COMO GÉNESIS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Por ROGELIO SOTELA MONTAGNE

Profesor de Derecho Civil de la
Facultad de Derecho de la Universidad
de Costa Rica.

Explicación Previa

El tema que se presenta a la consideración de los lectores en este estudio, lleva como finalidad la de suplir la ausencia que se nota en nuestros programas de un desarrollo sistematizado de la teoría del negocio jurídico. Es cierto que en el curso de Derecho Contractual, con ocasión del desenvolvimiento del tema de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones, el profesor hace alusión a la materia, pero debido quizás a que nuestra propia legislación carece de nociones suficientes al respecto, es lo cierto que nuestro curriculum de estudios adolece la falta de una cátedra donde los fundamentos de esta importante teoría jurídica, tan necesaria para la comprensión de la génesis de los derechos subjetivos, pudiera estudiarse sistematizadamente.

Es esta la razón por la que hoy presentamos en este trabajo, una explicación, si bien esquematizada, de los más importantes aspectos de esta teoría que desde hace algunos años explicamos con ocasión de las lecciones en la cátedra de Derechos Reales; teoría que fue un producto de la cultura de los juristas alemanes, recogida por los italianos y hoy bastante extendida a través de la amplia difusión que le han dado los modernos tratadistas hispanos.

Estos apuntes, sencillos como son, pretenden llevar si no un conocimiento amplio del tema, al menos una orientación segura para facilitar su posterior desenvolvimiento en nuestro medio.

(119) Fue suscrita por las representantes de 20 países (Costa Rica, Estados Unidos de América, Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, El Salvador, Uruguay y Venezuela) y sólo cinco países dejaron de ratificarla (Cuba, Chile, El Salvador, México y Venezuela). Costa Rica la ratificó el 20 de junio de 1916 (véase *Colección de Leyes y Decretos*, Año 1916, I Sem., págs. 391 y sigs, donde aparece reproducida la Convención).

I Los Hechos Jurídicos

En el diario acontecer de la vida humana se suceden continuamente una serie de hechos de muy variada índole. Unos son producto de la naturaleza, otros de la actividad del hombre.

Dentro de este acontecer hay hechos que no tienen ninguna relevancia jurídica, por ejemplo la formación de nubes que precede a la lluvia; hay otros en cambio que inciden en el campo de las relaciones jurídicas dando lugar al nacimiento, modificación o extinción de derechos. Estos acontecimientos "en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan", como los definió Savigny, son los que se conocen con el nombre de "hechos jurídicos".

Los hechos jurídicos pueden, en consecuencia, ser producto de la naturaleza o de la actividad del hombre. Dentro del primer tipo encontramos por ejemplo, la sedimentación producida por el discurrir de las aguas de un río, que puede dar lugar al tipo de "acesión" denominado "aluvión". Dentro de los hechos de la segunda categoría podríamos enmarcar la actitud del individuo que quiere desprenderse de algo y lo tira, dando lugar al caso de la "res derelictae".

Los hechos jurídicos son pues, de muy variada índole, y los autores, han diferenciado aquellos producidos por la naturaleza de los ocasionados por la actividad humana, dando a estos el nombre específico de "actos jurídicos".

II Los Actos Jurídicos

Son una categoría de los hechos jurídicos. Son producidos por la actividad consciente del ser humano: la siembra, la construcción de una casa, o su destrucción. Al ser configurados por una actividad "consciente", se excluye de esta categoría los actos del insano mental. Como dice Ruggiero "Las acciones humanas que no dependen de una voluntad entran en la categoría de hechos naturales. No puede establecerse diferencia alguna entre el acto inconsciente de un loco y la de la fuerza bruta". (Instituciones de Derecho Civil. T. I. N° 24 nota 1, página 244, Editorial Reus).

Los actos humanos productores de los actos jurídicos pueden ser lícitos o ilícitos, de acción o de omisión.

Los actos ilícitos pueden caer dentro de la esfera del derecho penal; es decir, configurar delitos o faltas; o bien mantenerse dentro del ámbito del derecho civil dando simplemente lugar a acciones tendientes a la indemnización del daño sufrido.

III Los Negocios Jurídicos

Dentro de la actividad consciente del ser humano hay infinidad de actos que tienen repercusión jurídica sin que el agente tenga el propósito de producirla; vale decir que los efectos jurídicos se producen aún a pesar suyo, en muchas ocasiones. El individuo que descuidadamente maneja su vehículo y atropella a una persona, es lo corriente que no haya querido producir ese daño; y sin embargo, a pesar suyo, y si se quiere contra su voluntad, tendrá que responder por la indemnización consiguiente, ya que los hechos producidos por él tienen relevancia jurídica; en un caso como estos estamos todavía en presencia de lo que hemos denominado "acto jurídico". Pero, en cambio, cuando la actividad humana en forma consciente, pero además expresamente querida va dirigida a buscar un fin de orden jurídico, el acto se convierte en "negocio jurídico". El individuo que busca a un Notario para hacer su testamento va con la clara idea de arreglar la sucesión de sus bienes para el caso de su fallecimiento; desea producir el efecto jurídico de determinar quién o quiénes serán sus herederos y de disponer sobre otros extremos importantes para el evento de su muerte. En este supuesto, el testamento, sin dejar de ser un hecho y un acto jurídico, alcanza la gradación de "negocio jurídico". Lo mismo podemos decir en la hipótesis de dos personas que se ponen de acuerdo, una para vender y otra para comprar un objeto determinado. Se ha producido un negocio jurídico, que en este caso configura un contrato de compraventa.

Pero este querer del hombre de producir efectos jurídicos no es libérrimo. Está circunscrito a los efectos que la norma jurídica, la ley, da al acto. Dentro de estas ideas, nos ha parecido siempre muy completa la definición de Arias Ramos que dice: "el negocio jurídico es el acto humano de manifestación de voluntad que produce dentro de los requisitos y límites fijados por la ley, las consecuencias queridas por quien lo realiza".

Debemos aclarar que esta denominación de "negocio jurídico" en los términos que hemos explicado tienen origen en la doc-

trina alemana e italiana, y aún no ha sido acogida por la doctrina francesa. Los franceses denominan "acto jurídico" a lo que aquí hemos denominado negocio, e incluyen dentro de la categoría de los "hechos jurídicos" todos los demás, aún cuando puedan tener origen en la actividad humana. "En suma —dicen Colin y Capitant— se puede definir el acto jurídico diciendo que es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de engendrar, modificar o extinguir un derecho". (Curso Elemental de Derecho Civil, T. I, pág. 159. Edit. Reus. 1941).

IV Elementos del Negocio Jurídico

Pueden distinguirse en los negocios jurídicos elementos esenciales, naturales y accidentales. Veamos en qué consiste cada uno de ellos.

a. **Elementos esenciales.**—Son estos elementos que caracterizan el tipo de negocio jurídico, sin cuya existencia no podría tener vida jurídica. La entrega del precio en la compraventa, por ejemplo; la entrega del bien mueble objeto del préstamo, etc. Estos elementos no pueden ser eliminados del negocio aún cuando las partes lo quisieran.

Hay un grupo de elementos esenciales que son comunes a todos los negocios jurídicos; a ellos nos vamos a referir más adelante.

b. **Elementos naturales.**—Ellos responden a la naturaleza del tipo de negocio y están fijados por el ordenamiento jurídico. Las partes podrían interferir en sus efectos por medio de un convenio al respecto; caso típico es la garantía por evicción a que está obligado el vendedor en la compraventa, aunque sobre ello no se hubiera pactado.

c. **Elementos accidentales.**—Estos son elementos introducidos por las partes —no por el ordenamiento— si la naturaleza del negocio permite su admisión. Son la condición, el término y el modo, a los que nos referiremos más adelante.

V Elementos Esenciales Comunes

Los elementos esenciales comunes son: la capacidad, la voluntad, la manifestación de la voluntad, concordancia entre la voluntad manifestada y la voluntad interna.

A. **La capacidad.**—Todo ser humano, hoy en día, por el hecho de serlo está investido de ciertos atributos que las leyes señalan y que configuran su "personalidad jurídica"; esta personalidad existe aún en el ser humano carente de razón suficiente como el niño recién nacido o en la persona afectada por desequilibrios mentales; con mucha frecuencia este estado que denominamos "personalidad" ha sido designado con el nombre de "capacidad de derecho".

La capacidad propiamente dicha, o capacidad "de hecho" como se le designaría en contraposición a la "capacidad de derecho", consiste en la aptitud de ejercer la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Cuando una persona en razón de su edad o de salud no está "en aptitud" de obligarse, no podría perfeccionar ningún negocio jurídico en razón de la ausencia de ese elemento esencial. El ordenamiento jurídico, no obstante, ha creado algunas instituciones tendientes a subsanar ese defecto: así el niño puede ser representado en ciertos negocios jurídicos por sus padres, o por su tutor si careciera de ellos, y el insano mental por su curador.

B. **La voluntad.**—En la realización del negocio jurídico debe intervenir la voluntad, es decir, la actitud anímica que persigue la realización de los efectos jurídicos que se quieren producir. La voluntad debe ser libremente manifestada. El derecho estudia los diversos obstáculos que pueden interferir en esta libre manifestación de voluntad, con el nombre de "vicios de la voluntad". Ellos son: la violencia, el error y el dolo.

(i). **La violencia.**—La violencia puede ser física o moral. La primera excluye totalmente la voluntad y no permite siquiera que negocio jurídico pueda nacer, es la llamada "vis absoluta"; la segunda denominada "vis compulsiva" va encaminada a forzar una declaración, viciando la voluntad, pero sin excluirla. Dentro de esta categoría se incluye el llamado "temor reverencial", o sea aquellas situaciones en que una persona por temor a quien debe obediencia actúa contra su voluntad (el hijo por temor al padre, el subalterno por temor al jefe, etc.). Siguiendo un principio del Derecho romano que estableció que "el solo temor de respeto, sin que intervenga la violencia, no basta para anular el contrato". Concluye Giorgi en que el temor reverencial no puede estimarse como coacción injusta. (Teoría de las Obligaciones, T. IV N° 83. Editorial Reus, 1930).

La violencia moral o intimidación, tiene un papel relevante en las relaciones jurídicas. Si la voluntad debe existir como elemento esencial del negocio, ella debe ser libre, exenta de indebidas presiones. Si el sujeto que actúa lo hace bajo amenaza, su acto volitivo estaría viciado y el negocio concluido sería más aparente que real, ya que adolecería de la falta de ese elemento esencial.

La doctrina establece que las amenazas, para producir un vicio en el consentimiento, han de ser graves, capaz de producir una presión en "una persona razonable" como reza el art. 1112 del Código Civil Francés, el cual obliga también a tomar en cuenta "la edad, el sexo y la condición de las personas". Es además preciso que la violencia no esté justificada: el constreñimiento legítimo no vicia el consentimiento. Jossierand. (Derecho Civil, Tomo II, Vol. I, pág. 62. Editorial Ejea). Algunos autores agregan la necesidad de que el daño con que se amenaza, sea además inminente. Véase al respecto Pothier, (Tratado de las Obligaciones. Editorial Omeba, pág. 26).

(ii) **El dolo.**—Consiste en la indebida actitud del sujeto que mediante engaño o fraude induce a la otra parte a la conclusión de un negocio; se subdivide en "dolus causa dans", aquél que actúa sobre la voluntad de tal manera que sin él no se hubiera verificado el negocio; y el llamado "dolus incidens" que no tiene la gravedad del otro y por sí mismo no anula el negocio, pero puede dar lugar al planteamiento de una acción de indemnización.

El dolo principal o "causa dans" constituye un vicio del consentimiento susceptible de anular el negocio jurídico. En cambio el dolo incidental "tiene como único efecto el de modificar el contenido de la convención, el equilibrio de la operación, pero sin decidir su conclusión". Jossierand. (op. citada pág. 69). Brenes Córdoba afirma: "El dolo principal por viciar de modo grave el consentimiento, da lugar a la acción rescisoria como medio de destruir los malos efectos del engaño; pero el accidental sólo produce la de daños y perjuicios por no obrar directa y principalmente como móvil de la operación. (Obligaciones y Contratos N° 603. Imprenta Trejos).

(iii) **El error.**—Está constituido por el falso concepto que se tiene de una cosa o de un hecho. Cuando el error recae sobre el significado o alcance de una norma jurídica se denomina "error de derecho". Este error no es usualmente relevante desde el punto de vista jurídico ya que conforme al artículo 1 del Código Civil "nadie puede alegar ignorancia de la ley debidamente promulgada". En otros casos el error se denomina "de hecho". Se hace la siguiente subdivisión de los errores de hecho:

Error in negotio: cuando hay confusión en la identidad del negocio que quiere realizarse, por ejemplo, en la mente de una de las partes está la de arrendar la cosa y en la de otra la de comprarla.

Error in corpore. Es el que recae sobre la identidad del objeto de la relación jurídica. Se compra por ejemplo el semental que se tiene a la vista confundiéndolo con el que ganó el primer premio en una exposición ganadera.

Error in substantia. Versa sobre las propiedades esenciales del objeto, las que constituyen sus características propias. Se daría este tipo de error en el caso de que adquiriésemos un zafiro como si fuese diamante.

Error in persona. Tiene que ver con las cualidades personales que de acuerdo a la naturaleza del negocio es del caso tomar en consideración. Por ejemplo, deseo encargar un retrato a un pintor creyéndolo un renombrado artista de primer orden y resulta ser otro.

Error in qualitate. Es el que se refiere a las cualidades secundarias del objeto y en esto fundamentalmente se distingue del otro tipo apuntado como error in substantia. Un ejemplo del error in qualitate sería la adquisición de un determinado automóvil en la idea de que es el más veloz que pueda encontrarse, sin ser ello cierto.

Error in quantitate. Tiene que ver con las cosas que se pesan, cuentan o miden, o lo que es susceptible de aumento o disminución. Por ejemplo, se vende por el precio de quinientos y el adquirente cree que es de cien.

C. La Manifestación de la Voluntad

La voluntad interna que debe existir en todo sujeto que vaya a concluir un negocio jurídico, debe ser manifestada. Mientras se quede en el campo de las intenciones, no tiene importancia para

el derecho. La manifestación puede hacerse de muchas maneras: en forma verbal, escrita, con la expresión de determinados signos convencionales, como cuando movemos la cabeza indicando una afirmación o una negación.

Declaración **expresa** es aquélla que se da de manera inequívoca; utilizando cualquiera de los medios indicados en el párrafo anterior. Declaración **tácita** es la deducida de ciertos actos, entre los ejemplos que citan los autores está el de la gestión que realiza un heredero para preservar el patrimonio hereditario, ella podría indicar una aceptación de esa calidad. En nuestro derecho sin embargo, por disposición del art. 528 del Código Civil, tal declaración en ese caso, tendría que ser expresa necesariamente, para su plena eficacia.

Dentro de esta materia cobra especial interés el silencio. ¿Qué valor jurídico debe darse a la actitud silenciosa de una de las partes en determinadas circunstancias?

En este sentido es muy explicativa la sentencia del Tribunal Supremo de España del 24 de Noviembre de 1943, la cual concluye en que el silencio vale como declaración cuando dada una determinada relación entre dos personas el modo corriente de proceder implica el de deber de hablar; será necesario por tanto la concurrencia de estas dos condiciones: a) que el que calla pueda contradecir; b) que el que calle tuviera la obligación de contestar.

Véase Rodríguez Navarro. (Doctrina del Tribunal Supremo de España. Tomo II, pág. 3869. Edit. Aguilar .A.).

D) Concordancia Entre la Voluntad Interna y la Manifestada

Hemos dicho que las intenciones, reducidas al fuero interno de la parte que las tiene, carecen de repercusión jurídica puesto que no sería posible conocerlas; para que la produzcan es preciso que la voluntad interna sea exteriorizada; ahora bien, cuando la exteriorización de esa voluntad es coincidente con el interno querer, se da el caso de una manifestación inequívoca y por consiguiente no hay ningún problema de orden jurídico que examinar. Distinto es el caso cuando entre lo que se quiere y lo que se dice hay diferencia; no hay concordancia. Esta disconformidad podría ser producida bien por causas imputables al sujeto o bien por causas

ajenas a él; es querida la divergencia entre la voluntad y su manifestación en la llamada simulación o en la llamada reserva mental; en este último caso el declarante quiere cosa distinta de la que manifiesta, a sabiendas, para inducir a error a aquel a quien dirige su declaración. En el supuesto de la simulación, hay también disconformidad entre la voluntad interna y la declarada; esta disconformidad es conscientemente buscada y se produce de acuerdo con la parte a quien se dirige la declaración, con el propósito de simular ante terceros la realización del acto objetivo. Por ejemplo: las partes simulan una donación, pero no tienen intención de cumplirla. En estos casos habría una simulación absoluta que invalidaría el negocio. En cambio puede darse el caso de una simulación relativa cuando las partes si bien cambian la naturaleza del negocio que se proponen realizar, quieren llevar a cabo un negocio jurídico diferente: por ejemplo se utiliza la compraventa para encubrir una donación.

La divergencia entre la voluntad interna y su declaración da lugar al error, del cual ya hemos hablado; pero debe hacerse aquí una ampliación del punto atendiendo al hecho de si el error recae sobre la voluntad o bien sobre la declaración. El primer tipo de error se ha denominado como "error vicio de la voluntad" o propio; este influye en la formación de la voluntad y da lugar a los casos de vicio de la voluntad analizados en el punto V B.—

El error producido en la declaración, es lo que los juristas denominan "error obstativo" o impropio; éste puede producirse de muchas maneras, por ejemplo quiero vender un bien determinado y hago referencia a otro; hablo de usufructo cuando en realidad quiero decir uso. Este error puede producirse no sólo en el declarante sino que en algunos casos se presenta en la parte que recibe la declaración; por ejemplo, manifestamos dejar en depósito un determinado bien y la otra parte cree que se le ha dado en préstamo.

Los casos de error obstativo producen verdadera dificultad en su solución, puesto que no sólo se está ante el dilema de dar un mayor valor a la voluntad o su manifestación, sino que además debe tenerse en consideración la seguridad que los terceros esperan de la conclusión de los negocios jurídicos. Para lograr una adecuada solución cada caso deberá ponderarse conforme a sus propias circunstancias; es muy difícil sentar reglas definitivas sobre esta materia, pero puede afirmarse como principio general que cuando

haya habido culpa o negligencia de una de las partes, ellas son responsables de su actuación y no podrían aducir la existencia del error para eludir su responsabilidad. Dice Ruggiero: "Se debe distinguir el error excusable del inexcusable; sólo en el primero la declaración es ineficaz, no en el segundo, en que el negocio es válido. Siendo imputable al declarante una culpa aunque sea de grado mínimo, debe la otra parte ser protegida por la confianza que razonablemente tuvo en la exactitud de la declaración, y la protección se actúa concediendo efecto pleno a la declaración, no obstante la falta de una voluntad correspondiente. Cesa, sin embargo, la protección y es nulo el negocio si falta la buena fe en la otra parte". (Instituciones de Derecho Civil, Tomo 1, pág. 263. Editorial Reus).

En el campo de la doctrina tanto el error vicio de la voluntad como el obstativo han tenido sus partidarios. La teoría del error vicio de la voluntad es la que puede considerarse clásica; como se comprende fácilmente el problema que se ha presentado en el de comprobar cuál fue la voluntad verdadera de las partes al momento de conclusión del negocio jurídico. La teoría del error obstativo, más moderna, atiende a la seguridad que debe imperar en la contratación y tiende a despreocuparse del proceso anímico formador de la voluntad para mirar y dar valor a lo que se ha declarado.

Como era de esperarse, se ha producido una especie de acercamiento entre ambas posiciones, y la solución intermedia es hoy día la prevaleciente. Sobre la materia nos dice Castán: "Por ello hoy la polémica está callada y predomina una posición intermedia, cuyo pensamiento capital es que, si bien de ordinario ha de prevalecer la voluntad efectiva de las partes, no se atiende, sin embargo, a la divergencia interna y debe prevalecer la voluntad declarada, cuando lo exigen así la buena fe y la seguridad del comercio jurídico". (Derecho Civil español común y Foral. Tomo I, vol. II, Edit. Reus. pág. 588).

VI Clasificación de los Elementos Accidentales del Negocio Jurídico

Las diversas modalidades que la voluntad de las partes puede expresar en la realización de un negocio jurídico hacen que a veces éste, aunque nítidamente delineado dentro del ordenamiento jurídico como en los casos del mandato, la permuta, la compraventa, etc.

sufra cierta alteración relacionada unas veces con el momento en que debe tenerse por existente, y otras con ciertos hechos que pueden dar lugar a la cesación de sus efectos.

Nos encontramos en estos casos en presencia de los llamados "elementos accidentales" del negocio jurídico. Entre ellos los más importantes son la **condición** y el **término**.

(a) **La condición:** por tal se entiende todo hecho futuro e incierto del cual depende la eficacia del negocio jurídico, bien para que empiece a surtir efectos, bien para que deje de producirlos. De acuerdo con este concepto dos serían los tipos de condiciones: los que aplazan la eficacia del negocio convenido, o las que resuelven el negocio haciéndolo perder su eficacia. El primer tipo de condición se denomina **SUSPENSIVA**. El negocio quedaría sujeto a condición suspensiva cuando se formula bajo el entendido de que se produzca un determinado suceso, futuro e incierto, que puede ser positivo o negativo. Por ejemplo: se conviene en la compraventa de un aparato electrónico si la fábrica introduce una mejora que se espera habrá de ser realizada. El hecho es la fabricación del implemento que introducirá la mejora, que tiene el carácter de futuro porque no existe; este hecho es incierto porque no se sabe si en realidad tal mejora será introducida. La eficacia del negocio quedaría supeditado a hecho de que la casa productora de los instrumentos electrónicos, introdujera la mejora que se prevé.

Cuando el negocio ha empezado a surtir sus efectos, pero el hecho futuro e incierto previsto al momento de su configuración llega a producir la cesación de dichos efectos, estaríamos en presencia de una condición **RESOLUTORIA**. Por ejemplo convenios en el arrendamiento de una casa de campo con la condición de que si el arrendante, que actualmente vive en otra localidad, fuera obligado a trabajar en el sitio donde radica la casa de campo, el arrendamiento quedaría sin efecto. Aquí el hecho es el traslado que su patrono imponga al arrendante, es futuro porque no se ha producido, y es incierto porque no se sabe que vaya a darse esa circunstancia ineludiblemente.

Cuando el hecho que constituye la condición depende de la voluntad del que ha emitido la declaración, esa condición se llama **POTESTATIVA**. Ella puede depender en un caso de la voluntad del sujeto y de ciertas causas ajenas; en otros casos puede ser

configurada por la sola voluntad del sujeto. Ejemplo del primer tipo de condición potestativa sería la conclusión de un negocio de venta de un automóvil si el vendedor se va a vivir a México. En este ejemplo hay condición porque el hecho de irse a vivir a México es futuro e incierto; y esa condición es potestativa porque en gran parte depende de la voluntad del declarante cumplir ese hecho; y decimos en gran parte porque además necesitará obtener los permisos de salida, el permiso de ingreso al país, las circunstancias de que haya medios de transporte para llegar, etc., por consiguiente la voluntad por sí misma no constituye el objeto de la condición; el derecho le da validez a este tipo de condiciones potestativas que la doctrina francesa denomina "simplemente potestativas". En cambio si se ponen de acuerdo las partes para hacer la negociación de un automóvil, si a una de ellas "le da la gana", estaríamos en presencia de una condición potestativa en la que la voluntad exclusivamente interviene; esta condición en realidad impediría el nacimiento del negocio. En la doctrina francesa se le conoce con el nombre de "puramente potestativa". (Colin y Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. T. I. Edit. Reus. pág. 196).

(b) **El modo:** Es este otro de los elementos accidentales del negocio jurídico. Aparece en los actos a título gratuito como las donaciones, instituciones de herederos y legados. Consiste en imponer al beneficiario la obligación de realizar una prestación en favor de un tercero o del propio disponente.

(c) **El término:** Puede ser suspensivo o resolutorio. El primero es aquel plazo que ha de transcurrir para que el negocio tenga su plena eficacia (dies a quo). El otro para que su eficacia cese. (dies ad quem). La obligación de construir un edificio dentro de tres meses, está sujeta a un término o plazo suspensivo. La de habitar un edificio hasta por un año, está sujeta a un plazo extintivo o resolutorio.

Tanto en el caso de la condición como en la del término, la situación de expectativa en que se encuentra el sujeto sometido a la modalidad suspensiva puede dar lugar a algunos importantes efectos jurídicos que se comentarán en clase.

VII Clasificación de los Negocios Jurídicos

a. **Unilaterales y Bilaterales:** Los primeros son aquellos en que interviene una sola declaración de voluntad (el testamento por ejem-

plo). En los otros es imprescindible la existencia de más de una declaración es de voluntad (los contratos).

b. **Solemnes y no solemnes:** En atención a la trascendencia de ciertos negocios la ley suele imponer formalidades especiales para su formalización, en especial en lo que se refiere a la emisión de la voluntad. Estos son los negocios llamados solemnes, frecuentes en otras épocas, hoy cada vez más raros. Podemos citar el testamento y la donación entre ellos.

En algunos casos la solemnidad consistiría en la necesidad de realizar el acto por escrito; en otros, en celebrarlo notarialmente o ante determinado número de testigos. Cuando las formalidades tienden simplemente a comprobar la realización del negocio se denominan "Ad probationem". Cuando ellas se exigen como parte sustancial del acto, se conocen con el nombre de "Ad solemnitatem" y su ausencia invalidaría el negocio.

c. **Inter vivos y mortis causa:** Según que sus efectos se produzcan dentro de una relación actual, o para después de la muerte.

d) **Onerosos y Gratuitos:** Cuando la realización del negocio da lugar a una atribución patrimonial hay que mirar si este aumento patrimonial del sujeto se produce exigiéndole dar algo en cambio o si no existe ninguna reciprocidad en ese sentido. En el primer supuesto estaríamos en presencia de los negocios jurídicos llamados onerosos; en el otro, de los gratuitos o lucrativos.

e) **Causales y Abstractos:** Hay un elemento muy importante en los negocios jurídicos del cual no hemos hablado, y es la causa. Dada la naturaleza de este artículo no hemos considerado conveniente entrar en un análisis de la causa, que es materia controvertida, muy importante y de amplia extensión, que merece por sí sola ser tratada con toda amplitud. Sin embargo, en forma simplista podemos decir que la causa en los negocios jurídicos es el motivo determinante que induce a cada parte a la realización del negocio. Así, por ejemplo, para el comprador será la adquisición de la cosa comprada; para el vendedor la adquisición del precio. Detrás de este motivo básico o esencial, puede haber toda una gama de razones de orden subjetivo que vienen a constituir simplemente "motivos", pero no determinantes, y por tanto no pueden confundirse con la causa. Por ejemplo: en la realización de un negocio

de compraventa de una finca, la causa del adquirente es llegar a ser dueño de la finca, y la del vendedor percibir su precio; pero el motivo del adquirente podría ser el poner a su hijo a trabajar en dicha finca y educarlo en esas actividades; y el del vendedor, utilizar el precio para irse a una clínica a recibir un tratamiento costoso. Normalmente los motivos no producen, aunque hubiera error en ellos, ninguna repercusión jurídica; en cambio el motivo determinante o causa, no puede faltar y debe ser lícita para que el negocio tenga validez.

(Véase Roberto de Ruggiero. Instituciones de Derecho Civil. T. I. N.º 29. pág. 281. Editorial Reus).

Se llaman negocios abstractos aquellos en que la causa no está expresada ni incorporada al mismo; se les suele llamar también negocios formales, porque usualmente las formalidades del mismo son un sustitutivo de la causa. En el derecho antiguo eran ejemplos claros de este tipo de negocios la *stipulatio*, la *mancipatio* y la *in iure cessio*; hoy en día podemos ver ejemplos de negocios abstractos en los denominados "títulos valores" a que se refieren los artículos 667 y siguientes del Código de Comercio.

VIII La Relación Jurídica

El acaecer en la vida social se lleva a cabo, como hemos visto, a través de una serie de hechos que pueden ser de orden natural y otras veces originarse en una vinculación o relación entre individuos. Esta relación, al igual que los hechos, puede o no, tener importancia para el derecho. Si por ejemplo, nos ponemos de acuerdo con un amigo para ir al estadio y ver un partido de fútbol, no hay duda que habremos entrado en una relación y nos habremos atribuido una serie de obligaciones y deberes en el orden de las relaciones sociales: llegar puntualmente a la cita, esperar al amigo, concurrir juntos al estadio; pero es cierto también que en ese relacionarse está ausente el contenido jurídico. Pero si nuestra participación con otros seres tiene una finalidad regulada por el ordenamiento jurídico, por ejemplo, pedimos a un chofer de taxi que nos lleve a determinado lugar, la relación en que ambos entramos tiene características jurídicas, llega a ser una relación regulada por el derecho y toma el nombre de "relación jurídica". Ella presupone la existencia de una norma, producto del derecho objetivo, que señala los deberes y

atribuciones de los sujetos que entran en juego en la relación. Esta norma puede decirse que está inerte, potencialmente viva, en espera de que se produzca un hecho jurídico que le dé vida; pero al producirse, hay un movimiento que atribuye derechos a un sujeto y deberes a otro, o ambas cosas recíprocamente, según la naturaleza de la relación misma. Es decir, de la relación jurídica surgen los derechos subjetivos y los deberes jurídicos. "La relación jurídica puede establecerse entre sujetos, pura y simplemente, o bien entre sujetos, pero con relación a un bien; a esto corresponde una distinción; fundamental de las relaciones jurídicas, las cuales, por tanto se llaman —respectivamente— PERSONALES y REALES". Francisco Messineo. (Derecho Civil y Comercial. Tomo II, pág. 3, Edit. Ejea).

Castán nos indica que la norma impone deberes en provecho de uno o varios hombres y que a la vez les da una autorización para exigir el cumplimiento de dichos deberes. "Ahora bien, al imponer esas obligaciones y atribuir esas pretensiones es indudable que pone en relación al sujeto de la obligación con el de la exigencia, el del deber con el del poder. Esto es lo que constituye la RELACION JURIDICA, que no es otra cosa que una relación de la vida práctica, a la que el derecho objetivo da significado jurídico, atribuyéndole determinados efectos, o, en otros términos, una relación de la vida real, protegida y regulada, en todo o en parte por el Derecho". Castán (obra citada. Tomo I. Vol. II, pág. 6).

Será preciso para calificar una relación como jurídica que esté totalmente regulada por el Derecho? En realidad basta con que esté parcialmente regulada por el ordenamiento jurídico para que tenga ese carácter, como sucede con algunas relaciones surgidas en el campo del derecho de familia.

Legaz Lacambra nos da este concepto: "Podemos dar la siguiente noción de la relación jurídica: Un vínculo entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción. Según eso, aparecen como elementos de la relación los siguientes: la norma, la persona, el hecho condicionante, la correlatividad de situaciones jurídicas, la prestación y la sanción.

Nos encontramos en primer término con que la relación jurídica se establece entre personas. Pero no entre personas en cuanto "hombres", en general, sino entre hombre en cuanto sujetos de derecho o personas en sentido jurídico. La relación jurídica no es una relación social cualquiera existente entre cualesquiera hombres, pues aún cuando una relación semejante lleve latente en su seno la condición de la juridicidad, ésta no se concreta sino en cuanto a esos hombres son sujetos de derecho y están en relación precisamente con la condición de tales. Por consiguiente, no hay relación jurídica en los vínculos que se establecen entre personas por razones de amor, amistad, compañerismo, etc., que pertenecen a la vida personal; no hay donación en sentido jurídico ni relación alguna jurídicamente relevante, en los correspondientes actos sociales, v.g., en el hecho de que un hombre obsequia a una dama con un ramo de flores o una caja de dulces". (Filosofía del Derecho. Edit. Bosch. pág. 669).

Rafael Rojina Villegas nos explica su pensamiento sobre la materia en la siguiente forma: "En el derecho existen elementos simples y un elemento complejo, que es la relación jurídica".

Los elementos simples son: la norma, el o los sujetos, los derechos subjetivos, los deberes jurídicos, el o los objetos del derecho, los supuestos jurídicos y las consecuencias de derecho.

Llamamos elementos simples a todos los enunciados con anterioridad en virtud que los mismos se articulan en otro elemento que por tal razón debe considerarse complejo, y que constituye la relación jurídica.

Puede afirmarse que ese conjunto de elementos simples para cumplir su verdadera función, la plenitud de su destino, necesariamente deben enlazarse en un proceso o sistema que los articule en sentido funcional y jurídico.

La relación de derecho consiste justamente en ese tipo de estructura de orden normativo que combina el conjunto de elementos simples, para actualizar la situación jurídica abstracta contenida en la norma, transformándola en una situación concreta, en la cual va a tener vida la regulación jurídica prevista en forma hipotética para sujetos indeterminados, y relativamente a facultades y deberes, a sanciones o permisiones de tipo general". (Teoría General de los Derechos Reales, Tomo I, pág. 17, México, 1947).

Podemos distinguir en la relación jurídica de acuerdo con Castán Tobeñas, los siguientes elementos:

a) **Un elemento subjetivo:** que son los sujetos, activos o pasivos de la relación; las personas en sentido jurídico, sean físicas o jurídicas; así se habla de un sujeto activo, acreedor o pretensor, y por otro lado de un sujeto pasivo u obligado. La parte que constituye cada sujeto en la relación puede ser unipersonal o pluripersonal; puede notarse, de paso, que en derecho la expresión "parte" no corresponde a un criterio que individualiza la parte con la persona, sino que esa expresión se da para determinar una o varias personas que están colocadas en una determinada posición en la relación jurídica: bien como acreedores, bien como deudores.

b) **Un elemento objetivo:** que viene a configurarlo el "objeto" de la relación jurídica; vale decir el elemento de convergencia tanto del derecho subjetivo como del deber jurídico, derivados de la relación. Encontramos así que hay relaciones, como nos explicaba Messineo, que tiene un carácter real porque tienden a configurar derechos y deberes relacionados con las cosas; y otras que tienen carácter personal porque la convergencia de derechos y obligaciones se da sobre la conducta humana. No se vaya a pensar que pueda darse una relación jurídica entre persona y cosa; eso no es posible. La relación siempre se da entre personas, pero sucede que a veces, el poder que deriva de la relación con que se inviste al sujeto activo, acreedor o pretensor, muestra una dirección real, es decir; se dirige más al patrimonio o bienes del obligado que a su conducta; y en otros casos por el contrario ese poder tiene más bien una dirección personal porque tiende en forma visible a constreñir la conducta personal del obligado, imponiéndole la necesidad de hacer o no hacer alguna cosa.

c) **Elemento causal.** Está constituido a su vez por dos elementos, uno que suele denominarse como "material", que está configurado por los hechos jurídicos y el llamado elemento "formal", constituido por la consecuencia jurídica que la norma impone con relación a determinados hechos, y que se cristaliza en un derecho subjetivo o un deber jurídico.

IX Efectos de la Relación Jurídica

A. Deber Jurídico

La relación de derecho, hemos dicho, crea entre los sujetos que en ella intervienen una vinculación que hace nacer deberes y derechos. Estos derechos, llamados subjetivos, para diferenciarlos del Derecho en general o derecho objetivo, son facultades con las cuales el individuo, por el hecho de tener personalidad, está investido para hacer prevalecer, dentro de los límites del ordenamiento jurídico, su voluntad; como reverso del derecho subjetivo surge el deber jurídico. Es decir, los efectos de la relación jurídica vistos desde el punto de vista de la conducta a que está obligado el sujeto pasivo, constituye el deber jurídico u obligación. Está configurado por el tipo de conducta que la relación impone al sujeto (dar, hacer o no hacer alguna cosa). A diferencia del derecho subjetivo, que es cedible, la obligación sólo podría serlo con el consentimiento del acreedor; tampoco es renunciable, cosa que si es factible en el derecho subjetivo.

Se ha discutido filosóficamente cuál ha surgido primero: si el derecho o el deber. Lógicamente el deber debe anteceder al derecho, pero como dice Carnelutti, para que alguno tenga las manos sujetas, es preciso que otro las haya amarrado. (Teoría del Derecho. pág. 185. Editorial de Derecho Privado).

Como una última observación sobre este punto debe anotarse que mientras todo derecho subjetivo tiene como correlato un deber jurídico, los autores suelen considerar que no sucede siempre a la inversa pues puede darse el caso de deberes jurídicos sin un titular determinado, como el de prestar servicio militar; pero puede verse que aquí lo que sucede, es que no existe un sujeto de derecho privado como titular del derecho, sino que la titularidad de ese derecho corresponde al Estado; en este caso, estaríamos en presencia de un sujeto de derecho público, que puede hacer efectivo el deber jurídico.

B. Derecho Subjetivo

La atribución que la relación jurídica concede al sujeto activo, es lo que hemos llamado derecho subjetivo. Al decir de Ruggiero es "un poder que resulta tutelado y protegido por éste" (Institucio-

nes de Derecho Civil. Tomo I. Edit. Reus, pág. 207), suele hablarse de los elementos interno y externo del derecho subjetivo. El primero sería la posibilidad de hacer, o de querer; y el otro la posibilidad de exigir respeto de los demás. Estos dos elementos, se encuentran en todo derecho subjetivo, pero según su carácter, cada uno de ellos cobrará mayor importancia. En los derechos de tipo personal el elemento externo es característico, pues sin el respeto que se debe a la existencia del derecho la obligación no sería cumplida; en cambio en los derechos de tipo real, el elemento interno lo determina más claramente pues podemos gozar de la cosa objeto del derecho casi conforme a voluntad.

De acuerdo con Castán, la noción moderna del derecho subjetivo "deriva de las ideas de deber jurídico y protección jurídica. Todo derecho subjetivo es la correspondencia de un deber jurídico, y supone una norma que lo delimite y garantice" (Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo I, vol. II, Edit. Reus, pág. 18). Vale decir que si el sujeto tiene la posibilidad de ejercer su iniciativa para lograr el efecto coercitivo de una norma, estaríamos en presencia de la existencia de un derecho subjetivo. Como características propias del mismo podríamos indicar la posibilidad de accionar judicialmente para lograr su cumplimiento.

Refiriéndose a su naturaleza, el derecho subjetivo fue considerado como "un poder de la voluntad, o un señorío del querer", por Windscheid, y como "un interés jurídicamente protegido" por Ihering. Los autores modernos están acordes en que ambos conceptos en vez de ser contradictorios, se complementan.

Estas características enunciadas por los clásicos autores, parecen chocar con el concepto moderno que se tiene del derecho subjetivo. Véase si no las siguientes afirmaciones de Messineo: "Es necesario observar que, para tener un derecho subjetivo, ni es necesario tener conocimiento de ello, ni es necesario tener la capacidad de entender y de querer: el niño, y respectivamente el loco, pueden tener derechos subjetivos (otra cosa es que no pudan, al menos temporalmente, ejercerlos personalmente); el legado se puede adquirir aún sin saberlo; la ciudadanía se adquiere aunque el sujeto ignore que le compete, etc." (Derecho Civil y Comercial. Edit. Ejea. Tomo II, pág. 8). Debe observarse que en realidad esta concepción tiende a ligar la existencia del derecho subjetivo a la previa existen-

cia de la relación jurídica, dejando claramente establecido que donde el tutelaje es necesario es en el ejercicio del derecho subjetivo, pero no en su adquisición.

Para terminar el tema que analizamos y con la aclaración de que sobre este último punto apenas hacemos mención del asunto porque su tema por sí mismo justificaría un estudio muy extenso, hemos de indicar que los derechos subjetivos pueden ser personales o reales. Los primeros suele decirse, son aquellos que se tienen contra determinada persona, que exigen una determinada conducta del sujeto pasivo. Los otros, se dice, son los que se tienen sobre una cosa. Pero como la relación jurídica sólo puede darse entre personas se preguntan los autores si puede haber derecho sobre una cosa, o contra una cosa, lo que aparentemente eliminaría la necesidad de la existencia del sujeto pasivo de la relación jurídica. No debe olvidarse lo que hemos indicado anteriormente: que el poder que deriva de la relación jurídica en esos casos muestra una dirección hacia la conducta del sujeto y estaríamos en presencia de los derechos subjetivos personales, y en altos muestra una dirección real, vale decir hacia los bienes o patrimonio del sujeto pasivo y se configuraría el derecho subjetivo real.

LA REVOLUCIÓN JURÍDICA DEL SIGLO XVI

JORGE ENRIQUE GUIER

La Iglesia cristiana, en sus inicios de vida histórica, se distinguió por la carencia de instituciones jurídicas que la regularan en sus propias relaciones internas y entre ella y la de sus adeptos. Se podría caracterizar a la Iglesia de esta época porque su principal fundamento radicaba en una creencia común sin instituciones de gobierno fijas, es más, sin ninguna clase de gobierno estable, únicamente regida por poderes de alta moralidad, y susceptibles de gran movilidad, que se adaptaban fácilmente a las necesidades del momento, creando la institución jurídica cuando la época o la circunstancia lo exigía, o cuando el caso jurídico se presentaba ante quienes, en ese momento dado, se creían con la capacidad suficiente para resolverlo. En estas congregaciones cristianas primitivas, quien animaba o dirigía a la institución, era ese poder moral que estaba en manos de hombres que predicaban, enseñaban y gobernaban —en última instancia—, moralmente a todo el grupo, pero como una institución oficial no había ni magistrado ni disciplina reconocidos. La asociación ferviente en las creencias era la forma de la sociedad cristiana primitiva.

Conforme la Iglesia inicia su desarrollo en el tiempo histórico, y muy rápidamente según se desprende de los documentos más antiguos, ya se comienza a vislumbrar un cuerpo de doctrinas, de reglas disciplinarias y de una magistratura encargada de la jurisdicción eclesiástica: los presbiteroi o antiguos, se transforman con el tiempo en sacerdotes; otros, los episcopoi, o inspectores, llegaron a ser luego los obispos, y los últimos, diaconoi, tenían el encargo de velar por los pobres y distribuir equitativamente las limosnas. En esta segunda época de la Iglesia cristiana se perfila la autoridad constituida, aunque debido a la situación de génesis por la cual atravesaba, los campos de influencia de esa autoridad eran poco perfilados, sin líneas propias de demarcación entre una y otra institución, pero sí resultaba claro, de manera contundente, que el

imperium, o potestad de gobierno, pertenecía al cuerpo de los fieles. Son los fieles reunidos en asambleas quienes eligen a los funcionarios de la Iglesia, e incluso, quienes adoptan la disciplina y la doctrina. No se ha hecho en esta época todavía una separación entre gobierno eclesiástico y pueblo: no existen uno con independencia del otro.

Después de este segundo estadio en la historia de la Iglesia cristiana propiamente occidental, se encuentra un panorama radicalmente distinto: un clero separado de manera total de los fieles. Es un cuerpo de sacerdotes con sus propias riquezas, su propio campo de acción en el gobierno de la Iglesia, una constitución y regulaciones jurídicas especialmente promulgadas —que recibieron el nombre de cánones—, un gobierno que es, en resumidas cuentas, una sociedad completa enclavada dentro de la Iglesia, que defiende sus privilegios y sus medios de subsistencia, en contra de la cual se aplica y sobre lo cual se predica la doctrina. En esta forma —tratada aquí de la manera más elemental y suscita—, es que se encuentra organizada la Iglesia en el siglo V, o sea su tercera época.

Otro medio fundamental de influencia en la Iglesia aparece alrededor de una institución netamente romana: el municipio. Los obispos y los presbíteros se convirtieron, por su preponderancia dentro de la comunidad, en los primeros magistrados municipales, que eran las únicas magistraturas romanas que subsistieron más o menos intactas luego del derrumbe del Imperio Romano. Esta situación, claramente aplicable, se reflejó en la de legislación positiva: en el Código Teodosiano y también en el Código Justiniano, existen gran número de disposiciones que ponen en manos de los clérigos todos los asuntos municipales. De tal modo, que entre la institución municipal romana y el régimen municipal medioeval se interpuso el sistema municipal eclesiástico, con lo que se determinaban la preponderancia del clero en todas las resoluciones del gobierno de la ciudad.

Esta situación de la Iglesia medioeval, y en contraposición y sin desearlo, fue obteniendo el dominio paulatino del único gobierno popular representativo subsistente en el Medioevo y como reacción, dio nacimiento a la idea de la separación entre el poder espiritual y el poder temporal, lo cual es fuente, por ende, de la libertad de conciencia, de la lucha contra los dogmas, mientras que la Iglesia había ido cayendo paulatinamente en manos de la aristocracia.

Parecida a la evolución histórica de la Iglesia en estos primeros siglos de la era cristiana, es la transformación de la sociedad civil, posterior al imperio romano. El bárbaro tenía el placer de la libertad individual, vencía con su fuerza y su libertad. Sin embargo, a pesar de la excesiva libertad individual de que hacía gala, hacer valer en Europa el sentimiento claro de la personalidad individual del hombre, reflejada de manera directa en la espontaneidad de su libre desarrollo; el bárbaro germano introduce, pues, en el continente, el concepto de la libertad universal, contrapuesta al criterio grecorromano y cristiano de la libertad política, de su libertad como ciudadano, preso dentro de una asociación. Este concepto era contrario al desarrollo social, y lo que pronto e imitando a la Iglesia, el bárbaro germánico, al ir superando su propio estado, va dando su amplia libertad a un grupo que considera superior, y así una aristocracia se apodera del mando.

La Iglesia, finalmente, de la forma aristocrática, pasa a la monárquica cuando la corte romana se coloca sobre los concilios. La misma conmoción afecta al gobierno civil: el poder aristocrático se destruye y tomó el mando del mundo europeo la realeza absoluta.

Pero fue dentro de la Iglesia, en el siglo XVI, donde se consagró el principio fundamental del libre examen, producido por una revolución contra el poder espiritual absoluto, el cual principio vino a poner en tela de duda la validez de todo lo anterior. Parece que en este siglo se consagran dos ideas aparentemente antinómicas: de un lado, en la sociedad civil, el poder absoluto de la realeza, y del otro, en aquella sociedad religiosa, el libre examen, o sea, en un grupo se hace efectivo el concepto de la monarquía pura, y en el otro el de la libertad del espíritu humano. Guizot, acerca de esta cuestión, comenta que el “uno era la derrota del poder absoluto en el orden espiritual, el otro su victoria en el orden temporal”. La antinomia se explica porque la sociedad religiosa, entre otros factores, había andado más de prisa en el tiempo, y había llegado ya a la emancipación del pensamiento individual y la otra al contrario, tenía la idea fija de concentrar todo el poder en uno general.

El libre examen en la esfera religiosa, pronto repercutió en las otras ramas del saber humano. El derecho también recibió esta sana influencia. El último cuarto del siglo XVI, señala un nuevo desenvolvimiento en el derecho que es de trascendental importancia,

no sólo para las ciencias sociales, sino también para la teoría de la historia. La ciencia jurídica en la alta Edad Media, casi que de manera exclusiva, ponía toda su atención en una exégesis del derecho romano, como era conocido a través de la codificación de Justiniano, elaborada durante la segunda mitad del siglo XV de nuestra era. El resultado final de todo este trabajo sobre el *Corpus Juris* fue un genuino proceso creativo para adaptar conceptos romanos a los usos y necesidades de la Europa medioeval. Pero la contribución creativa del jurista medioeval, no se reflejó en este campo, porque, en principio al menos, el *Corpus Juris* del alto imperio, fue tomado dogmáticamente como un esquema perfecto de jurisprudencia, y las improvisaciones del exégeta fueron oscurecidas y escondidas por este método de interpretación. La exégesis del romanista medioeval, fue una pura disección lógica de las fuentes con escasísima perspectiva histórica, como en general se usaba en el método escolástico. Esto tuvo como consecuencia, que este jurista medioeval, no tuviera oportunidad de reinterpretar el sentido del texto justiniano, usando distinciones casuísticas y analogías, porque si así lo hubiera hecho, el texto del *Corpus Juris* hubiera sufrido en su integridad.

Se puede sostener que la jurisprudencia científica comenzó en Europa alrededor del siglo XI. Con el crecimiento urbano y la complejidad creciente de un orden social más complicado, los mecanismos de la costumbre heredada y la tradición jurídica bárbara, no satisficieron más la trasmisión y el desenvolvimiento de la ley. Se requirieron ya el empleo de jueces profesionales y no de los ancianos o mayores de las diversas tribus o conglomerados bárbaros, tanto como nuevos métodos de instrucción y nuevas técnicas formales para la aplicación de las reglas legales. Estas necesidades crecientes no podían ser satisfechas, sin una formulación sistemática de los principios básicos y concretos del orden legal. Pero en todo lugar de Europa, haciendo excepción de Inglaterra, el marco de la ciencia jurídica no se derivaba de la reflexión sobre las costumbres domésticas o ni siquiera, como en el caso de parte del sur de Europa, de esos elementos de derecho escrito que habían sobrevivido desde los días romanos, sino más bien, todo el sistema jurídico se extraía del sistema concluido del derecho romano, como estaba representado por las compilaciones justinianas. Del siglo XII al siglo XVI, la forma característica de la jurisprudencia civil, era la asimilación y adaptación del *Corpus Juris*.

Todo este proceso en la metodología del derecho, puede decirse que se consolidó en Europa, con la formación de la Escuela de Derecho en Bologna al final del siglo XI, aunque el origen histórico de esta Escuela permanece todavía en la oscuridad. Hay que tomar en cuenta que toda la literatura jurídica de los "preglosadores" ya usa en forma bien clara el procedimiento de la glosa, aunque aplicado, no al derecho romano, sino a asuntos de derecho lombardo. No se ha estudiado suficientemente cuánto tiempo hayan sobrevivido las escuelas jurídicas romanas en la Baja Edad Media, especialmente en la Roma Bizantina y en Ravena, y si estas escuelas influyeron como antecesores de Bologna. Lo que sí puede comprobarse es la supervivencia de esas antiguas formas y algunos programas latinos lo mismo que la conexión dogmática entre la doctrina jurídica lombarda y la escuela de Bologna. Desde que comenzó la ciencia jurídica romano-oriental en el siglo VI en la Italia peninsular, hasta todos los trabajos de la Escuela de París alrededor de las fuentes longobardas, transcurrieron cuatro siglos. De toda esta época sólo se conocen muy pocos trabajos —además difícilmente fechables—, que muestran que se sabía ya más o menos bien el *Corpus Juris* justiniano, sobre todo el Digesto, y que se inicia una dominación lenta del mismo.

Estos primeros trabajos, al menos en su parte fundamental, se basan en glosas triviales, al estilo de los antiguos lexicógrafos, junto con exégesis, concordancias y distinciones con el derecho local y muchas veces con el Derecho canónico. En el siglo XI, ya aparecen las falsificaciones de privilegios, tomando parte decisiva junto a las concordancias las capitulares italianas y las leyes reales longobardas, y al método de comentario que se basa en medios gramaticales y lógicos de las escuelas de esa época, junto a la consideración, muy importante, de que en el establecimiento de esas concordancias con el Derecho romano, y precisamente con el *Corpus Juris*, se favorecía a éste como *ius generale, lex generalis*.

