



DIRECTOR:
Lic. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO:

	Pág.
Homenaje	7
La Universidad y el Desarrollo en América Latina	11
Lic. Carlos José Gutiérrez	
Las Nulidades Procesales y su Trascendencia Económica	41
Lic. Miguel Blanco Quirós	
Premisas para una Teoría de la Potestad de Imposición	47
Prof. Gian Antonio Micheli	
Militarismo y Antimilitarismo	69
Prof. Dr. Salvador M. Dana Montaña	
La Noción de Presupuesto del Tributo y el Artículo 53, Primer Apartado, de la Constitución Italiana	85
Prof. Andrea Fedele	
El Problema de la Solidaridad Tributaria en la Doctrina y la Jurisprudencia Italianas	105
Prof. Augusto Fantozzi	
Las situaciones Jurídicas Subjetivas Tributarias en Nuestro Sistema Impositivo Directo	129
Lic. Walter Antillón	
Sobre la Prescripción del Impuesto sobre la Renta	157
Lic. Israel Hernández M.	

	Pág.
Estructura Financiera	171
Lic. Jorge Valverde Soley	
Participación Criminal y Pluralidad de Infracciones	189
Dr. Guillermo Padilla Castro.	
El Secreto Profesional en la Abogacía	227
Lic. Mario Gómez Calvo	
Sociedad y Empresa	243
Dr. Laureano F. Gutiérrez	
Criterio y Formas en Nuestros Procesos Civiles de Ejecución	277
Lic. Antonio Rojas López	
Un Delito Intermedio entre el Aborto y el Infanticidio	305
Dr. Alfonso Acosta Guzmán	
Gibraltar	309
Dr. Fabio Carballo Montero	
Un Tipo Ideal: Capitalismo Bancario	323
Dr. Claudio Gutiérrez Carranza	
El Concepto de la Empresa como Patrono en Derecho Laboral	337
Lic. Oscar Bejarano Coto	
La Reforma Constitucional Costarricense y el Mercado Común Centroamericano	349
Lic. José Miguel Alfaro Rodríguez	
Actividad Privada de la Administración	365
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz	
Reconocimiento y Ejecutoriedad en los Estados Unidos de Sentencias Dictadas por Tribunales Extranjeros	403
James T. Clare	

Sistema de Bibliotecas - UCR



REV 14 15 14

ESCRITOS ORIGINALES

Esta Revista es homenaje a don Víctor Manuel Elizondo Mora, nuestro querido y respetado colega que nos deja después de treinta años de ejercicio académico en la cátedra de Finanzas y Derecho Fiscal.- En cuanto jurídico, el homenaje se queda corto. La vida y la obra de don Víctor sobrepasan generosamente el derecho, aunque éste haya servido de centro a las otras radiaciones de su espíritu. A la inversa de lo común, el tiempo fue siempre su amigo, pues lo hizo poeta después de hacerlo abogado, profesor después de juez, litigante al mismo tiempo que político y, con ejemplaridad cada día más afirmada y difundida, soldado de todas las buenas causas que le impuso la circunstancia o le impuso su voluntad. Don Víctor se las buscó a menudo y aunque herido económicamente o personalmente, siempre salió de sus retos morales renovado en integridad y en optimismo. Mezcla infrecuente de jurista y de apóstol, nunca perdió la ingenuidad ni la fe en las gentes, aunque cada día amó más ese confesionario laico que es la judicatura. Y esa su pureza lo hizo alegre a la par que distraído, como si lo consumiera y lo tirara hacia dentro su intenso mundo interior y lo devolviera sonriente al colega y al reo, al discípulo y al amigo, en un constante estar presente y ausente de la realidad y del momento. Las jocosas distracciones de don Víctor (casi decimos don Vícho) son tan memorables como su obra.

No es éste el lugar propicio para una reseña científica de su labor de jurista. Lo más extenso que escribió en derecho son sus Lecciones de Finanzas y Derecho Fiscal, pero no en absoluto lo más meditado y acabado. Creemos que la obra jurídica principal de don Víctor es su labor como juez de Casación, concretamente como penalista. Pocas sentencias penales como las suyas, para dejar ver la masa dura de un sistema punitivo como el nuestro sobre el trasfondo "humanitario y humanista" con que puede y debe mitigarse su impacto aflictivo sobre el reo.

Esta sabiduría de penalista no le vino a don Víctor del cielo, sino que la conquistó a brazo partido con la vida, tratando de ganarse las dos cosas. Cuatro veces Alcalde (en 1920) y tres veces Juez (1921 a 1937) su magisterio judicial alcanza la cumbre en 1948, cuando es nombrado Magistrado de Casación.

Llega a la Corte Suprema cargado de experiencia docente, práctica y política. En 1937 inicia su vida de hombre público y alto servidor de la Administración (Jefe del Ministerio Público durante la Administración Cortés de 1936 a 1940, y diputado por Heredia, la provincia natal, de 1940 a 1948); en 1938 acepta la cátedra en nuestra Facultad y en 1940 abre bufete en Heredia, donde éste prospera hasta convertirse en uno de los mejores de la ciudad.

Todo, menos la docencia, queda sacrificado a la judicatura: en 1948 don Víctor abandona oficina y porvenir político para volver al solar y solaz

de donde vino, al Poder Judicial. Y ahí permanece don Víctor, Juez de Casación, cuando ya ha entregado la cátedra al futuro en una Escuela de Derecho hirviente de reformas, en un típico acto de amor y de fe en la juventud.

De muchos juristas se puede decir, como elogio, que fueron grandes juristas. De don Víctor lo menos que puede decirse es que lo ha sido durante 30 años; lo más que puede decirse es que es y será siempre don Víctor Manuel Elizondo.

Nuestro Decano, al comunicarle su nombramiento como profesor honorario de la Facultad, ha hecho una hermosa semblanza de don Víctor. Vaya agregado a esta nota, como muestra de unánime sentimiento de la Facultad, ese razonado y sentido nombramiento.

Febrero 28, 1968.

Febrero 28, 1968

Señor

Lic. don Víctor Manuel Elizondo M.

S. M.

Estimado don Víctor:

Muchas veces, el deseo de ocuparnos de muchos detalles de un problema hace que olvidemos aquellos aspectos de mayor importancia. Esa es la única excusa que puedo ofrecerle, al caer en cuenta que no ha existido comunicación oficial que le notifique los acuerdos tomados por el Consejo de Facultad en los artículos cuarto y quinto de la Sesión N° 115 de 11 de enero próximo pasado, por los cuales se le nombró a Ud. Profesor Honorario y se dispuso dedicarle el próximo número de la Revista de Ciencias Jurídicas. He estado preocupado por algunos detalles necesarios para el cumplimiento de esos acuerdos, e involuntariamente he fallado en el aspecto formal de la comunicación de estilo. La correspondencia cruzada entre Ud. y el señor Rector, de la cual éste ha tenido la gentileza de enviarme copia, ha servido para que note la omisión en que he incurrido.

Adjunta encontrará Ud. copia literal de los acuerdos en referencia. De conformidad con lo dispuesto en el artículo quinto, mucho le agradeceré nos honre con su presencia en la Asamblea de iniciación del curso lectivo, que se celebrará el próximo lunes 4 de marzo, a las ocho de la mañana, a fin de hacerle entrega del diploma correspondiente.

Le ruego ver en los homenajes acordados, el sincero reconocimiento de todos sus compañeros de Facultad —muchos de los cuales nos honramos con haber sido sus alumnos— al esfuerzo y dedicación que Ud. puso al servicio de varias generaciones de estudiantes de Derecho.