Estas obras todavía posponen el Digesto a las Instituciones bajo-romanas y al Código, pero ya ellas anuncian un conocimiento especial, basado en el principio de la crítica de textos y, sobre todo, un método exegético, que señalan que ya va haciendo su entrada en las ideas de la época, la gran ciencia jurídica de pocas décadas más tarde.

No puede de manera alguna separarse el renacimiento de la ciencia europea del Derecho cerca del año 1100, del gran movimiento cultural que sumergió a Europa en los más profundos estramientos de la cultura antigua. En esta época se producen los descubrimientos de los grandes textos antiguos, entre los que descuellan el pseudo Dionisio Aeropagita, Platón y Aristóteles, con trasmisiones muy certeras. Este nacimiento de la ciencia del derecho estuvo motivado en gran parte también por el conocimiento científico de la literatura romana del Digesto, que habría permanecido desconocida por muchos siglos para el Occidente, y que a partir de su encuentro fue objeto de veneración.

No fue cuestión de suerte que todo este movimiento ocurriera en la Italia Septentrional, y allí en la Escuela de Bologna. Tres requisitos necesarios lo tipificaron: a) sólo en Italia había sido fácil —hasta cierto punto—, el estudio y comentario del *Corpus Juris*, que había servido de viejo modelo de enseñanza antigua y también de punto de comparación con el derecho propio del exarcado de Ravena y del derecho longobardo; b) la intensa actividad de literatura jurídica producida por la Escuela de Pavia como antecedente de los glosadores; y, c) que sólo la Italia septentrional y central eran territorio imperial, y sólo en estos territorios se podía invocar la idea de que la codificación del Emperador Justiniano, se había hecho, basada en la idea de una Roma universal imperial, que tenía su sustento, asimismo, en la idea de la Roma nacional de las ciudades controladas de los lombardos.

En Bologna, los materiales de estudio del Derecho, comprendían la totalidad de la compilación de Justiniano, y era aquí, sin embargo, que los varios componentes del derecho romano se sometían a estudio crítico y se ordenaban como un texto, que llegaría a ser la versión común de la edición del *Corpus Juris* hasta el siglo XVI, y a la cual se le llamaba comúnmente la “vulgata” medieval. Es digno de notarse, que ya en esta edición del *Corpus Juris*, el derecho romano no aparecía en su más prístina integridad propiamente romana, porque se habían incluido en la edición algunas fuentes medievales, como el “Libro de las Costumbres Lombardas”, el “*Libri Feudorum*”, y algunas leyes de los emperadores germanos.

Todas las fuentes del *Corpus Juris* fueron reelaboradas y repetidamente glosadas desde el punto de vista técnico del jurista, y el texto, así clarificado, fue explicado a los estudiantes en un curso sistemático de conferencias. Los objetivos del programa desarrollado en Bologna, durante varios siglos, tal y como los glosadores lo concibieron, tuvo como principales miras dos situaciones: a) hacer el derecho romano accesible para la práctica actual del derecho; b) inculcar la idea de que la codificación justiniana nunca cesó de tener fuerza de ley. Esta última idea estaba ampliamente enraizada en la conciencia italiana, pero también fue vigorosamente promovida por los emperadores germanos, los cuales se beneficiarían indudablemente del sentido de continuidad con Roma. El Emperador Federico Barbarroja, en una ocasión, hasta habló de sus predecesores Constantino, Valentiniano y Justiniano. Los glosadores sintieron, de tal modo, que el *Imperium Romanum* de Justiniano se continuaba directamente en el imperio cristiano, y que toda esa legislación estaba todavía con plena validez. Los glosadores también podían haber imaginado que el derecho romano era el derecho común del pueblo italiano; o podían haber pensado que el *Corpus Juris* era obviamente superior a cualquier sistema legal conocido hasta la época, y lo único que había que hacer era explicarlo para que fuera aceptado. Ninguno de estos motivos en realidad está contra los otros, y todos juntos pueden haber jugado su respectivo papel. El resultado, en todo caso, es claro: por una razón u otra, los glosadores de Bologna, al igual que los juristas de la alta Edad Media, tuvieron al derecho romano como plenamente válido.

El punto más interesante que se hace ahora necesario enfocar es la estrecha conexión entre el supuesto de los glosadores y sus métodos de interpretación. La idea sostenida por los glosadores, de que el *Corpus Juris* era inmediatamente válido para su época, andaba parejas con una carencia total de perspectiva histórica.

Esta situación puede explicarse debido a que la cultura europea, que había procedido de la antigua, se hallaba en cuanto a ésta, sometida a un completo divorcio, debido a un comportamiento típico. Las grandes creaciones permanecían para ella con valor de autoridad absoluta. La prepotencia de las Sagradas Escrituras y los antiguos padres de la Iglesia sobre la ideología religiosa del Occidente, es el fenómeno histórico más claro de esta época; no de otro modo la filosofía precartesiana actuaba con Platón

y Aristóteles, el humanismo con los cléricos, y la ciencia natural de la Edad Media con la física aristotélica y la Ciencia natural de Plinio. En este marco histórico, aparece como correlativo a lo anterior, que la autoridad correspondiente para todo el pensamiento jurídico europeo era el *Corpus Juris*, con la categoría de una revelación jurídica.

A este respecto sostiene Wieacker, en su "Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna" (pág. 42): "Verdad es que el tema de la dogmática medieval ya no es hoy inmediatamente comprensible. Esta busca una verdad jurídica, que es una categoría lógica, lo que también para la Alta Edad Media era al mismo tiempo una categoría ontológica. Una tesis dogmática debe mostrarse como "verdadera", mas no sin dar pruebas de ser justa o sistemáticamente correcta o útil, aún cuando, naturalmente, la jurisprudencia medioeval desde la reacción aristotélica no se haya dado cuenta en modo alguno de los valores jurídicos relativos de utilidad y en ocasiones se apoye en la *ratio legis*. De ahí que la tesis doctrinal no se haya derivado tampoco de una idea del Derecho, como ocurre con el Derecho natural racionalista (ya que éste presupone una ética social autónoma ante la que habría que justificarse); ni aún de principios jurídicos universales, como en el Derecho racionalista del siglo XVII y en la Pandestística (pues ésta suponía un "sistema natural" del Derecho); ni aún, siquiera, en consideraciones de finalidad social, como en las modernas teorías de la aplicación del derecho (que presuponen que éste ha de servir a fines a él extraños)".

Al igual que los juristas medioevales, que vinieron después de ellos, los abogados de Bologna no advertían, por regla general, las diferencias básicas entre su propia sociedad y aquella para la cual se había promulgado el derecho romano, y advertían, tal vez menos, las diferencias sociales e intelectuales entre los diversos períodos de la historia romana, que habían contribuido con sus fuentes para formar luego la obra de Justiniano. En la interpretación de los diversos textos, de acuerdo con la teoría, no se hacía el menor esfuerzo para explicar el sentido de los mismos, en términos de historia. Se asumía como una verdad, al contrario, que el *Corpus Juris* era un sistema que se explicaba por sí mismo y era un todo consistente, y cuyas reglas, además, eran válidas univer-

salmente. De tal modo el método de interpretación se reducía a un análisis lógico interno de los textos.

Este punto de vista puramente analítico, se desprende de la naturaleza de las glosas. Muchas de ellas, por supuesto, se refieren a la propia recta lectura del texto, y, con frecuencia, para aclararlo, se citan diversos manuscritos. La gran mayoría, sin embargo, son interpretaciones de una palabra o de un pasaje completo, el sentido de los cuales era sugerido al glosador por su conocimiento de otros pasajes, relacionados en algunas otras porciones del *Corpus*. Así las cosas, hay muchas glosas en las cuales este procedimiento de comparación externa, se hace explícito al citar pasajes relacionados. Cuando uno de estos pasajes está o se encuentra en aparente conflicto con otro, una distinción se ofrecía muchas veces para zanjar la contradicción. También se encuentran glosas que libremente comentan las rúbricas del título de cualquier sección del *Corpus*, para demostrar cómo el contenido legal, incluido en la respectiva sección, estaba relacionado al concepto general del libro. Este procedimiento analítico se desarrollaba más en las conferencias formales que dictaban los glosadores, las cuales se desenvolvían a la manera de *summae titulorum*, o recapitulaciones del derecho de acuerdo con las subdivisiones dadas. En estas exposiciones la lectura del texto era precedida con un examen del contenido de los títulos, como un todo, para explicar los conceptos generales. Cada ley o porción de un título, se presentaba entonces con aclaraciones de sus frases y palabras. En los sucesivos estadios, las implicaciones de los contenidos se desenvolvían aduciendo "casos" relacionados, escogidos de otras partes del *Corpus*. En el curso de la conferencia, aparentes contradicciones se traían al caso para resolverlas; luego se hacía una deducción o brocardica o máxima legal, implícita en el texto y, finalmente, la solución de preguntas interesantes.

El método legal de los glosadores era ampliamente consonante con la forma escolástica de la ciencia que era característica general de la Edad Media. El punto de partida de la ciencia era un juego universal de normas de verdad las cuales eran pasadas por autoridad. La esencial tarea del pensamiento era explicar el significado de esos elementos por combinación, distinción y declaración. Es un hecho bien conocido, por supuesto, que este método escolástico no era tan servil como sus premisas parecen indicarlo, porque en el curso de interpretar la autoridad, los exégetas esco-

lásticos podían usar de una considerable libertad. Y conscientemente o no, podía figurar el significado a su propia experiencia y necesidades. Entre los glosadores, sin embargo, la técnica de la exégesis tendía a ser relativamente estricta. Su principal propósito era convertir el Derecho Romano en un instrumento que sirviera, obteniendo una elemental maestría sobre los inmensos materiales presentados en las fuentes, y era de todos modos suficiente que los glosadores se adhirieran al texto sin pretender nunca reformarlo.

Los comentadores de la Alta Edad Media, sin embargo, lograron una mayor libertad. Una razón para este cambio, tal vez, es que ya por el siglo XIII el *Corpus Juris* había sido glosado enteramente y las conclusiones de las tempranas escuelas habían sido ya clasificadas y ordenadas en la glosa *ordinaria* de Accursio. Los comentadores posteriores, de tal modo, no estuvieron requeridos a concentrarse en una exégesis elemental, sino que se encontraron libres para considerar preguntas más especulativas. Pero la causa profunda, sin duda alguna, fue que el romanista medioeval tomó conciencia de los problemas de la práctica contemporánea. Por el siglo XIII, el *Corpus Juris*, o al menos la porción que abarcaba la glosa, había recibido amplia y general aceptación como derecho común de los pueblos europeos. En la mayor parte de Italia y en el sur de Europa, generalmente sus normas eran aplicadas por las cortes, salvo que específicamente estuvieran en contradicción con una costumbre o estatuto de la jurisdicción local. Pero con esta penetración del *Corpus Juris* en la práctica, las cortes tuvieron en cuenta no solamente la glosa ordinaria, sino también los comentadores contemporáneos para encontrar en sus interpretaciones una guía con autoridad. Se esperaba cada vez más la interpretación del derecho romano efectuada por los doctores de las escuelas de derecho contemporáneas, para la solución de problemas actuales. Puede notarse, que más adelante, esta atención más inmediata con la práctica fue aumentada no solamente para la solución de problemas judiciales, sino para la de controversias políticas. El derecho romano fue la fuente básica de los argumentos en disputas jurisdiccionales entre el emperador y el Papa, y entre las comunas italianas y las monarquías territoriales de un lado, y el emperador y el Papa por el otro.

De acuerdo con estas nuevas responsabilidades impuestas a los abogados, se inició una nueva resquebrajadura en la técnica de

la exégesis: de literal a más libre. Debido a que esta forma más liberal de exégesis fue cultivada con ardor en Italia, se conoció en otras partes de Europa con el nombre de *mos docendi Italicus*, o modo italiano de enseñanza, identificado también como "bartolismo", llamado así por Bartolo de Sassoferato, su más celebrado maestro. Este método italiano, como lo conoció Bodin y sus contemporáneos en Francia, usaba de un dístico memónico, por medio del cual un escritor del siglo XVI podía organizar su técnica de exposición.

El dístico era el siguiente:

Praemito, scindo, summo, casumque figuro
Perlego, do causas, connoto, objicio.

o sea:

Presento, analizo, resumo y rehago el caso
Leo minuciosamente, hago objeciones, anoto, expongo.

En este dístico, pues, se reúne en una sola toda la operación de crítica de textos (prolego); analíticos en cuanto a la separación lógica del problema del párrafo comentado (*scindo*); *casumque figuro* es la ejemplificación; *do causas* se refiere, de manera primordial, a las cuatro causas aristotélicas, las llamadas brocardicas y sintéticas, o sea, la enunciación del problema en su conjunto (*promitto*), la recapitulación del mismo refiriéndolo a autoridades, y decisiones (*summo*), y, para terminar, la generalización, que se resolvía en última instancia en la formulación de reglas y la analogía (*connoto*). Cuando existían objeciones y controversias (*objicio*) se llegaba a la solución de ellos aplicándoles los recursos dialécticos de las *distinciones, amplificaciones, limitationes*, de donde viene a engendrarse todo el sistema. Cuando las autoridades se iban acumulando y las consecuencias se iban haciendo cada vez más sutiles, el procedimiento se hacía pesado, lento y minucioso, lo cual provocó, que alrededor del siglo XV, todos los humanistas se rieran de él y le hicieran objeto de chistes, más o menos pesados.

Los glosadores, quienes fueron los que aplicaron este método de estudio a la ciencia jurídica, y cuya evidente conexión con toda la enseñanza medioeval es innecesario de recalcar aquí, establecieron la forma de enseñanza del derecho —que aún ahora perdura por algunas partes—, que se tiene, muchas veces, por el propio de la ciencia jurídica. Las conclusiones finales de este procedimiento

que se inculcó dentro de todos los pensadores juristas europeos, fueron un estudio sin precedentes del texto del *Corpus Juris* y de todas las esenciales cuestiones dogmáticas que se desprendían de él, con lo cual se adquirió un entrenamiento profundo en las cuestiones de la interpretación lógica del texto. La técnica "analítico-casística" del pensamiento lógico, a pesar de todas sus flaquezas, que sólo pueden ser corregidas por la razón práctica y el amor a la justicia, se ha convertido, con sobrada razón, en el ejemplo mismo de lo que puede ser el pensamiento jurídico.

El éxito de los glosadores, no sólo en la época en que vivieron y desarrollaron toda su ciencia, sino en la actualidad, radicaba y radica en la incontenible fuerza que alcanzó la ética jurídico-positiva del estudio de las fuentes romanas, que fueron bastión muy firme en todas las luchas partidistas y constitucionales de la Baja Edad Media, y base también de encontrar un derecho general en la enorme dispersión de las fuentes jurídicas a finales del medioevo, y a una actividad jurídico racional, y por lo tanto material y no particularista.

Es aparente de toda esta situación, que el intento creativo de la jurisprudencia medioeval dependió exclusivamente de un par de premisas, que los juristas nunca intentaron establecer científicamente: a) la idea primero de que el derecho romano era intrínsecamente perfecto; y b) que el derecho romano, que se enseñaba a los estudiantes medioevales, era idéntico al derecho romano como lo entendía Justiniano. Ninguna de estas premisas, por supuesto, podría sobrevivir una apreciación crítica, y ambas fueron fatalmente minadas por los nuevos métodos de interpretación desarrollados en el siglo XVI.

La esencia de esta nueva apreciación fue la aplicación de los ideales humanistas de erudición clásica y presentación sistemática a la enseñanza del derecho romano. En Francia, donde floreció esta escuela con mayor vigor, el ataque frontal a la jurisprudencia del medioevo, puede iniciarse con la publicación, en 1508, del libro "*Annotationes in Pandectas*" de Guillermo Budé. Muy significativo es que el autor de esta obra no la concibió con sentido jurídico, sino únicamente humanista. La principal tarea emprendida, como la intentaron los humanistas, fue un rejuvenecimiento del arte y las ciencias, retornando a los "clásicos" de la antigüedad,

que significaba, en jurisprudencia, una apreciación directa de la sabiduría legal clásica que había sido coleccionada por Justiniano. Budé, en su libro, acumula una formidable masa de erudición, y una técnica filológica altamente sofisticada, para determinar la manera original de lectura del texto y también el uso cierto y verídico de los términos y frases. Budé sostuvo que los libros de Justiniano no solamente habían sido mutilados, sino que se encontraban plagados de errores, y lo que es más, palabras que en latín clásico significaban una cosa, con el uso y las malas traducciones habían llegado a tener un sentido diferente.

Otra imputación importante en esta revolución, fue la acusación que se hizo a los juristas medioevales de su desconocimiento de la historia de Roma. Para interpretar una institución legal, Budé con frecuencia usa el sistema de confrontarla con sus variaciones en el transcurso del tiempo. El resultado de esta disección histórica demuestra que el contenido del *Digesto*, que había sido formado por la reunión de diversos textos de diferentes épocas de la historia romana, no siempre era completamente homogéneo, y frecuentemente no podía ser entendido por el uso único del método lógico analítico. Aquí otra vez el método analítico del jurista medioeval fue una fértil cantera de malas interpretaciones y malentendidos. El resultado de este descubrimiento, sugirió que mucho del derecho romano era históricamente particular, y así se minaba la concepción de que era la medida del derecho universal. La tendencia de Budé, en toda su perspectiva, cortaba de raíz la tradicional creencia de que el *Corpus Juris* era un sistema perfecto y consistente.

Lo que ahora se pedía, entonces, era la reconstrucción de la ciencia jurídica en un mayor y verdadero plano universal, y hubo, como ahora veremos, otro motivo que vino a quebrar los esfuerzos de los humanistas, para crear un sistema de derecho.

Contra el movimiento de la enseñanza legal en el medioevo, prevaleció una pedagogía humanista, que rechazó la exégesis casuística en favor de la exposición sistemática o "metódica". Al final del siglo, un sistema total de derecho civil, el resultado de treinta años de trabajo sobre las fuentes, fue publicado por Hugues Doneau (Donellus), y esta obra se considera generalmente como la cumbre del movimiento de los sistemáticos. El libro "*Commentarii de jure civili*", es una demostración que los principios sistemáticos inten-

tados por los autores del **Corpus Juris**, no habían sido esenciales en la ejecución del plan de trabajo, aunque este grupo todavía asumía, por supuesto, que el contenido del **Corpus Juris** eran las piezas de un sistema perfecto, que sólo había que poner en orden.

Sin embargo, la escuela de los sistemáticos, a pesar de lo mucho que hizo por salvar al derecho romano, le dio a su autoridad un golpe mortal. Doneau acusa a Justiniano y a sus juristas de incompetentes en la ciencia jurídica, y por la autoridad de ella impone una razón de criterio universal. Porque sí —como Doneau pretende demostrar— los que recopilaron el **Corpus Juris** eran ignorantes de la ciencia jurídica, tiene uno que asumir automáticamente que los fragmentos recopilados eran reducibles a un sistema.

Justiniano, tal vez, habría dejado por fuera partes necesarias. Los “epígonos” de la jurisprudencia romana podían haber fallado al seleccionar lo mejor de su tradición. Uno podía aún especular que la sabiduría jurídica del pueblo romano era algo menos perfecta en su contenido. Todo esto, en realidad, fueron las conclusiones de los anti-romanistas. Pero fueron los sistemáticos, suficientemente irónico, los que tomaron la iniciativa en la crítica.

Las demandas por la reorganización de la jurisprudencia sobre bases más independientes y universales, comenzaron en Francia, alrededor del tercer cuarto del siglo XVI. Las figuras principales en este movimiento fueron Jean Bodin, Francois Hotman y Francois Baudoin, y cada uno de éstos y especialmente los dos últimos, fueron líderes de lo que se llamó el **mos docendi Gallicus**. En estos tres autores citados, el campo teórico para un ataque contra el derecho romano, se derivó del trabajo crítico de los filologistas y los sistemáticos. Pero un campo todavía más ancho se perfiló con creciente interés, dentro de los juristas de este período, en cuanto a darle mayor valor al derecho consuetudinario o de costumbres. El derecho romano nunca fue totalmente aceptado por los franceses como un derecho común con fuerza impositiva. Como “*ratio scripta*”, o sea la razón escrita, su autoridad intelectual fue siempre enorme. Y como siempre las costumbres locales fueron con frecuencia contradictorias, defectuosas u oscuras, fue posible, en la alta Edad Media, hacer significantes intrusiones en la práctica, aun en la región del derecho de costumbre.

Pero en la mitad del siglo XV se comenzó una exhaustiva edición de las costumbres, cuyo efecto fue hacer más lento el proceso de recepción, y detener al derecho romano de llegar al *status* de ley común en Francia. Por un edicto real de 1454, las costumbres de cada diferente región fueron oficialmente recolectadas, inscrites y confirmadas. Y por el siglo XVI, este trabajo había ya avanzado notablemente.

En esta recopilación de las costumbres, para aclarar la situación, se tomaron prestados del derecho romano algunos conceptos para corregir o ampliar esas costumbres y para proveer, sobre todo, un marco sistemático. Pero el resultado último de este movimiento de recopilación de las costumbres, fue crear un juego de leyes de costumbre, las cuales romanizadas en su contenido, no fueron establecidas ni proclamadas en forma escrita. Los juristas de la época, de acuerdo con lo dicho antes, hicieron con las recopilaciones de costumbres el mismo sistema de comentario que habían aplicado exclusivamente al derecho romano, y pensaron en racionalizar su contenido. Dentro de estos reformadores, que tenían como miras la unificación de las leyes de Francia, el contenido común de esas costumbres fue tomado como punto de partida. Así era la esperanza de Du Moulin, el más celebrado de los estudiosos del derecho de costumbres, que un código común debía ser creado por una comparación y análisis crítico de las costumbres. Para la teoría de la jurisprudencia, el aspecto más importante del interés científico en el derecho de costumbres, fue la clarificación de dudas que se habían venido acumulando sobre la autoridad intelectual del derecho romano y su uso exclusivo en la educación jurídica. Se hizo ahora aparente que mucho del derecho romano era irrelevante para la experiencia francesa, o que se encontraba en evidente conflicto con sus propias tendencias. Apareció un grupo de juristas académicos que no estaban de acuerdo en asumir, como en el pasado, que todos los desacuerdos o discrepancias debían ser automáticamente resueltos, en principio al menos, en contra del derecho de costumbres. Las limitaciones del derecho romano fueron realmente establecidas por los estudios de los filologistas y los sistemáticos. Bajo todas estas condiciones, el sentido de desacuerdo entre los derechos francés y romano llegó a ser una invitación y ocasión, para preguntarse el valor del último, como sistema jurídico codificado de valor universal, e iniciar la búsqueda de las nuevas bases teóricas del derecho.

Aunque el tema de una síntesis universal inspira toda la obra de Bodin, en cuanto al derecho, y es la clave para su significado, las motivaciones y antecedentes a este proyecto no son significativamente discutidas en ninguno de sus libros mayores. Sin embargo, los inicios del desenvolvimiento de Bodin pueden encontrarse ya en una *Oration* que pronunció en Toulouse en 1559, también en un proyecto de jurisprudencia sistemática, titulado "**Juris universi distributio**" escrito alrededor de ese mismo año, reiterado en el prefacio del *Methodus* de 1566, y en un prefacio, por último, al **Juris universi distributio**, el cual probablemente se escribió después de 1566. Aunque estas escasas indicaciones con frecuencia son malinterpretadas o no se toman en cuenta, un pequeño resumen puede ser útil para demostrar que la base completa de las obras fundamentales de Bodin, son una temprana y permanente preocupación en cuanto al **mos docendi Gallicus**.

Que las ideas de Bodin eran humanistas, puede inferirse del hecho que estudió en la Escuela de Derecho de Bourges, al final de los 1540, cuando la reforma de Budé y Alciato había sido ampliamente difundida. Toulouse, sin embargo, era un poco más conservador que Bourges.

Por la época de la "*Oración por el Senado y Pueblo de Toulouse sobre la Educación de la Juventud de la República*", que se publicó hacia 1559, al final de su período académico, Bodin se presenta, no sólo como un entusiasta humanista jurídico, sino como uno que ha comenzado a explorar las más generales implicaciones del movimiento humanista. El alma del discurso fue persuadir a los burgueses de Toulouse, a apropiarse fondos para un colegio de artes liberales, basado sobre el modelo humanista del *College de France*, proyecto que defendió Bodin al hacer un recuento de la historia y glorias del Renacimiento, y exponer una teoría humanista sobre la educación. En el curso de esta defensa anticipó y contestó la objeción, que un colegio humanista inculcaría desagrado por el derecho, y acabaría por minar la propia escuela de derecho, que había venido perdiendo estudiantes gracias a la competencia de Bourges, más bartolizada. No es necesario creer por más tiempo, contestó, que se puede ser jurisconsulto a menos que se sea un ignorante y un bárbaro de primera línea. Sólo el dulce jardín de la educación humanista, recalcó, servirá para crear a los jurisconsultos cultos. Bodin, es más, pensaba ya sobre la necesidad de un "sistema".

Juris in artem redigere, es una parte inevitable en la tarea de reconstruir la jurisprudencia, y la capacidad de introducir un sistema tiene un lugar final, como meta de consagración, en la lista de virtudes de un abogado. El mejor de los juristas, dice Bodin, es aquel "quien ha diligentemente traceado la fuente y raíces del derecho hasta sus últimos orígenes; quien ha estudiado la historia completa de los legisladores y jurisconsultos, junto con el conocimiento de la antigüedad; quien ha claramente entendido la jurisprudencia, poder y deberes de los *Princeps*, senado, pueblo y magistrados romanos; quien ha aplicado los libros de los filósofos del derecho, la república, y las virtudes, a la interpretación de la ley; quien ha demostrado tener un conocimiento perfecto del Latín y del Griego, idiomas en los cuales han sido escritas las leyes; los que han claramente aplicado estos preceptos a los escritos jurídicos emanados de las cortes y de los consejos; y, quienes, finalmente han circunscrito el completo arte del derecho, dentro de sus límites, marcado sus principales divisiones, distribuido sus partes, definido sus términos, y proveído ejemplos".

Se notará que la exposición sistemática que se pedía en la sección anteriormente citada, será sumariamente expuesta en el **Juris Universi distributio**. El propósito de Bodin es un acomodo lógico de la ley, de acuerdo enteramente con las reglas de Petes Ramus. Pero llegó también a la conclusión de que una general, comprensiva y verdadera **distributio**, no puede ser conseguida por un arreglo únicamente del derecho romano. En teoría, al menos, los componentes de este esquema se derivan de la experiencia jurídica de todos los más famosos Estados. Es más, aunque no hay edición del **Juris universi distributio** que sea anterior a 1578, es casi seguro que éste pertenece a la época académica de Bodin o sea a su período de Toulouse. Entonces, desde la edad de 29 ó 30 años, ya se había movido hacia el punto del universalismo.

Seis años más tarde, cuando el prefacio del *Methodus* se había redactado, Bodin desde hacía tiempo había dejado Toulouse. Amargamente decepcionado en sus esperanzas académicas, llegó a París a practicar como abogado ante uno de los Parlamentos. Ahora aspiraba a convertirse en consejero real, y estaba políticamente envuelto en el grupo llamado "*Les Politiques*". Se piensa generalmente que junto al cambio de fortuna se nota también un cambio en su dirección intelectual. Expresaba tal veneno hacia ciertos

colegas de su época de profesor, tal desprecio por las trivialidades académicas, y tal alabanza por la "práctica" y la "experiencia", que parece que ha quebrado con los humanistas, convirtiéndose, en cambio, en un "neo-bartolista". En un pasaje de *Los Seis Libros de la República*, en una polémica contra Cujas, parece mantener esa posición: "Si hay algún error que los méritos perdonen, supongo que Cujas debe ser perdonado, porque yo no me avergüenzo de confesar que una vez compartí ese error. Era por el tiempo cuando enseñaba Derecho Romano en Toulouse, y en un círculo de hombres jóvenes me consideraba excesivamente sabio. En ese tiempo pensaba que había poca o ninguna sabiduría en aquellos príncipes de la ciencia jurídica, en Bartolo (Baldus), Alejandro, Fabio, Paulo, Du Moulin, y casi todo el grupo de los jueces y abogados. Pero después de que fui iniciado en los secretos de la jurisprudencia en el derecho de las cortes, y fui confirmado en la experiencia diaria de los asuntos prácticos, llegué a entender, al final, que la sabiduría jurídica verdadera y sólida no yacía en el polvo académico, sino en los escalones de la equidad y la justicia. Aprendí que aquellos que nada saben de la práctica judicial, languidecen en la profunda ignorancia del Derecho Romano".

A pesar de todo, la imagen de Bodin, como neo-bartolista, aunque se encuentra con frecuencia, es engañadora. El respeto de Bodin por Bartolo y los comentaristas, su desprecio por los "juglares de sílabas" y su hostilidad hacia Cujas, no son totalmente convincentes de una quiebra con sus perspectivas humanistas. Alciato y Zasius siempre insistieron que debía existir alguna familiaridad con los problemas y soluciones de los comentaristas, para preparar al estudiante en la aplicación del derecho en la práctica. Extremistas, del otro lado, quienes tenían a la filología clásica como la sola fuente de la educación jurídica, eran regularmente condenados por los más "prácticos" humanistas como simples "gramáticos" y "pedantes", y Cujas, quien es el blanco de Bodin aquí, había llegado, justificadamente o no, a convertirse en el punto de tales ataques. La polémica de Bodin, de todos modos, no era peculiar a los bartolistas, pero eran temas característicos de lo que podría ser llamada una posición humanista moderada.

Pero de todos modos, los mismos escritos de Bodin nos convencen de que siempre se mantuvo fiel a sus primeras ideas. Así, tan temprano como en 1559, y con mayor certeza cerca de 1566,

Bodin se había establecido en una posición universalista. Y, junto con Hotman y Baudouin, ponía énfasis en los materiales históricos para llegar a una reforma de la ciencia jurídica. Con Bodin, sin embargo, el programa de reconstrucción no es solamente concebido teóricamente, sino que en un largo porcentaje se lleva a cabo. La meta de Bodin no es una selección *ad hoc* de materiales, como los requerimientos prácticos lo sugirieran, ni una reflexión general sobre la historia, como un suplemento de la educación legal, sino un sistema de apreciación del derecho y la legislación, a través de una comparación y síntesis de toda la experiencia jurídica. El mismo camino, dice, "para arreglar las leyes y gobernar al Estado... es recolectar todas las leyes de todos o de los más famosos Estados, para compararlas y llegar a conclusiones contando con una mejor variedad". Con Bodin, sin embargo, este enorme proyecto no se desplaza hacia el futuro, sino que se toma como una obligación presente. "A este objetivo", informa Bodin a su protector, "yo he dedicado todos mis estudios y todos mis pensamientos". Así, el programa jurídico de Bodin, es el primer intento de derivar una teoría general del derecho de los materiales de la historia universal, y envuelve tres puntos de partida metodológicos de profunda importancia para el futuro: una exposición del *jus gentium*, en el sentido del derecho común de las naciones, un sistema de jurisprudencia comparada y una teoría sociológica de la historia del derecho.

Aunque estas premisas de Bodin eran ambiciosas, sin embargo, no son totalmente representativas de lo que el autor obtuvo con *Los Seis Libros de la República*. El ámbito de las fuentes, diez años más tarde del primer anuncio de Bodin, es mucho más amplio y elaborado. Además de las leyes de la antigüedad, bíblicas y clásicas, de Turquía y del oeste de Europa, existía ya en esa época una importante investigación efectuada por el autor, en el derecho de Escandinavia y Polonia, tanto como algunos materiales, al menos, de la Europa oriental, Moscovia, Africa del Norte y América. La búsqueda de estos materiales, es más, envolvía no sólo un exhaustivo estudio de todas las historias existentes, etnogeografías y narraciones de viajes, sino también, cuando lo fuera posible, una intensa consulta en los archivos, que eran altamente productivos. Se puede notar, para la historia del derecho en Francia, la importancia de esta investigación paciente en viejos papeles de archivos, como es el ejemplo en *Los Seis Libros de la República*, de la recopilación de

todos los juramentos usados en las coronaciones de los monarcas franceses desde las primeras épocas.

En **Los Seis Libros de la República**, además, el procedimiento comparativo es aún más sintético y constructivo. De acuerdo con la concepción primera, los postulados y preceptos a que llegó a través de la reflexión histórica, fueron aparentemente declarados en completa abstracción, y los materiales de los cuales los derivó, aparecían como apéndices o notas al pie de página. Pero en la forma final, las definiciones y los preceptos, por la mayor parte, fueron contruidos paso a paso a través de una comparación genuina del derecho, que era discutido generalmente en considerable detalle. El derecho de los diferentes pueblos, además, se relaciona, no solamente con los otros, sino, en frecuentes disgresiones históricas, a sus antecedentes y sus circunstancias. La penalidad que acarrea esta labor inmensa, por supuesto, es una cierta pérdida en la brevedad y el orden, de tal modo, que la línea del pensamiento se pierde algunas veces en los detalles. Lo que se ganó, sin embargo, es un enriquecimiento y profundización de la visión jurídica, por un constante proceso de incluir y distinguir materiales.

Una parte también muy importante del programa de Bodin, es la clasificación de aquellas particularidades esenciales, de carácter o política, a las cuales el derecho de un determinado Estado debe acomodarse. Los tipos de carácter, o **naturels**, de los pueblos, son sistemáticamente derivados de la influencia del clima o la geografía, en una elaborada versión de algunas nociones extraídas de los antiguos. Y, desde que los efectos del medio natural son morales como fisiológicos, como lo sostiene Bodin, dibujan cada área de la cultura humana, incluyendo a las instituciones jurídicas. Entre otras cosas, por ejemplo, las naciones del Norte, dice Bodin, y las montañosas, tienen una inclinación hacia una extrema democracia o muy débiles formas de monarquía, porque su naturaleza es sensual y descuidada. Los pueblos del Sur, de otro lado, se conducen hacia un absolutismo teocrático por sus naturalezas contemplativas o intelectuales, mientras que naciones de climas y regiones templadas, como en el caso de los romanos y los franceses, se consiguen una especial capacidad para el gobierno por el derecho, desde que sus naturalezas son moderadas y prudentes. La naturaleza de un pueblo no es completamente determinante, para ser ciertos, desde que esos efectos pueden ser controlados por el entrenamiento. Pero

es un persistente motivo, que el legislador debe inevitablemente considerar, aún cuando tienda a corregirlo, y en este campo, es prueba fundamental de la bondad de una legislación.

Un aspecto final del programa de Bodin, es una teoría sociológica de las diferencias jurídicas, que es clara anticipación del empirismo histórico de Montesquieu. Debe notarse, también, que en el sistema de Bodin, los **naturels** de los pueblos tienden a ser distribuidos en tiempo tanto como en espacio. Hay, piensa el autor, una constante expansión de la raza humana, promovida especialmente por el crecimiento de los pueblos, desde un sitio original, en el fértil Sur y en el Este a los menos atractivos lugares del Norte y el Oeste. Y, correspondiendo a los cambios del clima así encontrados, esta expansión en el curso del tiempo, se marca por una sucesiva diferencia de las naciones, estados y culturas, dentro de una **respublica mundana** o república mundial. Así, en embrión al menos, la teoría de Bodin, sobre las diferencias jurídicas, va mano a mano con una filosofía naturalista del desarrollo histórico, que abiertamente anticipa puntos de vista que se sostendrán en el futuro siglo XVIII.

Considerado como un todo, el programa histórico de Bodin es el momento de transición, en la metodología jurídica, de la exégesis de autoridad a bases universales de reflexión crítica. Después de cuatro siglos o más, de exégesis, el sistema exegético de los romanistas medioevales, había sido destruido por la investigación histórica. Y después de algunos sesenta años de correcciones filológicas, y de una lógica reelaboración del conjunto, se comprendió, finalmente, que la legislación de Justiniano era incompleta y particularmente referida a una época histórica determinada. El resultado fue la reconstrucción del derecho, sobre una base de historia universal, lo cual es de importancia básica para la misma historia del derecho. En el sistema comparativo y de síntesis de Bodin, se adquirió un nuevo juego de fundamentos metodológicos, los cuales han influido en el desarrollo contemporáneo de no solamente la ciencia jurídica, sino también de las disciplinas sociales que se relacionan con ella.

Para el derecho, se puede decir, para terminar, como un siglo más tarde lo diría Leibniz en relación con el mundo político, en los años finales del siglo XVI, "ha comenzado un nuevo orden de cosas".

PROF. WALTER ANTILLON
DERECHO TRIBUTARIO

EL AUXILIO JURÍDICO INTERNACIONAL EN COSTA RICA

- A. La jurisdicción internacional
- B. La jurisdicción nacional
- C. El embargo
- D. Notificación y ejecución
- E. La insolvencia
- F. (Continúa)
- G. (Continúa)
- H. (Continúa)

SUMARIO:

Introducción

Capítulo I

Premisas y presupuestos generales

- a. El orden público
- b. La condición jurídica del extranjero

Beneficio de litigar como pobre

Las costas

La legitimación procesal

La competencia

Formalidades generales

- a. Autenticación
- b. Traducción y copias

Capítulo II

Los procedimientos singulares

A. Ejecución de sentencia

Presupuestos específicos del exequátur de sentencias extranjeras

El procedimiento del exequátur

El problema de los laudos arbitrales extranjeros

B. La carta rogatoria

1. El embargo
2. Notificaciones y citaciones
3. La prueba

- a. testimonial
- b. pericial
- c. inspección ocular
- d. documental.

INTRODUCCION

1. Si generalmente se reconoce la instrumentalidad de las normas del Derecho internacional privado, en cuanto disciplinan los hechos que presenten, en relación con el ordenamiento estatal, ciertos elementos extraños al mismo,⁽¹⁾ con mayor razón habría que considerar instrumentales las normas del llamado Derecho Procesal Civil internacional, dado su carácter regulador de una variada serie de actos procesales emanados de tribunales extranjeros que eventualmente deben ser cumplidos —o reconocida su eficacia sustancial— dentro del ordenamiento estatal. Sin embargo, siguiendo una autorizada opinión,⁽²⁾ cabría distinguir una esencial diferencia entre ambos grupos de normas, en cuanto las primeras, al servir de instrumentos de aplicación de leyes extranjeras dentro del ámbito del Estado, permanecerían siendo, por esa su misma manera de funcionar, normas de Derecho Internacional, mientras que las otras lo serían de Derecho Interno, dado que regulan una materia que en todo caso sería necesariamente de Derecho Interno, como es la materia procesal; y en verdad no puede concebirse como algo normal, por ejemplo, la creación de un ordenamiento internacional relativo a la jurisdicción y a la competencia; sino que un compromiso de orden internacional asumido por el Estado en estas materias sólo cabría entenderlo, a lo más, como generador de una obligación del Estado de crear normas de Derecho Interno en dicho campo. No obstante lo cual hay en América un caso que parece desvirtuar lo anterior, pues al suscribirse el Código de Bustamante los Estados signatarios pusieron en vigor un instrumento internacional que contenía una amplia regulación de materias procesales⁽³⁾, sin adquirir, al menos expresamente, el compromiso de crear una legislación interna acorde con el mismo; y en todo caso, al menos hasta donde yo tengo noticia, tal legislación interna no ha sido promulgada en ninguna parte. Naturalmente que no me estoy refiriendo al caso de los Estados que, como en el

(1) Para la doctrina menos reciente confr. por todos André WEISS: "Manual de Derecho Internacional Privado"; París, 1925; Introducción. Para la doctrina moderna véase: Gaetano MORELLI: Elementos de derecho internacional privado italiano; Nápoles, 1962.

(2) Gaetano MORELLI: Derecho Procesal Civil Internacional; Buenos Aires, 1953; pág. 7 y sigs.).

(3) Código Bustamante; Libro Cuarto (Derecho procesal internacional). En lo sucesivo cito el Código según la edición preparada por el Departamento de Organismos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores; Costa Rica, marzo de 1968.

caso de Costa Rica, suscribieron el tratado en mención con reservas que, si no lo hacían prácticamente nugatorio, lo relegaban al menos a la posición de fuente subsidiaria; sino a aquellos Estados que lo aceptaron en un todo. Pareciera que en tales casos lo que en realidad ha tenido forzosamente que ocurrir es la incorporación de las normas procesales del Código de Bustamante al Derecho interno del país signatario, aunque físicamente, por decirlo así, esa inclusión no conllevara la incorporación de las relativas normas dentro de los textos de los correspondientes Códigos de procedimientos; y entonces prevalecería la diferencia esencial entre las normas de Derecho Internacional Privado y las de Derecho Procesal Internacional que el Código de Bustamante contiene.

Ahora bien, el problema se plantea más arduo en el caso de los Estados que, como Costa Rica, signaron el Tratado "con la reserva expresa de todo cuanto pueda estar en contradicción con la legislación ...costarricense" vigente al momento de la suscripción "y la que pueda dictarse en lo futuro".⁽⁴⁾ ¿Qué significado tiene dicha reserva en lo que atañe a la parte procesal del Código de Bustamante? De acuerdo con lo dicho arriba, estaría claro que la reserva significaría no otra cosa sino que Costa Rica se negó a adquirir el compromiso de adecuar su legislación procesal a los términos del Tratado; pero cabría concluir de ahí que por virtud de la reserva tampoco se operó la incorporación de aquellas reglas dentro del ordenamiento procesal patrio. La cosa es tan dudosa como importante, y al tomar partido a favor de la incorporación de las citadas normas dentro de nuestro derecho interno, he considerado que, con reserva o no, lo cierto es que Costa Rica suscribió el Tratado, con lo que si bien no llegó hasta el punto de comprometerse a adecuar al mismo su derecho interno, sí hizo posible que se operara la incorporación de aquellas normas que no estuvieran en contradicción con su ordenamiento procesal, sin perjuicio de derogarlas en lo futuro por la vía de la legislación ordinaria. Tal es el significado que, según mis modestas luces, debe dársele a la reserva puesta por Costa Rica al suscribir y ratificar el Tratado institutivo del Código de Bustamante; lo cual entraña una diferencia capital entre la posición de nuestro país y los signatarios que podríamos llamar incondicionales de dicho Instrumento, pues el compromiso internacional que éstos adquirieron les veda, entre otras cosas, la posibilidad de derogar la materia incorporada por la vía de la legislación ordinaria.

Si hemos de juzgar del conjunto de las normas del Derecho Procesal Civil Internacional costarricense, debemos reconocer que no forman un sistema muy desarrollado, ni muy completo, ni en modo alguno satisfactorio, desde el

(4) Véase la reserva puesta por las delegaciones de Colombia y Costa Rica, en nota a la edición referida en la cita anterior, pág. 67.

momento de vista de la función que está llamado a absolver en el presente. Ello hay que atribuirlo en parte a la pequeñez de nuestra República y a su histórico aislamiento —y lo mismo me atrevería a decir de las demás Repúblicas centro-americanas— y en parte también a nuestro tradicional descuido por la legislación. Empero el conjunto de normas que constituye nuestro sistema positivo de Derecho Procesal Civil Internacional ha servido hasta ahora para ir resolviendo regularmente los poco frecuentes casos que en la materia se han venido presentando, si bien el mérito deba talvez atribuirse en buena parte a la labor de la Jurisprudencia, que ha suplido muchas veces óptimas soluciones usando de una amplitud de criterio que más parece inspirado en el laudable propósito de la colaboración internacional que en el tenor literal de las disposiciones legales. Pero nada de esto nos releva de la responsabilidad de mantener una legislación anticuada y notoriamente omisa sobre la materia, que es de esperar sea sustancialmente renovada mediante la reforma procesal que ya se anuncia en nuestra Patria.⁽⁵⁾

2. Al igual que las de gran parte de los países latinoamericanos, las fuentes de nuestro sistema procesal civil internacional están constituidas casi exclusivamente por el Código de procedimientos civiles y por las normas procesales civiles que integran el Libro Cuarto del Código de Bustamante, en cuanto aplicables a nuestro ordenamiento.⁽⁶⁾ A tales fuentes principales cabría agregar las provenientes de convenios bilaterales⁽⁷⁾ y las que derivan de lo que se suele llamar "la costumbre internacional", que en materia casi cabría circunscribir a los usos y prácticas de ciertos órganos estatales, especialmente los del Servicio Exterior, que intervienen en ciertos momentos de la tramitación de rogatorias y otros instrumentos del auxilio judicial internacional.

No es ahora el momento de insistir acerca de la naturaleza análoga o diversa de estas diversas fuentes, en orden a su posición respecto a los actos procesales de autoridades judiciales extranjeras, sobre lo cual ya he dejado dicho algo, y más tendré ocasión de detallar en el curso de este trabajo. Baste por ahora dejar indicado que desde el punto de vista de las fuentes, puede hacerse dentro de nuestro ordenamiento procesal civil internacional tres grupos:

(5) Proyecto preparado por una Comisión de la Corte Suprema de Justicia, que no se conocía a la fecha de escribir este trabajo. Ahora que la conozco tengo que declarar que no introduce ninguna mejora respecto del régimen actual.

(6) Con fecha 13 de diciembre de 1928 el Congreso Constitucional de la República ratificó la Convención que puso en vigor el Código Bustamante. "... con las reservas que en acta respectiva consignó la Delegación de Costa Rica, entendiéndose que en cuanto a nuestra legislación esa reserva comprende no sólo la vigente, sino la que pueda dictarse en lo futuro".

(7) Recordamos entre otros el convenio celebrado entre Italia y Costa Rica con fecha

1º) Las normas contenidas en el ordenamiento procesal común, especialmente en el Capítulo II, Título II del Libro Cuarto del Código de Procedimientos Civiles, así como también las otras normas de dicho código que hace remisión, explícita o implícitamente, en dicho Capítulo.

2º) Las normas contenidas en cuerpos de Derecho internacional, que se entienden acogidas en nuestro ordenamiento por virtud de convenciones internacionales suscritas por el Gobierno del Estado; y

3º) Los usos consagrados especialmente por la práctica del Servicio Exterior.

3. Por la responsabilidad que nuestro Estado ha debido lógicamente asumir dentro del llamado concierto de las Naciones Civilizadas, su ordenamiento jurídico reconoce la vigencia de los actos jurisdiccionales cumplidos por autoridades de otros Estados, pero reservándose el poder de disciplinar las formas y condiciones para que dichos actos tengan validez o puedan ser ejecutados dentro de su territorio.

Ahora bien, ese esencial reconocimiento que, en principio, hace el Estado de la actividad judicial desplegada en otros estados, y que posibilita la incidencia de dicha actividad dentro de su ámbito territorial, asume dos formas bien diferenciadas: a) la del "exequátur" (propriadamente dicho) de sentencias extranjeras; y b) la de la ejecución de otros actos judiciales extranjeros dentro del territorio del Estado. Que se trata de dos formas distintas de actividad quedará claro en seguida, no obstante el hecho de que, conforme al artículo 1020 del Código de procedimientos civiles, a la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia corresponde (como veremos mejor oportunamente) examinar y si es del caso autorizar, por medio de un acto de voluntad que asume la forma procesal típica llamada "exequátur", tanto las solicitudes de ejecución de sentencias extranjeras como las referentes a la práctica de medidas procesales ordinarias —introdutorias o instructorias—, o de actos cautelares, ejecutivos o de jurisdicción voluntaria, ordenados por tribunales extranjeros; y no obstante una aparente unidad de regulación que parece desprenderse de la propia regla citada. Todo ello podría llevar a pensar que nuestro ordenamiento concibe como de idéntica naturaleza el acto de autorización de una gestión tendiente a que se ejecute una sentencia extranjera y el que dispone el cumplimiento de una requisitoria tendiente a que se practique una prueba, una notificación o un embargo. Pero ello no es más que aparente, ya que el "exequátur" de la sentencia extranjera no es en manera alguna un acto de ejecución, como parece sugerirlo su etimología, sino un verdadero acto de reconocimiento de la eficacia sustancial de la misma, en cuya virtud se la viene a colocar en el

misimo plano que a la sentencia emanada por los tribunales nacionales (véase el apartado segundo del artículo 1025 ibídem), mientras que el "exequátur" pteso a un exhorto que contenga, por ejemplo, un proveído interlocutorio de notificación o de prueba, se agota en una simple autorización para que el mismo sea cumplido por nuestras autoridades, sin que en este caso pueda hablarse de reconocimiento de los efectos procesales o sustanciales de la relativa resolución dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues como ha sido reiteradamente observado,⁽⁸⁾ tales efectos no pueden sino operar dentro del ámbito del proceso en que aquélla ha sido dictada.

De otra parte, como tendremos ocasión de ilustrarlo oportunamente, la misma naturaleza de los actos impone la distinción incluso a través de las normas del ordenamiento procesal, el cual reconoce una disciplina diversa según se trate de reconocimiento de sentencias extranjeras (especialmente Arts. 1022 y 1023 in fine), de práctica de embargos (art. 1023, apartados primero y segundo), o de otros actos requeridos por tribunales extranjeros (art. 1024), lo que se revela en particular en orden a la diversidad de presupuestos materiales o intrínsecos, según sea la naturaleza del acto rogado por la autoridad extranjera, pese a que ciertamente existen requisitos de carácter general para todos los referidos actos, como lo hemos de ver en seguida. Entre estos requisitos generales para todos los actos estudiaremos especialmente la conformidad del acto rogado al Orden Público, la condición jurídica del extranjero y el régimen de honorarios, expensas y costas procesales y personales. Luego, pero siempre dentro del capítulo dedicado a los requisitos y presupuestos generales del auxilio judicial internacional, estudiaremos la legitimación procesal, la competencia y las formalidades extrínsecas o documentales de carácter general. Y por último, en capítulo aparte, haremos el estudio de las especies singulares de procedimiento, bajo la triple consideración legislativa, jurisprudencial y doctrinaria.

G. MORELLI: Derecho procesal... cit., pág. 241 y ss.

CAPITULO I

Premisas y Presupuestos Generales del Auxilio Judicial Internacional

A. El Orden Público

4. Según me parece, el Orden Público es la concreta situación de hecho vivida por cada comunidad en un momento dado de su historia, merced a la vigencia de un conjunto de normas jurídicas fundamentales —incorporadas a la vida de dicha comunidad con el beneplácito o al menos merced a la tolerancia de sus miembros— que contiene su ordenamiento; en forma tal que si dicho sistema de normas fuera modificado o en cualquier forma subvertido, aquella forma peculiar de vida de la comunidad sufriría una grave conmoción, o al menos se vería en el trance de cambiar más o menos profundamente.⁽⁹⁾

Por esa razón el ordenamiento jurídico vela porque dentro de su ámbito dichas normas se mantengan, tratando así de garantizar en lo posible a la comunidad una relativa permanencia de su forma de vida dentro de sus líneas fundamentales. No significa ésto que un ordenamiento jurídico, para ser tal, deba salir al paso a todo cambio más o menos profundo de las costumbres, concepciones o valoraciones de la comunidad; ni sería viable un ordenamiento así caracterizado. Pero sí puede afirmarse que el ordenamiento tiende a conservar esos moldes fundamentales, canalizando los factores de cambio por vías preestablecidas y repeliendo, en lo grande y en lo pequeño (al igual que los organismos vivos repelen los cuerpos extraños) el nuevo elemento que no asuma, o no admita asumir aquellas vías.