Hay muchas razones para que veamos en Ud. un digno ejemplo para la juventud actual. Llegó a hacerse abogado, pese a afrontar grandísimas dificultades económicas, con lo cual demostró que una firme voluntad de superación puede sobreponerse aun a las circunstancias más adversas. Por su propio mérito ha logrado destacarse en muchos campos: el literario, la judicatura, en la cual le ha servido al país como Juez y como Magistrado del más alto Tribunal, la función pública, la Asamblea Legislativa, el ejercicio profesional, el servicio a la comunidad. Todo el tiempo ha mantenido firme esa vocación de maestro que al ser sentida por un grupo selecto de figuras, fue por muchos años el único sustento de la enseñanza superior en Costa Rica, y le permitió a nuestra Escuela de Derecho ser el puente de enlace entre la vieja Universidad de Santo Tomás y la actual Universidad de Costa Rica. En el ejercicio de la Cátedra, fue uno de los primeros en destacar dos

de los aspectos que hoy, en el proceso de reforma de la enseñanza jurídica, se han señalado como fundamentales para mejorarla: la preparación de materiales de estudio, cosa que hizo Ud. con la publicación de su obra "Finanzas y Derecho Fiscal Costarricense", y la participación del estudiante en la clase, ya que recuerdo que Ud. nos exigió preparar, a cada uno de los componentes del grupo, una de las lecciones del curso y exponerla en clase. Todos esos aspectos de su vida, a mi juicio, se encuentran dominados por uno muy importante: una alta actitud ética, una severa y al mismo tiempo, humana moral, que tiene que hacerle mirar con orgullo los años pasados.

Por todo ello, sé que los homenajes acordados son bien poca cosa como reconocimiento al esfuerzo de una vida. Al pedirle que los acepte, le ruego verlos como una pequeña parte del reconocimiento que toda comunidad le debe, a quien le ha servido bien. Hace dos años, cuando Ud. quiso retirarse de la Escuela, disgustado por algún incidente, le solicité que no lo hiciera. Le dije entonces que después de haber servido por más de veinticinco años, no me era posible admitir que se fuera, rompiendo todo vínculo con una institución a la cual había estado unido por tanto tiempo. Hoy que su retiro se lleva a cabo por razones de salud, mitiga la pena de que nuestra Facultad pierda uno de sus profesores más valiosos, el saber que se mantendrá unido a ella por el vínculo de su condición de Profesor Honorario, que nos permitirá contar con su acertado consejo y la forma tan humana con que Ud. siempre ha visto todos los problemas de esta Casa de Estudios.

Atento servidor y amigo,

CARLOS JOSE GUTIERREZ,

Decano de la Facultad de Derecho

LA UNIVERSIDAD Y EL DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA (1)

Lic. CARLOS JOSE GUTIERREZ,
Decano de la Facultad de Derecho

1. PROPOSITO:

El propósito de la presente comunicación es analizar los problemas que vive la Universidad en América Latina y la forma en que ellos le impiden que pueda hacer una mayor contribución al proceso de desarrollo de su pueblo. La imposibilidad de hacer un trabajo suficientemente extenso hará necesario que en la mayoría de los casos se hable de dichos problemas en un sentido general, lo cual no significa que se desconozca la existencia de situaciones diversas y de grados muy distintos de desarrollo nacional y de desarrollo universitario, dentro de la región.

Me fundo, sin embargo, en mi convicción personal de que, pese a las grandes diferencias existentes entre los países latino-americanos y entre sus instituciones de enseñanza superior, hay una serie de rasgos comunes que hacen posible y válido que se hable de América Latina como una región, y que uno de los campos en los cuales esos rasgos comunes son mucho más marcados es el universitario. Hay una serie de factores históricos y actuales de la universidad latino-americana que la hacen diferenciarse ampliamente de la universidad europea y la norteamericana, para citar sólo las del mundo occidental, que son aquellas con las cuales existe mayor semejanza. Veamos un par de ejemplos: el Movimiento de Reforma Universitaria que se inició en Córdoba en 1918, y que constituye uno de los procesos de mayor trascendencia en la estructura actual de las universidades latino-americanas, es un movimiento puramente regional, y carece de proyección fuera del área; y la existencia de