No se me oculta que el orden Público así concebido continúa siendo algo tan amplio y multiforme que produce vértigo, pero creo

(9) G. MORELLI: *Elementos* . . . cit.; Werner GOLDSCHMIDT: *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*; Buenos Aires, 1958; Vol. I; José MATOS: *Derecho Internacional Privado*, Guatemala, 192; Giuseppe BARILE: voz "Derecho Internacional Privado" en la *Enciclopedia del Diritto*; Milán, 1164; Tomo XII.

que al menos queda a salvo la noción de "vida en forma" que hemos tratado de destacar como el núcleo fundamental para construir el concepto, así como la viva dinámica existente entre aquélla y el ordenamiento jurídico positivo, dinámica que, según creo, explica y enriquece a ambos. Hacer una enumeración de casos en que entra en juego el Orden Público sería tan ocioso como intentar la morfología de las crestas de las olas; no obstante ello sí me parece que sea dable intentar, por vía de ejemplo, una clasificación institucional. Y así para el caso, en la comunidad costarricense —según yo la interpreto— el Orden Público estaría constituido, en la esfera política, por una serie de cánones que reconducen al sistema democrático de Occidente; por un tenor de vida —ligeramente atenuado— de libre iniciativa y disponibilidad en la esfera patrimonial; un tenor esencialmente cristiano en la esfera familiar, etc. Pues bien, todo ello, aparte de que es vivido de modo más o menos general por los miembros de la comunidad, está garantizado en el ordenamiento jurídico por normas fundamentales inderogables que no tienen otro objetivo que el de lograr el mantenimiento de esos tenores de vida incluso eventualmente frente a la voluntad de alguno de sus destinatarios singulares.

Ahora bien, el Orden Público se suele clasificar en dos modalidades, según se trate de normas que regulen situaciones de efectividad social muy reducida, especialmente en lo que atañe a su valor ético, o de normas que regulen situaciones de amplia efectividad social; y así, se ha hablado de Orden Público Interno y Orden Público Internacional. Sólo que no creo sean éstas denominaciones muy afortunadas, dado que descansan en último término en el muy nebuloso presupuesto de la comunidad de valores de "Las Naciones Civilizadas", ignorando los grandes cambios de valor existentes en el seno de ese supuesto concierto de Naciones; y así, los comunes denominadores entre los sistemas valorativos del pueblo escandinavo y el latinoamericano resultarían tan rarificados que su utilidad práctica sería nula para los efectos de elaborar un sistema de Orden Público Internacional. Si es cierto que el fenómeno de contradicción al orden Público no provoca siempre la misma intensidad de repercusión, resulta por ello mismo hartamente convencional reducir esa fina gradación de intensidades a dos únicos grados, según se vulnere el Orden Público Interno o el Orden Público Internacional; aunque no puede desconocerse que ello resulta cómodo y

fácil de usar. Más bien creo que el criterio para considerar la mayor o menor repercusión de un acto para saber si atenta contra el Orden Público debe obtenerse de un estudio sociológico-jurídico, es decir, de un estudio de la viva realidad a la par que del ordenamiento jurídico que la interpreta y disciplina.

La anterior indagación tiene especial importancia para el estudio dogmático de las normas que regulan el auxilio judicial internacional, no sólo porque la misma Ley positiva se encarga de erigir el orden Público como barrera (es decir, como presupuesto de admisibilidad) en la que se estrellarían los actos de voluntad de los tribunales extranjeros que lo contravengan, sino porque en realidad —y esta es la razón de la barrera legal— son estos contactos entre distintas formas de vida, distintos ordenamientos jurídicos, los que ponen más al desnudo el problema de la ingerencia de elementos extraños, a veces perniciosos, dentro del organismo social. Sabemos cómo operan las normas que resguardan el Orden Público en relación con los actos de autoridades extranjeras cuya ejecución en el Estado es solicitada a los jueces nacionales. En principio éstos estarían obligados —en virtud de nuestro propio ordenamiento jurídico interno; porque el ideal de Justicia, que rebasa el ámbito de los Estados, ha venido abriendo camino a una colaboración internacional cada vez más amplia— a acoger el requerimiento del juez extranjero. Pero ese deber se acatará sin perjuicio del Orden Público, que se pone frente a nuestros jueces como un límite, a veces de carácter absoluto, que no podría ser superado legalmente por ningún motivo, a pesar del criterio anuente de las propias partes interesadas, y aunque el mismo juez apreciara en su favor ciertas razones de oportunidad.

Vemos entonces que, en el sentido dicho, el Orden Público se ofrece a nuestra mirada como una esfera intangible frente a la cual debe ceder la fuerza vinculante de los actos de voluntad del juez extranjero. El órgano encargado de homologar dichos actos hará valer ese límite automáticamente frente a cualquier tipo de requisitoria extranjera, rechazando ésta en cuanto sea incompatible con aquél.

Tampoco aquí es factible una enumeración, siquiera aproximativa, por la variada gama de situaciones en que el conflicto se presenta en la práctica. Pero al menos podemos describir ciertos casos típicos que sirvan para ilustrar lo dicho hasta aquí.

Están, en primer lugar, los casos ya nada corrientes de sentencias extranjeras que contienen condena a una prestación conminada con la fuerza, o que impliquen una forma de encarcelamiento por incumplimiento de obligaciones pecuniarias comunes, o en general que desconozcan las garantías básicas de que está rodeada la persona humana dentro de nuestra comunidad. Si nuestros tribunales concedieran reconocimiento o ejecutaran tales actos extranjeros estarían minando las bases de nuestro vivir político-jurídico.

Pero hay situaciones menos claras, en que realmente resulta difícil saber si debe sacrificarse todo un proceso judicial extranjero (en que se han consumido grandes esfuerzos del juez y las partes) en aras de un principio que quizás no aparezca tan importante para la comunidad. Ello ocurre muchos veces cuando se trata de reconocer efectos a sentencias de divorcio dictadas con base en causales no contempladas en nuestro Código civil. Yo creo que el hecho de que dichas causales no hayan sido previstas por nuestro Legislador no releva al juez del examen minucioso del caso, ni de apreciar comparativamente la gravedad de la causal fundante de la sentencia frente a las contempladas por nuestro ordenamiento: es notorio que nuestro Legislador omitió en su enumeración taxativa, hechos que revisten una gravedad por lo menos igual a la de los que configuran las causales admitidas, tales como la sodomía públicamente exhibida por el marido, el lesbianismo de la mujer, la condena penal por cierto tipo de delitos, etc., ya fuera por error, ya porque en el tiempo en que el Código se promulgó tales hechos no eran frecuentes, o no se producían del todo, dentro de nuestro ambiente. El conflicto por razones de Orden Público no puede ser resuelto a priori, de una vez por todas, pues de lo que se trata no es de hacer valer fórmulas abstractas, sino de obtener soluciones justas, y para ello no hay más remedio que examinar caso por caso para constatar si la decisión judicial extranjera contraría los valores en que se sustenta la vida de la comunidad, y es evidente que ello no ocurre en los casos en que la causal fundante, no contemplada entre nosotros, reviste sin embargo una gravedad al menos equivalente a las aquí admitidas.

En lo que hace a la evacuación de pruebas, me parece que podría serlo la testimonial ordenada por un juez extranjero si es admisible dentro de su ordenamiento, aunque no lo sea conforme al nuestro en virtud de lo que dispone el artículo 752 del Código civil,

ya que éste no podría considerarse como una norma de Orden Público, si atendemos a que su eventual derogatoria o modificación no altera las bases de nuestro Ordenamiento jurídico —y sin embargo, es evidente que conforme a la clasificación tradicional, dicha norma sí debe considerarse como formando parte del llamado Orden Público interno.⁽¹⁰⁾

Pero no sería admisible, en general, un requerimiento para que se evacúe prueba confesional imPLICATIVA de responsabilidad penal para su autor; o una confesión que hubiera de obtenerse por medio de narcosipnosis o mesmerismo, o bien directamente por coacción física o moral. Pero me parece que en el primer caso cabría distinguir, según sea que la responsabilidad penal resulte en relación con el Estado requirente o con el nuestro, o con ambos a la vez, pues podrían darse situaciones en que el confesante no tendría, a pesar de todo, nada que temer.⁽¹¹⁾

B. La Condición Jurídica del Extranjero

5. La Constitución (art. 19) y las leyes garantizan al extranjero, tenga o no su domicilio en Costa Rica, los mismos derechos que a los nacionales (imponiéndoles asimismo idénticos deberes) con ciertas excepciones y limitaciones, especialmente las relativas a los asuntos políticos del país, en los cuales aquél no puede intervenir.

Ello significa que en lo relativo al auxilio judicial internacional es indiferente la nacionalidad de las partes interesadas, así como también juega en esto un papel poco menos que inocuo el domicilio —interno o extranjero— de quien solicita el auxilio en cuestión. Sin embargo surge la duda de si se puede atacar como inconstitucional una Ley que venga a crear un régimen discriminatorio en favor de ciertas categorías de extranjeros y no de todos, o bien en contra de todas o de algunas de dichas categorías, con vista de que la propia Constitución (apartado primero del artículo citado) habla de “excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen”. ¿Garantiza nuestra Carta, en efecto, la paridad

(10) G. MORELLI: Elementos... cit.; pág. 78 y sigs.

(11) Me refiero a aquellos casos en que de la confesión podría resultar un grave indicio sobre la comisión de un hecho que no es tenido como delito entre nosotros, o bien de un delito político ejecutado contra la seguridad del Estado del que la solicitud proviene.

entre una y otra categoría de extranjeros así como la garantiza —con excepciones y limitaciones— entre extranjeros y nacionales? ¿Sería, por ejemplo, inconstitucional la ley que diera acceso a la profesión de notario público solamente a los latinoamericanos?⁽¹²⁾ En cuanto al primer interrogante pareciera que nuestra Constitución suministra una respuesta negativa, ya que establece ella misma una discriminación entre diversas categorías de extranjeros en orden a fijar los requisitos necesarios para obtener su naturalización como costarricenses (artículo 14, incisos, 2, 3 y 4); y así tendríamos entonces que dar respuesta negativa también a la segunda pregunta. Sin embargo creemos que si bien se mira, es otra la intención de nuestro legislador constituyente al establecer la paridad de extranjeros —es decir, de todo extranjero— y nacionales a norma del artículo 19. En efecto, nos parece que la Constitución ha querido, al decir “los extranjeros”, agrupar a todas las categorías de éstos dentro de un estatuto único provisto de idénticas garantías; y los citados incisos del artículo 14 *ibidem* no vendrían a desvirtuar ese argumento, ya que dicho texto no consagra derechos del extranjero como tal, sino que fija requisitos para que aquél, dejando de serlo, se naturalice costarricense: en cuanto extranjero, el centroamericano estará sometido a la misma regulación jurídica que el canadiense o el belga. Tampoco consiente el citado primer apartado del artículo 19, tal y como está redactado, el establecimiento de regímenes discriminatorios por la vía legislativa ordinaria en perjuicio de todas o de ciertas categorías de extranjeros, puesto que al hablar de excepciones y limitaciones a la paridad entre extranjeros y nacionales, limita la facultad legislativa ordinaria a las existentes al momento de promulgarse la Constitución, con lo que implícitamente está prohibiendo el establecimiento de otras en el futuro. Sin embargo parece que los principios aquí sostenidos deben sufrir una excepción en lo que atañe a la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país y de ocurrir a la vía diplomática, así como a la obligación de someterse a la jurisdicción de nuestros tribunales y al imperio de nuestras autoridades en general, pues el segundo apartado del mismo artículo 19 deja a salvo, en cuanto a estas materias, lo que dispongan los convenios internacionales, con

(12) Como se sabe, en Costa Rica sólo pueden ejercer el Notariado los costarricenses que lo sean por nacimiento, lo cual plantea el problema de la legitimidad constitucional de leyes que discriminen en contra de una categoría de costarricenses: los naturalizados. Pero se trata de una situación distinta a la expuesta en el texto.

lo que está indicando que, en cuanto tales convenios —multi o bilaterales— se produzcan, se podría válidamente discriminar entre las diversas categorías de extranjeros.

Ahora bien, ¿podría estimarse que Costa Rica está inhibida, si se quiere, autolimitada en el ejercicio del llamado “derecho de retorsión”, argumentando siempre con base en el artículo 19 constitucional, por no reservar éste al Estado la posibilidad de emplear tal medida contra determinadas categorías de extranjeros cuyos Estados de origen apliquen un trato discriminatorio en perjuicio de los ciudadanos costarricenses? Porque debe observarse que la retorsión, al no estar autorizada constitucionalmente, podría considerarse vedada también para la legislación ordinaria, y en ese sentido sería lícito quizás concluir por la no aplicabilidad para Costa Rica del artículo 1º, segundo apartado, del Código de Bustamante, por cuanto implícitamente derogado por el artículo 19 constitucional. Bien considerado el problema, creo que debemos darle sin embargo distinta solución, ya que el Código de Bustamante, como que debe ser considerado entre nosotros como Ley existente al promulgarse la Constitución del 49, constituye una facultad del Estado limitativa de los derechos de los extranjeros; y ello no está afectado por la reserva general puesta por Costa Rica al suscribir dicho Código, ya que la reserva dicha debe entenderse operante para cuando exista contradicción entre nuestro ordenamiento interno y el referido texto internacional. De donde deriva luego que, al menos frente a los Estados signatarios del relativo Tratado, Costa Rica puede ejercer la retorsión a que se contrae el segundo apartado del artículo 1º del Código de Bustamante.

Aplicando todo lo anteriormente expuesto a la esfera del auxilio judicial internacional, debemos decir que no existe, entonces, en nuestro actual ordenamiento jurídico, ninguna limitación para el extranjero, que no sea a su vez una limitación para el costarricense. Concretamente no existe entre nosotros la llamada “cautio iudicatum solvi” como exigencia que debe satisfacer el extranjero que entabla una demanda judicial; y si bien es cierto que el artículo 1026 del Código de procedimientos civiles impone la obligación de fianzar al acreedor los resultados perjudiciales que eventualmente pudiera producir, cuando pretenda un embargo provisional —mientras obtiene el exequátur— en bienes del deudor no domiciliado en la república, ello no constituye una regla discriminatoria, pues en

primer lugar no supone la ley que dicho acreedor sea extranjero, y de todas maneras vemos que el artículo 173 del mismo texto legal viene a instituir la misma carga para todo acreedor (nacional o extranjero) que pretenda embargar preventivamente sin contar para ello con un título ejecutivo. De manera que la exigencia del citado artículo 1026 no constituye otra cosa que una aplicación especial del mismo principio consagrado, erga omnes, en el artículo 173 ibídem.

Es claro que no ha faltado quien vea ciertos peligros en esa excesiva liberalidad de nuestro ordenamiento hacia el litigante extranjero, sosteniendo que podrían darse situaciones en que sería insuficiente la fianza de costas ordinaria, requiriéndose más bien la fianza in limite litis, al estilo de la cautio iudicatum solvi que se exige unilateralmente al actor extranjero; ello con miras a resguardar los intereses del nacional que es demandado y tiene que incurrir en gastos para su defensa, sin la garantía de poder recobrar, en ciertos casos, esos gastos.

Y finalmente tampoco se impone entre nosotros al litigante extranjero una carga probatoria más gravosa que la fijada en la regla general del art. 719 del Código Civil; lo que evidentemente no puede confundirse con la carga, también de carácter general, de probar la existencia de la ley extranjera, la cual pesará también sobre los nacionales que eventualmente invoquen dicha ley.

Beneficio de litigar como pobre

Tampoco está vedada al extranjero, por ser tal, la posibilidad de litigar como pobre ante los Tribunales de Costa Rica, pues aparte de las normas ya citadas que consagran su paridad con el nacional en lo que atañe especialmente a la posibilidad de acudir a la jurisdicción costarricense en defensa de sus intereses, el artículo 156 del Cód. Proc. Civiles, que consagra tal beneficio, no hace ninguna distinción de nacionalidades.

Ese mismo artículo señala los presupuestos para obtener el beneficio, los cuales se reducen en definitiva a uno solo: que el capital del petente, unido a sus jornales, sueldos y rentas, no alcance a la suma de cinco mil colones por año. Claro se ve lo desactualizado que está ese precepto, pues resulta realmente excepcional el litigante que se encuentre en tales condiciones, y entendemos que

el objetivo de ese instituto no es que se otorgue el beneficio en forma estrictamente excepcional, sino que puedan valerse de él personas para quien los gastos del proceso puedan constituir un serio obstáculo para la defensa de sus derechos, y es evidente que aún duplicando la cifra limite todavía sería un verdadero sacrificio mantener un proceso, ya que diez mil colones al año constituye, como "entradas brutas" de una familia, una suma muy modesta, (esto sin hablar de "capital").

También establece el citado art. 156 en su segundo apartado ciertas categorías de bienes que no deben tomarse en cuenta para la estimación antedicha, y ellas son: las acciones judiciales (se entiende: acciones planteadas por quien solicita el beneficio, pues quien es demandado no puede decirse "dueño de la acción"; ni tampoco podría pretender el beneficio el demandado por reivindicación, alegando que el bien litigado no debe estimarse como "capital" suyo por haberse puesto en discusión su derecho de propietario del mismo), los créditos de cobro difícil (quedando la apreciación de la dificultad del cobro al prudente criterio del Juez), las pensiones alimenticias de que goce el interesado (precisamente por su carácter de alimentos) ni el valor de sus instrumentos de trabajo (es decir, el "capital" en sentido técnico; y con esto se aclara el sentido que asume esa palabra en el apartado primero del artículo citado, en donde indudablemente se usa "capital" en su acepción corriente no técnica, pues de lo contrario ambas reglas serían inconciliables).

El procedimiento para que se otorgue el beneficio en cuestión conoce dos formas: a) la del acto (mal llamado) prejudicial,⁽¹³⁾ en cuya forma el referido procedimiento asume un objetivo preparatorio, pues sirve para nivelar a los litigantes, poniendo a quien se dispone a plantear el proceso en condiciones presuntamente cómodas para soportar los gastos del mismo; y b) la del incidente (que en este caso se clasifica como "propio", por gozar de un régimen procesal específico, según puede verse de los artículos 158 y 160 ibídem), cuando se plantee durante la pendencia del proceso principal, en cuyo caso su objetivo no es evidentemente preparatorio sino simplemente nivelador, pues tiende a eliminar los efectos (actuales) de una situación de desigualdad entre quien solicita el beneficio y

(13) En estricto sentido sólo sería pre-judicial la cuestión que deba ser resuelta antes del fallo; las diligencias preparatorias, en cambio, merecerían el nombre (ciertamente cacofónico... pero no más que otros) de "anteprocetos" o "preprocetos".

su contendiente. Prueba de esto último lo es que el incidente produce sus efectos "parificadores" dentro del proceso principal desde el momento en que es planteado (exención de afianzamiento de costas, reducción de la tasa de papel sellado, etc.) y no a partir de la firmeza del fallo en que el beneficio se otorga.

La competencia para conocer del acto prejudicial de pobreza la tiene el juez que sería competente para tramitar el proceso principal, aunque éste en definitiva sea planteado ante otro juez de igual competencia. En cambio sólo será competente para conocer la gestión, cuando ésta asume la forma de incidente, el juez ante quien se ventila en concreto el proceso principal, pues en este caso rige la regla general sobre los incidentes (artículos 158 y 383 *ibidem*).

Partes obligadas en el procedimiento lo son, además del litigante contrario del que gestiona, la Procuraduría General de la República, que tendrá a su cargo velar (junto con el Juez) porque el beneficio sea concedido a quien realmente lo merece, todo ello en defensa de los intereses del Fisco, que resultarían afectados en lo que se refiere a la tasa del papel sellado.

A su petición escrita el actor deberá acompañar necesariamente la prueba documental (o indicar el archivo donde se encuentra) y ofrecer en forma legal la restante (testimonial, pericial, etc.). El Juez abrirá la tramitación con una audiencia por cinco días a quienes deban figurar como partes contrarias, las cuales a su vez, al evacuar dicha audiencia, podrán presentar (o indicar) y ofrecer su prueba. Evacuada ésta el Juez resuelve si concede o deniega el beneficio, resolución que podrá ser impugnada por el o los sucumbentes tanto por la vía de la revocatoria como por la de la apelación, aunque limitados, en cuanto a esta última, por las reglas que rigen la admisibilidad de las apelaciones por razón de la cuantía del proceso principal (artículo 191, segundo apartado, *ibidem*), si éste ya está tramitándose.

El beneficio de "litigar como pobre" consiste en la reducción de la tasa legal del papel sellado a usar en la tramitación del proceso, a favor del beneficiario, quien entonces podrá usar el de cincuenta céntimos en dicha tramitación, cualquiera que sea la cuantía del proceso; b) en la concesión de no rendir fianza de costas —en cuyo caso también la parte contraria estará, de pleno derecho,

exenta de esa carga—; y c) en la concesión de no estar obligado a hacer depósitos en dinero, en los casos en que la ley lo prescribe sin embargo, y por obvias razones, la ley limita esta última ventaja, pues siempre queda pesando sobre el litigante declarado pobre la carga de afianzar los eventuales perjuicios del embargo preventivo pedido por él, la de afianzar la segunda citación de la contraria para comparecer a absolver posiciones y, en general, según creemos, toda fianza o depósito encaminados a garantizar eventuales perjuicios a la parte contraria).

No contempla el beneficio ninguna reducción en las tarifas de honorarios de abogados ni en las expensas por servicios de funcionarios judiciales (notificadores, ejecutores; elaboración de copias y certificaciones extra, etc.) ni por dietas de testigos, de modo que todo esto deberá pagarlo el interesado en tarifa completa, pero no estará obligado a hacerlo, según creemos, sino una vez terminado el proceso.

El otorgamiento del beneficio de pobreza vale, en principio, solamente para el proceso para o dentro del que se pide, a través de sus instancias e incluidos sus incidentes (art. 158 citado). Sin embargo también puede hacerse valer el beneficio en otros procesos, si el interesado lo acredita así, por medio de solicitud escrita acompañada de certificación de la resolución en que aquél le ha sido concedido. De dicha solicitud se conferirá audiencia por tres días a la Procuraduría General y a la parte contraria, y una vez evacuada la contraprueba de éstos, el Juez resolverá lo que corresponda sin estar vinculado en ninguna forma por la resolución de su colega que concedió el beneficio. Ahora bien, si en tal caso el Juez decide no otorgarlo, una vez que dicha resolución alcance firmeza surtirá efectos también en los otros procesos en que el beneficio se había otorgado anteriormente (artículo 159 *ibidem*), lo cual constituye una correcta solución si consideramos que en tales circunstancias, incluso sin tomar en cuenta las condiciones económicas del petente en el pasado, la última resolución ha venido a constatar que tales condiciones económicas ya no sirven de presupuesto para que se conceda el beneficio.

Desde el punto de vista del resultado, favorable o desfavorable, del proceso, la naturaleza del beneficio asume un doble aspecto: si el litigante pobre gana el proceso principal, el beneficio

será para él solamente una facilidad, de la cual le ha sido permitido valerse durante la pendencia del referido proceso, pero cuyas ventajas deberá, en parte, retribuir; y así vemos que en estos casos el beneficiario victorioso deberá reintegrar al Fisco la suma ahorrada gracias a la reducción de la tasa judicial; pero tal reintegro encuentra un límite, al disponer la ley (art. 164, quinto apartado, *ibidem*) que no podrá exceder de la tercera parte de la suma que, conforme a lo fallado en el juicio principal, deberá recibir el beneficiario victorioso.

Ahora bien, si el litigante pobre pierde el proceso, entonces no estará, por regla general, obligado al reintegro por diferencia de valor del papel, de modo que en tal caso la naturaleza del beneficio no sería la de una mera "facilidad" de carácter transitorio, sino la de una verdadera condonación de tributo. Todo ello sin perjuicio de que, aparte de perder el proceso, el litigante pobre sea calificado (en sentencia) como litigante temerario, en cuyo caso el Estado (por medio de la Procuraduría General) podrá exigirle el reintegro en cuestión y, si se tratara del actor del proceso, también podrá la contraria pedir ante la Directiva del Colegio de Abogados que se aplique una sanción contra su director judicial (artículo citado, apartado cuarto).

La concesión del beneficio deberá revocarse cuando se constatare que el beneficiario ha venido a mejorar fortuna o que, para lograr su propósito, hizo ocultación de sus verdaderos recursos económicos, con la particularidad de que en este último caso devendrá obligado, no a reintegrar el tributo y a afianzar las costas, sino a pagar al Estado (a título de sanción) diez veces el monto de la suma dejada de pagar. En la misma resolución en que se revoca el beneficio se prevendrá al litigante en cuestión el afianzamiento de costas y el reintegro o, en su caso, la multa referida, bajo pena de no oír sus gestiones mientras no cumpla cabalmente tales requerimientos (artículos 161, 163 y 164, apartado primero, *ibidem*).

El régimen anteriormente descrito presenta, cuando quien pide la concesión del beneficio es un extranjero no residente en el País, una dificultad de hecho en lo que se refiere a la prueba de la pobreza, de donde deriva para el Juez el deber de ser particularmente cuidadoso y hasta riguroso en lo que atañe a la constatación de los medios económicos del petente, pues es evidente que los modos o vías usuales de verificación, así como la fiscalización y

eventual impugnación de los datos suministrados por aquél — ordinario en manos de la contraria y del Procurador— no serán entonces igualmente eficaces. Por ello, y a falta de reglas expresas sobre la materia, sería recomendable que se admitiera la prueba documental únicamente cuando reúna las mayores garantías de autenticidad (por las vías que ya estudiaremos: véase *infra*, número 9) puesto que en tales situaciones se trataría de documentos emanados en el extranjero. Tal prueba tendría que proceder preferentemente de autoridades extranjeras, y sólo en casos muy calificados —en que no existieran en el país de residencia del petente registros de la propiedad mueble o inmueble, o registros sobre el capital o las rentas de los ciudadanos, etc.— podría admitirse prueba testimonial, que sería evacuada por el Tribunal del domicilio del interesado por el procedimiento de la carta rogatoria.

Las costas

No establece nuestro ordenamiento ninguna distinción cuantitativa o cualitativa en cuanto a las costas causadas por diligencias de exequátur en relación con el régimen general de costas. Pueden éstas definirse como el conjunto de los gastos causados a las partes con ocasión y en función directa del proceso judicial en todas sus etapas. Nuestro Código de procedimientos civiles (artículo 1032) las clasifica en: a) personales, según provienen de honorarios de abogado o procurador, o de indemnizaciones por el tiempo consumido por los propios litigantes en diligencias judiciales que requieran su presencia; y b) procesales, todo otro gasto indispensable para la tramitación del proceso, entre los cuales cabe mencionar el gasto de la tasa judicial del papel sellado usado en las actuaciones del procedimiento y en los documentos aportados, la tasa de registro, y el impuesto y la tasa del timbre fiscal, indispensables para la expedición de documentos públicos y para la eficacia (en juicio) de los privados, las dietas que corresponden a los testigos, etc.

Por su parte los honorarios de abogado se regulan según lo que disponen los artículos 1040 a 1045 del Código *ibidem*, y la Ley Número 1050 sobre "honorarios entre el abogado y su cliente". En relación a las diligencias de exequátur, y también en cuanto a los subsiguientes actos de ejecución, los referidos honorarios se fijan para cuando se trata de asuntos estimables pecuniariamente, en la mitad de la tarifa ordinaria calculada sobre la cuantía dada a las

diligencias, o sea: el diez por ciento sobre los primeros veinte mil colones, el siete y medio por ciento sobre la siguiente cantidad hasta cien mil colones y el cinco por ciento sobre el excedente de dicha suma; y la fijación se hará de modo prudencial por el juez en los casos en que la cuantía del asunto deba considerarse inestimable pecuniariamente.

En lo que dice a las costas procesales, el papel sellado y el timbre fiscal se pagarán, por su orden, según el monto de la cuantía del negocio y/o el número de piezas del documento, respectivamente, todo de acuerdo con las reglas de los artículos 242 y concordantes del Código fiscal. Las expensas por otros conceptos, como dietas de testigos, honorarios de peritos, honorarios de depositarios judiciales y de ejecutores, etc., son fijadas prudencialmente por el juez.

La legitimación procesal

6. Está legitimada procesalmente para gestionar el exequátur y su ejecución ante los tribunales nacionales la persona que, no sólo aparezca en los relativos documentos como parte en el proceso extranjero del que emana el exhorto o ejecutoria objeto del exequátur, sino que sea la parte cuyo interés es actuado por medio del relativo procedimiento. Es decir, en definitiva rige la regla general relativa a la legitimación para actuar, que para el caso podría formularse del siguiente modo: la persona en cuyo interés el ordenamiento jurídico dispone un acto o un procedimiento, está legitimada para pedir el cumplimiento de dicho acto o procedimiento. Así las cosas, no puede por regla general, gestionar el exequátur ni los consiguientes actos de ejecución del mismo la parte contra la cual tales actos van dirigidos; lo que a primera vista pareciera que no merece siquiera mencionarse, pero que debe establecerse claramente en vista de que existen situaciones en que eventualmente existiría, de parte de aquél, un interés —naturalmente no tutelado— de hacerse con la titularidad de la acción de exequátur, con el objeto de excluir al verdadero interesado y estorbarle, de ese modo, la gestión de sus intereses. Ello podría ocurrir con el reconocimiento de una sentencia que condene a una parte a pagar una pensión: si el propio condenado gestiona el exequátur y logra que se le oiga, podría devenir el titular en la acción de ejecución, consiguiendo reunir en sus manos los poderes de una iniciativa que en la realidad se cuidaría bien de ejercer, en perjuicio de los verdaderos interesados.

Existen sin embargo situaciones en que la regla ya indicada no resulta de tan clara aplicación. Son los casos de las llamadas sentencias constitutivas de "status" o derechos familiares, cuando tales status se constituyen tanto para la parte actora como para la demandada (ejemplo típico es el proceso de divorcio), de modo que en un cierto sentido podría decirse que el acogimiento de la sentencia produce al respecto idénticos efectos en relación con cada una de las partes. Y así, si como hemos dicho la legitimación procesal depende de la actuación de un interés de la parte, en estos casos no podría hablarse de un especial interés en el actor, pues también el demandado podría eventualmente estar interesado en que la sentencia que lo declara divorciado —tan divorciado como el actor "victorioso"— produzca sus efectos en Costa Rica, sin que obste a la tutela de ese interés la posición asumida en el proceso por dicha parte. ¿Podría sostenerse que dicha parte no está legitimada para gestionar el exequátur por la razón de no haber sido actora en juicio y de no haber resultado victoriosa en el mismo? Nos parece que tales circunstancias no autorizarían para el caso una solución negativa, ya que, como se dijo antes, los efectos constitutivos de la sentencia de divorcio alcanzan a ambos cónyuges, de modo que en ese sentido podría decirse que ninguno resultó victorioso, o que ambos lo fueron, ya que el nuevo estado civil constituido en fuerza del fallo se operó para ambos cónyuges, por mucho que el mismo pueda contener otras medidas, de carácter derivado, que constituyan verdaderas sanciones para uno solo de ellos (precisamente para el "vencido" en juicio). Así las cosas, en lo que se refiere a los efectos meramente constitutivos de la resolución, pareciera que existiría igual interés en cabeza de ambos litigantes para hacerlos reconocer por nuestros Tribunales. Esto traería sin embargo un problema, ya que si el vencido hace valer en Costa Rica los efectos de una tal sentencia, tendrá que hacerlo por fuerza en cuanto a la totalidad de dichos efectos,⁽¹⁴⁾ y no sólo parcialmente en lo referente a la constitución de estado; y aquí reaparecería la controversia acerca del interés, pues con razón se negaría a dicha parte la legitimación necesaria para pedir su propia condena, por ejemplo, en lo que se refiere a una eventual pensión alimenticia a favor de su excónyuge. Sin embargo estimamos que siempre podría mantenerse la

(14) En efecto, no es concebible que puedan separarse los extremos que componen la parte dispositiva de la sentencia, de modo que cada litigante escogiera la más conveniente a sus intereses y la hiciera reconocer por separado en el extranjero.

afirmativa argumentando que los efectos secundarios de la sentencia no podrían prevalecer sobre el efecto principal (la constitución de un nuevo estado civil), y que además no se trataría en el caso de que el petente gestionara, dentro del ejemplo ofrecido, la fijación de la pensión impuesta a cargo suyo, ya que ese trámite no corresponde a la fase del exequátur, sino a la ulterior ejecución de los efectos que de éste derivan.

En cambio tratándose de otro tipo de sentencias constitutivas (por ej. las que corresponden a la esfera patrimonial) así como de sentencias declarativas o de condena, la solución deberá ser negativa, porque en tales casos resulta claro que sólo estarán legitimados para pedir su reconocimiento en el País las personas a cuyo favor se pronunciaron las relativas sentencias o se ordenaron, en su caso, los actos procesales.

La Competencia

7. Competente para conocer "prima facie" de todo asunto relativo al auxilio judicial internacional lo es, como yo la dijimos, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Se trata de una competencia funcional y, por ende, indelegable e improrrogable, de donde deriva que sería nulo lo actuado por cualquier otro Tribunal, órgano o dependencia administrativa que eventualmente diera el "pase" o exequátur a requerimiento de tribunales extranjeros o directamente por gestión de parte interesada; y también sería nulo lo actuado en ejecución de dicho exequátur. Como se desprende del texto de la ley (art. 1021 *ibidem*) la Sala de Casación es el tribunal encargado exclusivamente de tramitar el procedimiento previo del exequátur, así como de pronunciarse acerca del otorgamiento o denegatoria del mismo, lo cual hace en forma inapelable (artículo citado, en fine) una vez agotado aquel trámite.

Esta organización simplísima y, podría decirse, monolítica de la competencia relativa al exequátur, se origina evidentemente en el poco tráfico que tradicionalmente ha tenido lo relativo al auxilio judicial internacional en nuestro país, con la ventaja de que ha evitado, desde la raíz, los problemas, a veces arduos, que surgen de la determinación de la competencia, cuando ésta es atribuida a distintos órganos.⁽¹⁵⁾ Sin embargo, por motivo de la paulatina acumu-

(15) Como ocurre, por ejemplo, en la República Argentina, en donde a las dificultades ordinarias de la regulación de competencias se agrega la dificultad adicional derivada de la distinción entre Federación y Provincias.

casación de cometidos en cabeza de la Sala de Casación, tanto en lo que atañe a las funciones que son propias de dicho Tribunal, como en los que la ley le ha venido atribuyendo, creemos que ya ameritaría pensar en una reorganización de dicha competencia con base en un criterio racional de clasificación de los distintos asuntos (es decir, usando los tradicionales criterios de materia, cuantía y territorio, u otros que resulte oportuno adoptar).

En la misma resolución en que se acuerda el exequátur la Sala de Casación designa el Juez encargado de su ejecución, que será: a) el del domicilio del litigante en contra del cual los actos deben cumplirse (la ley habla del "condenado", con evidente impropiedad) si dicho litigante tuviere su domicilio en el país; y b) el que elija el interesado (al que la ley llama "el acreedor"), si su contraparte no tiene domicilio en Costa Rica (ver art. 1025 *ibidem*). Para este último caso, y aunque la ley no dispone nada en concreto, nos parece que el procedimiento a seguir es que la Sala de Casación, previa constatación de que no existe aquél domicilio, entregue al interesado la certificación de que habla el citado art. 1025 así como los otros documentos que sean necesarios, para que los presente al Juzgado de su elección.

Formalidades Generales

a) Autenticación:

8. Con la salvedad de cuanto dispongan especialmente para determinado caso los convenios internacionales, el documento extranjero en que se solicite el auxilio judicial de nuestro país debe presentarse debidamente autenticado, es decir, rodeado de una serie de formalidades que garanticen haber sido efectivamente expedido por las autoridades judiciales extranjeras que del mismo aparecen expidiéndolo y suscribiéndolo. Tales formalidades constituyen, en su conjunto, un procedimiento de autenticaciones sucesivas que en el interno del país de que el acto emana asume la forma del escalamiento jerárquico —partiendo del juez "comitente" hacia arriba para rematar en la esfera diplomática, que es la vía normal de contacto entre los Estados. Ya en la vía diplomática la función de autenticar pasa del órgano supremo encargado de los asuntos exteriores del Estado comitente (Ministerio de Relaciones Exteriores) a los órganos del ramo de nuestro país (a través de nuestro Cónsul

debidamente acreditado, o bien por autorización directa de nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores, cuando falte aquél funcionario) y de ahí a las autoridades judiciales competentes.

Tal es, podría decirse, la práctica generalmente aceptada en materia de autenticación de documentos extranjeros. Pero es obvio que si en su primera fase el procedimiento en cuestión depende enteramente de lo que dispongan las normas o estilen las prácticas del Estado comitente, el contralor de la regularidad de la autenticación que nuestros Tribunales practiquen deberá atender, para decidir al respecto, de tales usos o leyes, al menos una vez que éstas le sean demostradas, ya que evidentemente se trata de materia sustraída por entero al juicio de nuestras autoridades. Ya en cambio en sede propia el procedimiento de autenticación deberá ajustarse a nuestras propias regulaciones, arriba indicadas, siendo necesario advertir al respecto que nuestra Sala de Casación ha estimado ser ineludible el trámite de autenticación por parte del Cónsul de nuestro País acreditado en el Estado de que el documento emana.

b) Traducción y copias:

9. También es requisito esencial⁽¹⁶⁾ que tanto la carta rogatoria, así como el documento ejecutorio de sentencia, al igual que los documentos anexos, sean previamente traducidos al idioma español, no sólo por la exigencia legal de ser éste el idioma de nuestros actos oficiales, sino asimismo por la exigencia práctica de que nuestras autoridades judiciales —y eventualmente las propias partes interesadas— los manejen y comprendan con la seguridad que sólo da la posesión del idioma vernáculo (artículo 1022 del Código de procedimientos civiles; véase asimismo el artículo 392 del Código Bustamante).

En lo que atañe a la fuente de la que debe emanar la traducción, nuestro ordenamiento admite en principio la forma privada (artículo 272 del Código procesal citado) salvado el caso de que la parte contraria, o bien cualquier otro interesado —para los casos de actos emanados de procesos no contenciosos— impugne la exactitud de la traducción así elaborada, pues entonces deberá procederse a preparar una nueva por el Traductor Oficial (que entre nosotros es un funcionario que depende del Ministerio de Relaciones Exteriores)

(16) Art. 1021 del Código de procedimientos civiles.

o, en su defecto —ya que para muchos idiomas no contamos con un Traductor Oficial— por uno ad hoc de nombramiento del Juez (art. 272 del Código de procedimientos civiles). En todo caso tanto el Traductor Oficial como el de nombramiento del juez son funcionarios auxiliares de la justicia y responden, incluso en la vía penal, de las inexactitudes y omisiones en que voluntariamente incurrieren en el cumplimiento de su cargo (art. 397 del Código penal).

Resulta asimismo necesario acompañar a la gestión las copias de todos los documentos presentados y, en su caso, la de las correspondientes traducciones, cuando se trate de un proceso contencioso (artículo 77 del Código de Procedimientos Civiles). Siendo la finalidad perseguida con este requisito que la parte o partes contrarias se documenten debidamente acerca del asunto contenido en la rogatoria o ejecutoria, (art. 1021 *ibidem*), el gestionante deberá presentar tantas copias como sean los otros litigantes, y si lo hace sólo parcialmente, o no lo hace en absoluto, el propio Tribunal a quo puede ordenar sacar las copias a costa del omiso, previniéndole el pago de la suma necesaria y negándose a cursar en adelante sus gestiones mientras dicho pago no tenga lugar (artículo 77 citado, apartado quinto).

Los procedimientos singulares

A. Ejecución de sentencias extranjeras

10. Naturaleza del exequátur: como arriba se dijo (n. 3) creemos que la naturaleza del llamado "exequátur" es, cuando recae sobre una sentencia dictada por tribunales extranjeros, la de un proveído judicial de tipo "constitutivo", ya que en tales situaciones consiste en un reconocimiento de los efectos que aquélla estaba normalmente destinada a producir dentro del ordenamiento en que fue emanada, de modo que por virtud de dicho reconocimiento la sentencia extranjera pueda surtir sus efectos también dentro de nuestro ordenamiento jurídico.⁽¹⁷⁾ No se trata entonces, como se ha sostenido, de una mera constatación de hechos o situaciones, porque el exequátur no se agota en el mero constatar, por ejemplo, la existencia de un pronunciamiento judicial extranjero vertido en un sentido determinado, sino que, apoyándose en dicha constatación, va más allá. Tampoco puede compartirse la tesis de que el exequátur constituya una especie de "duplicación" del pronunciamiento judicial extranjero puesta en obra por nuestra Sala de Casación, en el sentido de que este Organó no haría en el fondo otra cosa que pronunciar una nueva sentencia, idéntica a la extranjera, la cual produciría efectos en Costa Rica precisamente por emanar de un tribunal nacional. En primer lugar no existe en nuestro exequátur la menor apariencia o indicio de que tal duplicación se dé, pues tanto la forma como el contenido de aquél pueden, y de ordinario lo son, bien diferentes a los de la sentencia extranjera; y luego no habría modo de explicar por qué razón, si la sentencia extranjera queda de tal manera suplantada y, hasta podría decirse, anulada por otra idéntica, de factura nacional, no establece ésta, sino aquélla, el momento a

(17) Para la doctrina tradicional confr., por todos, André WEISS, op. cit., pág. 685, que define el exequátur como "... la decisión por la que el tribunal reviste de la fórmula ejecutoria a una sentencia extranjera ..."

partir del cual se producen los efectos jurídicos correspondientes;⁽¹⁸⁾ ni podría explicarse tampoco, por ese camino, por qué razón no se concede ningún recurso para impugnar el fallo nacional, siendo principio general entre nosotros el de la doble instancia.⁽¹⁹⁾

Se trata entonces de una resolución típicamente constitutiva, en cuya virtud se opera el reconocimiento de eficacia, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, del contenido de un pronunciamiento dictado por un tribunal extranjero. Resulta así que tal fenómeno está lejos de ser algo extraño (antes bien, creemos que las cosas no pueden ser, en rigor, explicadas de manera más sencilla y natural), aunque puede parecerlo si no tenemos presente que, de lo único que se trata por la vía del exequátur es de suplir un mecanismo auxiliar de control para que la sentencia extranjera adopte el mismo comportamiento (y realice, por ende, el mismo cometido) que la nacional, es decir: que irrumpa con plena eficacia en el ámbito de la realidad jurídica estatal; la cual irrupción ocurre "ope legis" respecto de la sentencia nacional, porque ésta supone el ejercicio de un poder del Estado, mientras que se realiza "ope iudicis" (precisamente por virtud del exequátur) con respecto a la sentencia extranjera.⁽²⁰⁾

11. Presupuestos específicos del exequátur de sentencias extranjeras:

Aparte de los presupuestos generales ya enumerados (n. 4 a 9), para que se pronuncie el exequátur de la sentencia extranjera se requiere la existencia de dos presupuestos específicos, que se resumen a contrario sensu del texto del artículo 1022, incisos 2 y 3, del Código de procedimientos civiles.

El primero (que corresponde al inciso 2 del artículo citado) consiste en la "ejecutoriedad" de la sentencia "en el país de su origen" o, dicho en el lenguaje de la Ley, que tal sentencia sea

(18) Conf. Gaetano MORELLI: Der. Procesal Civil Internacional cit., pág. 300 y sigtes.

(19) Art. 1021 in fine del Código de Procedimientos Civiles. En cambio, según el Código Bustamante en su Art. 425, contra dicha resolución podrían establecerse los mismos recursos que caben contra las sentencias citadas en juicio ordinario de mayor cuantía.

(20) En términos de la teoría de los actos jurídicos podría decirse que la sentencia extranjera es jurídicamente válida por el mero hecho de estar emanada con los requisitos establecidos por el ordenamiento del cual proviene, pero carece de eficacia fuera del ámbito de dicho ordenamiento, mientras no tenga el exequátur del estado extranjero donde se quiere hacer valer.

"ejecutoria" según la ley del país en que se pronunció. Para precisar ese concepto debe excluirse, en primer lugar, que la palabra "ejecutoria" venga usada en el sentido de "ejecutable", es decir, que aluda a la posibilidad material de que la sentencia, por su contenido, pueda ser ejecutada. Tal cosa ciertamente no se habría preocupado en decirlo el Legislador, puesto que nadie intentaría ejecutar, por ejemplo, una sentencia que desestimara las pretensiones de ambas partes, absolviéndolas del pago de costas. También debe excluirse que el vocablo en estudio venga entendido como equivalente a "cosa juzgada", pues de esta manera resultaría inexplicable el hecho de que puedan ser materia de exequátur también las llamadas "sentencias de remate", que no suelen ser (en los ordenamientos que las conocen) verdaderas sentencias en el sentido propio del término, y que precisamente por esa razón no se les atribuye (de ordinario) los efectos de la cosa juzgada material. Nos parece más bien que el término en referencia ha sido usado en el sentido de "sentencia legalmente ejecutable", ya sea porque hubiera alcanzado firmeza, por haberse agotado, o no haberse propuesto contra ella los correspondientes recursos (y sin que importe que pueda o no ser revocada, o anulados sus efectos, por virtud de un proceso posterior), ya sea porque, en fin, en el ordenamiento extranjero se admita la "ejecución provisoria" no obstante la pendencia de los recursos (y por ende, la posibilidad de que sobrevenga su revocación dentro del mismo proceso).

El segundo presupuesto (que corresponde al inciso 3) consiste en la circunstancia de que el proceso extranjero se haya seguido con intervención del demandado, o bien que del proceso mismo "... constare haber sido (el demandado) declarado rebelde por no haber comparecido después de haber sido citado en regla". Se trataría entonces de una aplicación del llamado principio procesal del contradictorio, cuya elevación a la categoría de presupuesto del exequátur no es en definitiva otra cosa que una especificación del presupuesto general de la no contrariedad al orden público, ya que entre nosotros es de orden público que el vecino en juicio haya tenido la posibilidad (legal y material) de ejercitar su defensa dentro de un régimen que le garantice la igualdad de armas en el proceso.⁽²¹⁾

(21) Se trata en el fondo de la garantía del "debido proceso" del Derecho Anglosajón, pero formulada de modo que parece aplicable al demandado únicamente. Sobre ello véase el texto.

Pero lamentablemente se trata de una aplicación bastante defectuosa del principio citado, porque en su primer párrafo no contempla el caso de que sea el actor quien haya resultado vencido en juicio (sea en la reconvencción, sea por concepto de daños, perjuicios y costas, sea en éstas solamente) porque de manera ilegal, violándose el principio del contradictorio, se le haya puesto en situación de no poder atacar o defenderse eficazmente (y no valen aquí integraciones analógicas, ni interpretación "pari ratione", pues el texto legal no habla de parte vencida sino de "reo", esto es: usando un vocablo, hoy en desuso en la doctrina procesal civil, que corresponde puntualmente a la palabra "demandado"). También se presta a confusión el concepto de "rebelde citado en regla": ¿a cuál "regla" se alude? ¿A la del correspondiente ordenamiento extranjero? Entonces nuestra Sala de Casación habría de tener por probado el presupuesto aunque tal "regla" le pareciera claramente defectuosa o injusta. El hecho es que no hay en el texto de la Ley una indicación expresa al respecto, no obstante lo cual me parece que una solución debe imponerse como la correcta, y es la de considerar que la Sala de Casación debe apreciar, de acuerdo con los principios generales que informan nuestro propio ordenamiento —pero sin pretender, por otro lado, una puntual coincidencia con las normas internas— si se ha cumplido o no con las garantías mínimas de defensa en lo que atañe al rebelde, pues como antes habíamos indicado, esta materia debe considerarse como formando parte del orden público llamado "internacional", y consecuentemente a su respecto deben prevalecer los principios jurídicos nacionales sobre los extranjeros.⁽²²⁾

Tampoco prevé la ley procesal el caso de que sobre el mismo punto objeto del exequátur esté siguiéndose un proceso en el país, ni el caso de que dicho proceso nacional hubiera terminado ya por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

En el primer caso se trataría de algo similar a la litispendencia entre las diligencias de exequátur y el proceso nacional; sólo que evidentemente no podría oponerse aquella como excepción, y menos

(22) En Costa Rica el litigante rebelde (que la doctrina llama "contumaz") goza de muchas garantías: es notificado de las resoluciones más importantes del proceso, puede producir pruebas regularmente su curso a través de las diversas instancias, las cuales puede provocar mediante los resultados que la ley le brinda a todo litigante.

ser traída a examen de oficio por la Sala de Casación, ya que para ello se necesitaría una norma expresa que creara dicha excepción o que confiriera tal poder al Tribunal, visto que no se trata, en realidad, de un presupuesto de validez del proceso de exequátur.⁽²³⁾

En cambio en el segundo caso la solución tendría que ser negativa, pues sería contrario al orden público el reconocimiento de un fallo extranjero que contrariara lo resuelto por otro nacional sobre el mismo litigio; y en el caso de que no existiera contradicción entre ambos fallos, por ser el extranjero en el mismo sentido que el nacional, el reconocimiento de los efectos del primero dentro del ámbito de nuestro ordenamiento carecería de todo interés.

En cuanto al exequátur de la llamada "sentencia de remate" previsto en el artículo 1023 in fine, del Código de procedimientos civiles, ello trae especialmente el problema de saber cuándo debe considerarse que el proveído extranjero es equivalente a nuestra "sentencia de remate", dado que en muchos ordenamientos (en Francia y en Italia, por ejemplo) el procedimiento de ejecución carece de sentencia, constituyendo su contenido una serie de actos más bien asimilables a nuestro embargo y a nuestro remate. Esto plantea la siguiente cuestión: ¿pondría nuestra Sala de Casación el exequátur a una solicitud de remate proveniente de un tribunal italiano con la sola constatación de haber vencido el término contenido en el "precepto"? ¿Constituiría un elemento de carácter impositivo el hecho de que el régimen italiano (al igual que el francés) no prevé un procedimiento previo de cognición? Y el problema se agudiza si consideramos que la norma del apartado final del citado artículo 1023 contiene una remisión a la "regla general de sentencias", es decir, al artículo 1022 ibídem, cuyos incisos 2º y 3º establecen requisitos que no podrían encontrarse nunca llenados dentro del procedimiento de la ejecución forzosa italiana o las "vías de ejecución" francesas.

El problema tiene origen en que nuestro Legislador, posiblemente sugestionado con el nombre de "sentencia de remate", confirió a ésta, dentro de los artículos de comentario, el mismo trata-

(23) Se trata en realidad de una pendencia que debe mantenerse como situación de hecho mientras la sentencia extranjera no obtenga el exequátur o el proceso nacional no termine con sentencia firme: si ocurre una de estas dos cosas la duplicidad de pronunciamiento debe evitarse eliminando toda posibilidad de contradicción, esto es, declarando la insubsistencia del proceso nacional pendiente o de las diligencias de exequátur en trámite, según el caso.

miento que a las sentencias propiamente dichas, sometiéndola por ende a los mismos requisitos de admisibilidad.

a) Procedimiento de exequátur.