(1) Comunicación presentada al coloquio universitario sobre "La Universidad, el desarrollo y la cooperación internacional", celebrado por la Universidad de Burdeos en Martinica y Guadalupe, del 3 al 10 de abril de 1968. Como dejó en claro al presentarla, el término "América Latina" se utiliza, en su sentido usual, referido tan sólo a la América española y portuguesa.

una Unión de Universidades Latino-Americanas y de múltiples organizaciones a nivel regional (como el Consejo Superior de Universidades Centro Americanas) y a nivel de Facultades (como la Conferencia Latino Americana de Facultades de Derecho), revela la existencia de vínculos actuales y crecientes entre las instituciones de enseñanza superior del área, que crean entre ellas procesos de influencia mutua en relación constante.⁽²⁾

2. EL DESARROLLO:

Como base indispensable para la presentación que voy a hacer, creo importante, dentro de la amplia y compleja problemática sobre el desarrollo, señalar que:

1. El desarrollo es un concepto cultural, no sólo un concepto económico:

Cuando se analiza el sub-desarrollo, mejor dicho, cuando se efectúa la inevitable comparación que sugiere el mundo actual entre países desarrollados y países en proceso de desarrollo, se acostumbra poner especial énfasis en aspectos de orden puramente económico. Considero dicho criterio equivocado. Tal como ha sido expresado en forma elocuente por el Papa Paulo VI en su encíclica "Populorum Progressio":

"El desarrollo no se reduce al simple crecimiento económico. Para ser auténtico, debe ser integral, es decir promover a todos los hombres y a todo el hombre. Con gran exactitud ha subrayado un eminente experto: nosotros no aceptamos la separación de la economía de lo humano, el desarrollo, de las civilizaciones en que está inscrito. Lo que cuenta para nosotros es el hombre, cada hombre, cada agrupación de hombres, hasta la humanidad entera".⁽³⁾

(2) Ese es además el criterio que fue sostenido en la Reunión de Expertos sobre Enseñanza Superior y Desarrollo en América Latina. En el informe provisional de dicho evento, que tuvo lugar en la Universidad de Costa Rica, del 15 al 24 de marzo de 1966 se lee: "Por encima de sus situaciones singulares, originadas por las condiciones del medio nacional respectivo, las Universidades latinoamericanas poseen características comunes que justifican un enfoque regional en el análisis de sus problemas". Parte 1º, p. 1.

(3) Carta Encíclica de su Santidad el Papa Pablo VI a los Obispos, a los Sacerdotes, a los Religiosos, a los Fieles y a todos los hombres de Buena Voluntad SOBRE EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS. Primera parte, párrafo 14. Imprenta El Herald, Cartago, 1967. En términos absolutamente coincidentes Gerald Meir y Robert E. Baldwin nos dicen: "el bienestar económico es solamente una pequeña parte del bienestar social general y es este último el que primordialmente debe apreciarse". En DESARROLLO ECONOMICO, Madrid, Aguilar, 1964. Citado por Raúl Basaldua y Marcos Kaplan en PROBLEMAS ESTRUCTURALES DE AMERICA LATINA Y PLANIFICACION PARA EL DESARROLLO. Centro de Investigación Aplicada. Universidad de Buenos Aires, 1966, p. 60.

2. Alcanzar el desarrollo es la única forma en que puede evitarse que "la revolución de las esperanzas crecientes" no desemboque en un proceso de destrucción social.