La Ley (art. 1021 del Código de procedimientos civiles) establece un procedimiento que debe preceder al acto de voluntad del tribunal (concesión o rechazo del exequátur) al disponer que "...después de oír a la parte contra quien se dirija, por un término que fijará el Tribunal entre nueve y veinticinco días, según las circunstancias del caso, se decidirá si debe darse o no cumplimiento a dicha ejecutoria, haya contestado o no el demandado". "No indica la Ley ninguna otra regla para la disciplina de dicho procedimiento, de modo que no se sabe, por ejemplo, cómo se tramitan y cuáles pueden ser las excepciones a oponer por el demandado, cómo se regula la prueba propuesta por las partes, qué clase de prueba se admite, dentro de qué término debe ser presentada y evacuada, etc. (de que se admita prueba al demandado no puede existir duda, visto lo que dispone el art. 1022 *ibidem* en su encabezamiento); y entonces, a falta de regla expresa al respecto cabe optar por uno de dos caminos:

a) O bien se adoptan parcialmente, en lo que atañe a la prueba, los trámites fijados para el proceso ordinario, entendiéndolos como aplicables al caso en ausencia de una regulación especial (art. 186 *ibidem*);

b) O bien se improvisa un procedimiento nuevo, caso por caso, acogiendo a la facultad que otorga al Juez el artículo 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial "... no habiendo ley aplicable al caso..." (aunque en realidad es dudoso que dicha regla pueda usarse también para "crear" materia procesal).⁽²⁴⁾

Como quiera que sea la regulación mínima establecida para el procedimiento del exequátur no da pie para mayores precisiones; pero como antes he dicho, es indudable que en la mente del legislador estuvo el que dicho procedimiento se desarrollara en contradictorio, oídos los argumentos y practicadas las pruebas que ambas partes ofrecieren, los cuales argumentos y pruebas tendrán que

(24) Confr. Alfredo ROCCO: La interpretación de las leyes procesales; México, 1944; pág. 335 y sigte.

versar precisamente sobre los presupuestos (o la ausencia de los mismos) taxativamente enumerados por la Ley para que el exequátur se conceda (artículo 1022 citado). De modo que la indicada fase de cognición resulta así restringida legalmente a la constatación de dichos presupuestos, de los cuales basta que falte uno solo para que el Tribunal rechace la demanda. Esto es así en primer lugar por el carácter mismo del procedimiento que es en ciertos aspectos rigurosamente formal (y en efecto la constatación de los presupuestos de la acción de exequátur por la Sala Juzgadora recuerda, por su semejanza, a la verificación de los requisitos del título ejecutivo llevada a cabo por el Juez antes de despachar ejecución); y en segundo lugar porque las hipótesis enumeradas a lo largo de los incisos del artículo 1022 citado constituyen condiciones mínimas de admisibilidad para el órgano competente (aunque desde otro punto de vista sea también condiciones máximas, pues una vez llenadas no puede exigirse otras al gestionante).

Cuando la resolución de la Sala de Casación es denegatoria del exequátur, la ejecutoria se devolverá al que la haya presentado" (artículo 1025 *ibidem*) y el asunto termina allí.

Ahora bien, cuando se otorga el exequátur, la relativa resolución se comunica por medio de certificación expedida al efecto por el Secretario de la Sala de Casación al juez competente para ejecutarla. El trámite que dicho juez deberá seguir es el mismo que seguiría para ejecutar una sentencia nacional, es decir, el que resulta de las normas contenidas en los artículos 981 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

El problema de los laudos arbitrales extranjeros

No prevé nuestro Código Procesal Civil el exequátur de laudos arbitrales dictados en el extranjero. Se trata en verdad de una grave omisión, puesto que si bien es cierto que en algunos o muchos casos, concretamente: cuando se trata de laudos provenientes de países signatarios del Código de Bustamante, puede echarse mano de lo que dispone el artículo 432 de dicho texto ("... siempre que el asunto que las motive pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite"), no es del todo fácil de resolver el dilema cuando el laudo proviene de un país no signatario de dicho Código, ni de ningún convenio multi o

bilateral que prevea o resuelva la situación. En ese caso cabe preguntarse si es posible entender que el artículo 1020 del Código de Procedimientos Civiles puede aplicarse al laudo arbitral, o bien si debe aplicarse por analogía, en vista de militar al efecto análogas razones a las de la situación prevista en dicho texto.

Es variable el criterio de la doctrina acerca de si procede la integración analógica de las lagunas del ordenamiento procesal.⁽²⁵⁾ Ello no es cosa que pueda dirimirse en las pocas líneas que dedicaremos aquí al problema, pero sí creemos importante hacer al efecto una distinción, según se trate de a) las normas de procedimiento propiamente dichas; y b) las normas que instauran figuras o tipos procesales (como lo que la doctrina moderna llama "instituciones" o "institutos"; tales, entre otros: el proceso ejecutivo, el proceso interdictal, etc.) las cuales integran el ámbito de la función jurisdiccional, al constituir su contenido propio y concreto. No interesa aquí el primer grupo de normas que hemos indicado, pues el problema no está en determinar si ésta o aquella regla de las que disciplinan la ejecución de sentencias extranjeras pueda o no aplicarse al procedimiento de reconocimiento de laudos extranjeros. Lo que está en juego es más bien determinar si el poder jurisdiccional conferido por el ordenamiento a la Sala de Casación (esto es: su "competencia") para conocer y resolver sobre el exequátur de sentencias extranjeras puede entenderse —por analogía— concedido también para conocer y resolver sobre el exequátur de laudos extranjeros. Creo que la respuesta no puede ser otra que la negativa, pues un Poder del Estado —en este caso el Poder Judicial— es inextensible por vía analógica; y si la ley no confiere a la Corte de Casación el poder-deber de conocer y resolver las acciones tendientes al reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, no puede dicho Tribunal avocarse de derecho al conocimiento de los mismos, ya que esto significaría una ampliación de sus potestades que la ley no autoriza.

El problema que esto plantea es ciertamente muy grave, pero no veo otra solución que la de la reforma legislativa. Cualquier otra tendría que basarse en la tesis de que la jurisdicción es una especie de carta en blanco cuyo contenido puede determinarse arbitrariamente, y ello portaría peligros aún mayores.

(25) ROCCO: op. cit., pág. 337 y sigtes.

la carta rogatoria (o de la ejecución de actos procesales ordenados por tribunales extranjeros).

1.º) El embargo.

Los presupuestos específicos del exequátur de una orden de embargo emanada de un juez extranjero se reducen a la constatación de que el ejecutado ha sido notificado del auto en que se ordenó el exhorto en cuestión, y de que "... haya habido tiempo suficiente para que éste (el ejecutado) haya podido ocurrir a hacer valer aquí sus derechos" (artículo 1023, apartado 1º, ibídem); tiempo que establecerá prudencialmente la Sala de Casación, habida cuenta de la cercanía o lejanía del domicilio del ejecutado.

Una vez obtenido el exequátur, la diligencia de embargo se practicará en la forma establecida por nuestra Ley (artículos 449 y siguientes, ibídem), incluyendo naturalmente las normas relativas a la caución por daños, salvo que se tratase de un acreedor provisto de título ejecutivo (artículo 173 ibídem) o bien que se demostrase haberse caucionado debidamente en el país de origen del exhorto. Y también sabría mencionar la posibilidad que brinda la Ley (artículo 1026 ibídem) de obtener el embargo antes de que sobrevenga el exequátur, siempre que se afiancen debidamente los perjuicios para el caso de que en definitiva dicho acto no sea autorizado por la Sala de Casación.

El embargo podría definirse como un acto material revestido de ciertas formalidades en cuya virtud un funcionario judicial nombrado al efecto separa determinado bien o bienes del patrimonio del embargo para afectarlos al resultado, actual o eventual, de una ejecución patrimonial. Para ello se sigue un procedimiento legalmente establecido que consiste en una diligencia de secuestro con su correspondiente constitución de un depósito judicial para el caso de bienes corporales (especialmente cuando no se encuentran inscritos en registros públicos) y en una comunicación escrita en el caso de bienes incorporeales.

2.º) Notificaciones y citaciones.

La notificación es un acto del tribunal por cuyo medio se da noticia a las partes o a terceros de una resolución o actuación tomada dentro de un proceso (artículo 90 ibídem). Por su parte la citación

es una especie dentro del género "notificación", calificada en cuanto comunica un apercibimiento del Juez a una parte o tercero, a fin de que comparezca en juicio personalmente, por apoderado o mediante escrito, para llevar a cabo una prestación, manifestar una voluntad o definir su posición en relación con determinado aspecto del proceso o del negocio litigado; y suele ir acompañada de un emplazamiento perentorio para la realización del acto requerido, conminándose su incumplimiento con una sanción, o bien concibiéndose la relativa conducta como una simple carga procesal (artículos 101 y siguientes, y 522 in fine, del Código procesal citado). Y así vemos que la citación viene a ser una forma específica de comunicar el emplazamiento judicial, y por ese motivo se realiza, de ser ello posible, con el interesado en persona, o en su casa de habitación, ello para garantizar del mejor modo un conocimiento inmediato y seguro del acto de voluntad judicial.

Las reglas generales que establecen los requisitos a que está sujeta la carta rogatoria cuyo contenido sea una notificación (o una citación) son semejantes a las de los otros actos de ejecución de resoluciones que disponen actos procesales. Constituye un presupuesto especial, aunque la ley no lo mencione, el de la indicación, lo más clara posible, del domicilio completo de la parte que debe ser citada o notificada: ello no resulta del texto de la ley, sino de la necesidad de que la Sala de Casación pueda determinar, a la hora de conceder el auxilio, el Juzgado que ha de encargarse de practicar la diligencia, que lo será precisamente el tribunal del domicilio de la persona a quien debe citarse o notificarse, de acuerdo con la regla de los artículos 93, 101 y 263 del Código de procedimientos civiles.

En vista de lo dispuesto en el último artículo citado se plantea la cuestión de si puede autorizarse la ejecución de un exhorto que ordene citar a persona residente en el país para que comparezca a rendir confesión ante un Tribunal extranjero. La solución negativa adoptada por la Sala de Casación parece haberse obtenido deduciendo del texto del citado artículo la regla absoluta de que sólo es competente para recibir confesión a un ciudadano el Juez de su domicilio. Si tal regla hubiera sido considerada como derogable por la voluntad de los interesados (es decir, tomada como constituyendo una aplicación especial del principio general de la

aróroga de la competencia territorial), la Sala de Casación habría concedido el exequátur en el caso concreto, dejando al citado la opción entre concurrir al Tribunal extranjero a rendir la confesión, o bien alegar la correspondiente excepción en el momento preciso.

La notificación debe practicarse por el Notificador del Tribunal especialmente ocupado en dichas funciones. Para que otro empleado o funcionario pueda realizarla precisa que el juez lo haya designado ad hoc. Ello es así porque el funcionario notificador está provisto de fé pública en el desempeño de su función, la cual deviene por esto privativa de su cargo.

En cuanto al procedimiento ha seguir, las reglas del mismo serán en primer lugar, las del Código de Procedimientos Civiles, que establecen las formas típicas de notificación admitidas y conocidas en la práctica, a saber: a) por cédula (art. 93), en la oficina o casa señalada o en el domicilio indicado; b) ficta o automática, (art. 95), en los casos de contumacia u omiso señalamiento de oficina; c) en persona (art. 92) cuando la parte acuda al Tribunal (notificación en estrados) o cuando el funcionario notificador lo encuentre ocasionalmente en la calle u otro lugar que no sea la oficina o casa señalada; d) personalmente o en su casa de habitación (art. 101), cuando se trate de un emplazamiento para comparecer o realizar alguna otra prestación extraordinaria; y e) por edictos (artículos 96 y 103) en caso de que se desconozca el domicilio de quien ha de ser notificado por primera vez o haya mudado el domicilio de citación.

Al parecer no se trata, en todo caso, de un sistema cerrado, sino que en los casos de auxilio judicial internacional nuestra Sala de Casación ha admitido otras formas sobradamente conocidas en sistemas extranjeros, como son la fijación de avisos en la puerta del Tribunal o en la parte exterior de algunos edificios públicos. Sólo que surge la duda de si esas formas extrañas pueden ser libremente admitidas o sea necesario que la Sala de Casación vaya imponiendo ciertas condiciones de admisibilidad, pues se podría correr el riesgo de que una forma, precisamente por ser extraña a nuestro medio, no sea idónea para obtener el resultado que con ella se trata de alcanzar, es decir, la efectiva comunicación a los interesados del acto o resolución del tribunal extranjero.

La prueba

Cuando se trate de ejecutar en el país un exhorto en que un juez extranjero ordena recibir prueba, se aplicarán las correspondientes disposiciones del Código de procedimientos civiles (Capítulos VII a XIV, Título II del Libro II) en cuanto correspondan al tipo de prueba de que se trate (art. 400 del C. Bustamante). De ahí resulta que toda prueba deberá recibirse en contradictorio, es decir, oída la parte contraria con tiempo suficiente para que su apersonamiento al acto de la diligencia se produzca normalmente (art. 243). Pesa a lo que dispone ese mismo artículo, la publicidad en materia probatoria viene a resultar excepcional y para los solos casos de la inspección ocular y de las pericias— los otros tipos de prueba, o bien no la consienten, como en el caso de la documental, o bien están prescritas formas instructorias privadas para su recepción, como la confesional y la testimonial, (artículos 260 in fine, y 307, segundo apartado, ibídem).

a) Testimonial

Para que se ordene instruir este tipo de prueba deben indicarse claramente el nombre, apellidos completos, calidades y domicilio de cada testigo, y adjuntarse el interrogatorio en base al cual deben aquellos declarar (art. 305). El Juez a quien corresponda recibir los testimonios señalará para ello una fecha y una hora fijas para iniciar la diligencia (art. 307). La diligencia se realiza de viva voz, pero será necesariamente reducida a escritura para formar las correspondientes actas de las declaraciones, que serán firmadas por el Juez, las partes y sus abogados, y el Secretario del Despacho (art. 321). El acto se inicia con el juramento que el Juez toma al testigo, después de advertirle de las penas a que se expondría si faltara a la verdad en su declaración (art. 316).

Luego lo interrogará acerca de sus relaciones con las partes y su posición (interés o desinterés) frente al litigio, anotando lóaticamente las respuestas que pudieren indicar la existencia de motivos de parcialidad en la declaración (art. 318). En seguida procederá el Juez a preguntar al testigo sobre el interrogatorio o interrogatorios formulado por las partes, y sobre las preguntas que éstas últimas le hagan en el acto, tendientes a aclarar las preguntas formuladas de antemano (art. 319). Se permite tachar al testigo

que se encuentre en alguna de las situaciones descritas en el artículo 266 ibídem, es decir que lo reputen como testigo no idóneo, sea porque no se encontraba en grado o posición de percibir los hechos objeto de su declaración, sea porque su condición personal o sus relaciones con las partes lo hagan aparecer como poco digno de fe. Pero la tacha debe interponerse dentro de los cinco días siguientes a la fecha del auto en que el Juzgado admitió los testigos, o bien si se trata de una causal de tacha resultante de la propia declaración, aún en el acto de la misma (art. 327).

b) Pericial

Para instruir esta prueba deberá el interesado indicar las preguntas sobre qué versará el dictamen pericial, lo cual hará por escrito (art. 285). El perito lo nombrará el Juez procurando que dicho nombramiento recaiga en persona idónea y digna de confianza: de ser posible, en un especialista en la materia objeto del dictamen (art. 284); en el mismo acto fijará los honorarios del peritaje, de manera prudencial, y prevendrá al interesado para que los deposite en el plazo de ocho días, bajo pena de declarar inevaluable dicha prueba si el depósito no se realiza en el referido plazo (art. 287). La parte contraria a la que gestiona el peritazgo puede bien pedir dentro del término de tres días desde que se le notifique la admisión de aquél, que se amplíe el interrogatorio en los puntos de su interés que señalará concretamente. Si el Juez admite la ampliación, indicará simultáneamente los honorarios que correspondían por la ampliación, en la misma forma y bajo los mismos apertamientos fijados para la solicitud principal. (arts. 286 y 287). Las partes pueden pedir que el Juez señale fecha para el reconocimiento, por el perito, de lugares y objetos, si ello fuere necesario o conveniente para el peritazgo, ello a efecto de asistir a dicho reconocimiento y hacer al perito, en ese momento, las observaciones pertinentes. Practicado dicho reconocimiento, el Juez señalará día y hora para que el perito rinda su dictamen (arts. 294 y 295). Hecho lo cual por el perito, el Juez pondrá el dictamen en conocimiento de las partes por tres días, a fin de que señalen si el mismo es omiso, oscuro o insuficiente. En tal caso el Juez ordenará al perito la ampliación de su informe, so pena de perder sus honorarios si omite dicha ampliación (arts. 298 y 299).

c) Inspección ocular

Obtenido el exequátur, este tipo de prueba se instruye por el Juez en cuyo asiento se encuentren los bienes objeto de la inspección. Dicha autoridad señalará para ello hora y fecha determinadas, y ordenará simultáneamente al interesado el depósito de una suma prudencial por viáticos, riesgos y molestias, si ello fuere necesario (art. 301). La diligencia se realiza previa la citación tempestiva de las partes interesadas (tres días de anticipación por lo menos) a fin de que las mismas puedan comparecer e intervenir en su celebración, sugiriendo al Juez las observaciones que en su criterio resultarían interesantes. La diligencia se realiza públicamente y consiste en la observación directa, por parte del Juez, de los datos materiales que las partes han indicado previamente como de su interés. Dichas observaciones —del Juez y las partes— se recogerán en un acta, acompañadas eventualmente de prospectos, gráficos, fotografías, etc., que ayuden a reflejar la situación de hecho que se trata de hacer constar (artículo 302).

d) Prueba documental

Cuando el exhorto contenga una solicitud para certificar documentos deberá necesariamente indicar el archivo en donde los mismos se hallan y adjuntar las especies fiscales correspondientes, así como las expensas necesarias para pagar, en ciertos casos, el trabajo material de la elaboración de las certificaciones de que se trate (arts. 197 del Código de procedimientos y 400 del Código Bustamante).

DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE AUXILIARES DEL COMERCIANTE

FERNANDO MORA

Prof. suplente de Derecho Mercantil

INTRODUCCION

El ejercicio del comercio se desenvuelve en una escala cuantitativa sumamente amplia. Desde el pequeño empresario que no cuenta con más mano de obra que la suya propia; que a su alcance no tiene otro capital que primitivos y exiguos elementos materiales; y que combinando ambos moviliza bienes o servicios de poca monta, cuantitativa o cualitativamente hablando, hasta el gran consorcio empresarial a cuyo servicio laboran no sólo trabajadores individuales, sino empresas globalmente consideradas, de gran envergadura ellas mismas, y cuyo capital es tan dilatado que la cifra que lo representa es incapaz ya de darnos una imagen exacta de lo representado.

En el caso de la empresa incipiente, normalmente el empresario es capaz de realizar por sí solo todo el trabajo que aquella requiere. Sin embargo, conforme se sube en la escala cuantitativa empresarial, las actividades empiezan a arribar a volúmenes que ya no permiten al titular de la empresa el intervenir directamente en todas las operaciones necesarias para el buen y provechoso funcionamiento de aquella, sea por el incremento en la sede original, sea por el incremento a través de sedes secundarias. A este punto el empresario, si quiere mantener un ritmo siempre creciente de actividades o si desea dar buen cumplimiento a sus obligaciones comerciales de clientela, de mercado, debe proveerse de sujetos que le presten sus servicios, de entidades que le faciliten su labor, de elementos que le permitan extender su campo de actividades, o aumentar el volumen, en sede, de ésta. Así, el empresario contrata obreros, se provee de peritos contables, conviene con empresas de transporte, nombra su "alter ego" (gerente, institor) en la sede

secundaria, agencia o sucursal, moviliza su dinero efectivo y su crédito, así como los títulos de crédito y anejos de su propiedad a través de un banco determinado; en fin, emplea cajeros, vendedores, agentes, representantes, dependientes y tantos y tantos otros sujetos o entidades que, en una u otra forma concurren con su actividad de modo que la de la empresa se acrecienta en todos los ámbitos; sujetos o entidades estos que, por otra parte, según la región, según el país, según el carácter técnico del campo en el que prestan sus servicios reciben los diversos nombres, no pocas veces contradictorios o técnicamente imprecisos en relación con la efectiva labor que desempeñan. En el fondo, para determinar la naturaleza de la figura, más hemos de estar a la labor que lleva a cabo que al nombre que en la práctica se le da, como lo ha hecho notar Vivante.⁽¹⁾

De una parte de estos elementos que usa el empresario para ampliar su actividad se ha ocupado tradicionalmente la doctrina en modo tal que estudiaremos en un futuro trabajo y en no pocos casos se les ha llamado colaboradores, cooperadores, trabajadores o auxiliares. En un principio, indiferenciadamente se ha considerado la cooperación como proyección al externo, como ampliación de la actividad del empresario. Asimismo, al inicio, por la dinámica de la actividad que, con mayor frecuencia y velocidad, impone en la práctica fenómenos jurídicos aún impensados en otros ramos del derecho privado, y por el poco desarrollo de la investigación jurídica mercantil, las figuras de cooperadores se producen mezcladas y dificultan el esclarecimiento de su particular naturaleza. Pero, conforme la especialización —fenómeno por otra parte universal en el proceso de desenvolvimiento de las fuerzas productivas— se acentúa, se van delineando con mayor claridad los diversos tipos de cooperación, lo que facilita su estudio y la constatación de su particular naturaleza jurídica.

Por otra parte, la ciencia jurídica se perfecciona, esquematiza con mayor precisión la naturaleza de los fenómenos jurídicos en general y permite así una más clara caracterización de las diversas formas de cooperación (con respecto a los aspectos de importancia

(1) Vivante, Cesare, "Trattato di Diritto Commerciale", Ed. Vallardi, Milano, 1929, tomo 1º, n. 277: "Para juzgar si se trata de una u otra figura en el sentido de la ley, no se debe estar al título que se le da... la práctica comercial en estas denominaciones no se anda con sutilezas: a menudo viste de nombres pomposos, oficios humildes". En ese mismo sentido, Mario Rotondi, "Contratto di agenzia, ausiliari dipendenti della impresa, e mediazioni", Riv. Diritto Com. 1961, Tº I, pág. 246.

para nuestro tema), estos mismos aspectos de derecho particular — comercial — han proporcionado material a la teoría general del derecho para elaborar, o mejor, estructurar, todo un cuadro sobre la cooperación.⁽²⁾

① En un primer paso todos los aspectos que, por el origen gremial del derecho comercial, aún se encuentran en Pardessus⁽³⁾, por ejemplo, son eliminados. Así, en obras posteriores, se elimina toda consideración de los aprendices, como por ejemplo, puesto que en el caso se trata de una materia esencialmente desvinculada del problema de la cooperación. (En el caso en que el aprendiz desarrolla labor de cooperación, su consideración jurídica esencial podrá ser de dependiente, de agente, etc., pero ya no de aprendiz).

② En un segundo paso se elimina todo lo referente a la prestación de trabajo en cuanto relación interna, como contrato de trabajo, porque, para los efectos comerciales la cooperación es relevante precisamente en cuanto es el medio de proyección externa (como desplazamiento, agente, p. ej., o como ampliación de actividades en sede original, mejor servicio al público, etc., dependientes, p. ej.). Por otra parte, toda esta materia laboral, es absorbida por el Derecho de Trabajo cuando este se concreta en norma legislativa. Sin embargo, la desvinculación en este caso no es total en cuanto la cooperación implica necesariamente —por etimología y por imperativo de la realidad— la consideración de un elemento interno, patrimonio hoy en día de la reglamentación laboral (subordinación, fidelidad, buena fe, obligación de secreto, etc.). "La relación interna —como dice Mossa—⁽⁴⁾ la relación de dependencia y de fidelidad para el hombre de empresa, de soberanía y de mando, para el empresario y el jefe, no se debilita en su unión con la (relación) principal y los derechos del personal se afirman espontáneamente en ella, pero siempre bajo la égida del derecho comercial" pero que a su vez, caracteriza un especial orientamiento de la legislación y la doctrina.

(2) Luigi Carioti Ferrara, "Il negozio giuridico nel diritto privato italiano", Ed. Morano, Napoli, s.f.p., pág. 697 y ss.

(3) J. M. Pardessus, "Corso di Diritto Commerciale", traducido de la 6ª edición francesa por Francesco Galiani, Napoli, 1857.

(4) Lorenzo Mossa, "Trattato del Nuovo Diritto Commerciale", Società Editrice Libreria, Milano 1942, Vol. I, pág. 485.

3) En un tercer paso se estructura el estudio doctrinario de modo que se separa el tema de aquellos colaboradores que constituyen el personal dependiente de la empresa (Mossa), o el personal incorporado de la empresa (Rodríguez Rodríguez), (caracterizado, fundamentalmente por el nexo de subordinación con el principal) del tema de los colaboradores no subordinados. En este paso la doctrina no desconoce cierto elemento común a entrambos temas pero, planteando el problema general, pasa inmediatamente a explicar que los colaboradores no subordinados (auxiliares independientes) serán tratados "posteriormente" (normalmente en el campo de los contratos específicos), y esto salvo excepciones. Debemos agregar, empero, que una parte de la doctrina se inclina por considerar el segundo tema como ajeno al problema de los auxiliares, afirmándose, inclusive, que auxiliaridad e independiente son términos antitéticos (Garrigues, Avilés y Pou).

El anterior, a grandes razgos, es el proceso depurativo y de concretización que ha seguido la materia de auxiliares, y cuyos detalles básicos desarrollaremos en una futura publicación.

Por otro lado, la colaboración al empresario ha sufrido depuración en otro sentido, esto es, en el sentido de eliminar del campo figuras por considerar que no son propiamente caracterizadas en modo tal de constituir un auxiliar. El caso más claro es el del transportista que, en los primeros cuerpos legislativos del movimiento codificador del Siglo XIX, aparecía con ubicación en el tema de auxiliares de comercio (hoy en día el Código de Comercio de Costa Rica lo incluye como auxiliar, art. 272, inciso d).

En este estado de la doctrina se hace necesario clarificar la naturaleza del fenómeno de los auxiliares, en primer lugar para poder establecer si son una categoría jurídica o si en vez, no son sino una categoría económica, o si ambos aspectos son relevantes en su naturaleza; asimismo para determinar si todas aquellas figuras que se engloban bajo la denominación de auxiliares pueden o no considerarse, por su naturaleza, auxiliares de comercio.

Es decir, frente al hecho primeramente expuesto, de que el empresario necesita la colaboración de diversas entidades en el desarrollo y proyección de su labor, entidades que genéricamente podemos llamar colaboradores, se impone la necesidad de precisar técnicamente cuáles, de tantos colaboradores que rodean la actividad

otra parte, si se considera el transportista como auxiliar ocasional, de empresa, pueden considerarse en la categoría más restringida de colaboración que se da en llamar "auxiliares". Esta será nuestra próxima tarea que pretende seguir la idea de Vivante en el Prefacio a la 5ª edición de su Tratado, cuando aconseja comenzar la investigación donde otros han terminado, consejo de plena aplicación en esta materia: mucho se ha dicho de los auxiliares como figuras particulares, pero poco de la delimitación de su concepto y de la clarificación de su naturaleza.

1.—Consideraciones generales para la delimitación del concepto de auxiliar.

1.—Que los auxiliares sean una categoría jurídica ha sido negado por la doctrina, con posiciones varias: así, se ha insinuado que es solamente una categoría práctica o económica. Práctica en el sentido que, si se agrupan sus diversos elementos para estudiarlos conjuntamente, lo es únicamente por razón de conexión entre ellos, la que a su vez viene dada, no por un elemento jurídico, sino económico.

2.—Según Arena, "el empresario comercial para desarrollar la propia actividad tiene o puede tener necesidad de servirse —además de obreros y de comunes empleados— de varias personas que están a él ligadas, estable o temporalmente. Estas personas son comprendidas en la categoría de los auxiliares del comerciante, que, incluyendo sujetos diversamente vinculados al empresario, no son una categoría estrictamente jurídica".⁽⁵⁾

No se sabe a ciencia cierta qué intenta decir el autor cuando habla de "temporalmente" en contraposición a "establemente" puesto que este término no significa permanentemente, que sería el opuesto de temporalmente. Ahora veremos el problema que de aquí surge. (El autor usa el término temporalmente en el sentido de "ocasionalmente").⁽⁶⁾

Conforme a las precisiones del autor, el transportista sería un auxiliar, y un auxiliar ocasional que presta sus servicios temporalmente. (Sin duda aquí la terminología se presta a equívocos). Por

⁽⁵⁾ Andrea Arena, "Lezioni di Diritto Commerciale", Ed. Ferrara, Messina, 1943, pág. 111.

⁽⁶⁾ Arena, op. cit., pág. 112.

otra parte, si se considera el transportista como auxiliar ocasional, esto no quita que sus servicios sean proporcionados al empresario en forma estable, lo que no quiere decir en forma exclusiva —que parece haber sido la idea que el autor quiso expresar con el uso de la palabra estable— ni en forma permanente, que también pareciera estar este significado en la intención del autor. En todo caso, conforme a Arena, el transportista podría ser considerado como auxiliar.

Sin embargo el ejemplo del transporte puede prestarse a dudas puesto que no faltaron legislaciones —ni faltan hoy en día— que lo consideraron como figura de auxiliar.

Así, pues, veamos otra. El empresario tiene necesidad de servirse de un ingeniero que no es ni un obrero ni un simple empleado y que tanto puede prestarle sus servicios en forma permanente y exclusiva, como de modo ocasional y temporal. Pero no se le ha ocurrido aún a la doctrina o al legislador considerar a los profesionales, en cuanto tales, como auxiliares del comerciante. Ciertamente cooperan con aquel pero en una relación jurídica diversa. Facilitan al empresario su actividad los almacenes generales de depósito, los bancos, las bolsas, las cajas o casas de compensación, los profesionales técnicos; pero estas entidades carecen de los elementos necesarios para catalogarlas o ubicarlas en la categoría de los auxiliares en sentido estricto como veremos.

3.—Conforme a Ferrara⁽⁷⁾ la categoría de auxiliares es económica. En otras palabras no hay una categoría jurídica de auxiliares; es decir, jurídicamente no existe un elemento común que permita identificar los auxiliares y separarlos de aquellas otras figuras de colaboradores que no son auxiliares. Ciertamente, en la misma afirmación de Ferrara (“son auxiliares quienes colaboran directamente en la actividad jurídica o contractual del empresario”) se delinea la negación de su tesis (“los auxiliares tienen en común una nota económica”); ahora bien el dato económico de la colaboración de los auxiliares en nada se diferencia del dato económico de la colaboración en general. Desde el punto de vista económico tanto colabora con la prestación de sus servicios al comerciante, un prestamista que un factor. El contenido material de la prestación será diverso pero desde el punto de vista económico es idéntico, es decir, la colaboración es la misma.

(7) Francesco Ferrara, “Gli imprenditori e le società”, Ed. Giuffrè, Milano, 1962. pág. 101.

4.—Establecido lo anterior no queda duda de que el elemento económico común a los auxiliares no sirve (por sí solo) para diferenciarlos de otros tipos de colaboradores. Y sin embargo algún elemento común, además del económico, ha llevado a la legislación y a la doctrina a agrupar las figuras de los auxiliares.

El método mejor a seguir sería el de estudiar, detenidamente, la naturaleza real de la actividad efectiva que los auxiliares realizan y buscar en ella el dato común, si existe, así como indagar qué aspectos de la realidad el legislador ha tomado en cuenta en la norma. Iniciemos la búsqueda con el factor que entre los auxiliares tradicionales es el de más amplio apoderamiento, el de mayor campo de acción.

II — Factor

5.—El factor o institor es el “alter ego” del empresario. Vale decir, desarrolla la función del empresario, actúa como si fuese el empresario; naturalmente con las limitaciones que éste le haya impuesto. Fuera de tales limitaciones el factor puede actuar ampliamente en relación con la empresa a cuyo ejercicio ha sido prepuesto no encontrando más límite legal que el que el sistema legislativo le imponga. La expresión “actuar ampliamente” no quiere decir, por otra parte, actuar ilimitadamente. El factor ha sido prepuesto al ejercicio de una empresa y el ejercicio implica una serie de actos económico-jurídicos inherentes a él. En otras palabras, el factor puede realizar todos aquellos actos económica o jurídicamente inherentes al objeto de la empresa y en consecuencia, está inhibido de realizar actividad que en cualquier forma exceda el objeto empresarial o vaya contra la consecución del mismo. Por tanto, no podría válidamente cambiar o ampliar el objeto mismo puesto que ello excede el contenido del objeto, no podría disponer de los elementos del capital fijo (o activo fijo) de la empresa, en cuanto tales actos de disposición implican un fenómeno extraño al objeto empresarial; mucho menos y por la misma razón, podría disponer de la totalidad de la empresa.

6.—De lo anterior se ve como la actividad del factor (en cuanto tal, porque internamente realizará otras labores sólo de importancia para la relación obrero-patronal) es absolutamente de tipo económico-jurídico y consiste en intervenir en el mundo de la con-

tratación relativo al ejercicio de la empresa a que ha sido prepuesto. Ese mundo contractual no pertenece a la esfera patrimonial del factor sino a la de su principal, interesa el campo de las obligaciones y derechos no suyo, sino de su proponente.

La labor del factor, así, resulta típicamente caracterizada por una intervención en negocio ajeno, por una intervención en cualquier parte del desarrollo del negocio de su principal (en cualquier etapa porque, conservando el principal siempre en sus manos la facultad de gestionar directamente la empresa, en muchos casos el factor no hace sino actuar en una o varias etapas del negocio jurídico, quedando las restantes bajo la actuación directa del principal).

7.—Ahora bien. Esta intervención en negocio ajeno o, viendo el fenómeno de la parte del principal, esta forma de realizar negocios por intermedio de otro sujeto, en materia mercantil y por las razones de volumen de la actividad, es la regla. Sin embargo, no es la forma —digámoslo así— originaria en el mundo del negocio jurídico en el ámbito de la contratación. Originariamente el sujeto interesado en el negocio jurídico —sea el sujeto en sentido material— corresponde con el sujeto jurídico del negocio —sujeto en sentido formal. Pero la intensidad del tráfico en materia mercantil —diversas razones necesarias en otros ramos del derecho— produce el fenómeno de que sujeto formal y sujeto material en un solo negocio no coincidan en la misma persona jurídica (individual o colectiva): no coinciden el sujeto del negocio jurídico con el sujeto del interés económico de ese mismo negocio,⁽⁸⁾ con el sujeto material.

8.—En el caso del factor esta sustitución del sujeto material por el sujeto formal adquiere características tan amplias, que este último, prácticamente y en relación con la empresa (o porción de ésta) a que ha sido prepuesto, representa todo el interés económico del principal. Así, en cuanto al objeto empresarial, toda la actividad del factor debe tender a llenar ese cometido y todo acto suyo, aunque jurídicamente pueda no considerarse una intervención en negocio de su principal será siempre una intervención económica en negocio ajeno (negocio de su principal).

9.—Y así, cuando el factor, dentro del objeto empresarial y en el ámbito de éste en que él puede actuar, lo hace a nombre

(8) Aurelio Candian, "Instituciones de derecho privado", Ed. UTHEA, 1961, pág. 182.

de su principal, hace uso de la representación de que está investido, se puede decir que jurídicamente ha intervenido en negocio ajeno. Pero también, cuando el factor, a nombre propio pero por cuenta de su principal, negocia, las legislaciones, tradicionalmente, dan la facultad al tercero contratante de actuar sea contra el factor que contra su preponente. (Artículo 126 del Código de Comercio de Costa Rica de 1853, 177 C. de c. español de 1829, 287 C. de c. español de 1885, 314 C. de c. de México, 2208 Código civil italiano, 139 C. de c. Argentino, 359 C. de c. de Honduras, 440 C. de c. de Nicaragua, 120 C. de c. de Guatemala, 609 C. de c. de Panamá. Inexplicablemente esta disposición ha desaparecido de la legislación costarricense con el C. de c. de 1964). Que el tercero pueda actuar contra el factor no plantea problema alguno: estaría actuando contra el sujeto jurídicamente obligado frente a él. El problema nace con la facultad dada al tercero de actuar contra el preponente puesto que, no habiendo actuado el factor en nombre de éste, jurídicamente no ha habido vinculación entre él y el tercero. ¿Cómo, entonces, puede explicarse que la ley responsabilice a un extraño, desde el punto de vista jurídico, frente al tercero? La explicación no se encuentra en el hecho de haber actuado el factor por cuenta del preponente, es decir, en interés de éste puesto que la misma situación se da en la comisión y sin embargo el comisionista no puede ser responsabilizado. La explicación esencialmente, consiste en el aspecto antes apuntado de que el factor, dentro del objeto empresarial al que ha sido prepuesto, representa todo el interés económico del principal, por lo que, si el interés económico del principal existe ínsito en la actuación del factor, todo acto de éste por cuenta de aquél, debe incidir —o estar en posibilidad de incidir— en pro o en contra, en el patrimonio del principal.

10.—Por lo tanto, se puede decir que el factor no solamente es el "alter ego" del principal, desde un punto de vista jurídico, sino también desde un punto de vista económico. Y así, la intervención suya en el negocio ajeno, como fue antes configurada, es no solamente jurídica sino también económica, tomando la ley en cuenta ambos aspectos.

11.—Algunas legislaciones regulan el caso en el que el factor, contra la prohibición general de actuar en concurrencia con su principal, realiza, por su cuenta contrataciones comerciales en

esas condiciones, trasladando esas legislaciones el beneficio de aquellas al patrimonio del preponente (art. 141 C. de c. argentino, 365 C. de c. de Honduras, 288 C. de c. español, 317 C. de c. Costa Rica, 127 C. de c. de Costa Rica de 1853). Esta disposición ha sido poco comentada por la doctrina que, por otra parte, se ha circunscrito a afirmar que el factor podría ser "un rival peligroso" del principal, por lo que la ley ha querido imponerle "una sanción severa, pero en el fondo justa, de corresponderle al principal las ganancias líquidas que el factor obtenga en su comercio".⁽⁹⁾ Como se ve, la doctrina no ha explicado el fundamento de la atribución de utilidades, al principal. Desde el punto de vista del contrato existente entre factor y principal, la concurrencia que aquél haga a éste es un acto desleal que puede dar lugar a resolución del contrato por incumplimiento del factor y, más propiamente (por la naturaleza jurídica de esa relación) daría lugar a un despido justificado por parte del patrono, con las consecuencias que en el campo laboral esto acarrea al trabajador. Por otra parte, si el caso fuere considerado concurrencia desleal desde el punto de vista penal las consecuencias, a su vez, en el aspecto patrimonial, desembocarían en un resarcimiento en daños y perjuicios. Ninguna de estas vías es capaz de fundamentar la apropiación, por parte del principal, de los beneficios de la negociación realizada por el factor con violación de sus deberes de lealtad.

12.—En el Código de comercio italiano de 1882 el artículo 372 regulaba el caso y Vivante, comentándolo, fundamentaba las "graves sanciones" impuestas al institor desleal en el hecho de que "también en el derecho vigente el institor es considerado como una persona ligada al servicio del principal con una relación de estable dependencia, dedicado, al menos regularmente, en forma exclusiva, al ejercicio de su hacienda, y derivando del oficio de institor una fuente continua de réditos profesionales".⁽¹⁰⁾ En efecto, a cambio de una prestación el factor proporciona su actividad al principal y se compromete a gestionar su empresa, pero esta idea

(9) Carlos Malagarriga, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Ed. TEA, Buenos Aires, 1958, T. II, n. 15. El profesor Garrigues, en su obra aquí citada, ni siquiera comenta la disposición correspondiente (art. 288) del C. de c. español, a pesar de que la usa para algunas de sus construcciones; Uría (Rodrigo), "Derecho Mercantil", Imprenta Aguirre, Madrid, 1964, simplemente la cita, sin comentarla.

(10) Op. cit., T. 1º n. 274, pág. 294.

se completa en cuanto se comprende, como ya se dijo, que la gestión del factor se dirige en el sentido económico del objeto de la empresa. Por lo tanto, toda actuación, del factor dentro del contenido del objeto empresarial, aun cuando sea realizada a su nombre y con el ánimo de apropiarse el beneficio, pertenece al principal, en cuanto éste, con relación al objeto de su empresa, da una contraprestación al factor en tal sentido. Sólo así puede explicarse que los beneficios sean atribuidos al principal.

13.—Se podría objetar que la disposición es aplicable también para aquellos casos en que el factor actúa en negocios propios del objeto de la empresa para la que trabaja, pero que no pertenecen al ámbito de sus facultades porque, por ejemplo, le han sido expresamente prohibidos. Sin embargo la objeción no procede porque el factor, como figura la más amplia de preposición, es el "alter ego" en toda la extensión económico-jurídica, del principal y sus facultades más o menos amplias no son sino un dato particular, no esencial, en cada caso, susceptible de variaciones en todo momento.

14.—Como se ha visto, la intervención en negocio ajeno del factor es considerada por el legislador, no solamente en el campo jurídico, sino también en el económico. Estos datos, nacidos de la realidad misma de la actividad del factor, lo califican como auxiliar. Es en tal sentido, de intervenir jurídica o económicamente en los negocios de su principal, que el factor deviene un auxiliar. En consecuencia, sobre esta base, debemos examinar las otras figuras que han sido clasificadas como auxiliares, a fin de establecer si propiamente pueden o no considerarse como tales.

III — Personal de la Empresa.

15.—En cuanto a aquellos colaboradores que desarrollan su actividad en grado de subordinación al principal y que la doctrina llama personal de empresa o personal incorporado de la empresa (factor y dependientes), según cada legislación adoptan distintas denominaciones y se clasifican diversamente. Así, el Código de comercio español habla de factores, dependientes y mancebos estableciendo una gradación, de la amplitud de facultades, entre ellos: el factor está prepuesto al ejercicio de la empresa, es, como se ha

dicho, el "alter ego" de su principal; el dependiente tiene sus facultades reducidas a un ramo o un tipo de negocio en la empresa;⁽¹¹⁾ el mancebo tiene facultades solamente para realizar una o varias operaciones, pero particularmente consideradas, (vender, cobrar, recibir mercadería, entregar mercadería, etc.) su actividad puede ser variada pero en ella falta un nexo orgánico entre sus diversas partes. Bien explica el Prof. Garrigues el artículo 293 del C. de c. español, cuando equipara al mancebo que recibe encargo de gestionar una porción del giro de la empresa o de "regir" una operación mercantil, el carácter de dependiente, precisamente porque entonces la actividad no es asilada sino orgánica. El C. de c. italiano distingue entre institores, procuradores y dependientes, división que comporta, esencialmente, solo un problema de grado de facultades, más o menos como en el C. de c. español. El C. de c. de Venezuela distingue entre factores y dependientes y otro tanto hacen el de Honduras y el de México. El Código de comercio de Costa Rica (art. 272), de las figuras que forman el personal auxiliar de la empresa, regula factores, dependientes y agentes viajeros dependientes.

16.—En general, la actividad del personal de la empresa, auxiliar, se desenvuelve como intervención jurídica o económica, en la esfera negocial del principal; más aún, el personal auxiliar, en cuanto tal, está investido de representación, actúa "contemplatione domine" y en consecuencia, su actuación es de tipo jurídico. Sin embargo, como hemos visto para el institor, ciertos fenómenos demuestran como la intervención va más allá de lo jurídico y penetra en el campo económico.

17.—Ahora la tarea será establecer el grado de propiedad que se encuentra en la catalogación de auxiliares que el Código de comercio de Costa Rica hace.

El artículo 272 del C. de c., además de las figuras correspondientes al personal de la empresa (incisos c), e) en cuanto se refiere a agentes viajeros dependientes y g) con respecto a dependientes) clasifica como auxiliares a comisionistas, mediadores, agentes viajeros independientes, representantes de casas extranjeras, agentes o corredores de aduana, portadores y contabilistas.

(11) Garrigues, "Curso de Derecho Mercantil", Tº I, Madrid, 1968, pág. 558, c), 1º).

IV — Comisionista

18.—Es comisionista quien a nombre propio y por cuenta de su comitente, profesionalmente realiza actos de comercio (art. 273). El Código considera también comisionista a quien realice la actividad descrita pero a nombre del comitente, caso que marginamos pues se trataría en la especie de un mandato con representación de derecho privado en general y no típico del Derecho comercial. En las transacciones que el comisionista realiza, él aparece no solamente como sujeto jurídico del negocio, sino también, generalmente, como sujeto del interés. Generalmente es así, pero en algunos casos puede suceder que la otra parte contratante conozca que la actuación de su contraparte es intermedia y que detrás de ella hay un verdadero sujeto del interés económico. En tales casos esa circunstancia en nada varía la consecuencia jurídica del negocio porque precisamente la ley, en el caso del comisionista —por imperativo de la práctica real comercial— ha querido configurar la institución de tal modo. Por otra parte, desde el punto de vista jurídico, no se puede decir que el comisionista esté interviniendo en negocio ajeno, porque, jurídicamente, el negocio que realiza es suyo; tanto así que el artículo 273 expresamente ha querido recalcar que del negocio entre comisionista y tercero no nace ningún ligamen jurídico entre el último y el comitente. Pero muy distinta es la situación del comisionista frente al comitente si el negocio se considera desde el punto de vista económico, que como vimos, consciente o inconscientemente, ha sido tomado en consideración por el legislador, para configurar ciertos aspectos de la actividad auxiliar del factor. El comisionista, económicamente, no hay duda, interviene en negocio ajeno. Es decir, el negocio en que interviene, económicamente pertenece a la esfera patrimonial del comitente. No otra cosa consagra el artículo ya citado, 273 del C. de C. de Costa Rica, cuando manifiesta que si el comisionista actúa a su nombre deviene el único responsable del negocio sin que el tercero contraiga obligación o adquiera derecho "respecto al dueño del mismo", es decir al dueño del negocio, esto es, al comitente.

19.—En el sentido apuntado el comisionista es, típicamente un auxiliar.

20.—Pasemos ahora al mediador o corredor, como lo llama el C. de C. de C.R. — El artículo 296 delinea la figura del mediador, como aquél que interviene en la proposición y ajuste de contratos mercantiles. Teóricamente, por otra parte, la posición del mediador debería ser equidistante de los contratantes en el sentido de que no colabora con ninguno de ellos en especial ni representa a ninguno. En esta situación reviste primordial importancia el papel que el mediador juega, con respecto a los sujetos del contrato, alrededor de la unidad económica del negocio a cuya realización tiende su actividad y en relación de lo que hemos llamado intervención económica en el negocio ajeno. Porque el mediador actúa en la etapa preparatoria del contrato; interviene, si bien no en un sentido jurídico, pues teóricamente no realiza encargo de ninguna parte, si en un sentido económico excesivamente amplio, pero no en defensa de los intereses económicamente considerados de aquellas. Tanto es así que la legislación italiana (art. 1754 C. C.), que ha querido verter en la ley este mediador imparcial, lo configura como aquél que no está ligado a ninguna de las partes de un probable contrato por ningún vínculo de colaboración, dependencia o representación y, en concordancia con ello, declara que la comisión la recibirá, cuando quepa, de cada una de las partes (art. 1755 C. C.). Para el Código civil italiano mediador es aquél que pone en relación dos o más partes con vista a la conclusión de un negocio, sin estar vinculado a ninguna de ellas en grado de colaboración, dependencia o representación. El legislador ha querido plasmar bien la idea y por ello obliga a que la iniciativa venga del mediador (teóricamente, insisto, porque la realidad es muy otra); por ello dice que es el mediador quien pone en relación las partes.

21.—En cambio, el Código de comercio de Costa Rica dice que el mediador es aquél con cuya intervención se pueden proponer contratos mercantiles (art. 296). Salta a la vista como la impostación, ahora, es distinta. La iniciativa —como por otra parte es el fenómeno en la realidad— viene del interesado que, contra remuneración oportuna, solicita al mediador su intervención. La ley, para garantizar al menos un mínimo de imparcialidad, impone ciertas obligaciones de corrección y veracidad en la actuación del mediador; pero mantiene su posición inicial, de que el mediador es un

medio de proponer el interesado un negocio, con el artículo 309, haciendo del honorario, convenido, una obligación de “la parte en cuyo interés interviene”. Así, el mediador interviene en interés de alguien y si no se arriba a una representación jurídica sí se alcanza, con su intervención material una intervención económica en el negocio ajeno, precisamente desarrollada en la fase de preparación del contrato. En este sentido el mediador es un auxiliar, según hemos venido viendo.

22.—Queda a un lado, por no ser el tema nuestro, si en esta configuración de la ley costarricense hay una anomalía al construir la figura del mediador sobre una base de desequilibrio o si más bien, este desequilibrio, que nace de la realidad del negocio, debe mantenerse en la ley, como lo ha hecho el C. de C. de C. R.

VI — Agentes viajeros independientes y representantes de casas extranjeras.

23.—Antes de seguir adelante con el examen de los auxiliares regulados por el Código de comercio de Costa Rica, se puede estructurar, a partir del agente viajero independiente y del así llamado, representante de casas extranjeras, una sola figura, la del agente. Posteriormente veremos si éste puede o no considerarse auxiliar.

24.—Por el contrato de agencia una parte asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de la otra, mediante retribución, la conclusión de contratos normalmente en una zona determinada.

a) Principales elementos del contrato de agencia.

25.—Según el concepto que anotamos, el contrato de agencia tiene dos elementos principales, a saber: la “actividad con carácter estable” y, en algunos casos, la realización de esa actividad en una “zona determinada”.

26.—El primer elemento se deduce del inciso b) del artículo 349 del Código de comercio de Costa Rica y del contexto del resto del articulado en cuanto al agente independiente; y en relación con

el representante de casas extranjeras, el principio está expresamente contenido en el artículo 360 del Código dicho, cuando dice que la actuación de aquellos ha de ser "permanente".

27.—El segundo elemento lo consagra, para el agente independiente, el artículo 355 del Código citado "para el caso que tenga una zona determinada". El Código supone, pues, que podría darse el caso de no existencia de esta "exclusividad". En cuanto al representante de casas extranjeras el principio de "exclusividad" adquiere carácter contractual en ciertos casos o está regulado por los usos y costumbres mercantiles en otros.

28.—La actuación permanente, en todo caso, no implica "subordinación" del agente al comitente. Ciertamente es que este propone al agente sus encargos o labores y le da instrucciones; pero estos se refieren al aspecto interno o contenido de los negocios a realizar y no en cuanto a la forma de realización o a los medios para alcanzar ésta (art. 352 del C. de C. de C. R.). Ciertamente también, entre preponente y agente se crea una relación de servicio pero no una relación de empleo.⁽¹²⁾ En este sentido el decreto ley N° 15 de 12 de mayo de 1955 es más técnico que el Código vigente, puesto que establece como "agente dependiente", tratándolo como trabajador, a "toda persona que se dedica, en forma habitual y continua a hacer viajes para vender mercaderías en cualesquiera lugares de la República, por cuenta y representación de una o más empresas, sea cual fuere su naturaleza, a cambio de una remuneración de cualquier clase o forma, y que por sí mismo no constituya una empresa comercial". El decreto considera, precisamente empresa comercial, al agente que estudiamos, no subordinado y que actúa "por su cuenta y riesgo".

29.—De ambos elementos, el de su relación "permanente" y el de "exclusividad" se derivan algunos aspectos que pasamos a ver.

30.—Según lo estudiamos, a pesar de ser la relación entre el agente y su principal, permanente, aquél no está subordinado a éste —nota esencial, esta no subordinación, en el contrato de agencia. Y no estando subordinado, no se le considera trabajador, puesto que él mismo es comerciante y constituye una "empresa mercantil".

(12) Mario Rotondi, op. cit., pág. 4.

31.—No siendo trabajador, no tiene, naturalmente, la protección laboral. Y por esa razón la legislación italiana, por ejemplo, ha establecido que el agente tiene derecho a indemnización para el caso de que el contrato sea resuelto por causa no imputable a él o para el evento de invalidez permanente y total del agente y aún en caso de muerte de éste, pasando entonces los derechos a los herederos.

32.—Ciertamente es que el Código de comercio de Costa Rica no legisla expresamente el caso, pero podría pensarse en la posibilidad de dar entrada a la indemnización mediante aplicación de los artículos 692 y 1023 del Código Civil de Costa Rica.

33.—La ley francesa⁽¹³⁾ también garantiza al agente una indemnización en caso de ruptura del contrato que no se deba a hecho suyo.

34.—El origen de tal protección radica en la circunstancia de que la clientela que el agente atrae al negocio es reunida con su esfuerzo particular, en aplicación de su "profesionalidad" en la materia, siendo tal actividad no subordinada al principal. Es, no sólo la clientela del negocio, sino también la clientela del agente. "Con algo más de audacia, la jurisprudencia habría podido reconocer al representante LA PROPIEDAD DE SÚ CLIENTELA", dice Ripert.⁽¹⁴⁾

35.—En cuanto a la "exclusividad", trae como consecuencia, cuando se ha convenido o viene impuesta por la costumbre mercantil, que el proponente no pueda emplear en la misma zona otros agentes en el mismo ramo de actividad del contrato, teniendo derecho el agente a la comisión aún de aquellos negocios que, aunque concluidos por el principal u otros subalternos suyos, lo hayan sido en la zona exclusiva del agente.

36.—La protección anterior tiene como corolario el que el agente deba actuar en ramo y zona determinados, únicamente para una empresa.

(13) Ley de 18 de julio de 1937.

(14) Georges Ripert, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", TEA., Argentina, T° I, pág. 258.

37.—Ciertamente el Código de Comercio de Costa Rica no regula el caso, pero el Reglamento de Agentes viajeros citado (nº 15 de 12 de mayo de 1955) sí establece, en su artículo 19, esa prohibición:

"Artículo 19.—El agente no podrá, salvo convenio en contrario, concretar negocios por cuenta de más de un comerciante o industrial cuando aquellos versen sobre la misma mercadería específica".

38.—Con la disposición transcrita no queda cubierto, en todo caso, todo el fenómeno en forma expresa, pero debe interpretarse que se aplica la norma cuando hay "zona", únicamente dentro de ésta, pudiendo entonces el agente correr mercancías iguales en zona distinta para otra empresa.

b) Perfección del contrato celebrado con la cooperación de agente.

39.—Conforme al artículo 351 del Código de Comercio de Costa Rica, y a pesar del artículo 357 de esa ley, el pedido firmado por el cliente y el agente no perfecciona el contrato por cuanto, a pesar del artículo 357, repetimos, conforme al 351, "los contratos que celebran los agentes viajeros independientes, siempre lo serán "ad referendum" de modo que no se consideran firmes en tanto la casa principal no les de su aprobación. Una vez ratificado el contrato por la casa, obliga a ambas partes "como si personalmente hubieran contratado".

40.—Las mismas consideraciones se aplican al representante de casas extranjeras conforme al artículo 365 del Código de Comercio de Costa Rica, ya que el contrato queda firme, es decir, se perfecciona, con la ratificación de la casa.

Ahora trataremos de diferenciar esta figura de las demás que generalmente se consideran auxiliares y que podrían crear confusión.

c) Diferencias entre el agente y los demás auxiliares.

41.—Los auxiliares que hemos llamado personal incorporado de la empresa, se caracterizan por ejercer una representación directa

que les faculta para efectuar por sí mismos los negocios en los que el sujeto del interés es su principal. No así el agente, ya que los contratos que "consiga" para su principal, para perfeccionarse, requieren la ratificación de éste (arts. 351 y 365 del C. de C. de C. R.)

42.—Pareciera, por otra parte, que, por tanto, el artículo 357 del Código de Comercio de Costa Rica sería de aplicación únicamente para los agentes dependientes, puesto que el actuar en nombre del mandante y con poder de él, es contrario al tener que recibir ratificación del principal el negocio propuesto por su representante. Probablemente la confusión nació al regular conjuntamente bajo el título "agentes viajeros", los dependientes y los independientes, figuras completamente diferentes en aspectos esenciales.

43.—En todo caso, es claro que el agente, cuya actividad es únicamente intervención económica en el negocio ajeno, no se confunde ni con factor, ni con dependiente, ni con agente dependiente, ya que estos ejercen intervención jurídica en el grado de representación directa e intervención económica, según el caso.

44.—Por otra parte, si la actividad del representante de casas extranjeras queda sujeta a ratificación, conforme al artículo 365 del Código de Comercio de Costa Rica, es claro que no ostenta representación directa por lo que la denominación misma de "representante" resulta un poco impropia e induce a equívocos.⁽¹⁵⁾ Pareciera mejor la denominación "agente de casas extranjeras", pero el C. de C. de C. R. ha dado esta denominación, aparentemente, al agente dependiente de casas extranjeras (art. 359).

45.—Se diferencia el agente del corredor como figura pura en que aquél actúa por encargo y en interés de una parte, mientras que éste debe actuar independientemente de los intereses de ambas partes. Indudablemente la labor del agente es de mediación y procura el acercamiento entre su comitente y la otra parte, pero en interés de aquél, lo que no sucede con el mediador puro y simple, como está regulado en el Derecho italiano, por ejemplo. Además, el corredor recibe una remuneración de ambas partes y el agente sólo de una (su comitente), en el sistema italiano; el agente se diferencia del corredor del C. de C. de C. R., por la permanencia de

⁽¹⁵⁾ Rotondi, estudio citado, pág. 242.

la labor de aquél, que no se da en éste el que es buscado ocasionalmente y, fundamentalmente debe considerarse que la actividad del mediador suele ser contratada caso por caso y no para una contratación continua y en masa, como sucede con el agente.

46.—Y del comisionista se diferencia, porque éste actúa en nombre propio o ajeno, ejerciendo respectivamente representación indirecta o directa, o sea que el comisionista “sustituye” la voluntad de su representado; no así el agente que simplemente “coopera” con la voluntad de su comitente, en forma material o de hecho.

47.—Establecido lo anterior se puede afirmar que, económicamente, el agente es un mediador pero establemente al servicio de sus clientes. Su actividad es siempre la de intervenir económicamente en la fase de preparación del contrato, como en el caso del mediador, pero además, realizar una serie de actos materiales (presentación de documentos de pedido, facturas pro forma, etc.) preparatorios del contrato. (Tómese en consideración que el pedido, firmado por un cliente y un agente viajero independiente (art. 356, in fine, C. de C. de Costa Rica), y el contrato ad referendum realizado entre el cliente y el representante de casas extranjeras (art. 365 C. de C. de C. R.), son ambas declaraciones vinculantes de voluntad (declaración recepticia: basta la ratificación del principal para que el contrato se perfeccione)). Hay pues, en el agente, tanto como en el mediador, una intervención económica en el negocio ajeno, que lo caracteriza como un auxiliar, según se ha venido viendo.

VII — Agentes o corredores de aduana.

48.—El agente o corredor de aduanas del Código de comercio de Costa Rica no es ni un agente ni un corredor.

49.—El agente o corredor de aduana, conforme al artículo 375 del C. de C., actúa en todas las operaciones del embarque, desembarque, desalmacenaje o despacho de mercaderías, en nombre propio o ajeno. En consecuencia, no es agente —y técnicamente no debería llamársele así— puesto que su labor no consiste en promover contratos bajo remuneración y a favor de su preponente;

tampoco es corredor desde que su actividad no es la de acercar a presuntos contratantes.

50.—¿Qué es entonces esta figura tan mal denominada? El interrogante hay que contestarlo a la luz de las disposiciones del Código y con base en la actividad misma del agente de aduanas.

51.—La complejidad de los trámites aduanales tales como embarque, desembarque, desalmacenaje de mercancía, etc., obligan al comerciante a encargar tales actos a terceros que desempeñan una función especializada en ese sentido. Estos terceros, por su especialización, garantizan mayor rapidez y ahorro de tiempo en todo el proceso aduanal de importación y exportación, participando también, en la mayoría de los casos, en la financiación del pago de impuestos, tasas y demás gastos del caso. En tal sentido el agente de aduanas desempeña una labor de intervención en actos mercantiles del tipo descrito.

52.—Así, pues, el agente aduanal es una persona, física o jurídica, que profesionalmente, se dedica a desempeñar, en nombre propio o ajeno, pero por cuenta ajena y a comisión, encargos para la realización de actos de comercio, como son embarque, desembarque, desalmacenaje y despacho de mercancías.

Toda la actividad descrita se encuentra en la del comisionista y en tal forma deben ser tratados los agentes de aduanas:⁽¹⁶⁾ como comisionistas especializados en operaciones aduanales⁽¹⁷⁾.

Considerado el agente aduanal un comisionista se le puede tener, como a éste, como auxiliar.

(16) En el derecho francés la comisión tiene la amplitud misma del derecho costarricense: no es solamente, posible en actividades de compraventa, como sí lo es en Italia, sino que abarca toda negociación comercial. Por ello, la figura del que se encarga de todas las formalidades de entrada y salida de mercancía en las aduanas, es considerada un comisionista aduanal. Ver Ripert, "Traité Élémentaire de Droit Commercial", Ed. Pichon et Durand, Paris, 1960, T. 1º, pág. 81 y T. 2º, pág. 189.

(17) La situación variaría si la actividad del comisionista de aduana fuera impugnada como acto de comercio, problema que no se analiza aquí porque haría excesivamente extenso este trabajo. Es de hacer notar que parte de la doctrina, con bastante buen fundamento, se opone a la calificación de los actos que realiza el comisionista aduanal, como actos de comercio, por tratarse de actos ajenos a la comercialidad, del tipo mismo del pago de patentes, etc. Sin embargo, no debe pasarse por alto, que el comisionista aduanal no sólo realiza las operaciones fiscales y pagos correspondientes sino que también realiza todos los actos de contratación del transporte de las mercancías y otros.

53.—El artículo 272 del C. de C. de Costa Rica considera auxiliar el contabilista y el artículo 367 dice que es tal “el auxiliar que tiene a su cargo el manejo de la contabilidad, la conservación de los libros, facturas, correspondencia activa y pasiva y archivos en general”.

54.—Como hemos visto, estrictamente son auxiliares sólo aquellos colaboradores que, jurídica o económicamente, intervienen en los negocios del comerciante, es decir, que desenvuelven actividad jurídica en alguna etapa del negocio, ya sea ajeno jurídicamente, en cuanto pertenece al principal, a quien representan, o ya sea ajeno económicamente en cuanto quien lo ejecuta no pretende obtener un beneficio patrimonial, sino que éste irá al patrimonio del verdadero interesado: el principal.

55.—Del elenco de actividades del contabilista no se deduce que éste sea un auxiliar, pues su actividad es técnica y no interviene en los negocios de su patrono, ni jurídica ni económicamente. Como lo hace notar Garrigues,⁽¹⁸⁾ “no se aplica el concepto estricto de auxiliar a toda persona que presta servicios permanentes al comerciante. Quedan excluidos dos grandes sectores de servicios: los servicios científicos y técnicos (abogados, ingenieros, arquitectos, químicos, etc.) y, en el otro extremo, los servicios puramente materiales”, (criados, obreros, etc).

56.—Pareciera que el Código empleó, para la inclusión del contabilista entre los auxiliares, un criterio ampliativo un poco empírico y que, por ese camino se vendría a perder toda precisión técnica del significado de auxiliares en el derecho comercial. Porque por la misma vía que ha permitido la entrada a los contabilistas, podrían ingresar otros colaboradores, en sentido amplio.

Teóricamente, el contabilista, como hemos visto, no es un auxiliar.

(18) Op. cit., pág. 547.

57.—El Código de Comercio de C. R. de 1853 regulaba la actividad del conductor en los artículos 150 a 180, derogados posteriormente por ley de 26 y 29 de noviembre de 1909, de Transporte.

58.—Hoy, el C. de C. de 1964 incluye de nuevo “los porteadores” como auxiliares. Incluye los porteadores pero regulando, no la actividad de aquellos, sino el contrato de transporte (art. 323).

“Por el contrato de transporte el porteador se obliga a transportar personas, cosas o noticias de un lugar a otro a cambio de un precio”. El Código de comercio de 1853 considera conductor, para los aspectos de la ley comercial, únicamente a quien transportaba mercancías. Otras legislaciones, viendo en el ejercicio organizado del transporte como servicio a terceros una actividad mercantil en cuanto empresarial, han regulado la actividad de transporte no sólo de cosas, sino también de personas. El C. de C. de Costa Rica, vigente, va más allá y viendo, sin duda, en primer plano, la actividad desarrollada en empresa, considera mercantil también —y al lado del de cosas y personas— el transporte de noticias.

59.—Pero en toda la actividad de transporte que el Código regula, no se encuentra ninguna intervención, ni jurídica ni económica, en negocio ajeno. No interviene el transportista, en ningún sentido, en la realización de contratos, por ejemplo, de interés para el cargador o para el destinatario.

Toda su actividad es material y al margen de la que hemos considerado propia del auxiliar en sentido estricto. El artículo 180 del Código de comercio anterior regulaba aspectos de la actividad del expedicionario, o comisionista de transportes, figura que sí constituye un tipo de auxiliar. Hoy, el Código no regula el caso a propósito del transporte por lo que ni por ese lado puede considerarse al transportista como auxiliar.

OBSERVACIONES SOBRE LOS DELITOS CULPOSOS

DR. FRANCISCO CASTILLO GONZALEZ

Profesor de Derecho Penal

Introducción.

- a) Terminología.
- b) Importancia.

Capítulo I - Definición del delito culposo.

Sección I - El concepto de culpa.

- a) Diferencia entre la culpa y el dolo.
- b) Diferencia entre la culpa y el caso fortuito.

Sección II - El Resultado.

- a) Su importancia.
- b) Castigo sin resultado.

Sección III - La relación de causalidad.

- a) Resultado = consecuencia inmediata y directa de la acción culposa.
- b) La regla "causa causantis est causa causati".

Capítulo II - Examen de algunos problemas relacionados con el delito culposo.

- a) Lo ilícito penal y lo ilícito civil.
- b) La complicidad en los delitos culposos.
- c) La legítima defensa y los delitos culposos.

Conclusiones.

INTRODUCCION

Los delitos culposos tienen en el Código Penal un lugar secundario. El primer puesto, dentro del mismo, corresponde a los delitos dolosos o intencionales, lo cual se comprueba, no solamente por el número de figuras que sancionan unos y otros, sino también por la pena que les es aplicable.

En todos —o casi todos— los códigos penales que ha tenido Costa Rica, no ha habido una definición clara de los delitos culposos, como tampoco la hay de los dolosos. Esto ha hecho que la jurisprudencia no haya sentido la necesidad de un análisis detallado de los diferentes aspectos de la culpabilidad. Este artículo se refiere a la culpa, que es una de las formas de la culpabilidad. Antes de entrar en el tema propiamente, es necesario y conveniente, analizar los problemas de la denominación de los delitos culposos y de su importancia actual.

a) Terminología.

En el sistema hispanoamericano de derecho penal, la culpa es una de las formas de la culpabilidad. La otra forma es el dolo. Esta acepción restringida del vocablo culpa, ha sido obra de los juristas, quienes lograron imponerla hasta bastante tarde. La voz culpa fue usada por los juristas romanos con los apelativos cuantitativos de "lata", "levis" y "levissima". Esta denominación pasó incluso a algunos autores de nuestros tiempos. También los autores romanos preferían, cuando usaban la voz culpa sola, emplear denominaciones menos sujetas a confusión como las de "negligentia", "imperitia", "luxuria", "desidia", "lascivia" y otras. En el castellano moderno la voz genérica "culpabilidad", da lugar al adjetivo genérico "culpable", mientras que la voz específica "culpa" se adjetiva en "culposo".⁽¹⁾

En italiano se usa el término "colpa", que en este idioma designa no solamente la culpa —objeto de nuestro artículo— sino

(1) Antonio Quintano Ripollés, Derecho Penal de la Culpa (Imprudencia), Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, pág. 6.

también lo que llamamos culpabilidad. El Código italiano de 1930 habla de homicidio "colposo".⁽²⁾

En el Derecho francés se habla de "homicide, blessures et coups involontaires", en los artículos 319 y 320. Otros autores hablan de infracciones "par imprudence", que es lo que corresponde a lo que se denomina en castellano infracciones por culpa. Por el contrario "culpabilité" y "coupable" tienen un sentido preciso: están referidas a la culpabilidad, no a la culpa. Así, algunos autores, por ejemplo Garraud, Merle et Vitu, etc., hablan de "faute intentionnelle", para referirse al dolo y de "faute non intentionnelle", para referirse a la culpa. La expresión "faute non intentionnelle" ha sido criticada dentro y fuera de Francia. Por ejemplo, Jiménez de Asúa la critica.⁽³⁾

El Código vigente emplea la expresión cuasidelito para designar los hechos culposos. Esta expresión deriva del derecho civil romano, incorporada al derecho penal por los prácticos medievales. El mismo vocablo es usado en otros códigos penales latinoamericanos (Chile, Nicaragua, Honduras).⁽⁴⁾

Esta terminología es usada en todos los códigos nuestros, pero es sustituida en el proyecto de Código Penal. En este se habla de hechos culposos y se adopta la concepción normativa de los hechos culposos (así, artículo 26, 28, 117, 122, 128, 179, 247, 252, 263, 284, 312, 326. Ver, sin embargo, el artículo 270, en el que se sigue, inexplicablemente, la concepción psicológica de la culpabilidad). El cambio de denominación de los hechos culposos que se opera en el Proyecto de Código es beneficioso, pero es perjudicial,

(2) Referido al delito "colposo", el artículo 43. Ver Les Codes Pénaux Européens, III, Centre Français de Droit Comparé, Paris, Imprimerie Administrative, Melun, Paris, 1957.

(3) Jiménez de Asúa, Problemas Modernos de la Culpa, Revista de Derecho Penal y Criminología, Nº 1, Enero - Marzo 1968, Buenos Aires, Argentina, Editorial la Ley, 1968: "Los penalistas de lengua francesa deben convencerse de que no es posible continuar denominando a los delitos culposos, como hasta ahora se hace: infractions non intentionnelles: vago término que lo mismo abarca la culpa que el mero caso fortuito...". En el mismo sentido, del mismo autor, "Les Problemes posés dans le Droit Pénal Moderne par le développement des Infractions non intentionnelles", Revue Internationale de Droit Pénal 1961, pág. 32, Paris Sirey, 1961.

(4) Antonio Quintano Ripollés, Derecho Penal de la Culpa, Bosch, Casa Editorial, 1958, pág. 6. Carrara nos dice al respecto: "Dentro del lenguaje exacto, la denominación de delito se reserva únicamente para los hechos dolosos. A los hechos culposos los prácticos les aplicaron el título de cuasidelitos, el cual, sin embargo, los jurisconsultos romanos lo empleaban para expresar un concepto distinto" (Programa de Derecho Criminal, Parte General, Vol. I, pág. 85, Nº 86, Editorial Temis, Bogotá, 1956).

creemos nosotros, el cambio de la concepción psicológica de la culpa, a concepción normativa, que aún se encuentra en etapa de elaboración en el Derecho Penal.

b) Importancia de los delitos culposos.

La importancia de los delitos culposos actualmente es enorme: hoy día provocan más víctimas (homicidio y lesiones) que los correspondientes hechos dolosos.

En 1930 English decía que eran estos delitos prácticamente imposibles, lo que se explica porque se planteaba el problema de los delitos culposos como derivados de la simple inatención o del defecto de funcionamiento de las facultades mentales.⁽⁵⁾ Desde este punto de vista, las posibilidades de cometer un delito culposo, en realidad, son bastante limitadas. Ejemplo de esta situación la presenta Costa Rica. Las disposiciones sobre los delitos culposos datan, sin cambios fundamentales, desde 1888. Pero de 1888 a 1904, la Corte de Casación no resuelve un solo caso como delito culposo. La primera sentencia de Casación que estatuye sobre un hecho culposo es de 3 p. m. del 16 de febrero de 1905 (Col. Sent. Cas. I Sem. 1905, pág. 99). En ella el juez de Santa Cruz define la culpa, casi en el mismo sentido anterior. Nos dice: "La inacción de las facultades intelectuales cuyos cálculos han podido aplicarse a la previsión de las consecuencias dañosas, constituye la esencia de la culpa". En el caso anterior, dos individuos a caballo, se pusieron en competencia y uno de ellos atropella a una anciana, que muere poco después. Fuera de este tipo de casos, verdaderamente excepcional, los delitos culposos presentan poco interés. Más interés presentan en esta época los delitos calificados por el resultado. Pero aún en este caso, los abogados plantean raramente la defensa, alegando culpa. Preferían obtener una sentencia que condene por un hecho doloso, en la cual se reconozcan liberalmente circunstancias atenuantes.⁽⁶⁾ Puede afirmarse, pues, que hasta una época relativamente reciente los delitos culposos no representaban mayor problema para la defensa social. Pero desde hace algunos años el

(5) Welzel, "L'imprudence et les délits de la circulation", Revue Internationale de Droit Pénal, 1961, pág. 985 ss.

(6) La razón puede ser que Casación hacía juzgar la presunción de que las acciones punibles se reputan voluntarias, a no ser que conste lo contrario. Así, por ejemplo, en la sentencia de 3:15 p.m. de 13 de junio de 1904 (Col. Sent. Cas. 1904, pág. 437).

desenvolvimiento de la tecnología, el hecho de que la energía —en sus formas más variadas— haya sido puesta al servicio de la gran masa, ha hecho que los delitos culposos, contra las personas y la integridad corporal, superen en mucho a los correspondientes dolosos.

En este desequilibrio de fuerzas entre los delitos culposos y dolosos contra la vida y la integridad corporal, gran parte de la responsabilidad del cambio corresponde al automóvil, que apareció a comienzos del siglo XX y que revolucionó la vida social y cambió la fisonomía de las ciudades.⁽⁷⁾

Podríamos decir que en todos los países se presenta un aumento paulatino del número de accidentes de la circulación y, consecuentemente, del número de víctimas. Costa Rica no escapa a esta regla. Así podemos levantar el siguiente cuadro:

**	TOTAL DE VICTIMAS	MUERTOS INSTANTANEAMENTE
	—muertos, heridos, golpeados—	
1968	2.974	88
1967	2.864	116
1966	2.756	176
1965	2.039	87

[Fuente: Ministerio de Transportes, Departamento de Planificación]. (8)

TOTAL DE FUERZA AUTOMOTRIZ	
— Automóviles, autobuses, vehículos de carga, motocicletas y similares —	
66.415	1968
60.353	1967
55.062	1966
46.997	1965

[Fuente, Ministerio de Transportes, Departamento de Planificación].

(7) Jean Bedour, "Pour un Droit Spécial aux Accidents de la Circulation Routière", pág. 5 ss., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1968.

(8) Desde luego, que estos datos tienen que ser puestos en relación con el aumento del número de vehículos motorizados, de un lado, y de otro, con el aumento de población, en los años tomados como ejemplo.

Al 1/7/1968	1.634.423
Al 1/7/1967	1.589.862
Al 1/7/1966	1.485.506
Al 1/7/1965	1.433.058

(Fuente: Oficina Nacional de Estadística y Censos).

Al mismo tiempo, la evolución de los hechos culposos ha operado un efecto singularmente importante: poner de manifiesto la ineptitud del sistema represivo clásico para realizar una lucha eficaz contra la delincuencia culposa. El sistema represivo clásico opera, como se sabe, a base de la noción de falta o de culpa, que es el instrumento jurídico por excelencia para este tipo de criminalidad. Pero por otro lado, lo que determina la reacción represiva contra el delincuente culposo es la importancia del daño causado. La doctrina moderna tiende a armonizar en lo posible estos dos contrarios —culpa y resultado— para obtener una síntesis que sirva al mismo tiempo los intereses de la represión y la protección de los derechos del individuo. Según la doctrina clásica, que inspira todas o casi todas las legislaciones contemporáneas, el delito culposo comporta, como elemento constitutivo, un resultado dañoso, o sea, la lesión a un bien jurídicamente protegido: la vida, la integridad corporal, etc.⁽⁹⁾ El delito culposo es concebido como una infracción de lesión, cuya existencia supone necesariamente la realización del efecto perjudicial previsto y castigado por la ley. Sin embargo, la simple realización del resultado no basta para desencadenar la reacción represiva. Es necesario que exista un comportamiento culposo del agente.⁽¹⁰⁾

Debemos examinar en primer lugar el comportamiento culposo del delincuente y luego el resultado dañoso. También será necesario estudiar la relación de causa a efecto que debe unir el comportamiento culposo, y el resultado. Luego examinaremos algunos problemas particulares que plantean los hechos culposos.

(9) Sólo excepcionalmente se castigan cuasidelitos en los que no es necesario que se produzca un resultado. Tal es el caso del hecho culposo definido en los artículos 328 y 325: la adulteración o envenenamiento culposos de aguas potables, bebidas, comestibles, etc. También según el artículo 327 y 328 castigan la propagación culposa de una enfermedad peligrosa o contagiosa. Es difícil concebir una combinación entre el artículo 326 y 328. Estos hechos culposos son sancionados sin resultado, simplemente por la creación de un peligro objetivo. Si el resultado muerte o lesiones se produce hay que atenerse a lo dispuesto en los artículos 190 y 209 C. P.

(10) Le Concept de Lésion et la Répression de la Délinquance par Imprudence (Essai Critique)'' Christos Rokofyllos, Paris 1967, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, pág. 5.

CAPITULO I

Definición del Delito Culposo

Sección I - El Concepto de Culpa.

La culpabilidad comporta dos formas. Una de ellas, dijimos, es la culpa, por lo que se entiende el elemento moral particular a ciertas infracciones que permite imputar penalmente a una persona un resultado dañoso que ella no ha querido provocar.⁽¹¹⁾ La culpa, que se expresa en los términos de imprudencia, negligencia, impericia, etc., y el dolo, aparecen como aspectos antitéticos de la culpabilidad, de la cual son los únicos: toda infracción debe acomodarse en una u otra de estas categorías.

Para definir la culpa es necesario el análisis de los hechos culposos con relación a los hechos dolosos, para ver si son de diferente naturaleza y si lo son, en qué consisten las diferencias.⁽¹²⁾

La primer constatación que debe hacerse es que tanto la culpa como el dolo traducen una actitud del agente respecto al elemento material de la infracción. Tanto el hecho doloso como el hecho culposo, la mayor parte de las veces comportan un resultado prohibido por la ley, que debe estar unido por una relación de causalidad con el acto del individuo.⁽¹³⁾ En los delitos culposos, se acentúa más la importancia del resultado. Este acto, origen del disturbio físico en el mundo exterior, imputable al individuo, en los delitos culposos puede consistir en un movimiento físico, que se ha realizado cuando el individuo no estaba en movimiento, o cuando actúa de modo diferente de como debió actuar.⁽¹⁴⁾

(11) Roger Merle et André Vitu, Traité de Droit Criminel, Editions Cuyas, Paris, 1967, pág. 450.

(12) Alfred Légal "L'imprudence et la negligence comme source de responsabilité pénale" en Revue Internationale de Droit Pénal, 1961, pág. 1079 ss. Paris, Sirey, 1961.

(13) Véase nota N° 9.

(14) Enrico Altavilla, "La Nozione della colpa nei rapporti presentati al Congresso di Lisbona (1961) dal Prof. Jean Lebre, Professore della Facoltà" di Diritto D' Aix, Marseille, en L'évolution du Droit Criminel Contemporain, Recueil d'études a la memoire de Jean Lebre, Presses Universitaires de France, Paris, 1968, pág. 14.

Existen dos formas básicas de ser de estos delitos: la imprudencia y la negligencia. Con Savatier podemos definir la imprudencia diciendo que es "...el acto positivo del cual se puede prever, normalmente, que pueda derivar una consecuencia ilícita".⁽¹⁵⁾ Es decir, que la imprudencia implica, la mayor parte de las veces, una actividad positiva consistente en el actuar sin observar aquella cautela que la común experiencia de la vida enseña que es necesario adoptar en la realización de determinados actos o en el uso de ciertas cosas, o bien, un actuar en contradicción con las normas de prudencia. El acto del individuo puede consistir también en la ausencia de movimiento, en cuyo caso se hablará de negligencia, la que se existe cuando no se realiza el movimiento debido para evitar un daño que era previsible. Desde luego, que la gran mayoría de las veces lo que existirá será la imprudencia, es decir, actos positivos con ciertas características, que una vez producido el resultado dañoso prohibido por la ley, comprometen la responsabilidad. Pero es posible encontrar en las Colecciones de Sentencias, alguna imprudencia caracterizada. Tal es el caso del capitán de la lancha que observa que entra el agua a la lancha, que la bomba de sacar agua no funciona, y en vez de dar aviso, se acuesta a dormir: "...la achicó (a la lancha) a las siete y vio que la bomba sacaba poca agua; la achicó de nuevo a su llegada aquí (Puntarenas), como a las nueve y sucedió lo mismo. Ya en dos ocasiones se quedó la lancha con el agua que tenía y ésto debía ser suficiente para producir la alarma del piloto. Ante el riesgo notorio, Orozco se acostó en vez de buscar la causa por la que el agua no salía y dar a esa hora, temprano todavía, el aviso necesario. Se levantó a las doce; ya la lancha se inclinaba de costado, trató de achicar, y no salió agua; ya entonces se dio cuenta, dice, de que la lancha tenía agua y, por fin, tras maniobras que no eran las necesarias para remediar el mal, que consistía en la acumulación de agua en el fondo de la embarcación, ésta se hundió...". Casación condenada al mencionado Orozco por cuasidelito por negligencia contra los medios de transporte (Cas. 2, 50 p. m. de 16 de octubre de 1928—Col. Sent. Cas. II Sem. 1928, pág. 517).

(15) R. Savatier, "Traité de Responsabilité Civile", Vol. 1, pág. 207.

a) Diferencia entre la culpa y el dolo

Hecha la anterior observación debemos concluir que el hecho culposo y el hecho doloso comportan un elemento común: el acto inicial a que nos hemos referido debe derivar de un acto de volición consciente y libre, lo que supone que las facultades del individuo estén intactas. Si éstas faltan, no puede imputarse ni el hecho culposo ni el hecho doloso. Con respecto al acto inicial puede hablarse de intención, puesto que intención significa etimológicamente la dirección de la voluntad hacia un fin, y, puede decirse que el gesto o el acto que realizó el individuo era el primer fin que se proponía cuando realizó el mismo. Pero en derecho penal, para saber si el hecho es doloso o culposo o es un simple caso fortuito, es necesario analizar la actitud psicológica del individuo, no con relación al acto, que es la consecuencia directa de su volición, sino con relación al resultado, que es su consecuencia indirecta.⁽¹⁶⁾ Desde el punto de vista del acto inicial que está a la base, la infracción intencional y la culposa son idénticas, en tanto que suponen una manifestación de voluntad idéntica. Sólo que en la infracción intencional (dolosa) hay una unidad de voluntad en cuanto al acto inicial y en cuanto al resultado; en la infracción culposa hay, por el contrario, una disociación de esta voluntad: ésta es inherente al acto, pero extraña a sus consecuencias.⁽¹⁷⁾

La intención criminal —por tanto, el hecho doloso— supone que se realice al menos una condición: el individuo que ha provocado el resultado castigado debe haber previsto este resultado en el momento de su acción. Si esta condición falta, el acto puede ser voluntario, pero no doloso.⁽¹⁸⁾ Ahora bien: ¿Será suficiente?. Es decir, debemos preguntarnos si no es necesario añadir, además, una tendencia del sujeto, que no sólo concibe por adelantado las consecuencias de su acto, sino que además, aspira a realizarlas y las toma como fin. Si se responde negativamente, caemos en la teoría de la representación acertiva (Vorstellungstheorie), sostenida en Alemania por von Lizst, para la cual el dolo consiste en un hecho de conciencia, de conocimiento. Lo esencial de la noción de dolo

(16) Alfred Légal, Op. Cit., pág. 1081.

(17) J. B. Herzog, "La prévention des infractions contre la vie et l'intégrité de la personne humaine", T. I., pág. 217, Paris, Cuyas, 1956.

(18) En este sentido, A. Légal, Op. Cit., pág. 1082; H. B. Herzog, Op. Cit., pág. 219).

es que el autor, al lado del acto querido, teniendo conciencia o conocimiento de las consecuencias que el acto acarrea, las aprueba⁽¹⁹⁾. En esta teoría lo que distingue al dolo directo del dolo eventual es la conciencia de la inevitabilidad. En los dos casos el individuo tiene conciencia de las consecuencias de su acto y es consciente de ellas, pero en el dolo eventual él las considera como posibles, mientras que en el dolo directo, él las considera como ciertas. En esta teoría el resultado no está incluido dentro de la voluntad. Se le critica a esta teoría el adoptar un punto de vista puramente psicológico, manifiestamente insuficiente: haber tenido la intención de provocar un resultado en derecho penal, es cosa distinta a haberse imaginado el resultado por adelantado. De lo contrario, tendríamos que concluir que el médico que realiza una operación peligrosa, pero necesaria, tiene la intención de matar.⁽²⁰⁾

La segunda posición es la llamada teoría de la "voluntad" (Willenstheorie) según la cual la intención criminal comporta, como elemento necesario, además de la previsión, el deseo de realizar el resultado. Esta teoría es seguida en el Código Penal Italiano (Código Rocco), en su artículo 43, que dice: "El delito es doloso o intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso que es el resultado de la acción o de la omisión y del cual la ley hace depender la existencia del delito, es previsto y querido por el agente como consecuencia de su acción u omisión. . . . Es culposo, o contrario a la intención, cuando el acontecimiento, aun cuando haya sido previsto, no fue querido por el agente y si se realiza a consecuencia de una negligencia, imprudencia, impericia o inobservación de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas".⁽²¹⁾

Es necesario aclarar que hay casos en los que el resultado aparece, por adelantado, como necesariamente ligado al acto y en los que el individuo ha realizado conscientemente uno y otro. En estos delitos, si bien es cierto que el resultado ilícito no se presenta como el fin del agente, este fin era, sin embargo, deseado por él,

(19) Stefan Glaser, "Quelques Remarques en faveur du subjectivisme en matière pénale" en Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Revue Pénale Suisse), 1967, pág. 249.

(20) Alfred Légal, Op. cit. pág. 1082.

(21) Código Penal Italiano, en "Les Codes Pénaux Européens, T. II, Publication du Centre Français de Droit Comparé, Paris, 1957, pág. 880. Compárese este artículo con el artículo 27 del Proyecto de Código Penal: "Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado . . ."

porque consistía en un medio indispensable para alcanzar el objeto que el agente se proponía, o bien, porque era la consecuencia necesaria de su realización, de modo que el agente no pudo querer uno de los resultados sin querer el otro.⁽²²⁾ En estos casos, el resultado previsto como cierto debe ser tratado como un resultado intencional. Esta idea se aplica a los casos en los que el elemento material de la infracción es definido de manera muy simple, en relación con un gesto o una actitud del individuo⁽²³⁾. Desde el momento en que la infracción ha sido realizada conscientemente, la intención se tiene por establecida. La situación difiere en los delitos cuyo elemento objetivo supone un encadenamiento de circunstancias más o menos rápido y complejo, como en los delitos que atentan contra la integridad física o los bienes de otro. En ellos, las consecuencias del acto aparecen como posibles o probables, pero no como ciertas. El fin perseguido en este caso por el individuo aparece como un elemento diferenciador, que permite distinguir la infracción intencional de la culposa. Según la teoría de la representación solamente existe infracción culposa, si puede determinarse que el individuo no previó los resultados de su actividad. En consecuencia, la única forma de culpa que acepta esta teoría es la culpa inconsciente. Por el contrario, en la teoría de la voluntad, que supone el deseo de realizar el resultado, la culpa puede ser consciente o inconsciente.⁽²⁴⁾

En nuestro criterio la teoría más aceptable y aceptada es la teoría de la voluntad. En consecuencia, es necesario definir qué es la falta o culpa consciente e inconsciente.

A la culpa inconsciente se le llama también culpa simple o sin previsión y se da cuando el autor del hecho no se ha representado de ningún modo la posibilidad del resultado, a pesar de que habría podido representárselo. O si se quiere, se da cuando el agente no ha previsto el posible resultado antijurídico, pudiendo debiendo preverlo.⁽²⁵⁾

(22) A. Légal, Op. Cit., pág. 1083.

(23) Así por ejemplo el hecho castigado por la ley N° 3550 de 1° de octubre de 1963, Ley Contra la Vagancia, Mendicidad y Abandono, en su artículo 3, inciso c).

(24) Légal, Op. Cit., pág. 1083.

(25) Jiménez de Asúa, Problemas Modernos de la Culpa, Op. Cit., pág. 19; Christos Constantaras, "Les Problemes Posés dans le Droit Pénal Moderne par le Développement des Infractions non Intentionnelles" (Par faute), Revue Internationale de Droit Pénal, 1961, pág. 850; Merle et Vitu, Op. Cit., pág. 451.

La culpa inconsciente se da cuando el agente material de la infracción no ha calculado el peligro de su acción y no previó lo que debía y podía prever. Por ejemplo, un individuo tira una piedra por la ventana de su casa sin mirar a la calle y la piedra hiere a uno que pasaba.

La culpa consciente o con previsión (luxuria) se da cuando el individuo, percibiendo los riesgos de provocar un desorden social al cual lo exponía su conducta, ha realizado esta conducta por ligereza o desconocimiento del peligro. El individuo, a pesar de que imaginaba el resultado delictuoso de su acto, no creyó que pudiera ocurrir,⁽²⁶⁾ sino que, al contrario, descartó esa posibilidad. Es decir, el individuo ha previsto, pero no ha consentido al resultado que se representó; no lo acepta, menos lo ratifica.⁽²⁷⁾ Por ejemplo, un individuo juega con un arma que sabe cargada, mata a un amigo que se encuentra delante de él. El ejemplo clásico que se da culpa consciente es el de Guillermo Tell, quien confiando en su pericia y en su suerte, pega la manzana que se encontraba en la cabeza de su hijo. Guillermo Tell previó el resultado, pero no lo aceptaba ni lo quería y de haber ocurrido el hecho hubiera sido culposo y no doloso.

b) Diferencia entre la culpa y el caso fortuito.

Es en este tipo de culpa, la consciente, donde se encuentra la frontera entre el dolo y la culpa. Este tipo de culpa se acerca mucho al dolo eventual, aunque no se confunde con él. Sabido es que la mayoría de los autores reconocen que entre el dominio del dolo directo y el dominio de la culpa existe un campo vago: el del dolo eventual.

La diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente estriba en que, a pesar de que en la segunda hay representación o previsión del resultado como probable, el individuo no consiente al resultado; por el contrario él lo repudia. En dolo eventual la posibilidad de la realización del hecho no habría detenido al individuo en su actuación. De ahí que se afirme que acepta y consiente a las consecuencias. Por tanto, el agente debe ser responsable, en

(26) Glaser, Op. Cit., pág. 266.

(27) Jiménez de Asúa, Op. Cit., pág. 19.

estas circunstancias, de las consecuencias que deriven del orden natural de las cosas. El problema de saber cuándo existe dolo eventual o culpa consciente lo deja la doctrina a la apreciación del juez.

No dice nada el Código vigente respecto al dolo eventual. Tampoco conocemos sentencia de la Corte de Casación donde se haya aceptado la concepción del dolo eventual. La situación cambia en el proyecto.⁽²⁸⁾

La importancia de la construcción del dolo eventual deriva del hecho de que en la mayoría de las legislaciones la conducta dolosa tiene una pena superior a la conducta culposa. En ciertos delitos que causan gran perjuicio, el autor no puede ser acusado de dolo directo. Para agravar la pena se recurre, dicen algunos, a la construcción del dolo eventual. Los jueces dicen: el autor no ha querido el resultado, pero ha consentido y aceptado el mismo.

Algunos autores atacan la construcción del dolo eventual. Se sabe que esta construcción reposa sobre la distinción que se hace entre querer y consentir. La distinción entre dolo directo, dolo eventual y hecho culposo se hace de la siguiente manera: en los delitos en los que hay dolo directo además de prever el resultado, el individuo quiere realizarlo. En el dolo eventual, existe también la previsión del resultado, pero el individuo no quiere que el resultado se produzca y consiente al mismo tiempo a la realización del mismo. En la culpa el individuo prevé la posibilidad del evento, al que nunca consiente, pero cree, sin fundamento, que lo evitará (culpa consciente) o bien no prevé la posibilidad del efecto delictuoso, aunque pudo y debió preverlos. En estas circunstancias cabe preguntarse qué es el consentimiento con relación a la voluntad.⁽²⁹⁾ ¿Puede decirse que alguien consciente a una cosa que no quiere?. Evidentemente no. Es por ello que Wolter⁽³⁰⁾ plantea el siguiente modo de ver el asunto: en el dolo eventual el agente no quiere ni que el efecto se produzca ni que no se produzca. El efecto o resultado no juega ningún papel en su decisión. Con ello

(28) En el artículo 27 del Proyecto leemos: "Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible".

(29) Mieczyslaw Szerer, "Le Probleme du Dol éventuel", Revue Internationale de Droit Pénal, 1962, pág. 1212, Paris, 1962.

(30) "Les Problemes Posés dans le Droit Pénal Moderne par le Developpment des Infractions non Intentionnelles" Revue Internationale de Droit Pénal, 1962, pág. 1261.

este autor quiere suprimir las dificultades que trae, para la construcción del dolo eventual, la noción de consentimiento. El dolo eventual para Wolter, sigue siendo una conducta dolosa. La pregunta que cabe plantearse es la siguiente ¿Por qué actúa dolosamente la persona que realiza una conducta para quien las consecuencias de la misma le son indiferentes?. Para Wolter la línea de demarcación entre la culpa consciente y el dolo sigue siendo el dolo eventual. Pero, en su concepción, el dolo eventual es más próximo a la culpa que al dolo. En la culpa, dice, el agente quiere que el resultado no se produzca, mientras que en el dolo eventual esta voluntad de evitar el resultado no existe. En el dolo directo, al contrario, dice, el agente tiene la voluntad de provocar el resultado o el efecto. La voluntad de provocar el efecto no existe, ni en los delitos culposos ni en el dolo eventual. Es por eso que Mieczyslaw⁽³¹⁾ propone el tratamiento igualitario del dolo eventual y del delito culposo. Para este último autor no existe diferencia, desde el punto de vista social, entre la conducta del que actúa con negligencia y no quiere que los efectos no se produzcan y la conducta de aquél para quien los efectos le son indiferentes. Desde el punto de vista social no hay razón para castigar diferentemente al individuo para quien los efectos le son indiferentes, el individuo que previendo el efecto castigado, confía sin razón en que podrá evitarlo. La conclusión que saca Mieczyslaw es que la pena que castiga el hecho culposo debe ser la misma que castiga el delito doloso. Ambos representan una amenaza para la sociedad y el juez podrá graduar la pena según la peligrosidad del agente⁽³²⁾.

Esta opinión anterior, sin embargo no es la mayoritaria en doctrina. La mayoría de los autores reconocen que el dolo eventual debe ser tratado como dolo y que la pena del hecho culposo y del hecho doloso debe ser diferente. La opinión común está resumida en la siguiente cita "... puede afirmarse que el punto de conexión entre la culpa consciente y el dolo eventual se haya en el elemento negativo de no querer el resultado; y el de la diferenciación, en ser estimado dicho resultado como improbable en la culpa y como probable en el dolo".⁽³³⁾

(31) Op. Cit. pág. 1216.

(32) Op. Cit. Ibídem.

(33) Antonio Quintano Ripollés, Op. Cit., pág. 168.

¿Qué ha dicho nuestra jurisprudencia respecto al dolo eventual?. Nosotros no hemos encontrado ninguna sentencia de Casación en que se declare la existencia del dolo eventual. Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que esta construcción jurídica es extraña a nuestra jurisprudencia. En primer lugar porque ésta en muchos casos hace entrar los supuestos del dolo eventual en los delitos calificados por el resultado. Para ello Casación establece una línea de separación, más o menos lógica, entre los delitos culposos y los dolosos. En el cuasidelito, dice, el acto inicial, debe ser lícito; si esta licitud no se da, se presenta un delito. (Así, Cas. 2:30 p.m. de 24 de abril de 1896 (Col. Sent. Cas. 1896, T. único, pág. 124); Cas. de 1:30 p.m. de 9 de noviembre de 1915 (Col. Sent. Cas. 1915, I Sem. pág. 431 "... no es dable calificar de cuasidelito el hecho imputable a Rojas. Se incurre en cuasidelito cuando por un acto, lícito en sí, pero ejecutado con imprudencia o negligencia culpables, se agravia un derecho ajeno; y b) en este caso, la agresión dicha fue del todo injustificada"); Sent. Cas. 9:50 a.m. de 25 de julio de 1923 (Col. Sent. Cas. 1923, II Sem., pág. 77); Sent. Cas. 15:15 h. de 27 de octubre de 1948 (Col. Sent. Cas. 1948, II Sem. pág. 675); Sent. Cas. 10:30 h. del 10 de noviembre de 1950 (Col. Sent. Cas. 1950, II Sem., pág. 1113). Desde luego, todo dependerá de lo que se entienda por licitud del acto inicial. La sentencia de Cas. de 3:45 p.m. de 12 de agosto de 1937 (Col. Sent. Cas. 1937, II Sem., pág. 1584), niega el carácter de acto ilícito —por tanto, la calificación será culposa— al acto de agresión de una persona contra otra, si aquélla cree actuar en el ejercicio de un derecho.

En algunas sentencias se califican de culposos hechos que podrían entrar en la categoría de dolo a través del dolo eventual. Tal es el caso juzgado por la sentencia de Cas. de 2:55 p.m. de 28 de julio de 1932 (Col. Sent. Cas. 1932, II Sem., pág. 244). En un turno, un individuo, con un arma ajena, dispara dos balazos en un lugar lleno de gente. Uno de estos balazos mata a una persona. El delincuente es condenado por homicidio culposo. Para ello argumenta el Alcalde (lo que fue acogido por el Juez y por Casación): "El hecho ha sido muy grave porque por licor, o por broma, se ocasionó la muerte de un hombre joven de diecinueve años; la buena conducta anterior del procesado y demás cualidades que se alegan para declararlo exento de responsabilidad o la suspensión de la pena, no pueden aceptarse porque existe la circunstancia abu-

siva de coger una escuadra de donde la tenía su dueño, sin permiso y con ella produjo el lamentable cuasidelito". En el caso anterior, Casación califica de abusivo, pero de lícito, al fin, el acto de coger un arma ajena. No hace referencia al hecho de disparar. Una sentencia de Casación condena como responsable del homicidio preterintencional al individuo que, viajando con la víctima en el tren acorrada a ésta con una cuchilla en mano. La víctima al verse acorrada se tira por una ventana y muere al caer (Cas. 15 h. del 14 de diciembre de 1960 (Col. Sent. Cas. 1960 II Sem., pág. 1347)). Esta parecía una oportunidad especialmente favorable para la aplicación de la teoría de la culpa consciente. No se acomoda esta sentencia dentro de la teoría de Casación de la licitud del acto inicial. En efecto, si se entiende que el acto inicial es ilícito cuando por sí sólo transgrede la ley penal, no se está en el caso citado en este supuesto. El gesto del agresor podía ser calificado de tentativa de homicidio o de tentativa de lesiones. La primera calificación está excluida por la aplicación del artículo 38 del Código Penal y la tentativa de lesiones no es punible. Nos parece que en el caso anterior es extender mucho la relación de causalidad entre el acto inicial y el resultado de la solución dada.

Por último podemos anotar que el límite reconocido generalmente entre el dolo y la culpa (de un lado, dolo eventual, de otro, culpa consciente), no se da en nuestra legislación. En esto lo que diferencia la conducta dolosa de la culposa, es la licitud del acto inicial o ilicitud del acto inicial. El límite es movable: todo depende de lo que se entienda por licitud. Sin embargo, todo parece indicar que en este caso se hace referencia concreta al ilícito penal, puesto que el ilícito administrativo (por ejemplo la inobservación de reglamentos) no califica el hecho como doloso sino como culposo. La teoría de la licitud (ilicitud) de la conducta inicial es en nuestro concepto una creación pretoriana del derecho. Ella no está impuesta específicamente por ningún texto. Si bien el artículo 26 inciso tercero dice: "El que al ejecutar un acto lícito, o a causa de un error esencial de hecho, ocasionare, por mero accidente, un mal que no provenga de culpa", está exento de responsabilidad, lo que hace este artículo es delimitar la conducta culposa de la que es lícita, a pesar de la producción de un resultado. Es decir, distingue lo que es la conducta culposa de la que no lo es, por caer dentro del caso fortuito. No se refiere, pues, de ningún

modo, a la delimitación entre la conducta culposa y la conducta dolosa.

Otro problema que se presenta es el de diferenciar la conducta culposa de la que no lo es, es decir, del caso fortuito. La diferencia debe hacerse entre la culpa inconsciente y el caso fortuito. Se trata de separar lo criminal de lo no criminal, la condena de la absolución.

Veremos que la naturaleza de la culpa penal y de la culpa civil es la misma. Desde el momento en que se produce un resultado castigado por el Código Penal y existe una actuación culposa, sea cual sea, la responsabilidad penal del agente se encuentra comprometida. Es por ello que una de las cosas que atraen la atención del observador de la jurisprudencia es el número relativamente pequeño de sentencias condenatorias que han sido casadas. Apenas si pueden mencionarse unas cuantas, la mayoría de las cuales se produjeron cuando la culpa debía ser temeraria.