La amplitud de comunicación entre los distintos pueblos de la tierra, el conocimiento cada vez más generalizado que existe en las comunidades de los países sub-desarrollados, de que hay regiones en las cuales el hombre ha vencido a la pobreza, y el ensanchamiento de las diferencias entre los países ricos y los pobres, son causa de profunda insatisfacción social en estos últimos. Adlai Stevenson bautizó esa situación con el nombre de la "revolución de las esperanzas crecientes", para indicar que las masas empobrecidas de los países sub-desarrollados se han dado cuenta de que su situación es remediable, y han adquirido, por lo menos, la esperanza de una mejor situación. Como resultado, si el avance no se produce por medios legales y ordenados, es indudable que la situación desembocará en la utilización de medios violentos, con los consiguientes procesos de descomposición social.

340 R
N. 11
1964
RFV 14/5/14

3. Llegar al desarrollo implica una serie de modificaciones en las estructuras sociales:

Si se ve el desarrollo como un simple aumento de producción, es posible que éste se produzca acompañado del fenómeno de un mayor enriquecimiento de las actuales clases económicamente fuertes y de un empobrecimiento de los sectores humildes. Para que el desarrollo produzca verdaderos beneficios, el aumento del potencial económico debe estar acompañado de hondas reformas en las estructuras sociales. Es, a mi juicio, una verdad que no requiere mayor explicación el hecho de que las sociedades de los países sub-desarrollados, como causa y efecto del sub-desarrollo al mismo tiempo son sociedades estáticas, en las cuales la movilidad social es inferior a la de las sociedades desarrolladas.⁽⁴⁾

Para que en verdad pueda hablarse de desarrollo es indispensable transformarlas en sociedades abiertas, sea establecer condiciones que permitan un traslado del elemento socialmente valioso

(4) Basaldua y Kaplan, op. cit. p. 2, al referirse a la estructura social latinoamericana, que surge como resultado del movimiento independentista del siglo XIX dicen: "Se trata ante todo de una estructura organizada en base a una jerarquía social simplista, polarizada y rígida, que expresa y determina la concentración de la riqueza y del poder". No creo que se hayan producido muchas variaciones de ese modelo original.

hacia los grupos directores de la comunidad. Esa amplia movilidad social demanda, en primer término, y como condición básica, aumentar la igualdad de oportunidad, cuya forma inicial tiene que ser una igualdad de oportunidad educativa, no sólo a los niveles primario y medio, sino también, como parte vital, en la enseñanza superior.

4. **El proceso de desarrollo implica una serie de decisiones de tipo político, en especial sobre la utilización de recursos, y una jerarquización de las necesidades a solucionar, en suma, un proceso de planificación.**

Contra la creencia de un "proceso de crecimiento natural", en el cual, el desarrollo pareciera producirse de una manera espontánea, se afirma hoy día, casi sin voces en contra, la necesidad que existe para toda comunidad, de acelerar su desarrollo por medio de un proceso en el cual se determinen metas y se establezca un sistema de mejor utilización de recursos y una jerarquización de las necesidades o problemas que deben solventarse; en suma por medio de la planificación.⁽⁵⁾

5. **Las decisiones de tipo político no pueden tomarse sin un conocimiento claro y efectivo de la realidad nacional.**

Uno de los mayores problemas que se presentan a toda actividad planificadora en un país sub-desarrollado, es la carencia de una serie de informaciones indispensables para llevarla a cabo. Es frecuente que falten los mapas detallados, las estadísticas amplias, los estudios de recursos naturales, el conocimiento exacto y preciso del territorio, la población y sus estructuras básicas, los grados y potencialidad de su buena utilización.⁽⁶⁾

(5) Rodrigo Facio: "PLANIFICACION ECONOMICA EN REGIMEN DEMOCRATICO. Doctrina, Experiencias Extranjeras y Algunas Ideas para establecerla en Costa Rica". Separata del Nº 4 de la Revista de Ciencias Sociales, de la Universidad de Costa Rica. En ella nos encontramos afirmaciones como la siguiente: "dentro del pensamiento económico contemporáneo, el concepto de planificación, como tantos otros ha desbordado las rígidas fronteras de los dogmatismos económico-sociales, para convertirse en algo que puede discutirse y experimentarse a la luz de las necesidades y objetivos prácticos e inmediatos de las naciones, cualesquiera sean las características esenciales de su organización económica" (pág. 11). Por su parte Basaldua y Kaplan, op. cit., p. 23 afirman: "Se ha reconocido ya universalmente... la necesidad de la planificación para inducir y acelerar el desarrollo económico y social".