Un reducido número de sentencias acoge las tesis de los tribunales inferiores favorables al inculpado, pero esto sucede cuando lo que se hace es negar la relación de causalidad entre la acción —que no es culposa— y el resultado al cual concurre esta acción. Es decir, lo que se hace es negar el aspecto objetivo de la culpabilidad, que es la relación de causalidad. El razonamiento es el siguiente: no existe hecho culposo, a pesar de que se produjo un resultado castigado penalmente, porque éste se produjo únicamente por la culpa exclusiva de la víctima. Así, por ejemplo, Cas. 15:30 h. de 20 de abril de 1960 —Col. Sent., Cas. 1960 I Sem. T II, pág. 628—; Cas. 15 h. de 19 de abril de 1960 —Col. Sent. Cas. 1960, I Sem. T II, pág. 771: "...no puede atribuirse culpabilidad del carácter cuasidelictivo a los indiciados, porque esa no fue la causa del accidente, sino la propia culpa del ofendido..."; Sent. Cas. 15 h. de 22 de octubre de 1958 —Col. Sent. Cas. 1958— II Sem. Vol. II, pág. 552-; Cas. 16:15 h. de 1º de diciembre de 1958 (Col. Sent. Cas 1958 II Sem. Vol II, pág. 762), entre otras. Desde luego, la absolución solamente puede intervenir cuando la culpa de la víctima sea la causa única del accidente. Si existe también culpa del individuo, por mínima que sea, su responsabilidad penal se encuentra comprometida. Puede que exista un comportamiento incorrecto del agente, pero este comportamiento en estos casos no es culposo, porque no concurre a la producción del resultado.

Sin embargo, en algunas sentencias se abusa de la negación de la relación de causalidad por medio de la propia falta de la víctima (Así, por ejemplo, Cs. 9:40 h. de 27 de agosto de 1960 — Col. Sent. Cas. II Sem. 1960, T I, pág. 274).

Dejando de lado el problema de causalidad, al que luego nos referiremos, es necesario preguntarse por los límites entre la culpa inconsciente y el caso fortuito. Este es un asunto muy discutido. Un grupo minoritario de autores (Almendigen, entre los antiguos; entre los modernos aquellos que como Filippo Gramática, rechazan la incriminación de lo culposo) consideran que no hay diferencia entre la culpa inconsciente y el caso fortuito. La culpa inconsciente —dicen— es un vicio de la inteligencia o de la voluntad. En consecuencia, cae dentro de la inimputabilidad.

Este criterio es minoritario. La mayoría de los autores tratan de diferenciar ambos conceptos:

a) Algunos autores —entre ellos Mezger— sostienen que el criterio de distinción es el de la previsibilidad. Dicen que en la culpa inconsciente —y en general, en todo hecho culposo— hay previsibilidad, la que no existe en el caso fortuito. Pero se refuta esta tesis diciendo que puede haber previsibilidad y existir, sin embargo, caso fortuito. Así, el que se cobijó debajo de un árbol para no mojarse, pudo prever que un rayo caería sobre el árbol, pero esta previsión no le quita nada de forzoso al evento.⁽³⁴⁾ El criterio de la previsibilidad es seguido por Casación en varias de sus sentencias. Así, Cas. 15:10 h. de 27 de julio de 1945 (Col. Sent. Cas. 1945 - II Sem., T. único, pág. 484: “... debieron haber previsto los procesados, porque era fácil preverlo, que H. podía moverse...”); Sent. Cas. 2 p.m. de 30 Oct. 1907 (Col. Sent. Cas. 1907, II Sem., pág. 283: “... que todos los testigos declaran: ‘que este fue un acontecimiento casual’, que no se encuentra al alcance de la común previsión y ordinaria prudencia humanas; de modo que no existe el cuasidelito...”); Cas. 9 a.m. de 14 de agosto de 1936 (Col. Sent. Cas. 1936 II Sem., pág. 307. “Que, aparte de eso, los jueces de instancia han estimado que el conductor del vehículo, debió al ver el camión de pasajeros estacionado a la orilla de la vía, imaginar que de él iba a bajar alguna persona y ponerse a una velocidad que

(34) Antonio Quintano Ripollés, Op. Cit. pág. 174.

le permitiera, en una eventualidad como la que se presentó, perfectamente previsible, la rápida sujeción del carro...”); Cas. 2:30 p.m. de 3 de julio de 1930 (Col. Sent. Cas. 1930, II Sem., pág. 20). Dice Casación que los esfuerzos hechos para frenar, cuando se está a 5 metros de la víctima; este esfuerzo no lo exculpa si “...puediendo el peligro haber sido observado antes...”, no lo observó. “Que los eventos posibles que se presentan como consecuencia de un hecho voluntario en el curso normal y ordinario de las cosas pueden ser previstos; si no se preven, se incurre en una negligencia que constituye la base de la culpa”. (Sent. Cas. 15 h. 27 de junio de 1945. Col. Sent. Cas. 1945 - I Sem., pág. 417). En fin, este criterio es seguido también en otras sentencias y puede decirse que es el criterio que priva en jurisprudencia.

b) Otros autores tratan de distinguir la conducta imprudente del caso fortuito con el criterio de la evitabilidad. Sólo que este criterio presenta una dificultad básica: exige una toma de posición, previamente, sobre el problema del libre arbitrio, noción meta-penal. En esta tesis todo puede reducirse a la facultad de escoger. Tal posibilidad no existe en el caso fortuito, pero sí en la culpa. Como lo hace notar Antonio Quintano Ripollés⁽³⁵⁾ en el ejemplo anterior, es evidente que el hecho de que caiga un rayo es una cosa inevitable. Pero a pesar de ello, la responsabilidad penal de alguien puede verse comprometida, cuando no es la propia persona la que sufre el daño. El maestro de escuela que escogió enviar a sus alumnos a cobijarse en el bosque, cuando había la posibilidad de permanecer en el páramo y recibir el aguacero, podría ser responsable penalmente.

c) No se puede aplicar el criterio antes examinado de involuntariedad del resultado en la culpa. Este criterio sirve para distinguir la culpa del dolo, pero no del caso fortuito, pues en ambos casos —en la culpa y en el caso fortuito— el resultado no es querido, lo que es especialmente cierto cuando se trata de la culpa inconsciente.

d) Por todas estas razones gran número de autores (entre ellos Quintano Ripollés, Jiménez de Asúa, etc.), ven la diferencia entre la culpa inconsciente y el caso fortuito en la obligación específica o genérica de actuar o de no actuar. Así, el hecho de que el

(35) Op. Cit., pág. 175.

guardavías cansado se duerma es fortuito, pero su caso no puede considerarse como fortuito por la presencia de la obligación específica de actuar por los deberes propios de su cargo.⁽³⁶⁾

¿Cuándo tiene un individuo la obligación de actuar?. En realidad, el deber cuya violación provoca la existencia de la culpa inconsciente es aquella obligación de todo hombre, de actuar con diligencia. Desde luego, para graduar este deber, los tribunales tomarán en consideración lo que habría pensado y hecho un individuo de prudencia y diligencia medias, lo que debe quedar necesariamente a la apreciación del juez. Lo cierto es que no se puede exigir de los individuos que se abstengan de actuar, pues actualmente casi todas las actividades humanas comparten una cierta cantidad de riesgo.⁽³⁷⁾ Deberá verse si un hombre de diligencia y prudencia media pudo prever el riesgo que el individuo no previó o si hubiera asumido el riesgo que el individuo asumió. Si este es el caso, se le imputará la culpa; caso contrario, nos encontraremos ante un caso fortuito.⁽³⁸⁾ De aquí se deduce que la identidad entre la culpa penal y la culpa civil sea casi inevitable en materia culposa. En definitiva, la cantidad de riesgo encerrada en la civilización técnica, hace que la responsabilidad se objetivice cada vez más. Lo que se incrimina en materia culposa no es el olvido en sí, sino un olvido de algo que debe ser recordado.

La identidad de la culpa penal y de la culpa civil trae consecuencias en cuanto a la consideración del error y de la ignorancia. En materia de hechos culposos, dada esta identidad, es admisible el error de hecho, como causa de inimputabilidad.⁽³⁹⁾ Esto existe desde el momento que los tribunales llegan a la conclusión de que un hombre razonable y prudente, colocado con las mismas circunstancias, se habría igualmente equivocado. Es la tesis que consagra Casación en su sentencia de 3:40 p.m. de 31 de enero d 1929 (Col. Sent. Cas. 1929, I Sem., pág. 235), en la especie siguiente: un individuo

(36) Quintano Ripollés, Op. Cit., pág. 176.

(37) Según un estudio hecho en los Estados Unidos el automovilista no puede recorrer una distancia de tres kilómetros sin ver su atención disminuida por la distracción o la fatiga o sin violar las reglas de la circulación (Jean Bedour, Op. Cit., pág. 9).

(38) Alfred Légal, Op. Cit. pág. 1084.

(39) André Françon, "L'erreur en Droit Pénal" en "Quelques Aspects de l'Autonomie du Droit Pénal", pág. 240. Paris, Librairie Dalloz, 1956.

El individuo se sienta en la línea del tren. Previamente había manifestado deseos de suicidarse. El conductor de un tren que circulaba por la vía, en vez de frenar, da voces para que el individuo se aparte. Este no lo hace y es arrollado por el tren. Casación declara al maquinista exento de responsabilidad, pues "... al haber optado Fernández por dar voces para que Brenes se apartase de la vía y no por la aplicación inmediata del freno de aire de que disponía el carro, no puede decirse que obrara con negligencia, pues razonablemente pudo pensar que el hombre que se había colocado en lugar y posición tan peligrosos inmediatamente había de acatar la orden que se le daba para salvar su propia vida, sin que le fuese dado penetrar en el designio de que estaba poseído...", que era suicidarse.

Veremos luego que la forma de considerar el error de derecho en los delitos culposos es distinta en nuestra jurisprudencia.

Este deber de actuar a que nos referíamos deriva del conjunto de circunstancias y condiciones propias del agente en el momento de la acción. Solamente así podrá entenderse el código vigente cuando dice que está exento de responsabilidad "El que al realizar un acto lícito, o a causa de un error esencial de hecho, ocasionare, por mero accidente, un mal que no provenga de culpa" (Art. 26 inc. 3). La licitud del acto inicial determina la diferencia entre el caso fortuito y la culpa inconsciente, y, no como dice nuestra jurisprudencia, entre el hecho culposo y el hecho doloso. No habrá licitud del acto inicial cuando el individuo tiene el deber jurídico de actuar: en este caso habrá hecho culposo. Esta diferencia que hacemos es más clara en el artículo 28 del Proyecto que nos dice "Obra con culpa quien realiza el hecho tipificado (?), por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las circunstancias y sus condiciones personales (culpa inconsciente) y quien en el caso de represense el hecho como posible se conduce en la confianza de que no ocurrirá." (culpa inconsciente).⁽⁴⁰⁾

En algunas resoluciones nuestra jurisprudencia ha aceptado el criterio de la violación de un deber para determinar la responsabilidad culposa. Desde luego, las sentencias no lo dicen expresamente, pero la violación del deber de cuidado puede palpase detrás de algunas de las sentencias.

(40) En la cita anterior, los paréntesis son nuestros, lo mismo que el subrayado.

Tal es el caso de la sentencia de Casación de 10:30 h. de 24 de mayo de 1950 (Col. Sent. Cas. I Sem. 1950, pág. 350). En ella Casación dice que debe excluirse la responsabilidad del acusado "... toda vez que el chofer conducía un vehículo de carga y su vista debía dirigirse hacia las personas y vehículos que pasaban al frente del que él manejaba; **no podía exigírsele**, por lo mismo que cuidara al propio tiempo a niños que, sin la debida vigilancia por parte de los encargados de ejercerla sobre ellos, se subían a él subrepticamente". En otra sentencia Casación declara que "Parece que el Juez quiere castigar el hecho de que no se hayan tomado las medidas precautorias para hacer desaparecer el peligro. Pero el Juez no dice, ni en autos aparecen cuáles sean esas medidas, ni por qué estaban los procesados obligados a adoptarlas". (Sent. Cas. 10:50 h. del 6 de abril de 1948 (Col. Sent. Cas. 1948 - I Sem., pág. 173). También es el caso de la sentencia de Cas. de 16:45 h. de 13 de marzo de 1961 (Col. Sent. Cas. 1961 - I Sem. T I, pág. 360). En ella la Corte condena a un individuo que, aprendiendo a manejar, atropella a dos muchachos que iban montados en una carreta. La acción ocurrió cuando ya estaba un poco oscuro y el auto viajaba solamente con las luces de estacionamiento. El reo iba a 60 kilómetros por hora. Para exculparse alega que el resultado fue causado al realizar un hecho lícito, es decir aprender a manejar, y que desde el momento que iba acompañado de su maestro, persona capacitada para conducir y enseñar a conducir, debe aplicársele el artículo 28, inc. 3; es decir, debe declararse la existencia de un caso fortuito. Casación condena, porque el individuo iba a 60 kilómetros por hora, en contradicción con lo que establece la Ley de tránsito y porque llevaba las luces de aparcamiento solamente encendidas, en contradicción con lo que establece el artículo 12 del Reglamento de Tránsito: "De modo que a la hora en que ocurrió el accidente debía el vehículo llevar las luces encendidas sin que pueda ser excusa atendible el que no sabía manejar el juego de focos del carro. Precisamente era una de las lecciones elementales y previas que debió recibir el indiciado". Estos argumentos son del juez, pero fueron acogidos por Casación.

En el caso anterior, el deber irrespetado por conductor que ocasionó la muerte y las lesiones, es aquel de todo hombre prudente y diligente de saber manejar los instrumentos que utiliza cuando de su manejo imperito o del desconocimiento de su fun-

cionamiento puede resultar grave perjuicio, como en realidad resultó. Por otro lado, el hecho de conducir a gran velocidad, no sabiendo hacerlo, es también un hecho de imprudencia. Pero la sentencia hace referencia directamente a los reglamentos. Es decir, que la Corte hace la medida de la violación del deber de cuidado que convierte una conducta en negligente, imprudente o imperita, por la violación del reglamento. En nuestro criterio, ésta es una forma de medir la responsabilidad penal sumamente equivocada; luego diremos por qué. El criterio a seguir, en el estado actual del artículo 190 y 209 del Código penal es la apreciación del comportamiento del inculcado por comparación a la conducta del "bonus pater familias", por comparación a la conducta de un hombre medianamente prudente y diligente. Por el contrario, en los artículos 316, 328, 381 C. P. sí es posible condenar por la simple violación de reglamentos, toda vez que estos artículos son mucho más extensos en la consideración de las fuentes de la responsabilidad penal: ésta puede existir, si hay imprudencia, negligencia o impericia o "...inobservación de las ordenanzas y reglamentos...".

Según la Jurisprudencia de la Corte de Casación la violación de las leyes y reglamentos en homicidio y lesiones culposas es una fuente de responsabilidad penal. Este es un punto de jurisprudencia constante. Así, Sent. Cas. 2:15 p.m. de 21 de setiembre de 1932 (Col. Sent. Cas. 1932 II Sem., T. único, pág. 497); 2:30 p.m. de 8 de marzo de 1933 (Col. Sent. Cas. 1933, I Sem., T. único, pág. 249); Sent. Cas. 2:15 p.m. de 22 de junio de 1933 (Col. Sent. Cas. I Sem. T II, pág. 849); Cas. 2:10 p.m. de 30 de junio de 1933, (Col. Sent. Cas. 1933 I Sem. T II, pág. 918); Cas. 2:45 p.m. de 26 de julio de 1933 (Col. Sent. Cas. 1933 II Sem., pág. 244); Sent. Cas. 3:45 p.m. de 2 de octubre de 1933 (Col. Sent. Cas. II Sem. 1933, T único, pág. 435); Cas. 10:55 a.m. de 20 de diciembre de 1933 (Col. Sent. Cas. II Sem. 1933, T único, pág. 867); Cas. 4 p.m. de 17 de agosto de 1937 (Col. Sent. Cas. II Sem. 1937, pág. 1588); Cas. 9:30 a.m. de 17 de julio de 1930 (Col. Sent. Cas. 1930 II Sem. T único, pág. 80); Cas. 9:35 a.m. de 6 de abril de 1927 (Col. Sent. Cas. 1927, I Sem., pág. 339); Cas. 9:15 a.m. de 9 de junio de 1934 (Col. Sent. Cas., I Sem. 1934, T. único, pág. 754); Cas 2:55 p.m. del 14 de agosto de 1929 (Col. Sent. Cas. II Sem. 1929, T único, pág. 134); Cas. 15:30 h. de 22 de julio de 1960 (Col. Sent. Cas. II Sem. 1960, T I, pág. 120); Sent. Cas. 16:50 h. del 11 de enero de 1966 (Col.

Sent. Cas. 1966, T I, pág. 1307. La solución consiste, pues, en homicidio y lesiones, en que la Corte coloca la inobservación de leyes y reglamentos como fuente de responsabilidad penal, al lado de la imprudencia, de la negligencia, de la impericia, de una manera muy hábil: cualquiera de éstas existe desde el momento en que existe la violación de reglamentos, dice. Esto plantea el problema de la falta contravencional.

La naturaleza de la falta contravencional se discute, pero sea cual sea la misma, todo el mundo está de acuerdo en dos de sus características:

a) La falta contravencional se presume siempre. No es necesaria probarla pues está involucrada en la violación misma del reglamento. El hecho de esta violación basta por sí sólo para constituir la infracción culpable y la parte contraria o el Ministerio Público no están obligados a probar ni la imprudencia, ni la negligencia, ni la impericia.⁽⁴¹⁾ Así, se es culpable del delito culposamente de homicidio desde el momento en que el resultado se produce y se circula a una velocidad mayor de la reglamentaria. Esta tesis, lógica dentro de ésta característica de la falta contravencional está enunciada por la Corte de Casación en los siguientes términos: "El empeñoso esfuerzo del defensor para demostrar que el automóvil no marchaba a gran velocidad, y la multitud de argumentos que al efecto aduce, se estrellan contra la confesión de su propio defendido, quien al folio 8 dijo, que aunque no podía precisar exactamente, calcula que marchaba de veinte a veinticinco kilómetros por hora. Tal rapidez dentro de la ciudad era imprudente y excedía la de quince kilómetros que para circular por las poblaciones permite el artículo 36 de la Ley de Tráfico de 20 de julio de 1926". O sea, se deduce la imprudencia del hecho de la violación reglamentaria.

b) El inculpado no puede librarse de la responsabilidad probando su ausencia de culpa derivada del hecho del desconocimiento del reglamento. Es la teoría general del error en derecho penal. Nadie puede alegar ignorancia de la ley, lo que se expresa

(41) Christos Rokofyllos, Op. Cit., pág. 71; Garçon, "Code Pénal Annoté", Tomo II, pág. 115, N° 26, Sirey, París 1956; Vouin, Précis de Droit Pénal, Spécial, pág. 185 N° 170, Librairie Dalloz, 1968, París; Louis Lambert, "Traité de Droit Pénal Spécial", pág. 186, Editions Police-Revue, París, 1968; Enrico Altavilla "La Nozione della Colpa nei rapporti presentati al Congresso di Lisbona (1961) dal Prof. Jean Lebre, Professore della Facoltà di Diritto D'Aix, Marseille" en "L'évolution du Droit Criminel Contemporain, Presses Universitaires de France, París, 1968.

en las expresiones latinas "nemo censetur ignorare legem" o "error juris nocet", o bien "ignorantia legis neminem excusat". Nuestro derecho, ya desde el Código de 1924, admitía ciertas excepciones a esta regla, al hacer la distinción entre infracciones "penales" y de "mera creación legal", pero no en el sentido de excluir la culpabilidad, sino de aminorar la pena o eximir de ella, según el criterio del juez. La infracción queda subsistente cuando existe el error de derecho, sólo que "ex lege" desaparece sólo una de sus consecuencias o por lo menos se aminorar: la pena. Bajo el Código de 1924 —prácticamente en las mismas condiciones legislativas que hoy— la Corte condenó a un automovilista que ocasionó un accidente cuando circulaba a menos de 25 kilómetros por hora, pero a más de 15 por hora que era la velocidad permitida en ciudad por el Reglamento (Ley). Salvo esta violación relativa a la velocidad, en todo lo demás su conducta fue prudente. El Jefe de Tráfico había autorizado a todos los automovilistas a conducir dentro de la ciudad a 25 kilómetros por hora. Casación condena: "El automovilista conducía su carro a una velocidad no autorizada por la ley, pero sí por una concesión del Jefe de Tráfico que aún no ha sido derogada. Esto, sino exime de responsabilidad porque nadie puede alegar ignorancia de la ley, puede constituir una atenuante muy calificada..." (Sent. Cas. 3:45 p.m. de 2 de octubre de 1933 (Col. Sent. Cas. 1933 - II Sem. T único, pág. 435)).⁽⁴²⁾

Desde el momento en que no hay que buscar la culpabilidad en la violación del reglamento, porque ella existe desde el momento mismo de su violación, es comprensible que un menor de tres años pueda incurrir en violación de reglamento y posibilitar un rebajo de la pena imponible al individuo que fue su victimario. Así, un niño de tres años es arrollado por un conductor cuando circulaba en su scuter por la calle. El automovilista es condenado, pero Casación dice: "También lo favorece y es motivo para atenuar su pena, la circunstancia de que el niño corría en la calle en scuter

(42) El caso anterior podría plantearse también como una causa de no culpabilidad. Para ello basta considerar el error de derecho incurrido por el automovilista en el caso citado, como el producto de un error de hecho que lo precedió y que lo absorbe. El error de hecho, admitido por nuestra jurisprudencia como causa de inimputabilidad (véase pág. 295), consiste en creer en que son exactas las órdenes dadas por el Jefe de Tráfico. Como tal error de hecho es invencible, imposibilitaría una condenatoria penal. Esta solución tiene la ventaja de ser equitativa, al mismo tiempo que deja en pie el principio "nemo censetur". Esta es la solución propuesta por Clavel a un caso parecido ocurrido en Francia (Véase, Note sous Trib. Corr. Nîmes, 21 nov. 1953, J. C. P. 1954 N° 7987).

contra la prohibición legal (artículo 33 de la Ley de Tráfico) . . .” (Cas. 3:45 p.m. de 2 de octubre de 1933 - Col. Sent. Cas. 1933 - II Sem. pág. 435).

Por otro lado, la sola observación del reglamento no basta para excluir la responsabilidad penal. Al circular a 10 kilómetros por hora, puede haber precauciones a tomar, según el estado del vehículo, el estado de la carretera, etc. El ajustarse al reglamento no excluye la posibilidad de una conducta imprudente o negligente. Por ello, la tesis de la inobservación de reglamentos, en tratándose de delitos de circulación, solamente la aplica la Corte cuando el automovilista ha traspasado la velocidad permitida. En algunas sentencias declara Casación que la velocidad prudente es aquella que permite al automovilista frenar a tiempo su vehículo. Tal tesis fue afirmada para excluir la posibilidad del “favor rei”, en especial, la retroactividad “in mitius” cuando después de la comisión de la infracción y antes del fallo definitivo del asunto, hay modificación del reglamento, en el sentido de ampliar la velocidad. Así, dice: “...no tiene importancia en este juicio, la otra alegación del recurrente de que como la Ley del 35 amplió la velocidad máxima permitida, se debió haber dado efecto retroactivo a esa ley y no tener por demostrada la imprudencia del conductor del vehículo; la velocidad que según los jueces de instancia debía llevarse en aquellas circunstancias, para que no hubiera imprudencia, era la que permitía refrenar fácil y rápidamente el automóvil” (Cas. 9 a.m. del 14 de agosto de 1936 (Col. Sent. Cas. 1936-II Sem. T. único, pág. 307)).

Respecto a la violación de reglamentos, en las legislaciones que la consagran, no en la nuestra, se discute si una vez inobservado el reglamento es necesaria además una conducta imprudente o negligente. Los autores argentinos son partidarios de esta tesis, lo que equivale a eliminar la inobservación de reglamentos, es decir la falta contravencional como fuente de responsabilidad penal contra lo que dice la ley. Es, pues, una interpretación doctrinal “contra legem”.⁽⁴³⁾ Esta posición es inexplicable porque lo que es la falta

(43) La legislación Argentina consagra como fuente de responsabilidad penal en homicidio y lesiones culposas la violación de reglamentos, disposición que no se encuentra en la nuestra. Para Sebastián Soler (Derecho Penal, T. III, págs. 103 - 104) es necesaria la imprudencia o la negligencia en todas las formas enumeradas por la ley, aún en la inobservación de reglamentos. Nos dice “No se trata de imputar objetivamente el resultado producido mientras el sujeto se hallaba en violación de ordenanzas, leyes o reglamentos. Esto llevaría a una hipertrofia de la culpabilidad, por una parte, y por la otra parece afirmar el falso principio: dentro del reglamento, carta

contravencional lo dice el Derecho administrativo, no el Derecho penal.⁽⁴⁴⁾

En las legislaciones en que se consagra en homicidio y lesiones culposas la violación de reglamentos como fuente de responsabilidad penal no se produce una uniformidad de la doctrina respecto a la aceptación de la situación. Tal es el caso de los autores italianos que critican la “colpa per inosservanza di leggi”. Bettiol nos dice⁽⁴⁵⁾ que lo que predomina en este tipo de culpa es la presencia pura y simplemente del nexo de causalidad. Rokofyllos⁽⁴⁶⁾ dice que la falta contravencional es uno de los medios por los cuales se ha deformado la culpabilidad en la jurisprudencia francesa. Por otro lado nos dice Quintano Ripollés que “...la técnica franco-italiana —aunque templada últimamente en sus jurisprudencias— no es otra cosa que la criminalización arbitraria de normas administrativas en vistas a un resultado dañoso independiente de todo elemento subjetivo determinante de la conducta; en otras palabras, constituyen infracciones administrativas calificadas por el resultado”.⁽⁴⁷⁾

Para apreciar la posición de la Corte y saber si está aplicando la ley por analogía es necesario hacer varias distinciones en lo que se refiere a su jurisprudencia de los artículos 190 y 209 del Código Penal.

a) En algunas sentencias se condena, además de la violación del reglamento por imprudencia o por negligencia. En estos casos

blanca”. Desde luego, que consagrar en una legislación la violación de reglamentos como fuente de responsabilidad culposa es presumir la culpabilidad. Si se quiere evitar esta consecuencia, lo que hay que hacer es reformar la legislación. Por otro lado, sabemos que la jurisprudencia de la mayoría de los países excluye la posibilidad de la carta blanca una vez que el individuo se ajustó al reglamento. Ello es lógico, pues los tribunales pueden encontrar, aún en el caso de ajuste al reglamento, comportamientos culposos en virtud de imprudencia, negligencia, impericia, etc. La falta de imprudencia, negligencia, etc., es prácticamente la misma falta de los cuasidelitos del derecho civil y es totalmente distinta a la falta contravencional.

La misma posición de Sebastián Soler es seguida por Jiménez de Astúa (Tratado de Derecho Penal, T. V, pág. 936 ss., Losada, Buenos Aires, Argentina, 1963).

(44) No puede exagerarse la autonomía del derecho penal bajo pena de violación del principio de legalidad. El juez se convertiría en legislador si quisiera dar una definición propia al derecho penal de todo concepto extrapenal que aparezca.

(45) Diritto Penale, G. Priulla Editore, Palermo, 1950, 2ª edizione, pág. 229.

(46) Op. Cit. pág.

(47) Op. Cit. pág. 284.

la referencia a la violación del reglamento se hace simplemente para reforzar las razones dadas para la condenatoria por imprudencia o negligencia. Respecto a ellas no hay problema.

b) En otras se deduce la negligencia o la imprudencia de la sola inobservancia de los reglamentos. Este grupo de sentencias es el más numeroso. Un caso típico es la sentencia de Cas. de 16:50 h. de 11 de enero de 1966 (Col. Sent. Cas. 1966, I Sem. T. I, pág. 130). La Corte condena como autor del cuasidelito de homicidio al guarda que tira sobre las ruedas del vehículo en que huían unos contrabandistas de licor, matando a uno de ellos. La Corte dice que debe responder por cuasidelito de homicidio "... habiendo el acusado usado el arma en contra de lo que establecen los reglamentos, obró con imprudencia y debe imputársele el cuasidelito de homicidio".

Esta segunda hipótesis es claro que se aplica analógicamente la ley penal, si cabe la expresión, aunque no es exactamente un caso de analogía.

Es una aplicación indebida de la ley penal porque, según el Código de 1941 la inobservancia de reglamentos no es fuente de responsabilidad en las infracciones culposas definidas en los artículos 190, 198, 209, 336, ni 407. Solamente aparece mencionada en los artículos 316, 328 y 381. El mismo legislador ha ordenado el tratamiento distinto de estos artículos.

La tesis de la Corte de que debe tenerse por establecida la imprudencia desde que se viola un reglamento no es aceptable. En los artículos 190, 198, 209, 336 y 407 la apreciación de la conducta debe hacerse "in abstracto", es decir, de conformidad con lo que habría hecho y pensado o no habría hecho un "bonus pater familias", un hombre medianamente prudente y diligente. Podría ocurrir que un hombre medianamente prudente habría asumido el riesgo de correr a más de 60 kilómetros por hora en ciudad, en cuyo caso es necesario excluir la culpabilidad del reo. En los artículos 316, 328 y 381, la conducta del indiciado debe apreciarse también "in abstracto", de acuerdo con el hombre medio, mientras no haya habido "inobservación de las ordenanzas y reglamentos...", pues desde el momento en que esto se produce, la responsabilidad penal se encuentra comprometida, sin que sea necesaria la prueba de que un hombre medio no habría asumido el riesgo que el reo asumió.

Es decir, la solución de los artículos 316, 328 y 381, es mucho más represiva que la de todos los otros artículos que castigan los hechos culposos.

¿Cómo explicar la actitud de la Corte? Creemos nosotros que ella se explica por varios motivos.

1) En primer lugar el Código de Astúa (Código de 22 de abril de 1924) en los delitos correspondientes a homicidio y lesiones culposas tenía a la falta contravencional como fuente de responsabilidad penal.⁽⁴⁸⁾ La ley N° 19 de 30 de mayo de 1925 eliminó de estos artículos la referencia a los deberes del cargo y a la inobservancia de reglamentos como causa generadora de responsabilidad penal. (Colección de Leyes y Decretos, I Sem. T. II 1925, pág. 764).

2) En segundo lugar, por la relativa frecuencia con que comienzan a acontecer los hechos culposos, después de la introducción de los automóviles como medio común de locomoción. La solución más fácil para asegurar una rápida represión y una segura indemnización a las víctimas es echar mano a la violación de reglamentos, con la simplificación de los problemas de prueba que ello conlleva.

3) En tercer lugar por la enorme influencia de los autores cuyas legislaciones tienen a la inobservancia de reglamentos como fuente de responsabilidad penal culposa (autores argentinos, franceses, italianos, especialmente)

4) Por último, el hecho de que la solución exista en los artículos 316, 328 y 381, como vimos.

Todo ello hace que se ancle en nuestra jurisprudencia una solución que en la mayoría de los casos en que ha sido declarada, no está permitida por el Código de 1941 y que tampoco será permitida por el proyecto de Código penal, si llegare a aprobarse.

⁽⁴⁸⁾ El artículo 246 castigaba al que por "... imprudencia, negligencia, impericia en su arte, oficio o profesión, o inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo, causare la muerte de otro...". El artículo 262 redactado en forma igual castigaba a quien causare en el cuerpo o la salud de otro una lesión.

^(48 bis) Entre los autores que han tenido más influencia en nuestros tribunales están los argentinos. Ellos hablan de la violación de reglamentos porque su Código los tiene como fuente de responsabilidad culposa. El artículo 84 del Código Argentino, por ejemplo, nos dice: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o los deberes de su cargo, causare a otro la muerte". (Código Penal de la República Argentina y sus Leyes y Decretos Complementarios, Víctor P. de Zavallía, Editor, Buenos Aires, 1968).

Sección II - El resultado.

a) Su importancia

Vimos que una condición para la existencia del delito culposo es el resultado. No es, pues, el comportamiento culposo en sí, lo que es castigado, sino un comportamiento culposo que comporta un resultado penalmente castigado. Podemos decir incluso, que los delitos culposos son delitos calificados por el resultado.⁽⁴⁹⁾

De esta característica de los delitos culposos derivan dos consecuencias: a) Un comportamiento, por más monstruoso e imprudente que sea, no es suficiente para constituir una infracción culposa. Es necesario que ese comportamiento desemboque en una lesión efectiva a un bien jurídicamente protegido. Sería posible concebir sin embargo, como dice Rokofyllos,⁽⁵⁰⁾ el castigo de solamente comportamiento culposo con independencia del resultado que eventualmente pueda producir, desde el momento en que este comportamiento es objetiva y subjetivamente peligroso, por el peligro que crea. Sin embargo, salvo contadas excepciones, lo que las legislaciones castigan es simplemente el comportamiento que produce un resultado.⁽⁵¹⁾ La característica de los delitos culposos de no ser castigados sino cuando causan un resultado la expresa Welzel diciendo que "... al desvalor de la acción debe añadirse, generalmente, el desvalor del resultado".⁽⁵²⁾ Esta característica no se encuentra generalmente en los demás delitos, en los que se castiga el desvalor del resultado y de la acción, o solamente el desvalor de ésta última, como sucede, por ejemplo, cuando se castiga la tentativa.⁽⁵³⁾

Además de ser condición "sine qua non" para el castigo del delito culposo, el resultado es piedra angular del sistema represivo en estos delitos.⁽⁵⁴⁾ Es la importancia del resultado lo que deter-

(49) Welzel, Op. Cit., pág. 986. Véase, sin embargo, lo dicho en la nota (9).

(50) Op. Cit., pág. 16.

(51) La Legislación francesa castiga con pena de multa o prisión la conducción de vehículos de motor en estado de embriaguez. Intentar esto en nuestra legislación, debido a la tesis de la licitud (ilicitud) de la conducta del acto inicial a que hicimos referencia, acarrearía la consecuencia de tener que castigar el homicidio producido por quien conduce en estado de ebriedad como un delito doloso, calificado por el resultado.

(52) Op. Cit., pág. 998.

(53) Maurach, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, ediciones Ariel, Barcelona, 1962. pág. 222.

(54) Rokofyllos, Op. Cit., pág. 16.

mina la pena a imponer. Para convencerse basta mirar el artículo 190 y 209 del Código Penal. Lo que determina la imposición de la pena corresponde al homicidio o a las lesiones, no es el comportamiento culposo en sí, sino el resultado que éste haya producido.

Esta importancia del resultado hace que en este tipo de delitos el equilibrio entre el comportamiento y el resultado del mismo se rompa.

Para poner coto a este reino del resultado sobre el comportamiento, se han ideado varios sistemas. Bekaert⁽⁵⁵⁾ cita una sentencia de la Corte de Casación de Bélgica de 5 de mayo de 1941, según la cual es necesario disociar el acto que engendra las consecuencias, de las consecuencias mismas. En esta decisión la Corte de Casación Belga establece varias consecuencias y conclusiones: a) Que el homicidio y las lesiones culposos constituyen una circunstancia del hecho, consecuencia de un acto inicial autónomo. b) Este acto inicial debe ser voluntario; es indiferente, además, saber si es o no penalmente sancionado. c) La voluntad de cometer el acto inicial debe existir: el autor debe ser capaz física y mentalmente. Por tanto, en lo que respecta a este acto, el individuo puede invocar las causas y medios de excusa y justificación que comporta la ley: un niño o un loco no podrá cometer un hecho culposo. Esta posición permite, según Bekaert, disociar la imprudencia, en el plano social, del daño por ella producido, porque ella se castiga como manifestación de peligro. La reacción de la sociedad contra ese peligro encuentra su justificación y medida en la importancia de la culpa (relación individual de temibilidad) y no en la importancia de las consecuencias.⁽⁵⁶⁾ El delincuente sería punible, aún sin resultado, pues ya ha habido violación de las normas de diligencia o de prudencia.⁽⁵⁷⁾

b) Castigo sin resultado.

Se hacen objeciones serias al castigo del comportamiento culposo sin resultado. En primer lugar, ello parece casi imposible, por

(55) Bekaert "Circonstances aggravantes de l'imprudence" en Revue de Droit Pénal et de Criminologie" 1954, Bélgica, Bruselas, 1954, pág. 244.

(56) Bekaert, Op. Cit., pág. 242.

(57) Hans Heinrich Jescheck "La structure juridique de la négligence et son régime en droit pénal moderne", en Revue Internationale de Droit Pénal, 1965, Paris, Sirey, 1965, pág. 23.

el hecho psicológico e irracional de que es el desenlace fatal de un accidente lo que hace la pena soportable para el público. La misma pena, impuesta sin resultado provocaría en el público la piedad.⁽⁵⁸⁾ Por otro lado, no todo comportamiento imprudente crea un peligro. La represión de todo comportamiento imprudente crearía una inflación de la pena que perjudicaría la eficacia del derecho penal. Por último, puede argumentarse que las infracciones culposas sin consecuencias solamente podrían ser perseguidas después de haber sido constatadas por la policía⁽⁵⁹⁾, que está lejos de ser omnipresente; cuando ella está presente, no siempre puede identificar al autor de la infracción: imponer una pena por un hecho que muchos cometen impunemente contendría un elemento de contingencia que choca al sentimiento de justicia.

Una atenuación particularmente importante de la preponderancia del resultado ha sido hecha en el sistema penal norteamericano. La teoría norteamericana establece una distinción entre la "temeridad" y la "negligencia", en función de realidades psicológicas. En la primera hay representación intelectual de la posibilidad o de la probabilidad de un resultado criminal; en la segunda, esta representación no existe. Por tanto, se define la "negligencia" como el hecho de ocasionar un daño "ilegal" cuando los riesgos de causarlo no han sido anticipados por el agente que pudo y hubo de preverlos. La causa del daño ilegal es cualquiera que se ha aventurado en una acción de cualquier naturaleza. El hecho importante que debe tomarse en consideración es que el resultado no fue tenido en consideración por el agente, ni en la zona de identificación volitiva ni en la zona de representación intelectual. Desde el momento en que no hubo representación intelectual, no puede haber identificación volitiva; en este caso, toda investigación de los motivos del agente y de su voluntad sobra. Esta posición permite llegar a la conclusión de que las consecuencias imprevistas de una línea de conducta no tienen ninguna relación de simultaneidad con las facultades psicológicas del agente. La "mens rea" opera aquí como un factor limitativo de la relación de causalidad, con lo cual, no toda conducta subyacente basta para declarar la responsabilidad penal del agente. Lo importante no es el examen del resultado causado,

(58) Langemeijer, Actes du VIII Congrès International de Droit Pénal, Lisbonne 21-27 septembre, 1961, Paris, Sirey, 1965, pág. 82.

(59) Langemeijer, Op. Cit. Loc. Cit.

sino el examen de la "mens rea", por lo que puede afirmarse que la concepción norteamericana es particularmente subjetiva.⁽⁶⁰⁾ El derecho norteamericano puede llegar a esta posición porque parte del reconocimiento de la necesidad de estudiar las realidades antropológicas y sociológicas que están detrás del delincuente culposo, idea extraña al derecho continental y a nuestro derecho, que identifica la culpa penal y la culpa civil.

El derecho norteamericano define la "negligencia" como una aptitud, más que como una actitud. La formación caracterológica se realiza en los primeros años del individuo. La sanción se le impone cuando ya ha avanzado bastante en la vida, lo que es de poco valor, porque la causa del hecho culposo está anclada en su carácter y la cárcel no podrá cambiarlo. La consecuencia que se sigue es que no cabe hablar, según Cannals⁽⁶¹⁾ de sanción, respecto al delincuente culposo, sino de reeducación del carácter.

(60) M. Cannals, Actes du Congrès de Lisbonne, Op. Cit. pág. 91.

(61) Cannals, Op. Cit. pág. 93.

a) **Resultado = Consecuencia inmediata y directa de la acción culposa.**

No basta un comportamiento culposo y un resultado; es necesario que este resultado sea causado por el comportamiento culposo. Es decir, que el resultado dañoso causado debe estar unido con la conducta culposa por una relación de efecto a causa. Esta característica es lo que denomina relación de causalidad.

La relación de causalidad es el aspecto material de la culpabilidad. Esta relación de causalidad se presenta también en los delitos dolosos. El hecho de saber cuándo una determinada manifestación de voluntad representa la causa de un resultado castigado, es un problema que pertenece a la teoría general del delito.⁽⁶²⁾ Aunque la relación de causalidad existe en los delitos intencionales, tiene su estudio mayor importancia en los delitos culposos, pues en los primeros hay un elemento psicológico que une el sujeto con el resultado: este elemento es la intención. Un individuo dispara contra otro y lo mata; el problema de la causalidad material tiene poca importancia. Por el contrario, en el delito culposo existen dos hechos sucesivos: la conducta y el daño o el peligro, que no están unidos por la intención. Por ello es necesario averiguar si entre esta conducta y este resultado existe relación de causalidad.⁽⁶³⁾ En términos generales puede decirse que esta relación de causalidad existe cuando no se puede hacer abstracción de la acción, sin que desaparezca al mismo tiempo el resultado.⁽⁶⁴⁾

Esta característica de la relación de causalidad la expresa Casación diciendo que "Para que exista delito culposo es necesario que el suceso sea consecuencia inmediata y directa de la acción culpable del agente" (Cas. 15.45 h. del 28 de julio de 1965 (Col. Sent. Cas. 1965, II Sem., pág. 176)).

Es necesario agregar a lo anterior la incidencia efectiva de la violación del deber de cuidado o de atención en el daño sobrevenido. Esta incidencia no existe en el caso de coincidencia pura-

(62) Maurach, Op. Cit. 223.

(63) Enrico Altavilla, "La Culpa", pág. 134. Editorial Temis, Bogotá, 1956.

(64) Jescheck, Op. Cit., pág. 35; Maurach, Op. Cit., pág. 225.

mente fortuita de varios factores, como es el caso siguiente ocurrido en Alemania y citado por Jescheck: un conductor cuyo permiso para conducir ha expirado y que transporta ilegalmente alcohol, atropella un peatón sin culpa de su parte.

No hay ninguna relación en este caso entre el resultado producido (muerte del peatón) y la norma jurídica violada; la esfera de protección de ésta no alcanza al resultado.

Puede ocurrir que en la producción de un resultado intervengan otras causas además de la conducta imprudente del individuo, de modo que tal conducta siendo la causa directa inmediata, no es por sí sola suficiente para producir el resultado. Así, puede ocurrir que un accidente ferroviario sobrevenga, por una actitud imprudente a la que se juntan otras causas, tales el trazado defectuoso de la línea, corto radio de las curvas, próximas a un puente sin defensas. Estas causas secundarias no exculpan la responsabilidad penal del individuo cuya actuación imprudente produjo el resultado, salvo cuando sean la causa única de la producción del resultado. Para que pueda excluir la culpabilidad, dice la Corte, es necesario que "... las causas no dependientes de su voluntad o de su culpa fueran contrarias a la idea de ésta última". Falta de este antagonismo, el mal trazado de la línea, por ejemplo, en un accidente ferroviario, no exculpa al maquinista que comete la imprudencia de viajar a una velocidad excesiva, o al conductor que descuida sus obligaciones (Sent. Cas. 4:10 p.m. del 28 de marzo de 1930 (Col. Sent. Cas. 1930—I Sem., pág. 237)).

b) **La regla "causa causantis est causa causati".**

En lo que respecta a la relación de causalidad, es necesario recordar la regla según la cual la causa de la causa es la causa del resultado ("causa causantis est causa causati"), que significa que la acción imprudente no es necesario que sea la causa inmediata y directa del resultado. O bien, que no necesariamente es la causa del resultado la última causa cronológica. Según esta regla, derivada de la teoría de la "conditio sine qua non", basta que el resultado derive de esta acción⁽⁶⁵⁾. Así, un empleado de ferrocarril olvida cerrar la puerta del vagón. Una vez que el tren está en marcha, un niño se apoya en la dicha puerta y cae a la vía. Su padre, deses-

(65) Constantaras, Christos, Op. Cit. pág. 849.

perado, se precipita a salvarlo. El niño resulta ileso, pero el padre muere. Este caso fue conocido por la Corte de Casación de Roma el 22 de mayo de 1891, la que condena al empleado del ferrocarril culpable de la muerte del padre. En el mismo sentido resolvió nuestra Casación que son culpables de homicidio culposo dos individuos que, encontrando a un ebrio en una cantina, lo recogen con el objeto de llevarlo a su casa y, que luego, al no encontrar la casa, lo dejan a la orilla de una carretera, de donde rueda y es arrollado por un carro y muerto, sin que pudieran conocerse a los autores del atropello (Cas. 15:10 h. de 27 de julio de 1945 (Col. Sent. Cas. 1945. II Sem. pág. 484)). La regla "la causa de la causa es la causa del mal causado" podría extender mucho la responsabilidad penal⁽⁶⁶⁾ y permitiría imputar el resultado a una causa bastante lejana. Prins pone el siguiente ejemplo: dos hombres pelean en la calle. Uno de ellos hace caer a su adversario quien se golpea la cabeza y muere. Un transeúnte, testigo de la pelea y de la caída, hace un brusco movimiento hacia atrás y es arrollado por un automóvil y muere. Este último muerto es transportado a su casa y su mujer, al ver el cadáver, muere del corazón debido a la fuerte emoción recibida. ¿Serán estas dos últimas muertes imputables al individuo que hizo caer a su adversario sobre la acera? No. El "causa causantis" no llega hasta ahí, pues está limitada por la posibilidad de prever el resultado que tenía el agente de la infracción culposa.⁽⁶⁷⁾ En el ejemplo anterior, quien hizo caer a su adversario sobre la acera, no pudo prever la muerte de las dos otras personas.

Vimos la importancia que tiene la culpa de la víctima en los delitos culposos. Cuando el accidente se produce exclusivamente por la culpa de la víctima, a pesar de que la acción del otro individuo concurre al resultado, al asumir la culpa de la víctima el papel de causa directa en el accidente, es respecto a ella que hay que ver la relación de causalidad. En estos casos y especialmente en

(66) Siendo esta regla referida a la relación de causalidad, no puede confundirse con la teoría del error en derecho penal, concretamente, con el "aberratio ictus". Por ello creemos que no es exacto lo que dice la Corte de Casación en su sentencia de las 14:45 h. de 20 de junio de 1956 (Col. Sent. Cas. 1956 - II Sem., pág. 924). En ella leemos: "La intervención del reo fue causarle un daño o una lesión capaz de ocasionarle la muerte dada la forma del ataque y el arma empleada, y que por una circunstancia extraña a la intervención de aquél se desvió hacia un tercero. El caso hace aplicación del aforismo de que 'quine es causa de la causa es causa del mal causado', fundamento de la responsabilidad del delincuente en el caso del "aberratio ictus".

(67) Christos Constantaras, Op. Cit., pág. 850.

accidentes de la circulación, "... la doctrina en materia de accidentes automovilísticos, para determinar la responsabilidad de esos eventos, toma muy en cuenta la causa determinante del accidente para graduar esa responsabilidad y aun para excluirla en favor de uno o algunos de los participantes..." (Sent. Cas. 15 h. de 22 de Oct. de 1958 (Col. Sent. Cas. 1958 - II Sem., Vol II, pág. 552)); en el mismo sentido, Cas. 16:15 h. de 10 de diciembre de 1958 (Col. Sent. Cas. 1957 - II Sem. Vol II, pág. 762). Es por este medio que se equilibra, en los hechos culposos, la rigurosa jurisprudencia de la Corte sobre la violación de reglamentos.

Capítulo II - Examen de algunos problemas relacionados con el hecho culposo.

a) Lo ilícito penal y lo ilícito civil.

El problema que plantea esta parte de nuestro trabajo es el siguiente: ¿Cuál es la naturaleza de la culpa penal en las infracciones culposas? Esta naturaleza solamente puede determinarse distinguiéndola de la culpa civil.⁽⁶⁸⁾

La primera pregunta que surge es si la culpa penal y la culpa civil son idénticas o si al contrario, se diferencian.

Según la doctrina, culpa penal y culpa civil se identifican desde el punto de vista ontológico, pero se diferencian desde el punto de vista externo, porque: a) la culpa penal acarrea, en los cuasidelitos, consecuencias más graves. b) Cada una de estas culpas tiene un sistema probatorio que le es propio. Mientras que en la culpa civil funcionan una serie de presunciones, en la culpa penal —al menos en el derecho procesal moderno— opera el sistema de la prueba directa. c) Desde el momento que el derecho civil excluye la responsabilidad de aquél que hace todo lo posible por evitar el daño, no se aparta mucho del criterio penalístico de que quien hace todo lo posible por evitar el daño, no puede ser objeto de sanción.⁽⁶⁹⁾

Lo que importa es determinar cuál es la posición de nuestra jurisprudencia respecto al problema: si identifica o si diferencia ambas culpas, la penal y la civil. Este problema debe plantearse en los siguientes términos ¿Permite la ley penal, en su definición de los delitos culposos —y la jurisprudencia que la interpreta— hacer una distinción de los hechos culposos según su gravedad?. Esto equivale a plantear el problema de los grados de la culpa.⁽⁷⁰⁾

El Código vigente no acepta diferentes grados de la culpa. La más mínima culpa compromete la responsabilidad penal. Si bien es cierto que tanto el artículo 190 y el 209 comportan que “Cuando el ofendido haya incurrido a su vez en imprudencia, descuido o negligencia, la pena ordinaria podrá reducirse hasta en

(68) Miguel Caero, en Acte du VIII Congres International de Droit Pénal, Op. Cit., pág. 76.

(69) E. Altavilla, “La nozione della Colpa...”, Op. Cit., pág. 14.

(70) Alfred Légal, Op. Cit., pág. 1079.

una mitad, atendiendo a la propia culpa del perjudicado y a las circunstancias modificativas de responsabilidad”, no establece exclusión de responsabilidad, existiendo culpa, sino una simple circunstancia atenuante.

Estando en vigencia el Código de Carrillo y en los primeros años del Código de 1924, la jurisprudencia exigía, para tener por constituida la culpa, que ésta fuera temeraria. Esta noción era tomada del derecho civil y en el derecho penal presuponía la distinción entre culpa consciente e inconsciente.

En derecho civil existe la distinción entre falta grave (culpa lata), ligera (culpa levis) y muy ligera (culpa levissima). La doctrina, especialmente del siglo pasado, sostuvo que la culpa levis no debía ser castigada en derecho penal, pues en cierta medida se confundía con el caso fortuito.

La jurisprudencia anterior a 1926 exigía que la imprudencia, para ser penalmente relevante, fuera temeraria, es decir, que la culpa que estaba a la base del comportamiento debía ser grave (culpa lata). Esta jurisprudencia era sumamente benevolente respecto al delincuente culposo.

Así, en Cas. 9:50 a.m. del 25 de julio de 1923 (Col. Sent. Cas. 1923 - II Sem., pág. 77); 3 p.m. del 16 de febrero de 1905 (Col. Sent. Cas. 1905, I Sem., pág. 99); 3:10 p.m. de 6 de mayo de 1908 (Col. Sent. Cas. 1908, I Sem., pág. 293); 3:01 p.m. de 23 de diciembre de 1908 (Col. Sent. Cas. 1908 II Sem., pág. 582); 2 p.m. del 30 de octubre de 1907 (Col. Sent. Cas. II Sem., pág. 283); Cas. 2:30 p.m. de 23 de noviembre de 1921 (Col. Sent. Cas. 1921 - II Sem., pág. 426); entre otras.

Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 19 de 30 de mayo de 1925, reforma los artículos 246 y 262 del Código de 1924. Con esta reforma la jurisprudencia de la Corte de Casación se hace más represiva. Con este Decreto Legislativo, se acaba la exigencia de que la imprudencia sea temeraria.

“No es preciso —dice la Corte— como en el recurso se sustenta, que la imprudencia, negligencia o descuido sea grave para que el homicidio así causado resulte punible, pues los términos extensivos de la citada ley no permiten darle esa interpretación” (Sent. Cas. 1:35 p.m. de 29 de julio de 1926 (Col. Sent. Cas. 1926 -

II Sem., pág. 142)). En el caso concreto, el autor de un disparo que tenía en su mano un arma en mal estado y que mató a otro, es responsable, porque las pruebas "... patentizan que hubo imprudencia de la parte de éste al maniobrar frente a otra persona con un revólver cuyas condiciones desconocía, sin tomar ninguna precaución y sin tratar de cerciorarse si estaba descargado...". Es decir, ya no es necesaria la imprudencia temeraria para poner en movimiento la represión.

Todavía en 1938 un recurrente alega que su imprudencia no fue temeraria, por lo que, a pesar del resultado, debe estar exento de responsabilidad. La respuesta de Casación es clara y supone la equiparación de la culpa penal y de la culpa civil: "Que la disposición del artículo 262 del Código Penal ni la correlativa del artículo 1045 del Código Civil, exigen para la atribución del hecho culposo que sea temeraria la negligencia del que causa el daño, bastando al efecto que haya procedido con omisión de las precauciones que la procedencia vulgar aconseja, que es el caso presente, según las conclusiones a que han llegado los jueces de instancia" (Sent. Cas. 10:10 h. de 22 de enero de 1938 (Col. Sent. Cas. 1938 - I Sem., pág. 171)).

Luego, es inaplicable en nuestro derecho la opinión, según la cual sólo la falta grave o gravísima debe ser castigada y no la falta muy ligera (levísimas). Esta opinión por lo demás, no es fundada. En derecho penal la culpa existe o no existe; no hay término medio.⁽⁷¹⁾ Si no hay dolo ni hay culpa, el resultado que sobreviene es simplemente casual; es un simple accidente sin consecuencias penales. Por tanto, en circunstancias en las que la posibilidad de prever el resultado eran sumamente difíciles, no podemos decir que no haya habido la posibilidad de prever. Si esta posibilidad de prever no existe, el resultado sobrevenido será casual. Pero si existe esta posibilidad de previsión, por mínima que sea, entonces existirá la culpa.

Desde luego, que en los casos en que fuera el resultado difícilmente previsible, dentro de los términos fijados por la ley, el juez debe tener la facultad de disminuir la pena, como también de aumentarla en el caso de que el resultado fuera fácilmente previsible. Lo mismo podrá decirse de la culpa de la víctima que con-

(71) Constantaras, Op. Cit., pág. 833.

curre al resultado, sin ser la causa. Pero estas son simples circunstancias agravantes o atenuantes, según el caso, que no influyen en la calificación de los hechos, sino en el monto de la pena a imponer.

Esta identidad de la culpa penal y de la culpa civil conduce a la Corte a decidir que "Reconociendo generalmente que los principios reguladores de la responsabilidad del porteador en el transporte de personas, son aplicables a los viajeros de avión, resulta que el porteador tiene la obligación de llevar al viajero sano y salvo al punto de destino y hay en su contra una presunción de culpa en lo civil —que admite en su favor demostración de la fuerza mayor o de la propia culpa del viajero— y de dolo en lo penal; de modo que mientras ley en la materia que ponga límites a la aplicación de los principios generales de derecho, éstos tienen que ser la norma de los jueces en cada caso... En el presente caso, los viajeros no entraron a su destino, dos murieron y dos se lesionaron al caer" Sent. Cas. 1942 (Col. Sent. 1942, pág. 1101). Asimismo en una sentencia de 1945 (Cas. 15:10 h. de 27 de julio de 1945 - Col. Sent. Cas. 1945 - II Sem. T. único, pág. 484) pre-citada se hace también una clara referencia al contrato de transporte, para configurar, de contragolpe, la responsabilidad penal por cuasidelito. En ella Casación dice "A más... es de pensar, en garantía futura de la seguridad de las personas y por impulso de humanidad, que no aprecia mal el juez, como lo hace, puesto que aún llevando carga o mercancías el conductor del automóvil —no ya una persona en estado de inconsciencia— aún así habría incurrido en imprudencia grave⁽⁷²⁾ si por no encontrarse a mano el domicilio del destinatario, hubiese abandonado el depósito a la vera

(72) En derecho penal no se aplica la regla del derecho civil, según la cual la culpa grave se asimila al dolo. En el derecho civil la equivalencia de una falta no intencional pero grave y de la falta intencional es aceptada. Desde luego, esto no sucede en derecho penal, pues esta asimilación está prohibida por la definición. El autor de un hecho culposo jamás podrá ser castigado como autor de un homicidio doloso, por más grave que haya sido su culpa. Decimos que entre la culpa penal y la culpa civil existe identidad cuando se trata de hechos culposos, pues la definición de la culpa penal en estos delitos es tan amplia que la misma puede comprender cualquier falta civil. Esta identidad es indiscutible desde el momento en que el texto penal castiga toda culpa que produce, por ejemplo, en el artículo 190 y 209, la muerte o las lesiones de otro, sin que sea posible distinguir entre los grados de la culpa. Es decir, aún lo que en derecho civil se llama "culpa levísima" compromete la responsabilidad penal (M. Jean Deprez, "Faute Pénale et Faute Civile", Librairie Dalloz, 1956, pág. 178). Así, por ejemplo, los términos empleados en los artículos 190 y 209 del Código penal ("imprudencia, descuido o negligencia") son tan amplios que engloban todos los elementos de la culpa civil personal, definida en el artículo 1045 del Código Civil. Desde luego, esta asimilación sólo es posible hacerla cuando se trata de la culpa civil personal del artículo 1045.

del camino. Los conductores de vehículos cuando conducen personas y con más razón, enfermos que no pueden valerse por sí mismos, están obligados a ponerlos a salvo de los riesgos de tránsito, si no quieren incurrir, precisamente, en la responsabilidad cuasidelictuosa que castiga el artículo 190 que se da por mal interpretado”.

En estas sentencias se va aún más allá. No solamente suponen la identidad de la falta penal y de la falta civil personal (respectivamente artículo 190 y 1045), sino que asimila la responsabilidad penal a la responsabilidad del transportista.

De la identidad de la culpa penal y de la culpa civil personal (respectivamente en homicidio y lesiones, artículo 190 y 209 Código Penal y 1045 Código Civil) deriva la importante conclusión de que después de haber sido el acusado absuelto en la vía penal, no podrá ser perseguido ante las jurisdicciones civiles para obtener la reparación del perjuicio producido.⁽⁷³⁾ Siendo idénticas la culpa penal y la culpa civil, el demandado podrá, ante la jurisdicción civil, oponer la excepción de cosa juzgada.⁽⁷⁴⁾

Del mismo modo debe concluirse que el juez civil que conoce de un juicio en reparación de un daño cuya causación culposa está sancionada en Código penal (por ejemplo, homicidio culposo o lesiones), debe esperar hasta que los tribunales penales resuelvan definitivamente el punto, en virtud de la regla “lo criminal mantiene a lo civil en estado”. Esta regla es impuesta por la naturaleza misma de los efectos y la fuerza que tiene la cosa juzgada en materia penal y en materia civil: la sentencia penal tiene efectos “erga omnes”, la civil “inter partes”. Esta característica es particularmente fuerte en los delitos culposos, dada la identidad de ambas culpas. No podría, el juez civil acordar una indemnización a los hijos del individuo muerto por la imprudencia de alguien, según el artículo 1045 Código Civil, sin constatar por lo mismo la existencia del homicidio culposo castigado en el artículo 190 Código Penal. Esto porque toda vez que sucede un homicidio por culpa de otro, culpa que puede entrar en el artículo 1045 C. Civil, automáticamente sale del derecho civil, para ser castigada por el derecho penal.

(73) J. A. Roux, Note Cas. Crim. Franç. 21 octubre 1926, S—1927—I—33.

(74) Joseph Beffort et Alain Schaack, “Le probleme de la chose jugée au pénal et son influence sur le civil”, en Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1966 - 1967, pág. 657 s.s.

Esta subordinación del juez civil a la sentencia penal ha sido duramente atacada porque deja a las víctimas sin indemnización. Por ello se dice que si la regla de la autoridad de la sentencia penal sobre la civil, se opone, en principio, en los hechos culposos, a que el juez civil retenga una culpa en la conducta del individuo que fue absuelto en lo penal por ausencia de culpa, una condenación en reparación es posible en lo civil, en razón de responsabilidades civiles distintas de aquellas fundadas en el artículo 1045. Así, la víctima de la infracción puede invocar una obligación contractual de resultado y la absolución o el sobreseimiento definitivo en lo penal no impide al juez pronunciar una condenación.⁽⁷⁵⁾ La obligación contractual de resultado no desaparece, en efecto, con la sola prueba de la ausencia de culpa. Así, por ejemplo, el médico que fue absuelto en la vía penal por homicidio o lesiones culposos causados en una operación, podría, en la vía civil, ser condenado si el juez civil descubre que su actuación viola el contrato previo hecho entre él y su cliente (o con el hospital), para la realización de la operación. Del mismo modo, la autoridad de la sentencia penal sobre lo civil no impide que el absuelto en la vía penal, sea condenado en lo civil, como civilmente responsable. En fin, pueden darse muchos ejemplos en los cuales, a pesar de la absolución en la vía penal, puede ser condenado en la vía civil por los mismos hechos.

Por otro lado, el artículo 871 del Código Civil nos dice que “Las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito se prescriben junto con el delito o cuasidelito de que proceden”. En lo que se refieren a los cuasidelitos penalmente sancionados —y dada la identidad de la culpa penal y de la culpa civil— el tiempo de prescripción de la acción penal (y por tanto, de la acción civil correspondiente) es de cuatro años (art. 173 y 174 del Código Penal), contados a partir del día de los hechos (consumación) si contra el individuo no ha habido enjuiciamiento (artículo 175 Código Penal). Esta prescripción de cuatro años de la acción civil proveniente del cuasidelito se justifica, por la identidad de ambas culpas —la penal y la civil— y por la autoridad de la sentencia penal sobre la sentencia civil. Sin embargo, puede conducir a enormes injusticias. Una vez prescrita la acción penal, no podrá intentarse la civil: las

(75) Jöele Fossereau, “Les Conditions d’application de l’autorité de la Chose Jugée au penal sur le civil”, en Revue de Droit Pénal et de Criminologie” 1966 - 1967, pág. 647.

lesiones cometidas por el médico pueden empezar a producir molestias 4 años después de realizada la operación en que fueron ocasionadas, por ejemplo. O bien, de un volconazo de un camión de pasajeros no resultan aparentemente consecuencias para las personas. Estas lesiones —provenientes, por ejemplo de golpes aparentemente leves de la cabeza— comienzan a molestar a la víctima después de que la acción penal está prescrita. Por ello, debe reconocerse que la solidaridad de la prescripción de la acción civil con la acción penal no puede aplicarse a las acciones que tienen su principio en un contrato anterior (caso del médico precitado). Del mismo modo encuentran su principio en un contrato anterior, la acción de indemnización proveniente de un accidente causada en los medios de transporte. No le es aplicable a esta acción, la prescripción de la acción penal proveniente del cuasidelito, pues la obligación del transportista —contrato de transporte— no desaparece con la sola demostración de la ausencia de culpa, sino que en lo civil, de acuerdo con el artículo 1048, sólo desaparece con la demostración de la fuerza mayor o de la propia falta de la persona lesionada o muerta. Esta solidaridad de prescripción no deja de estar montada sobre una enorme contradicción:⁽⁷⁶⁾ quien mata culposamente a otro y después de este hecho no es enjuiciado en los siguientes cuatro años, no podrá ser inquietado en la vía civil, por la subordinación de la prescripción de la acción civil a la prescripción de la acción penal (art. 871 Cód. Civ.). Pero quien solamente causa un cuasidelito de daños, que no está castigado en el código penal, está sujeto, por el contrario, a la prescripción decenal (artículo 1045 y 868 Código civil), en cuanto a la acción civil que puede dirigirse contra él. En suma, al menos en materia culposa, un individuo se ve mejor tratado si su actuación viola la ley penal y la ley civil, al mismo tiempo, que si viola solamente la ley civil.

La identidad de ambas faltas ha sido sumamente atacada por los autores modernos. En primer lugar se dice⁽⁷⁷⁾ que fue introducida tal identidad en el derecho penal por un error de interpretación de la Ley Aquilia.

(76) Albert Chavanne, "La solidarité entre les prescriptions de l'action publique et de l'action civile", en *La Chambre Criminelle et sa jurisprudence*, Editions Cuyas, 1965, pág. 425 ss.

(77) Garraud, Note cass. Crim. Franç. 21 oct. 1926, S—1927—I—33.

Por otro lado se hace notar que la identidad de culpas, penal y civil, contradice los fines del derecho penal moderno, que es la individualización de la pena y el conocimiento de la personalidad del delincuente. Desde el momento en que hay identidad de la culpa penal y de la civil, la culpa penal debe ser apreciada como la culpa civil, es decir "in abstracto". La apreciación "in concreto" está expresamente dejada de lado por el derecho civil. El derecho civil no tiene que sondear, en materia cuasidelictual, conciencias. El juez civil debe examinar el acto culposo mismo, separado del agente. Es decir, proceder por comparación y apreciar la falta comparando el comportamiento del individuo con el comportamiento de un arquetipo exterior a él: el buen padre de familia,⁽⁷⁸⁾ un hombre prudente y diligente. Este modo de apreciar la culpa en los delitos culposos, es una de las grandes diferencias de éstos con los delitos dolosos.⁽⁷⁹⁾ Desde luego, esta apreciación "in abstracto" significa simplemente que se compara la actitud del automovilista, para saber si fue imprudente, a la acción de un automovilista normalmente prudente y diligente. Pero en fin, es difícil poder hacer una apreciación "in concreto" en una categoría de delitos en los que la intención criminal, el querer el resultado y el tender hacia él, no existe.

Un problema distinto de la identidad de la culpa penal y de la culpa civil es el problema de la culpa compensada. Algunos autores se han preguntado si la culpa del agente no debería excluirse —o al menos, disminuirse— cuando al advenimiento del resultado ha contribuido la propia culpa de la víctima. Es decir, si puede aplicarse el derecho penal aquella máxima civilista del derecho romano, según la cual el que ha sufrido un daño por su propia culpa debe soportarlo, no parece haberlo sentido ("... quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire" — L. 203, Dig. de R. J. 50, 17)⁽⁸⁰⁾. Así por ejemplo, un transeúnte fuera de la zona de seguridad, quiere pasar la calle cuando viene un auto que apercibe a toda velocidad y que lo arrolla. Según una parte de

(78) Mazeaud et Tunc, "Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile Délictuelle et Contractuelle" Sixieme Edition, Editions Montchrestien, Paris, 1965, Tome I, pág. 494, N° 423.

(79) Fossereau, Op. Cit., pág. 642.

(80) Jean Constants, "Droit Pénal et Sport", Revue de Droit Pénal et de Criminologie, pág. 277, 1967, Bélgica, 1967, Bélgica, 1967; Garraud, "Les Sports et le Droit Pénal", Revue Internationale de Droit Pénal, 1924, Paris, Sirey, 1924, pág. 230.

la doctrina la culpa del conductor debe compensarse con la culpa de la víctima, que no previó todo aquello que debió prever, es decir, la llegada del automóvil y el accidente. Según la misma tesis, cuando la culpa de la víctima es de tal naturaleza que sin ella el resultado no se hubiera producido, debe ser excluida la culpabilidad del automovilista. Por el contrario, si la culpa de la víctima no influyó en la producción del resultado, la responsabilidad del agente es completa. Esta teoría hace aplicación de la máxima civilista "volenti non fit injuria".⁽⁸¹⁾

Nuestra jurisprudencia al respecto, debe dividirse en dos épocas: una primera época en que, reconociendo la culpa compensada, le da el verdadero sentido que debe tener. Así, un individuo que viajaba en contradicción de los reglamentos que fijaban una determinada velocidad, atropella un ciclista que irrespeta la señal de "Alto", que tenía al entrar a una vía prioritaria. Casación condena al conductor: "Si bien, dicho ofendido incurrió en exceso de velocidad e infringió los preceptos del tráfico al no ceder el paso al carro que iba por la avenida y por consecuencia hubo imprudencia de su parte, para el caso esa circunstancia no constituye eximente de responsabilidad penal para el reo, toda vez que habiendo éste infringido la Ley de Tránsito, que ordena al conductor detener la velocidad de los coches marcando una parada pronunciada a efecto de cerciorarse que no hay peligro o impedimento para el cruce de la misma, el cual deberá hacerse a una velocidad igual al paso de los peatones...". Por ello condena al conductor como autor del delito culposo de lesiones contra el ciclista. Agrega, además, "Puede asegurarse que hubo falta concurrente; si de resultas del accidente hubiera C. sufrido lesión corporal, M. habría sido también responsable de esas lesiones en parte. Pero lo cierto es que no ocurrió dicho daño, sino uno material en el carro, y el Código no lo castiga, sino que deja esa materia a los Tribunales civiles" (Cas. 9:15 a.m. de 9 de junio de 1934 — Col. Sent. Cas. I Sem. 1934, pág. 754). Este principio es cierto: el consentimiento de la víctima no puede justificar, por ejemplo, las lesiones causadas. El código civil está preocupado en gran parte, en primer lugar, por un afán reparatorio. El derecho penal, por un afán represivo. La identidad de la culpa penal y de la culpa civil no lleva a la consecuencia de que la pena deba disminuirse, como lo hace el Código vigente

(81) Constants, Op. Cit. pág. 278.

(art. 190 y 209) cuando ha habido culpa de la víctima. ¿Por qué un delincuente que con una actuación culposa produjo un resultado va a ser mejor tratado que otro, solamente porque tuvo la suerte de que la víctima incurriera a su vez en culpa? El comportamiento culposo es el mismo del delincuente que no tuvo esta suerte.

La segunda etapa se inaugura con la jurisprudencia nacida de las disposiciones del artículo 190 y 209. En esta etapa, a nuestro modo de ver, se ha abusado de las disposiciones sobre la culpa compensada, en perjuicio de las víctimas. Así, por ejemplo, un automovilista arrastra varios metros a una niña que atropella. En el lugar del accidente se aprecia "... un frenazo bien marcado de dos metros y setenta y cinco centímetros virando hacia la derecha 'como indicando "capeo" luego sin que haya más frenazos...'. " De manera que está descartada la afirmación de que el vehículo fuera conducido a velocidad y es explicable que en una carretera que se encontraba en mal estado, llena de huecos, el conductor tuviera que maniobrarlo para evadirlos, ocurriendo el accidente cuando lo dirigía al lado izquierdo no por descuido suyo sino obligado por el mal estado de la misma. Además, ni siquiera se ha discutido que el conductor estuviera tomado de licor. En tales condiciones lamentablemente el suceso se produjo por imprudencia de la ofendida. Luego añade la Corte en la misma sentencia "Los motivos que están aumentando el porcentaje de accidentes se deben a otras razones muy explicable en países en los cuales aumenta en forma vertiginosa la circulación de automotores y que, para evitarlos, deben tomarse las medidas adecuadas (?)" (Sent. Cas. 16 h. de 27 de octubre de 1967 (Col. Sent. Cas. 1967-II Sem. 925)).

En muchos casos se rebaja la pena porque el ofendido incurrió a su vez en culpa. Tal es el caso de dos individuos que transportaban licor clandestino, que no respetan la señal de alto que les dan unos guardas, quienes disparan sobre ellos, y a consecuencia de los disparos, a las llantas del vehículo, resulta uno de los contrabandistas muerto y el otro lesionado. Casación rebaja la pena, porque dice, el no respeto de la orden de alto dada por los guardas constituye, una contribución al resultado culposo provocado por los guardas. ("Pero como indudablemente, el cuasidelito se produjo en parte por la imprudencia del ofendido al no hacer caso al "alto" que le daban las autoridades y al acelerar la marcha para em-

prender la fuga, por lo cual el procesado, como su compañero, el otro guarda, hubieron de apartarse a un lado del camino para evitar ser arrollados...”). En nuestro concepto no hay relación entre la huida de las víctimas y el resultado, a no ser que el resultado fuera intencional, en cuyo caso está mal calificado de cuasidelito. Esta sentencia, estima, pues, que la culpabilidad del procesado puede estar influenciada por un acto de provocación (Sent. Cas. 14:15 h. de 18 de enero de 1967 - I Sem. 1967, T. I, pág. 51).⁽⁸²⁾ Desde luego, el asunto no es presentado de esta forma, pero se llega a esta conclusión. En fin, creemos que la disposición sobre la culpa compensada debe desaparecer de nuestra legislación, toda vez que le da un carácter privatístico a los hechos culposos. Interpretada ampliamente a favor del delincuente puede dejar sin indemnización a las víctimas y sin efecto la represión de los delitos culposos. Creemos que debe tomarse en cuenta la queja de un litigante quien en un recurso de Casación decía lo siguiente: “Ya hace bastante tiempo que nuestros Tribunales penales vienen siendo demasiado amplios y benévolos en materia de cuasidelitos; se podría alegar que se ha llegado a la impunidad de estos hechos” (Aparece, en Col. Sent. Cas. II Sem. 1960, Tomo I, pág. 274).

b) La complicidad en los delitos culposos.

Un punto sujeto a discusión es si puede haber complicidad en los hechos culposos. Este punto tiene una importancia relativa en el código vigente porque, siguiendo una vieja jurisprudencia italiana, y a los autores italianos, decide que cuando un hecho culposo se produce por la participación de varias personas, todos deben responder como autores. (artículo 43 del Código Penal). Por el

(82) Se ha discutido mucho en derecho penal si puede haber provocación en un delito culposo. Manzini (Tratado de Derecho Penal, Ed. Ediar S. A., Buenos Aires, T II, pág. 206) cita la siguiente hipótesis: un guardabarreras injuriado por las injurias y a veces, por las pedradas de unos jóvenes y quien, exasperado, se lanza a su persecución y deja abierta la barrera que separa la calle de la línea del tren. Un tren atropella a un automóvil que pretendía pasar la línea. El asunto puede verse como una simple circunstancia atenuante. En nuestro derecho es difícil que eso pueda ocurrir: en primer lugar por la apreciación de la culpa “in abstracto”; la excusa de provocación está inspirada en motivos éticos. La toma de consideración de esta circunstancia supondría un examen “in concreto” de la conducta del delincuente culposo (artículo 28 inc. 3). Desde luego, que esto conduce a tratar al delincuente doloso, mejor que al delincuente culposo. Así, aquel que irritado por las violencias de otro, le lanza al automóvil de éste una piedra para quebrar el vidrio, beneficia de la excusa de provocación por el daño causado voluntariamente en la cosa de otro, pero no por el delito de lesiones culposas, causadas a un transeúnte al que alcanzan pedazos de vidrio. (“La provocation et les infractions non intentionnelle. Roger Béraud, En L'évolution du Droit Criminel Contemporain”, Op. Cit., pág. 31).

contrario, el problema se volverá a plantear si se aprobare el Proyecto de Código penal, en el que no aparece la misma solución.

El Código de 1941 institucionaliza una vieja jurisprudencia de nuestros tribunales, influenciada por Carrara. Dos individuos corrían a caballo en una fiesta en Liberia. Uno de ellos atropella una anciana que muere. El otro había asusado, impulsado, al autor del atropello para que corriera a su lado a caballo. Cuando ocurrió el accidente este presunto cómplice corría al lado del autor del atropello en otro caballo. El juez absuelve al posible participante. Las razones de la absolución fueron acogidas por Casación. Para la absolución se considera que: “No es posible legalmente concebir la existencia jurídica de la complicidad, tratándose de un hecho culpable y no doloso; y así, el concurso del procesado Briceño, al emprender la carrera con Jiménez, jamás puede producir participación en el cuasidelito de éste, a menos que hubiera tenido la intención manifiesta de cooperar con él en el atropello; ‘en los actos que tienen carácter de culpa, no puede haber complicidad; ello implicaría una contradicción. Esta regla absoluta es la dada por Ulpiano’ (Curso de Derecho Criminal por Carrara, número 436). En tales condiciones, el proceso no arrojaba mérito para enjuiciar a Briceño en la forma en que se hizo y debe anularse en cuanto a la complicidad alude”. Este fallo es llevado a Casación, que rechaza el recurso interpuesto. (Cas. 3 p.m. de 16 de febrero de 1905 (Col. Sent. Cas. 1905, I Sem., pág. 99).

Después de esta sentencia, el problema de la posibilidad de la existencia de la complicidad no vuelve a plantearse en forma directa. Sin embargo, a pesar de ello, el problema existe.

El problema de la participación criminal se presenta en los hechos culposos cuando un accidente ha ocurrido por la culpa de varias personas. En este caso quieren aplicarse las reglas de la complicidad, o más exactamente de la participación criminal.⁽⁸³⁾

En estos casos nuestros tribunales excluyen sistemáticamente la participación secundaria —que en nuestro derecho no puede identificarse con complicidad, pues puede haber individuos que en la realidad realicen conductas secundarias, pero que se conviertan en coautores, por disposición de la ley— en favor del

(83) Francisco Castillo González “La Participation Criminelle en Droit Pénal Français et Espagnol” Thèse Pour le Doctorat, Université de Bordeaux, France, juin, 1969, pág. 143.

concurso de causas independientes, considerando como principio que, cuando el resultado deriva de la culpa de varias personas, todas deben responder en conjunto. Esto, porque nuestro código penal sigue el sistema subjetivo de la responsabilidad de préstamo para determinar la noción de coautor, siguiendo en esto a los sistemas hispanoamericanos. En este sistema la noción de coautor es alargada desmesuradamente, hasta convertirla en una ficción. Autor de una infracción, en la realidad, es aquél que la realiza en sus tres elementos constitutivos: el elemento legal, el elemento material y el elemento moral. Coautor de una infracción es también el que realiza la infracción en sus tres elementos constitutivos. Este tipo de coautor, "stricto sensu", está contemplado en el artículo 43 C. Penal al decir: "Serán sancionados como autores del hecho punible los que lo realizaren por sí mismos..." Pero además, el artículo 43, considera a otros como autores que no realizan la infracción en sus tres elementos. Tal es el caso de los que "...tomaren parte en la ejecución...", sin que sea necesario que hayan consumado el hecho punible, de los que "...los que coadyuvaren con su auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido ejecutarse o se habría dificultado notablemente..." (cómplices necesarios) y de los instigadores, es decir de los que "...instigaren, forzaren, o determinaren a otros de modo bastante a cometerlo". Todas estas categorías, últimamente citadas, son coautores por disposición de la ley, aunque en la realidad sean simples cómplices, pues su conducta es secundaria y no puede ser explicada y llegar a ser punible, sino por la relación con la conducta de otro que realiza un hecho principal. Esto es una ficción, y así, lo considera nuestro código al decir "Serán sancionados como autores...".

Este concepto tan desmesurado de autor ha sido extendido por la jurisprudencia, por la adopción del criterio español del concurso o acuerdo previo. La jurisprudencia reconoce que los que, por ejemplo atacan a otro, sin que exista el acuerdo previo entre ellos, son coautores (Así, por ejemplo Sent. Cas. 16 h. de 4 de julio de 1956). Pero normalmente, la coautoría se da cuando existe entre los individuos acuerdo previo. Este califica a los participantes en coautores. Esta tesis ha sido duramente criticada en España últimamente. Se dice para combatirla, que para ser consecuente, la jurisprudencia debería afirmar, que cuando no existe acuerdo previo, se da la complicidad, lo que evidentemente no puede decir,

pues está en la naturaleza misma de la complicidad, un cierto acuerdo, aunque sea de momento, para la realización del hecho principal.⁽⁸⁴⁾ Así, por ejemplo, el cooperador necesario, tiene que conocer, para serlo, la conducta principal punible a realizar, lo que es sumamente difícil de armonizar con la noción de hecho culposo. Con la teoría del acuerdo previo, prácticamente se suprime la complicidad.

La dificultad en lo que se refiere a los hechos culposos se aumenta, porque en la infracción culposa, la participación del individuo es a menudo, necesaria o innecesaria, y no parece que pueda hablarse de complicidad en un hecho culposo, porque las conductas definidas en el artículo 44 son jurídicamente y materialmente secundarias, y el hecho culposo supone conductas al menos jurídicamente primarias.

Todo lo anterior conduce a la conclusión de que es casi imposible, aun no existiendo la disposición que dice que cuando un hecho ocurra por la culpa de varias personas todos responderán como autores (artículo 43), que se dé o pueda darse la complicidad en los delitos culposos. La dificultad proviene, más de las características que tiene la complicidad en nuestro derecho, que de la naturaleza del hecho culposo, como luego veremos.

Otro asunto distinto es si puede haber complicidad en los delitos culposos, a pesar de las características y de la naturaleza de estos. La respuesta a este problema está íntimamente ligada al concepto de hecho culposo de que se parta. Una tesis niega la posibilidad de la complicidad en los hechos culposos diciendo que en ellos el efecto no fue querido y que la complicidad supone un acuerdo respecto al efecto o resultado del acto. Se dice, entonces, así como no puede castigarse la tentativa en estos delitos, tampoco puede castigarse la complicidad. Es difícil, se dice, que una persona pueda asociarse al delito culposo, sin ser por ello mismo la causa: la noción de imprudencia es incompatible con cualquier idea de acuerdo previo.⁽⁸⁵⁾

(84) Enrique Gimbernat Ordeig, "Autor y Cómplice en Derecho Penal", Universidad de Madrid. Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1966, pág. 86.

(85) R. Gulphe, "La distinction entre coauteurs et complices" Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé 1948, Paris, 1948, Sirey, pág. 678. En el mismo sentido, Robert Vouin, note a Chambéry du 8 mars 1956, J. C. P. 1956—II—9224.

La tesis anterior es fácilmente rebatible. Dijimos anteriormente que había un elemento común a los delitos culposos y a los delitos intencionales, que es la voluntariedad del acto inicial, del acto que sirve de base. Si este acto no es voluntario (mejor sería hablar de hecho), no hay delito. Si bien es cierto que en los delitos culposos el resultado no es querido, puede haber una participación secundaria respecto a este acto inicial que sirve de base. La voluntariedad y la participación, por tanto, deben ser circunscritas a la conducta voluntaria negligente o imprudente, no al resultado.⁽⁸⁶⁾ Nuestra jurisprudencia, con su exigencia de la licitud del acto inicial en los delitos culposos, reconoce, expresamente, la existencia de este elemento voluntario del hecho culposo.

Todo ello nos conduce a la siguiente conclusión: la disposición del artículo 43 del Código Penal, según la cual "En el cuasidelito que proviene de la acción u omisión de más de un agente, todos tendrán la responsabilidad de autores", no resuelve el problema de la participación principal en nuestra legislación. Esta disposición puede ser interpretada de dos maneras: a) Puede interpretarse en el sentido de que, a pesar de que en la realidad haya en el hecho culposo conductas principales y secundarias, deben calificarse todas de acuerdo con el artículo 43. Deben ser castigados como autores. De existir una conducta que en un hecho doloso pudiera ser calificada como de complicidad, según el artículo 44, debe ser considerada, por disposición de la ley, como incluida en cualesquiera de las categorías de coautores definidas en el Art. 43. Con esta visión del problema se elimina el problema de la participación criminal a título secundario (complicidad), pero no la posibilidad de una participación criminal, sólo que si ella se presenta, sea cual sea su naturaleza, debe ser calificada de acuerdo con el artículo 43. b) La misma disposición podría ser interpretada en el sentido de que lo que significa es que cuando sobreviene un resultado por la culpa de varias personas debe considerarse cada culpa como causa independiente del resultado, es decir, como un concurso de causas.

Si se adopta la primer tesis habrá un sólo delito del cual responderán solidariamente cada uno de los participantes. Su responsabilidad se medirá, en cuanto a causas de justificación, por las

(86) Giuseppe Bettiol, "Scritti Giuridici", T. I, pág. 15, Padova, Cedam, 1966.

reglas de la participación criminal. En la segunda tesis, habrá tantos delitos como delincuentes. Podría interpretarse también que lo que esa disposición manda es que cuando un hecho sobreviene por la culpa de varias personas, debe aplicarse la primera parte del artículo 43, porque el legislador considera que en ese caso todos los culpables han realizado el hecho por sí mismos. Esta interpretación excluiría todas las otras formas de coautoría del artículo 43 y todas las formas de complicidad del artículo 44. En este caso la disposición comentada se referiría a conductas culposas que son causas directas en la producción del resultado. De donde se deduce que este artículo no es aplicable a conductas, que aunque influyen en el resultado, no son su causa directa. Habría, pues, una presunción de la que partió el legislador: si un hecho se produce por la culpa de varias personas, todas estas actuaciones culposas son igualmente efectivas para la producción del resultado. Ello explicaría el hecho de que exista en nuestro derecho la compensación de culpas, que según su aplicación jurisprudencial, existe cuando sin ser la causa productora, la culpa de la víctima ha influido en el resultado.

Esta nos parece la interpretación correcta porque la admisión de la participación criminal, en cualquiera de sus formas, salvo la verdadera coautoría ("... los que lo realizaren por sí mismos...") choca con un escollo infranqueable: la identidad de la culpa penal y de la culpa civil... Toda culpa compromete la responsabilidad penal. El acto de participación sería constitutivo de culpa; por tanto, deberá considerarse al participante como causa del resultado y su autor será castigado como autor principal.⁽⁸⁷⁾

Esta tesis es seguida en nuestra jurisprudencia desde antes del Código del 41. Así, dos individuos, el conductor y el motorista de un tranvía, notan que los frenos del mismo no andan bien. Pasan al taller, no lo reparan y continúan luego prestando el servicio. Hay un momento en que les es imposible detener el tranvía y este se descarrila, lesionando a varios pasajeros. En este caso, el conductor estaba bajo la autoridad del motorista. Casación condena a ambos como autores del delito culposo de lesiones: "Los procesados incurrieron en culpa. Cualquiera que sea el aspecto en que su comportamiento sea visto, siempre hubo de su parte una imprudencia" (Cas. 3:30 p.m. de 2 de marzo de 1932 (Col. Sent. Cas. 1932, I

(87) Robert Legros, "L'élément Intentionnel dans la Participation Criminelle", Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1952, Paris, Sirey, 1952, pág. 128.

Sem., pág. 214)). Del mismo modo resuelve Casación en el caso siguiente: un automóvil choca con un tranvía: hay heridos. Los tribunales establecen una culpa de parte de cada conductor y condena a ambos conductores, como coautores del delito de lesiones culposas. Esta misma posición puede apreciarse en casi todas las sentencias que tratan de la producción del hecho por culpa de varias personas. Por ejemplo:

Sent. Cas. 4:10 p.m. del 28 de marzo de 1930 - Col. Sent. Cas. 1930, I Sem., pág. 237; Cas. 15:10 h. de 27 de julio de 1945 (Col. Sent. Cas. 1945 II Sem. T. único, pág. 484); Cas. 16:50 h. de 11 de enero de 1966 (Col. Sent. Cas. I Sem., T. I, pág. 130); Cas. 14:50 h. de 18 de enero de 1967 (Col. Sent. 1967 - I Sem., T. I, pág. 51).

La anterior solución es particularmente seguida en los casos en que es posible distinguir entre una conducta principal y otra accesoria, aunque susceptibles de entrar en el artículo 43 del Código penal en otra categoría de coautores distinta de "... los que lo realizaren por sí mismos...". Así, un autobús se vuelca causando lesiones a los pasajeros. En marcha, el chofer da la rueda a un joven de 17 años, que tenía permiso para conducir. El accidente se produjo cuando el menor conducía. Casación condena a ambos como coautores del cuasidelito de lesiones (Cas. 4:30 p.m. del 15 de julio de 1930 (Col. Sent. Cas. 1930 - II Sem. 1930, pág. 73)). En otros casos, a pesar de que puede descubrirse un comportamiento culposo de otra persona distinta de aquélla que causó materialmente el delito, no se investigan otras culpabilidades, (Véase por ejemplo, Sent. Cas. 16:45 h. de 13 de marzo de 1961 (Col. Sent. Cas. 1961, I Sem., T. I, pág. 360)).

c) La legítima defensa y delitos culposos.

Un problema particularmente interesante en lo que toca a hechos culposos es si puede conciliarse la existencia de un hecho culposo con la existencia de la legítima defensa. Pongamos un caso concreto: un individuo, queriendo asustar a su agresor, hace un disparo al aire y mata, accidentalmente a un tercero. ¿Podría alegar respecto a la muerte culposa de este tercero, legítima defensa? Para resolver el problema hay dos tesis que se enfrentan:

a) La primera cree que legítima defensa y hecho culposo son inconciliables. Esta antinomia se presenta, incluso, cuando se trata de homicidio y lesiones culposas. Sabido es que una de las condiciones de la legítima defensa es que sea actual: antes de la posible agresión, sería una agresión, después de la agresión sería una venganza.⁽⁸⁸⁾ La necesidad actual de la legítima defensa solamente puede dar lugar a actos voluntarios: si se es atacado y se está en peligro, el acto por el cual se responde a la agresión solamente puede ser voluntario.

b) La segunda cree que pueden ambas nociones compaginarse. Se dice que la antinomia de conceptos es solamente aparente. Así, por ejemplo, cuando se trata del homicidio y de las lesiones culposas, son solamente culposos en cuanto a las consecuencias que no han sido queridas por su autor, pero siempre existe a su base un acto voluntario, que es precisamente lo que es culposo. Cuando se toma un arma y se maneja imprudentemente, a tal punto que un tiro se escapa y mata a otro, la muerte no es querida: es involuntaria, pero el gesto de tomar el arma es un gesto voluntario. Es decir, como dice Garçon⁽⁸⁹⁾ es necesario hacer la distinción entre querer un comportamiento y querer un resultado. Esta solución es poco satisfactoria para la víctima inocente —o sus herederos— que no podrá reclamar ninguna indemnización civil, pues la legítima defensa, que es un hecho justificativo, no compromete ni la responsabilidad penal ni la civil de la víctima.⁽⁹⁰⁾ Algunos autores ponen de manifiesto que la legítima defensa suprime el elemento injusto de la infracción, casi el elemento legal. Luego, desde el momento en que un individuo se encuentra en la necesidad actual de defenderse, tanto el hecho imprudente como el doloso se encuentran justificados. La calificación de hecho culposo no excluye la excepción de legítima defensa.⁽⁹¹⁾

¿Cuál de las dos tesis podría acogerse conforme al artículo 26 inciso 5 de nuestro Código penal? A primera vista parece que este texto, y el Código en general, se inclinan a favor de la concilia-

(88) André Marechal, "De L'état de légitime défense en Droit Pénal Belge", Revue de Droit Pénal et de Criminologie, 1966 - 1967, Bruxelles, 1967, pág. 961 ss.

(89) Garçon, Op. Cit. T.II, pág. 166, Nº 105.

(90) Combaldieu, Note Cass. Crim. Fr. 16 fév. 1967, J. C. P. 1967—II—Nº 15034.

(91) Pageaud, Dalloz, 1957, pág. 458.

ción de ambas nociones porque: a) La legítima defensa está definida en la parte general del Código, de donde resulta que se aplica a todas las infracciones, sean dolosas o culposas. b) La concepción que tiene el Código respecto a la legítima defensa, más que de defensa dirigida por la inteligencia es de reacción defensiva, lo que se hace evidente por el empleo de la frase "El que obrare en defensa de su persona o derechos...". Además, el artículo 27 consagra la teoría del "animus perturbationem", pues la legítima defensa, no pierde el carácter de eximente "...por el exceso de acción en que el agente incurra, si, según las circunstancias el exceso deba atribuirse a la perturbación de espíritu que la agresión o el riesgo le hayan producido". Pero desde luego, este exceso de acción —puede decirse— se refiere al agresor, no al tercero, que nada tiene que ver. Además, no puede haber exceso de acción, sin una medida racional; la medida la fija el ataque de que fue objeto quien se defiende de quien lo agrede. El exceso de acción no puede referirse al tercero inocente, que no ataca. Por otro lado, ¿cómo proporcionar el ataque a la respuesta y la necesidad del medio empleado, necesarios en la legítima defensa, si la respuesta es involuntaria y basada en la imprudencia?

Este último argumento no es decisivo. Está basado en la confusión que se hace entre el querer el comportamiento y el querer un resultado, cosas que deben separarse en los delitos culposos.

La tesis de la no conciliación es poco equitativa: si un individuo mata al agresor porque, queriendo asustarlo manejó imprudentemente su arma, se le rehúsa la legítima defensa. Pero si este mismo individuo hubiera fríamente manejado el gatillo y matado a su agresor, se le acordaría el beneficio. Es absurdo acordar la legítima defensa en el segundo caso y no en el primero: lo que puede lo más puede lo menos.

El escollo más grande, sin embargo, para la admisión de la legítima defensa en los hechos culposos, como lo ha hecho notar J. A. Roux⁽⁹²⁾ es que no fue para defenderse que el individuo atacado realizó el hecho culposo; es fuera de su defensa que interviene este acto. No hay entre el acto culposo y la legítima defensa una relación de efecto a causa, sino lo que hay es simplemente una relación de circunstancias. Legítima defensa y delito culposo están

(92) Roux, Note Cass. Crim. Fr. 12 Decembre 1929— S—1931—I—113.

ligados entre ellos por una simple relación de concomitancia.⁽⁹³⁾ Es por ello que pensamos que no puede admitirse la legítima defensa en los hechos culposos.

En nuestro Derecho una vieja sentencia de Casación resuelve indirectamente el punto a favor de la inconciliabilidad de ambas nociones. Unos guardas perseguían a un contrabandista. Una vez detenido, uno de los guardas recibe orden de cuidar al reo. Este ataca a su cuidador con un cuchillo y el guarda dispara hiriendo al reo en una pierna. Luego muere de esta herida. El juez condena por homicidio. El reo alega ante la Sala que hubo legítima defensa y que el hecho fue involuntario. La Sala confirma la sentencia del Juez, diciendo que no concurren en el caso estas circunstancias: "...la primera porque no hay antecedentes que evidencien la no intención del reo de ejecutar todo el mal que produjo, y antes por el contrario, alegada por el mismo la legítima defensa, que no probó, admite implícitamente que la muerte ocasionada fue proporcionada al ataque y prevista por consiguiente...". El reo plantea recurso de Casación que es desestimado. (Sent. Cas. 2 p.m. de 28 de abril de 1899 (Col. Sent. Cas. 1899, pág. 102)). Después de esta sentencia, ni siquiera indirectamente, que sepamos, ha sido planteado el asunto ante nuestros tribunales.

Conclusiones

Después de estudiar los delitos culposos, podemos llegar a varias conclusiones.

Hay una serie de problemas en los que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en lo que toca al delito culposo. En especial, el encuadramiento del delito culposo en la teoría general del delito es un tanto difícil, toda vez que la construcción de dicha teoría general se ha hecho siempre considerando el delito "doloso". Las razones por las cuales ha sucedido esto son entre otras: a) La importancia que han tenido los hechos culposos en el conjunto de la delincuencia ha sido poca hasta una época relativamente reciente. Vimos que es a partir de la introducción del automóvil como medio común de locomoción que la delincuencia culposa comienza a ser un problema para los juristas. Son los accidente automovilísticos los

(93) Combaldieu, Op. Cit., Loc. Cit.

que asumen el papel principal en la misma, aunque no el único. El homicidio culposo puede ser cometido por multitud de medios y no solamente por medio del automóvil u otro vehículo, como parecen creerlo los redactores del Proyecto del Código Penal, en el cual leemos (artículos 117 y 128, homicidio y lesiones culposas, respectivamente). "Al reincidente, en su caso, se le impondrá además la cancelación de la licencia para conducir vehículos hasta por diez años y si el hecho fuere cometido bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas enervantes, hasta por veinte años". ¿Por qué y para qué se le va a suspender a un médico que ha causado, por impericia, dos muertes, la licencia para conducir vehículos hasta por diez años? Nosotros no alcanzamos a explicárnoslo. b) El derecho penal en el fondo es retributivo. De ahí que tenga mucha importancia en él la causación intencional de un resultado, es decir, la intención criminal. En los hechos culposos no hay esta unión intencional entre acción y resultado. El agente no quiere ni acepta el resultado. De modo que el delincuente culposo aparece como una categoría intermedia entre el delincuente propiamente dicho y el no delincuente. No es extraño que Ferri lo haya llamado pseudo-delincuente.

Así como el derecho penal no debe preocuparse del delincuente culposo, se decía, tampoco debe hacerlo la criminología, pues como decía Laccassagne en el III Congreso Internacional de Antropología Criminal de Bruselas en 1892 "...c'est la volonté accomplissant un acte et non l'acte lui même qui constitue le crime...", y en el hecho culposo el elemento voluntario de la infracción es inherente a un acto diferente de la infracción perseguida. Por otro lado y también desde el punto de vista criminológico, existe en la delincuencia culposa una ambigüedad básica. El delincuente puede llegar a ser delincuente o víctima, según las circunstancias.

El resultado de ello es un cierto retardo de los estudios relativos a la delincuencia culposa, tanto desde el punto de vista penal, y desde el punto de vista criminológico. Pero la delincuencia culposa, actualmente es la que presenta mayores problemas desde ambos puntos de vista.

En nuestro derecho, a pesar de los cambios constantes de legislaciones positivas, hay una doctrina creada por la jurisprudencia

que seguirá vigente, incluso si se aprueba el proyecto de Código penal. Ha sido una sistematización de esta jurisprudencia lo que hemos querido hacer. Hemos tratado de integrarla dentro de un cuadro doctrinal. Hicimos notar que existen varias creaciones pretorianas del derecho en nuestra jurisprudencia: la teoría de la licitud del acto inicial en los hechos culposos, la consideración de la inobservancia de reglamentos como fuente de responsabilidad penal, en abierta violación de los textos. Estas tesis pueden conciliarse perfectamente con el nuevo código penal, toda vez que éste, como copia que ha sido de diferentes ordenamientos, no responde a una idea de conjunto y no resuelve en forma clara ningún problema.

Llegamos pues, al fin de este trabajo, con la convicción de que hay una serie de puntos que no tocamos en forma bastante profunda, de que muchos quedaron totalmente sin estudiar y de que otros, deberán ser estudiados nuevamente si entrare algún día en vigencia el proyecto de Código penal.

Revista de Ciencias Jurídicas
No. 15 junio 1970
UCR.

LAS LIMITACIONES A LA PROPIEDAD EN NUESTRA HISTORIA CONSTITUCIONAL

Dr. J. LUIS ARIAS

INTRODUCCION

El concepto de derecho de propiedad, contrariamente a lo que suele creerse, es uno de los más variables y contingentes.⁽¹⁾ A través de las diversas épocas históricas, su contenido y límites han cambiado en función de la organización económica y familiar imperante en cada caso. En los tiempos primitivos, según un sector considerable de los expositores, privó el colectivismo, y las formas de apropiación individual se reducen sólo a los alimentos de uso inmediato, los útiles para la caza o la pesca, y el vestido. Algunos, llegan a incluir a la mujer en esta categoría, interpretando algunas

(1) Bibliografía general: Salvat Arganaras, *Derechos Reales*, T. II, T.E.A., Buenos Aires, 1962; Dopsch, *Fundamentos Económicos y Sociales de la Cultura Europea*, Fondo de Cultura Económica, México, 1951; *Enciclopedia Jurídica Española*, F. Seix, Editor, Madrid, 1955, vocablo: "propiedad"; Camps y Arboix, *La propiedad de la tierra y su función social*, Bosch, Barcelona, 1953; Ripert y Boulanger, *Curso de Derecho Civil*, Tomo VI, *La Ley*, Buenos Aires, 1957; Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Calleja, Madrid, 1926; Lubock, *Los Orígenes de la Civilización*, Jorro, Madrid, 1912; Bunge, *Historia del Derecho Argentino*, sin nombre del Editor, Buenos Aires, 1912; *La Evolución de la Humanidad, La Sociedad Feudal*, UTHEA, México, 1958; Guier, *Historia del Derecho*, Editorial Costa Rica, San José, 1968; *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana*, Madrid, 1922, vocablo: "propiedad"; Cimbali, *La Nueva Fase de Derecho Civil*, Madrid, 1893; Puig Pena, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo III, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, sin fecha; Ibarrola, *Cosas y Sucesiones*, Porrúa, México, 1964; Maine, *El antiguo derecho*, Madrid, Editora Moderna, sin fecha; Rossignoli, *La familia, el trabajo y la propiedad*, Gili, Barcelona, 1911; Bascunán Valdes, *Elementos de Historia del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1954; Hamilton, *Manual de Historia del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1948; Dasseau, *Manual de Derechos Reales*, T. E. A., Buenos Aires, 1962; Valiente Noailles, *Derechos Reales*, Depalma, Buenos Aires, 1958; Borrel y Soler, *Derecho Civil Español*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1955; Colin y Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid, Reus, 1942; Aguilar, *Segundo Curso de Derecho Civil*, Porrúa, Méjico, 1967; González, *Estudios de derecho hipotecario y civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948; Momsem, *Historia de Roma*, Aguilar, Madrid, 1956; Doral, *Interés Público e Interés Privado en la "servitus altius non tollendi"*, in *Revista de Derecho Privado*, Madrid, noviembre de 1968, página 923; Martínez, *Limitaciones al derecho*, in *Revista de Derecho Privado*, Madrid, junio de 1967, página 489; Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Reus, Madrid 1964, Tomo II; Brenes Córdoba, *Tratado de los Bienes (notas y comentarios de Sotela)*, Editorial Costa Rica, San José, 1963; Carbonnier, *Droit Civil*, P.U.F., París, 1967; Mazeaud et Mazeaud, *Droit Civil*, Tome Deuxième, París, Montchrestien, 1966; Ghestin, *Cours de Droit Civil*, Deuxième Année de Licence, Montaigne, Bordeaux, 1967; Julliot de la Morandière, *Droit Civil*, Tome III, Dalloz, París, 1965.

costumbres como la de sacrificar a las viudas luego de la muerte del marido. En los albores de la civilización, la propiedad se muestra fundamentalmente individual, en favor del sujeto o de su familia o clan, y con frecuencia revestida también de un alto contenido religioso. Ciertamente, algunos pueblos conservaron diversos matices de colectivismo hasta bien entrados en la historia, como los espartanos, los germanos y los aborígenes americanos, pero no representan más que casos aislados de la tendencia general al individualismo en materia de propiedad. Los romanos tuvieron primero, al parecer, la propiedad familiar, cuya representación ejercía el pater familias. Luego, al promulgarse las Doce Tablas, culmina la lenta evolución hacia la propiedad particularizada, iniciada en el progresivo relajamiento de los vínculos familiares originarios. Más adelante, durante el Imperio, distinguieron entre propiedad privada y pública, y comenzaron a hacerse eco de preocupaciones que hoy llamaríamos de "interés" o "sensibilidad" social. A fines del Imperio, las necesidades de la defensa militar los llevaron a esbozar la distinción entre dominio eminente y dominio útil, a través de la enfiteusis y el colonato. Con ello, no hicieron sino echar las bases de la organización económica e institucional de la Edad Media. En efecto, este último período se caracteriza por la puesta en ejercicio de muy complicadas y sutiles distinciones entre las características del derecho de propiedad. El régimen, en la práctica, funcionó bastante bien para su época, puesto que los invasores germanos lo encontraron acorde con sus concepciones tradicionales dado que, partiendo de la posesión colectiva de los bienes, llegaron a admitir sin dificultad la propiedad colectiva de los mismos. La distinción entre dominio directo y dominio útil permitió la coexistencia de titulares de derechos sobre la cosa con distinto grado de prelación. En realidad, no solían plantearse el problema de la propiedad privada ni, menos aún, cuál podría ser su finalidad específica, ya que las cosas de este mundo se consideraban esencialmente destinadas al bien, entendiéndose como el más perfecto, la salvación del alma. Más tarde, el renacer de los estudios de derecho romano, sumado a la nueva dimensión atribuida al individuo durante el Renacimiento y a los viajes de descubrimiento o de conquista, favorecieron la vigencia del iusnaturalismo, centrado en el estudio y dignificación del ser humano como tal. A finales del siglo XVIII, la nobleza feudal, convertida en cortesana y detentadora del poder político

como consecuencia de su menoscabo económico, se convirtió en el objeto de todos los ataques destinados a sustituir el régimen imperante por otro en que fuera el individuo y no sus antecedentes de linaje, el centro de la atención preferente del Estado.

La crisis, gestada paciente y dolorosamente durante siglos, estalló durante las jornadas de la Revolución Francesa.⁽²⁾ Una de las preocupaciones esenciales de la burguesía de la época para impedir el retorno al Antiguo Régimen, fue precisamente destruir la distinción secular entre dominio útil y dominio directo, manteniendo la vigencia de sólo el primero de ellos. Se buscaba, fundamentalmente, la erradicación de las llamadas "manos muertas" y la inmovilización de bienes a lo largo de generaciones sucesivas para garantizar privilegios de abolengo o de ministerio religioso. Ello, condujo, entre otras cosas, a la renuncia masiva de sus títulos por parte de los nobles, y a la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", votada el 26 de agosto de 1789, que forma el preámbulo de la Constitución Francesa de 1791. El documento, en síntesis, comprende dos categorías de disposiciones. En primer término, los llamados "derechos fundamentales del hombre", libertad, seguridad, resistencia a la opresión, igualdad y consentimiento previo del pueblo en materia de impuestos. Luego, plantea principios de organización política: soberanía nacional y separación de poderes. Pero sobre todo y fundamentalmente, en la primera categoría de enunciados establece con grado preferente, el derecho de propiedad, con el carácter de "absoluto, inviolable y sagrado", además de "inherente a la naturaleza misma del hombre".⁽³⁾

Napoleón se autodenominó "continuador" y "mejor exponente" de la obra liberalizadora de la Revolución. En su "Code Civil" de 1804 se nota la preocupación esencial por restaurar la unidad jurídica de la Nación, venida a menos durante la Monarquía, y por impedir bajo cualquier forma el retorno a los vicios del Antiguo Régimen.⁽⁴⁾ Todos los principios generales de la "Declaración" son incorporadas aquí con el carácter de partes obvias a la vida civil. Sus tendencias políticas responden al triunfo de la Revolución y de

(2) Mazeaud et Mazeaud, op. pág. 1061 (traducción libre del autor).

(3) Duverger, Institutions Politiques, P.U.F., Paris, 1968, ps. 424 y s. (traducción libre del autor).

(4) Radbruch, Introducción a la Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, ps. 74 y s.

la burguesía sobre los privilegios heredados de la época feudal, a los principios de libertad personal, de igualdad de todos ante la ley, de libertad de contratación y de propiedad libre de gravámenes.

En materia de propiedad no hizo sino dar forma jurídica a lo que parecía ser expresión del consenso popular y de los postulados de la Revolución. Pero tal parece que al hacerlo fue más lejos de la elaboración realizada sobre el particular por los mismos romanos, de ordinario tan comedidos en sus posturas.⁽⁵⁾ En efecto, el Código define la propiedad en el artículo 544 como:

"el derecho de disfrutar y disponer de las cosas del modo más absoluto, con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos".⁽⁶⁾

lo cual se complementa con la fórmula del artículo 545:

"Nadie puede ser obligado a ceder su propiedad, si no es por causa de utilidad pública, y mediando una justa y previa indemnización".⁽⁷⁾

Además, en el primer párrafo del artículo 537 quedó dicho que:

"Los particulares tienen la libre disposición de los bienes que les pertenecen, salvo las modificaciones establecidas por las leyes".⁽⁸⁾

Con ello, quedaron consagrados hasta nuestros días como atributos de la propiedad la de ser absoluta (en cuanto otorga un poder ilimitado, soberano sobre la cosa), exclusiva (con lo que se faculta al titular para impedir el goce de la cosa por los demás) y perpetua (en la medida en que no está sujeta a limitación de tiempo y puede durar tanto como persista la cosa).⁽⁹⁾

Ciertamente, la "Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano" y el "Code Civil" consagraron el fin de la desigualdad jurídica del Antiguo Régimen, estableciendo la igualdad y la libertad políticas para contrarrestar la opresión proveniente del Estado,

(5) Arias Ramos, Derecho Romano, Tomo I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, ps. 210 y s.

(6) Traducción libre del autor. Versión de Dalloz, París, 1968.

(7) Idem.

(8) Idem.

(9) Castán Tobeñas, op. cit. Tomo II, Vol. I, ps. III y s.

pero ninguno de los dos se ocupó de las desigualdades económicas y de la opresión que puede resultar de ella.⁽¹⁰⁾

Con tales instrumentos jurídicos, era inevitable la descarada explotación de las grandes mayorías desposeídas, en favor de unos pocos —suficientemente conocida de todos— que caracteriza en términos generales al siglo XIX. La reacción inevitable contra tal estado de cosas se orientó fundamentalmente contra el derecho de propiedad, en su concepción napoleónica, y la desigualdad entre los contratantes, lo cual condujo, en cuanto al arrendamiento de servicios, al nacimiento del Derecho Laboral, por ejemplo:⁽¹¹⁾

No es propia la ocasión para ocuparnos de enumerar y analizar cada una de las posturas doctrinales que contribuyeron a atemperar el rigorismo napoleónico en materia de propiedad. Sin embargo, podemos sentar la premisa de que hoy asistimos al ocaso de los elementos que la caracterizaron originalmente. Un estudio somero de la propiedad, tal y como se regula en los Códigos Civiles o el parecer general de las gentes sobre el particular, parecieran indicar que ella sigue siendo absoluta, inviolable y perpetua, lo cual es, en el fondo, una representación muy lejana de la realidad institucional de la vida jurídica actual. Y además, un resabio de la vieja fórmula napoleónica. Una fórmula que tuvo sus razones históricas y circunstanciales y un problema concreto al cual combatir, ninguno de los cuales subsiste hoy. En cierta forma, la vigencia a ultranza del planteo civilista francés ha condicionado todo el desarrollo posterior de las relaciones humanas, y ha estado en la génesis de todos los conflictos de clase.

Y lo cierto es que, en última instancia, hay que admitir los caracteres del dominio con atenuaciones y aclaraciones. La nota de absoluto hoy no puede entenderse en el sentido de despótico ni puede oponerse a que la propiedad sufra limitaciones impuestas en aras del interés general. Lo de exclusivo debe explicarse diciendo que nada impide que coexistan respecto de una misma cosa diversos derechos, distintos del de propiedad. Lo de perpetuo, hoy, no va sin perjuicio de que se pueda condicionar la existencia del derecho sobre la cosa a otras causas de naturaleza muy dispar.⁽¹²⁾

(10) Duverger, op. cit., p. 425 (traducción libre del autor).

(11) Castán Tobeñas, obra y tomo citados, p. III.

(12) Idem, p. 154 y s.

Precisamente, nuestro trabajo pretende dar una visión global de la evolución de las limitaciones a la propiedad privada en nuestra historia constitucional. Indagaremos especialmente cuándo y dentro de qué límites se produjeron normas de ese tipo, que testimonien la evolución a que nos referimos desde el principio de estas notas.

Dejaremos de lado conscientemente el estudio de ciertas propiedades cuya característica distintiva es la de pertenecer preferentemente al Derecho Público, como el monopolio estatal de las telecomunicaciones, de las riquezas del subsuelo y de los hidrocarburos. No nos ocuparemos de ellas porque nuestra directriz, como dijimos, es examinar si el Constituyente en cada caso se hizo eco del cambio universal en lo que mira a la propiedad privada.

Llevaremos adelante la exposición cumpliendo el siguiente orden. En primer lugar, nos ocuparemos de los antecedentes constitucionales. Luego, de las disposiciones vigentes sobre la materia. Por último, esbozaremos unas "Conclusiones".

EL TEXTO CONSTITUCIONAL

Al igual que en los demás países cuyas constituciones tomaron como modelo principal, en el plano dogmático, la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", nuestro Constituyente se ocupó, desde el principio, en dedicar atención preferente al derecho de propiedad. Los puntos de vista sobre el particular evolucionaron muy lentamente durante todo el siglo pasado y más allá del primer tercio del presente, y puede afirmarse que se mantuvo un esquema básicamente igual en todos los casos. Pese a que los textos fueron relevados sucesivamente, hasta la última sustitución por el artículo 45 de la Constitución del 8 de noviembre de 1949, han mantenido una cierta vigencia, remozada en cada caso con detalles adicionales que más los complementan que los desvirtúan. El planteamiento de fondo proviene desde los albores de la Independencia.

Sección Primera — Antecedentes

El texto, en cada una de nuestras cartas políticas, ha sido el siguiente:

Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica (25 de enero de 1825), Capítulo 1º "De los Derechos y Deberes de los Costarricenses":

"Artículo 4º—Sus propiedades son inviolables; pero el Estado puede exigir el sacrificio de alguna por razón de interés público legalmente comprobado indemnizándola previamente".⁽¹³⁾

Ligeramente más comprensiva, pero siempre dentro del mismo marco individualista es la Ley de Bases y Garantías del 8 de marzo de 1841, que en el Artículo Segundo "De los costarricenses", afirma:

"Inciso 1º—...

Inciso 2º—(aparte segundo) para que su propiedad no sea tomada aún para usos públicos, sin que previamente se justifique necesidad o motivo de provecho común; y en este caso se les indemnice su valor, según el juicio de peritos nombrados uno por el propietario y otro por la autoridad".⁽¹⁴⁾

(13) Zeledón, Digesto Constitucional de Costa Rica, Colegio de Abogados, San José, 1946, P. 53.

(14) Idem, p. 90.

La Constitución Política del Estado de Costa Rica del 9 de abril de 1844 es un poco más explícita sobre el particular:

"Artículo 1º—De los derechos de los costarricenses.

Todos los costarricenses nacen libres e independientes, y tienen ciertos derechos inalienables e imprescriptibles, y entre éstos se enumeran con más especialidad... el de propiedad.

Artículo 13.—Ningún poder podrá tomar la propiedad particular ni turbar absolutamente al propietario en el libre uso de sus bienes; si no es por una necesidad pública acreditada, y previa indemnización por un precio razonable convenido, o a tasación de peritos nombrados por las partes.

Artículo 14.—Todos pueden libremente disponer de sus bienes, con tal de no emplearlos en objeto alguno contrario a la ley".⁽¹⁵⁾

Nos interesa por el momento destacar como detalle notorio que, a diferencia de sus congéneres, faculta al Estado y al particular para convenir directamente el precio, sin sujeción al parecer de peritos.

Constitución Política del 10 de febrero de 1847:

Título I — Sección I, "De los derechos naturales y civiles de los costarricenses.

"Artículo 7º—Ninguna autoridad podrá tomar la propiedad particular, ni turbar absolutamente al propietario en el libre uso de sus bienes, si no es por una necesidad pública acreditada, y previa indemnización por un precio razonable a tasación de peritos nombrados por las partes";⁽¹⁶⁾

Destacamos nada más que marca un cierto retroceso, al establecer la propiedad como derecho "natural" de los costarricenses.

En lo sucesivo, se repite el mismo esquema:

Constitución Política (27 de diciembre de 1859).

Título IV — Sección 2ª "De las garantías individuales":

"Artículo 25.—La propiedad es inviolable: a ninguno puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, y previa

(15) Idem, p. 103.

(16) Idem, p. 128.

indemnización a justa tasación de peritos nombrados por las partes, quienes no sólo deben estimar el valor de la cosa que se toma, sino también el de los daños consiguientes que se acrediten".⁽¹⁷⁾

Constitución Política (15 de abril de 1869, Título V, Sección 2ª — De las garantías individuales:

"Artículo 24.—La propiedad (es) inviolable: a ninguno puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización, a justa tasación de peritos nombrados por las partes, quienes no sólo deben estimar el valor de la cosa que se tome, sino también el de los daños consiguientes que se acrediten. En caso de guerra, no es indispensable que la indemnización sea previa".⁽¹⁸⁾

Esta última Carta Política, introduce como novedad que no será necesaria la indemnización previa en caso de guerra.

Tales fueron, pues, los antecedentes de la Constitución Política del 7 de diciembre de 1871, cuyo artículo 29, adicionado con un segundo párrafo en 1943, constituye el artículo 45 de la actual, del 8 de noviembre de 1949, que será examinada con más atención en breve.

A guisa de paréntesis, y para completar esta revisión rápida de los textos constitucionales anteriores relacionados con nuestro tema, habremos de decir que la Constitución del 8 de junio de 1917, en general muy moderna para su época y precursora de distintas innovaciones, se muestra en esta materia más bien de corte "clásico", individualista y liberal. En efecto, en el Capítulo II "De las garantías individuales", Artículo 15, decía:

"La propiedad es inviolable y nadie podrá ser privado de la suya sino en virtud de sentencia judicial, y por causa de utilidad pública legalmente comprobada, previo pago del precio actual y de los daños y perjuicios consiguientes que se acrediten, todo según dictamen de peritos.

En caso de guerra o de revolución intestina y nada más que para atender a la defensa nacional o al restablecimiento del orden público, podrá la autoridad administrativa decretar la necesidad de la expropiación previa. En estos casos, la propiedad inmueble podrá ser

(17) Idem, p. 171.

(18) Idem, p. 189.

temporalmente ocupada, sólo por necesidades militares o para destinar sus productos al ejército. El Estado es siempre responsable por las expropiaciones que practique el Ejecutivo por sí o por medio de agentes suyos.

Ninguna ley podrá disponer que la propiedad particular pase a ser del Estado; en caso de que se le atribuya por su dueño un valor inexacto para efectos de tributación y que el Estado, por sí o por medio de terceros, ofrezca tomarla por el avalúo y una bonificación cualquiera.

Las minas podrán denunciarse aún en terrenos de particulares, pero no podrán explotarse, ni se adjudicarán, sin haber sido pagados antes al dueño de la superficie el valor del terreno que hubiere de ser ocupado y los daños y perjuicios que se le ocasione, todo según disponga la autoridad y valoren peritos".⁽¹⁹⁾

Como se observa, la disposición transcrita no aporta nada esencialmente nuevo con relación a la idea dominante en materia de propiedad. Sigue considerándola inviolable y absoluta al igual que sus predecesoras. Ello no obstante, contiene un rasgo característico y único en nuestra historia constitucional. Establece la institución de la requisa, entendiéndola como la transferencia forzosa en favor de una persona de derecho público del uso de una cosa, y por razones militares únicamente.⁽²⁰⁾

Sección Segunda — El texto vigente

Ahora nos ocuparemos específicamente del texto constitucional que brinda respaldo al establecimiento de limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad. Dedicaremos un poco más de atención a las circunstancias ambientales en que se produjo su puesta en vigencia, antes de examinar el texto propiamente dicho.

Sub-sección Primera

Consideraciones previas

En nuestro Derecho, el artículo 45 de la Carta Constitucional vigente plantea una serie de problemas motivados por la

(19) *Idem*, p. 231.

(20) Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, p. 270 y s.; Villegas Basavilbaso, *Derecho Administrativo, Tomo VI*, T.E.A., Buenos Aires, 1956, p. 301 y s.

imprecisión de sus términos y por establecer un distinción cuyos contornos son difíciles de precisar. El esfuerzo por definir sus alcances y el sentido de las expresiones que lo componen conduce a resultados desalentadores, dado que los términos empleados han tenido una difusión tan vasta, que parecen lugares comunes.

Situados dentro de esta óptica, la tarea se hace ardua en algunos aspectos. El principal de ellos, es la falta de documentación "fehaciente" sobre lo que fue la voluntad del Constituyente y el sentido que tienen sus palabras. Aún más, pareciera que el precepto se quedó rezagado ante las corrientes innovadoras que después se plasmaron en fórmulas legales. El Estado rebasó los límites de la norma constitucional que regulaba sus relaciones con los particulares en punto al derecho de propiedad, por lo menos antes de 1943.

El texto actual, formalmente emitido en 1949, consta de dos partes, histórica e ideológicamente bien diferenciadas, pero cuyo marco de fondo sigue siendo la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789. Y, en todo caso, no es otra cosa que una solución de compromiso más, de las tantas que caracterizaron a la renovación institucional que siguió a la Guerra Civil de 1948. El compromiso, en materia tan especialmente delicada como ésta del derecho de propiedad, consistió en mantener el texto de la antigua Constitución de 1871, de corte individualista liberal, con el retoque que lo dotó de un segundo párrafo de tendencia social cristiana en los años 1942 y 1943.

Sobre los trabajos del Constituyente de 1871 no existe documentación importante desde nuestro punto de vista. Bástenos recordar que se produjo en una etapa de crisis, durante la dictadura del General Guardia, como un esfuerzo por dotar al país de un marco jurídico plausible que encubriera una situación de facto y censurable.⁽²¹⁾ Ello mismo explica que carezca de interés cualquier trabajo sobre su génesis dogmática, ya que responde a la costumbre generalizada en esos años de dictar una nueva carta política después de cada golpe militar, con el fin de justificar el atentado contra el régimen anterior.⁽²²⁾ Así pues, Guardia no hizo más que procurarse un marco de legalidad, después del golpe militar

(21) Periódico "La República", 27 de abril 1970, ps. 24 y 25, artículo de G. Meléndez.

(22) Zeledón, *op. cit.*, p. 309 y s.

con que derribó a don Jesús Jiménez, quien a su vez había dictado una constitución luego de derrocar a don José María Castro.⁽²³⁾ En todo caso, en lo que mira al derecho de propiedad, su enfoque es absolutamente clásico, y repite los conceptos esbozados desde el Pacto Social Fundamental Interino de 1821.

El segundo párrafo del actual artículo 45 se elaboró durante las legislaturas ordinarias de 1942 y 1943, siguiendo el trámite establecido por la Constitución de 1871 para sus reformas, de modo que vino a ser una adición, dotando de un segundo párrafo al artículo 29 de esa época. En nuestro criterio, ese agregado, bastante tímido y de tendencia ideológica distinta de la del primero, en cierta forma vino a desquiciar el sistema y a constituirse en fuente de dudas posteriores. En efecto, su interpretación no se ofrece muy clara y pareciera más bien formar un precepto aislado sin conexión firme con el párrafo que lo precede.

Por las fechas en que se concibió el segundo párrafo en comentario, puede colegirse que su promulgación coincidió con la de las llamadas "Garantías Sociales". En el Mensaje Presidencial de 16 de mayo de 1942, el Poder Ejecutivo propone al Congreso una reforma a la Constitución de 1871, incluyendo en el título III una "Sección Tercera" que se llamará "De las garantías sociales" compuesta de quince artículos. Al aprobarse más adelante, en julio de 1943, esta Sección vino a ser la génesis de nuestra legislación laboral y de seguridad social vigentes. En términos generales, se hace eco de la preocupación manifestada en la Constitución de 1917 por la suerte de las clases trabajadoras y débiles económicamente. Preceptúa como obligación del Estado procurar el mayor bienestar a los costarricenses y declara al trabajo un deber social y no mera mercancía sujeta a las vicisitudes del tráfico contractual privado. Al mismo tiempo, incorporó al Código Político la institución de los Seguros Sociales, que ya había sido creada por Ley N° 17 de 1° de noviembre de 1942, financiada mediante la triple contribución forzosa de los trabajadores, los patronos y el Estado. Al efecto, otorgó plena autonomía a la Caja Costarricense de Seguro Social para la administración y gobierno de su cometido, sustrayéndola a la tutela original ejercida por el Poder Ejecutivo.⁽²⁴⁾

(23) Idem, p. 308.

(24) Idem, p. 314 y s.

Finalmente, la reforma en comentario incluía la del artículo 29, relativo al derecho de propiedad, agregándole un segundo párrafo.

Y, en este punto también, el problema de las fuentes "fehacientes" se planteó con agudeza. El país se encontraba en una etapa de crisis motivada por el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial, que motivó el cierre de nuestros mercados tradicionales de exportación y la diversificación acelerada de la actividad agrícola.⁽²⁵⁾ Sobrevino de modo inevitable la escasez y el alza desmedida de los precios de todos los artículos de consumo básico, de suerte que las clases populares manifestaban como preocupación dominante la de la carestía de la vida.⁽²⁶⁾ Esto condujo a que la atención pública se orientara hacia dos objetivos principales, mediante un adecuado sistema de propaganda: por una parte, el desarrollo de los acontecimientos bélicos, en vista de que el equilibrio de las fuerzas en choque era inestable y más bien parecía inclinarse en favor del nacional-socialismo y sus aliados; por otra parte, en lo interno se destacaba la actuación "enérgica" del gobierno para sancionar a los comerciantes que, supuesta o ciertamente, estuvieran especulando con artículos de consumo básico.⁽²⁷⁾ El Estado se convirtió en importador y expendedor de los artículos llamados "de primera necesidad". Al mismo tiempo, campeaba una especie de "psicosis de quintacolumnismo", en que se presentaba todo el ambiente como plagado de agentes de los llamados "países totalitarios" atentando solapadamente contra los intereses nacionales.⁽²⁸⁾ Se llegó a extremos de muy lamentable recuerdo con las revocatorias de nacionalidad a ciertos costarricenses descendientes de extranjeros y su deportación, así como con la confiscación o administración de sus bienes. Además, se desarrollaba una campaña política por definir al candidato del Partido gobernante primero, y luego para estigmatizar al del contrario.⁽²⁹⁾

Tal era, descrito a grandes rasgos, el clima general del país cuando se propuso la reforma en comentario. Fácil es concluir

(25) Por ejemplo, llamados en el diario "La Tribuna" durante marzo-abril de 1942 para sembrar árboles de caucho por parte del "Comisionado de los Estados Unidos".

(26) "La Tribuna", 2 de marzo de 1942.

(27) "La Tribuna", abril de 1942.

(28) Cf. Diarios de marzo de 1942.

(29) "La Tribuna", marzo-junio de 1942.

que la tensión del país se hallaba centrada alrededor de otros puntos de interés, circunstanciales y locales, y no sobre la importancia institucional que revestía la reforma a la Constitución. El interés relativo que motivó la propuesta del Ejecutivo, se dirigió en especial a analizar la oportunidad de la nueva legislación laboral o la conveniencia de la proyectada autonomía en favor de la Caja Costarricense de Seguro Social.⁽³⁰⁾ Los opositores sostenían que las condiciones económicas del país no aconsejaban el establecimiento de la primera, y que, en cuanto a la segunda podría llegar a ser fuente de problemas por una gestión desacertada o deshonesta de sus directores.⁽³¹⁾ En cuanto al derecho de propiedad, los comentarios son más bien escasos, y casi siempre matizados con intereses político-electorales. Sus opositores calificaron la proposición de "socialista", "comunista" o "importación exótica de otros regímenes incompatibles con nuestro modo de ser", pero no hicieron un análisis serio y detallado de todos sus alcances.⁽³²⁾ Los patrocinadores, orientaron su quehacer resaltando principalmente el aspecto de "modernización" del texto fundamental en materia de propiedad, educiendo que preceptos parecidos se encontraban ya en las constituciones de otros países latinoamericanos. Pero tampoco se ocuparon de explicar satisfactoriamente el sentido y alcances de la adición en comentario.⁽³³⁾

Un factor de interés, tal vez el más importante en esta puesta en vigencia sin dificultad del segundo párrafo del artículo 29, fue la intervención abierta y simultánea en favor de la tesis gubernamental por parte de la jerarquía eclesiástica y las tendencias políticas de izquierda, representadas por el Partido Comunista. Casi inmediatamente después de haber sido propuesta por el Ejecutivo, los Obispos Sanabria, Solís y Odehdal, calificaron la reforma de "expresión legítima de los postulados católicos en materias sociales".⁽³⁴⁾ Con ello, evidentemente, se granjearon la animosidad de los opositores, quienes extendieron hasta ellos el calificativo de socialistas o comunistas. A lo que respondió Monseñor

(30) "La Tribuna", 21 de mayo de 1942.

(31) "Diario de Costa Rica", 29 de mayo de 1942.

(32) "Diario de Costa Rica", 30 de mayo de 1942.

(33) "La Tribuna", 29 de mayo de 1942.

(34) "La Tribuna", 24 de mayo de 1942.

Sanabria escribiendo: "Me asustan los caminos de la izquierda, pero nunca me han asustado los caminos de la justicia".⁽³⁵⁾

A pesar de ser relativamente reciente, esta etapa de nuestra historia, es difícil de analizar exhaustivamente, y conduciría a una complejidad que rebasa los límites de estas notas. Creemos que, por primera vez en nuestra historia, la prensa perdió su carácter habitualmente moderado y lanzó a unos costarricenses contra otros, al punto de conducirlos en dolorosa confrontación a la Guerra Civil de 1948. De ahí que, como decíamos, el problema de las fuentes se ofrece difícil. Buena parte de la documentación original de los funcionarios públicos se extravió en las vicisitudes propias del choque militar. Además, muy pocas personas de las que por razón de su cargo vivieron de cerca la génesis de la reforma, pueden o quieren recordar esos hechos con detenimiento. Las actas de la Asamblea Legislativa —"Congreso Constitucional", en aquella época— nos aportan muy pocas luces, pues en unos casos se perdieron, y en otros, se limitan a consignar el "aprobado por unanimidad" propio del sistema imperante.⁽³⁶⁾

Indagamos especialmente por qué, al momento de emitirse la legislación laboral y de seguridad social, se pensó también que fuera necesario reformar el texto relativo a la propiedad. Al parecer primó la tesis de que era preciso hacerlo porque el texto original de 1871 se avenía mal con la naturaleza de las nuevas corrientes encaminadas a favorecer a las mayorías desposeídas. El texto vigente, de concepción clásica, predicaba todavía el carácter inviolable de la propiedad, con lo que presentaba un valladar a la intervención del Estado en los mecanismos económicos, destinada a regular las relaciones entre patrones y trabajadores. En otros términos, para dar armonía a toda la reforma, era necesario flexibilizar el texto del artículo, con el fin de que toda la innovación no pareciera inorgánica.

Sub-sección Segunda

El texto vigente

Como dijimos, el artículo 45 de la Carta Política vigente (8 de noviembre de 1949) consta de dos párrafos. El primero, pro-

(35) "La Tribuna", 30 de mayo de 1942.

(36) Asamblea Legislativa, Expediente original de la ley N° 24 de 7 de julio de 1943.

viene con ligeras variantes de la Constitución de 1871, en la que formaba el artículo 29. El segundo, proviene de la reforma del 2 de julio de 1943.

A. Primer párrafo.

"Artículo 29 (de la Constitución de 1871).—La propiedad es inviolable; a ninguno puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización a justa tasación de peritos nombrados por las partes, quienes no sólo deben estimar el valor de la cosa que se tome, sino también el de los daños consiguientes que se acrediten. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa."

Hasta aquí, no presentamos nada esencialmente nuevo y que tenga importancia a los efectos de limitar el ejercicio de la propiedad. Es más, creemos que la facultad expropiatoria concedida en favor del Estado no constituye en sentido estricto una limitación al ejercicio del dominio, sino más bien una transferencia coactiva en favor de otra persona (de Derecho Público) de la propiedad ejercida por un particular.⁽³⁷⁾ En el fondo, es un tipo especial de transmisión forzosa del derecho y no una limitación propiamente dicha, de una familia genérica que comprende, por ejemplo, la ejecución forzosa para el pago de deudas, o la porción hereditaria legítima garantizada a ciertos parientes del causante. La característica esencial es la de disponer medios legales idóneos destinados a sustituir el consentimiento o aquiescencia del titular privado para que se opere el traspaso. Ciertamente nos encontramos en presencia de una de las tantas potestades de imperio del Estado, que puede decidir unilateralmente si expropia o no el bien del particular, pero que no puede interpretarse siempre como eventualidad pendiente sobre el derecho de este último. Este, puede impugnar la procedencia de las gestiones del Estado en su contra y, en el peor de los casos, verá su patrimonio transformado en su equivalente en dinero, ya que universalmente se acepta que en todo procedimiento de este género debe mediar una justa indemnización. Por otra parte, la expropiación viene a significar la salida del bien en cuestión del libre comercio entre los hombres, lo cual podría tomarse como el perecimiento total para el particular propietario de la cosa

(37) Idem a nota 20; además, J. C.; Morales, La Expropiación, Facultad de Derecho, Panamá, 1964.

sobre la que se ejerce el derecho de propiedad.⁽³⁸⁾ Y es de todos conocido que los derechos reales se extinguen con la pérdida o destrucción total de la cosa sobre la cual se ejercen. A nuestro juicio, pues, la facultad expropiatoria no puede calificarse de limitación al ejercicio de la propiedad, sino más bien de condición de extinción de este último en contra del particular.

Dentro de este orden de ideas, habremos de concluir que, antes de 1943, nuestro Derecho carecía de autorización expresa en la Constitución para imponer limitaciones al dominio. Indudablemente tales limitaciones debieron producirse, pero ya no fundadas en consideraciones sobre los límites o finalidades del dominio, sino más bien en la llamada potestad de imperio de la Administración. Así por ejemplo, la Ley N° 52 de 12 de marzo de 1923, sobre protección de la Salud Pública, y los numerosos reglamentos a que dio lugar, como el N° 12 de 24 de mayo de 1937 (relativo a los requisitos profesionales e higiénicos para el ejercicio de la barbería), o el Decreto N° 16 de 20 de junio de 1931 (Reglamento sobre Alimentos y Bebidas) se explican por la potestad mencionada, para controlar la seguridad, salubridad u ornato públicos, y no entendiéndolas como limitación al ejercicio del derecho de propiedad fundada en conveniencias colectivas. Creemos innecesario insistir en que no estamos en presencia de limitaciones al dominio, sino de normas de otra naturaleza, cuyo análisis exhaustivo se alejaría de los límites de estas notas.

Básicamente, es el mismo enfoque contenido en el Código Civil de 1888, individualista y liberal, que dispone en su artículo 266:

"La propiedad y cada uno de los derechos especiales que comprende, no tienen más límites que los admitidos por el propietario y los impuestos por disposiciones de la ley".

B. Segundo párrafo.

En el Mensaje Presidencial del 16 de mayo de 1942, se propone al Congreso una reforma a la Constitución de 1871, para modificar el artículo 29 en los siguientes términos:

(38) Castán Tobeñas, obra y tomo citados, p. 163.

"Artículo 29.—El Estado reconoce la propiedad privada, sin más limitaciones que las impuestas por el superior interés de la colectividad, las cuales serán establecidas por la ley. Esta determinará la inviolabilidad de la propiedad privada en el concepto dicho: a ninguno puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización a justa tasación de peritos nombrados por las partes, quienes no sólo deben estimar el valor de la cosa que se tome, sino también el de los daños consiguientes que se acrediten. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa".⁽³⁹⁾

A nuestro juicio, el cambio es de fondo, respecto a la postura tradicional en la materia. Por primera vez en nuestra historia, pareciera negarse el carácter de absoluto, inviolable e inherente a la naturaleza humana de la propiedad, empleando muy sutilmente la fórmula "El Estado reconoce"; que sugiere una cierta prepotencia de este último. No se declara sujeto o en condiciones de inferioridad respecto a aquélla, sino que en pleno goce de sus poderes, y con conciencia de ellos, manifiesta que la reconoce. Ya no se está en presencia de algo inherente a la naturaleza del hombre sino de una cosa que el Estado tolera. Y que tolera sólo en la medida en que soporte limitaciones "impuestas por el superior interés de la colectividad", las cuales, por otra parte, quedan al arbitrio del legislador. Nos parece que, esa primera frase del párrafo, de importancia capital, no queda desvirtuada por el siguiente, ya que éste se reduce a señalar los requisitos para sustraerla de manos del particular, y no precisamente para condicionar su ejercicio. "Reconocer" no forzosamente significa un acto de sumisión, sino que también puede ser la actitud de quien se siente superior y anterior a algo y no ve menoscabo para su autoridad en permitir su existencia.

La explicación de motivos, sin embargo, fue bastante tímida:

"La reforma del artículo 29 de la Constitución no atenta, sino que robustece y da eficacia, al principio de que el Estado Costarricense reconoce la existencia de la propiedad privada como base de todo nuestro sistema social. El nuevo concepto que introduce constituye una sana limitación al poder abusivo que se haga del derecho de propiedad. Véase lo que al respecto dice la Encíclica 'Quadragesimo Anno':

'Los hombres deben tener cuenta, no sólo de su propia felicidad, sino también del bien común, como se deduce de la índole misma del dominio, que es a la vez individual y social, según queda dicho. Determinar por menudo esos deberes cuando la necesidad lo pide y la ley natural no lo ha hecho, eso atañe a los que gobiernan el Estado. Por lo tanto la autoridad pública, guiándose siempre por la ley natural y Divina, e inspirándose en verdaderas necesidades del bien común, puede determinar más extensamente lo que es lícito o ilícito a los poseedores en el uso de sus bienes.' (Doctrina Social de la Iglesia, de G. C. Rutten, página 269).

Y seguidamente agrega: 'He ahí también por qué el Sagrado Pontífice León XIII declaraba que el Estado no tiene derecho a agotar la propiedad privada con un exceso de cargas e imposiciones: 'El derecho de propiedad individual emana, no de relaciones humanas, sino de la misma naturaleza; la autoridad pública no puede, por tanto, abolirla; sólo puede atemperar su uso y conciliarlo con el bien común.' (Encíclica *Rerum Novarum*).

Al conciliar así el derecho de propiedad con las exigencias del bien común, la autoridad pública no se muestra enemiga de los propietarios; antes bien, les presta un apoyo eficaz; porque de este modo seriamente impide que la posesión privada de los bienes produzca intolerables perjuicios y se prepare su propia ruina, habiendo sido otorgada por el Autor providentísimo de la naturaleza para subsidio de la vida humana. Esa acción no destruye la propiedad privada, sino que la defiende; no debilita el dominio privado, sino que lo fortalece.'

Dicho principio se confirma en el artículo 96 del 'Código Social de Malinas' (op. cit. página 356), así: 'En la medida que la necesidad lo reclama, la autoridad pública tiene el derecho, inspirándose en el bien común, de determinar a la luz de la ley natural y Divina, el uso que los propietarios pueden o no hacer de sus bienes.

Con el propósito de dar respaldo constitucional a ciertas medidas, que también os anuncié, tendientes a resolver nuestro problema agrario, fomentando la pequeña propiedad, base de nuestra paz social y de la tranquilidad que al respecto lograron nuestros antepasados, es urgente flexibilizar el texto del artículo 29 en estudio, y adaptarlo a las necesidades del momento histórico que vivimos. Nuestra política se define en dos conceptos esenciales: absoluto respeto a la propiedad privada, dentro del marco de las necesidades públicas y mantenimiento de la

(39) R. A. Calderón Guardia, Mensaje Presidencial, Imprenta Nacional, San José, 1942, p. 14.

pequeña propiedad, dando el derecho a nuestros campesinos de cultivar aquellas parcelas incultas o abandonadas por sus propietarios originales.

Estas ideas no son nuevas en América: las recogen los artículos 87 de la Constitución Cubana (cuya vigencia data de octubre de 1940); 26, párrafo segundo de la Colombiana según reforma del Acto Legislativo N° 1 de 1936; y 10 de la Constitución Política de Chile".⁽⁴⁰⁾

Inmediatamente después de la lectura del Mensaje en el Congreso, el mismo 16 de mayo de 1942, un grupo considerable de diputados acoge y hace suyas las proposiciones del Presidente de la República, dejando presentado en el acto un "Proyecto de Reforma" a la Constitución de 1871, cuyo texto es el mismo que el propuesto por el Ejecutivo.⁽⁴¹⁾

El 12 de junio de 1942, una Comisión nombrada al efecto, rinde su informe. Propone para el artículo 29, mantener el primer párrafo, y adicionarlo con un segundo que se leerá así:

"Por motivos de necesidad pública, podrá el Congreso, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponerle a la propiedad, cargas u obligaciones de interés social".⁽⁴²⁾

Llama poderosamente la atención el hecho de que la Comisión no explicara las razones que tuvo para desechar la redacción del Ejecutivo, y adoptar la que propuso. Tampoco hace mención alguna al sentido que tiene la disposición, ni a sus alcances, sino que sin que tuviera nada que ver, su dictamen sobre el particular se extiende en consideraciones sobre la Ley de Expropiaciones de 1896.⁽⁴³⁾

En este punto particular se hizo especialmente notoria la falta de documentación a que nos referimos anteriormente.

Posteriormente, se acordó sustituir la expresión "cargas u obligaciones" por el término "limitaciones".

Dicho informe fue discutido el 16 de junio del mismo año, y se aprobó. Entre el 17 y el 20 del mismo mes se le dieron los tres debates, manteniendo siempre la redacción propuesta por la

(40) Idem, p. 4 y 5.

(41) Expediente original de la ley, Asamblea Legislativa, p. 8.

(42) Idem, p. 12.

(43) Idem, p. 12.

Comisión y el más completo mutismo sobre su sentido y alcances. El 30 de junio, se produjo la votación definitiva del "Proyecto", con el texto que ya conocemos.

El 1° de mayo de 1943, el Ejecutivo vuelve a proponer la reforma a la Constitución de 1871, con la redacción del artículo 29, idéntica a la adoptada por la Comisión y aprobada por el Congreso en 1942.⁽⁴⁴⁾

La exposición de motivos justifica las "Garantías Sociales" afirmando que "protegen en forma especial a la familia, como base que es de la Nación, ... estimulando el más adecuado reparto de la riqueza y reglamentando el trabajo sobre bases de equidad".⁽⁴⁵⁾

Concretamente, sobre el artículo 29, dice el Mensaje Presidencial que:

"Tiende a intensificar la producción nacional, dividiendo lo más posible la propiedad, a efecto de que el solar costarricense baste al sustento de todos los ciudadanos."⁽⁴⁶⁾

El 6 de mayo se nombra en Comisión a los mismos diputados del 3 de junio de 1942, los cuales rinden su informe el 10 de junio, conservando para el artículo 29 la redacción que ya conocemos. De nuevo, sus razonamientos se reducen a la Ley de Expropiaciones. Entre el 14 y el 23 de junio se conoce en Segunda Legislatura el "Proyecto", el cual se aprueba "por unanimidad". Finalmente se publica la versión definitiva, con el texto transcrito, en La Gaceta N° 147 de 7 de julio de 1943.

En consecuencia, a partir de esa fecha, la norma constitucional relativa a la propiedad tuvo el siguiente texto:

"Artículo 29.—La propiedad es inviolable: a ninguno puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, y previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa.

(44) Idem, p. 23.

(45) R. A. Calderón Guardia, Mensaje Presidencial, Imprenta Nacional, 1943, p. 7.

(46) Idem.

Por motivos de necesidad pública, podrá el Congreso, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponerle a la propiedad limitaciones de interés social".⁽⁴⁷⁾

Desgraciadamente, la reforma coincidió con la gestación de la grave crisis que llevó al país a un choque armado en 1948, y hasta donde llegan nuestros conocimientos, nadie se ocupó de hacer un análisis exhaustivo de la disposición. No fue sino años más tarde, con ocasión de la Asamblea Constituyente de 1949, cuando se planteó indirectamente el problema de su significado.

En efecto, después de la Guerra Civil, la Junta Fundadora de la Segunda República propuso como modelo a la Constituyente un "Proyecto de Constitución Política" que sirviera de base de discusión.⁽⁴⁸⁾ En realidad, dicho "Proyecto" viene a ser, con ligeros retoques, el trabajo realizado por una "Comisión" nombrada al efecto por dicha Junta.⁽⁴⁹⁾ En lo que a nosotros interesa, dicho documento estaba concebido en los siguientes términos:

"Artículo 54.—La República reconoce y garantiza la propiedad privada, sin perjuicio del dominio eminente del Estado sobre todos los bienes existentes en el territorio nacional".⁽⁵⁰⁾,

que debe armonizarse con lo dispuesto en el Capítulo V — "La Economía y la Propiedad del Estado", Artículo 109, que decía:

"El dominio eminente del Estado sobre todos los bienes existentes en el territorio nacional, le confiere de manera exclusiva las siguientes facultades:

1º) Imponer limitaciones a la propiedad privada para que ésta cumpla su función social.

2º) ... " ⁽⁵¹⁾

(47) Años más tarde, la reforma fue calificada de "medida del más bajo linaje por parte de Calderón Guardia, como una exigencia de los comunistas para prestarle su apoyo", in Asamblea Nacional Constituyente de 1949, Tomo I, Imprenta Nacional, San José, 1953, p. 607.

(48) El 1º de febrero de 1949. Asamblea Nacional Constituyente, Tomo I, p. 24 y s.

(49) Asamblea Constituyente, Actas, Tomo I, p. 619 y s.

(50) Idem, p. 645.

(51) Idem, p. 650.

La exposición de motivos manifiesta sobre el particular que la propiedad "cuando se ejerce dentro de límites justos", es fundamento esencial de la vida en sociedad", y que es "indispensable reglamentar mejor las obligaciones del Estado ante ella, de modo que sea especial deber suyo desarrollar la pequeña propiedad..." Todo, para que "queden perfectamente balanceados los derechos que el individuo y el Estado tienen sobre la riqueza", otorgando a la propiedad privada "todas las garantías posibles".⁽⁵²⁾

Y a continuación agrega:

"Las disposiciones de este capítulo no establecen un Estado socialista ni mucho menos; pero dejan a los órganos del Estado en disposición de tomar —si la mayoría ciudadana lo cree conveniente— todas aquellas medidas compatibles con una sociedad individualista como la nuestra.

Ya el derecho de la época feudal reconocía al Rey lo que se llamó el dominio eminente o directo sobre los bienes de su reino. Al venir los regímenes democráticos del siglo XIX, muchos de ellos reservaron ese derecho en forma expresa al Estado como heredero de los derechos anteriores del Monarca. Leyes españolas de la época de la Revolución de Riego, lo expresaron así en forma clara; y la jurisprudencia francesa también expuso la misma tesis en forma insistente durante todo el siglo pasado. En los tiempos modernos, la Constitución de Honduras admite en forma expresa ese mismo derecho del Estado.

Y nosotros hemos creído que el reconocimiento de ese derecho es el que en realidad viene a justificar todas las facultades que al Estado se le ha reconocido siempre o se le van atribuyendo en los últimos tiempos. Es así como quisimos admitir expresamente ese dominio eminente del Estado que, sin mencionarlo, nuestras anteriores constituciones, ha sido sin embargo el fundamento de gran parte de nuestra legislación..." ⁽⁵³⁾

Desde el principio, dicha proposición atemorizó a la mayoría de los Constituyentes, y contribuyó a que más tarde fuera desechado el "Proyecto" y se tomara como base de trabajo la misma Constitución de 1871.⁽⁵⁴⁾ En efecto, sus críticos más acerbos vieron en

(52) Idem, p. 623.

(53) Idem, p. 625 y s.

(54) Idem, p. 615.

ella la posibilidad del establecimiento de un socialismo de Estado⁽⁵⁵⁾ —espectro que siempre han invocado nuestros conservadores para mantener el statu quo— y se malogró toda la renovación institucional. En definitiva, no se obtuvo más que reanudar la vigencia de la Carta Política anterior, con cambios de cierta importancia, pero de estructura anticuada al fin.

Sobre el "Proyecto" se produjeron dos dictámenes de comisión.⁽⁵⁶⁾ El de mayoría, recomendaba prescindir de él, invocando el socorrido socialismo de Estado, fundándose en dos razones principales: 1) que la Constitución de 1871 no era anticuada, y 2) que el pueblo en las últimas elecciones de Constituyentes, se había pronunciado en contra de tal Proyecto. El de minoría, recomendaba mantenerlo y desechar definitivamente la antigua Carta Política.⁽⁵⁷⁾

Los defensores de la tesis de minoría insistieron con brillantes discursos en la bondad de su punto de vista, manifestando que el Proyecto no hacía sino consagrar con rango constitucional lo que se había venido practicando en el país, y que, en el fondo, se mantenía la disposición de 1871 con la reforma de 1943. Resaltaron que se trataba únicamente de la modernización de la norma, citando en apoyo de su tesis disposiciones semejantes de numerosas cartas políticas latinoamericanas.⁽⁵⁸⁾

Los esfuerzos, sin embargo, fueron vanos. El 8 de abril de 1949, por 24 votos a favor y 21 en contra, se acordó desechar definitivamente el Proyecto, y mantener como base de estudio la Constitución de 1871.⁽⁵⁹⁾

Algunos meses después, el 7 de julio de 1949, la fracción Social Demócrata presentó moción para que el artículo 29 de 1871 se leyera así:

"La República reconoce y garantiza la propiedad privada. Pero con el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros

(55) Idem, p. 493 y s.

(56) Idem, p. 449.

(57) Idem, p. 451.

(58) Idem, p. 516 y s.

(59) Idem, p. 615 y s.

de la Asamblea Legislativa, podrá imponerle limitaciones para que se cumpla su función social.

Podrá también decretarse la expropiación por causa de utilidad pública o de necesidad social, previa indemnización a justa tasa de peritos.

En épocas de guerra o de emergencia interior, la indemnización por motivo de expropiación podrá no ser previa, pero el decreto de expropiación deberá necesariamente disponer que el pago se hará, con los intereses legales correspondientes, a más tardar dos años después de terminadas las hostilidades o concluido el estado de emergencia".⁽⁶⁰⁾

Los discursos en defensa de dicha propuesta insisten nuevamente en el aspecto modernización del texto relativo a la propiedad, apoyándose en normas parecidas de otros países, pero ninguno se adentra realmente en el análisis del texto ni de la reforma de 1943. Sus opositores de nuevo invocaron el peligro del establecimiento de un socialismo de Estado, contrario a las "genuinas tradiciones del pueblo costarricense".⁽⁶¹⁾

Finalmente, la moción fue desechada. Al día siguiente, se acordó mantener el texto del artículo 29. En el ordenamiento definitivo, esa norma vino a quedar bajo el número 45 de la Constitución actual:

"La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social".⁽⁶²⁾

(60) Idem, Tomo II, p. 465.

(61) Idem, Tomo I, p. 471 y s.

(62) Idem, Tomo II, p. 488.

Conclusiones

Tal es, en apretada síntesis, la evolución del derecho de propiedad en nuestra historia constitucional. Son prácticamente ciento veinte años de vigencia del esquema clásico napoleónico, según el cual había de considerársele absoluto, inviolable y sagrado en favor del titular, sin ninguna autorización para limitarlo en favor del interés colectivo. Ciertamente, tales limitaciones se produjeron, pero en atención a otros fundamentos jurídicos distintos del concepto mismo del derecho, que se mantuvo inalterable. La evolución en ese particular, no es aventurado pensar que favoreció la hegemonía de la burguesía agrícola tradicional, a la cual no dejaba de garantizar vigencia continuada.

En los últimos treinta años, se modernizó un tanto la disposición, poniéndola tímidamente a la altura de sus congéneres del Continente. Pero tal vez por temores político-electorales, nunca se explicó satisfactoriamente su sentido, ni los límites en que debe entenderse. Aún más, la reunión en un solo artículo de dos párrafos históricamente diferenciados, deja sin resolver una serie de interrogantes. Se afirma en el primero que la propiedad es inviolable, y que sólo podrá privarse de ella al particular mediante comprobación de un interés público al efecto. Sabemos que la expropiación en sí misma no es un atentado contra la inviolabilidad, pues la institución se encamina a sustituir por dinero la cosa de que se priva a su dueño original, y el dinero es por definición, fungible, representativo de casi todos los valores, especialmente de los corporales. De modo que se compagina mal el precepto genérico del principio que declara inviolable a la propiedad y la autorización del segundo párrafo para imponerle limitaciones. Además, en el primero se condiciona la expropiación al "interés público legalmente comprobado", y en el segundo, se subordina la imposición de limitaciones a la existencia de una "necesidad pública". Limitaciones que, en todo caso, sólo podrán ser "de interés social".

¿Cuál es el criterio preciso que distingue esas tres nociones? ¿En qué se distingue el "interés público" de la "necesidad pública" al punto que solamente el primero de ellos autoriza para indemnizar al particular? ¿No se estará más bien en presencia de dos aspectos de un misma cosa, si asumimos que toda "necesidad

pública" en definitiva se traduce en un "interés público" por subsanarla? ¿Cuál es la naturaleza de cada una de estas figuras? ¿Qué podrá entenderse en esta materia por "limitaciones de interés social" como consecuencia de "necesidad pública", sin que resuelva el punto dando al Estado un carácter intervencionista, como se afirmó durante la génesis del artículo? ¿Será conveniente, sobre todo en un país pequeño y pobre como el nuestro, desprovisto de ejército, facultar para no indemnizar previamente sólo en caso de guerra o conmoción interior? ¿No será posible extender la autorización a otras situaciones? He aquí otras tantas preguntas que el examen de los textos que originaron la norma deja sin respuesta alguna.

Con fundamento en el artículo 45 dicho, se puede defender casi cualquier postura ideológica. Tal vez eso explique nuestras vacilaciones a la hora de disponer lo necesario para garantizar el "más adecuado reparto de la riqueza", pues nuestro carácter esencialmente conservador ha malogrado cualquier intento de reforma con visos de radicalismo.

Queda para otra ocasión, y a cargo de otros con mejores arrestos, referirse a las indecisiones típicas de nuestro quehacer legislativo en materia de propiedad. Como por ejemplo, las de la ley N° 2825 de 14 de octubre de 1961, que decreta la intervención del Estado para regular la adquisición, explotación y transmisión de la propiedad agraria, pero reconociendo "la existencia y legitimidad de la propiedad privada".