(6) "La planificación requiere datos muy diversos, de carácter administrativo, legal, económico y social y por ello la investigación, como proceso de recopilación de estos datos es vital para ella". Wilburg Jiménez: PLANIFICACION OPERATIVA O CAOS NACIONAL. Espac, San José, 1965, Tercera Edición, p. 38.

6. **Tanto la planificación como la ejecución de los planes propuestos requieren técnicos capaces de adaptar métodos e instrumentos de trabajo de los países desarrollados a las naciones sub-desarrolladas y administradores, a todos los niveles, con capacidad para cumplir las políticas señaladas.**

Entre los mayores problemas para la formulación y ejecución de un plan de desarrollo, es necesario puntualizar dos de sumo interés para el tema en estudio:

a) La tecnología avanzada es, como tantas otras conquistas de la civilización, patrimonio de las naciones desarrolladas, en las cuales se ha formulado en atención a sus propias características y necesidades. Para su aplicación a los problemas de los países en proceso de desarrollo se requiere un cuidadoso proceso de adaptación, sin el cual muchas de las soluciones que se propagan, no podrán ser de verdadera utilidad⁽⁷⁾.

b) Tanto el proceso de planificación como la ejecución de los planes formulados, requieren personal capacitado en las tareas a su cargo, no sólo en los niveles altos sino en todos los requeridos. Esa falta de administradores o funcionarios de nivel alto, intermedio o bajo, constituye la condición que reduce la mayor parte de los estudios y recomendaciones hechas de acuerdo con programas de ayuda internacional, a simples escarceos intelectuales. Al carecer los países para los cuales han sido elaborados del personal in-

(7) "Las naciones subdesarrolladas dependen de un acervo de conocimientos que, en los tiempos modernos se ha creado principalmente en los países desarrollados y que puede tener el inconveniente de que no ha sido suficientemente dirigido hacia los problemas técnicos y sociales característicos de los países menos subdesarrollados". Simón Suznetz: Crecimiento Económico de Post Guerra", México, UTEHA, 1965, p. 19. "En esta época del gran despertar sería patético que los economistas jóvenes de los países subdesarrollados se desviarán por el mal camino de las predilecciones del pensamiento económico que prevalece en los países adelantados, que están entorpeciendo a los estudiosos de estos países en sus esfuerzos por acercarse a la realidad, pero serían fatales para los esfuerzos intelectuales de los economistas de los países sub-desarrollados. Por el contrario, desearía que tuvieran la energía suficiente para hacer a un lado las grandes estructuras vacías y sin importancia y las doctrinas a veces inadecuadas, así como los enfoques teóricos vocingleros, y que se iniciaran en el estudio de sus propias necesidades y problemas. Este camino los llevaría mucho más lejos de la economía liberal occidental, pasada de moda y del marxismo. En lugar de machacar sobre nuestras viejas doctrinas y controversias que datan de hace cien años o más, debieran ocuparse de aquello que es verdaderamente práctico y útil dentro de nuestra tradición, y proceder entonces a elaborar su propia teoría que se adapte a sus problemas". Gunnar Myrdal: "Teoría Económica y Regiones Subdesarrolladas", México, Fondo Cultura Económica, 1959, p. 117-118. Ambas citas se encuentran hechas en Basaldua y Kaplan, op. cit., p. 54-55.

dispensable para cumplirlos, los planes y recomendaciones no pueden salir del campo de las buenas intenciones. (8)

3. EL SUBDESARROLLO DE AMERICA LATINA.

La ubicación de América Latina se acostumbra hacerla, ya como parte del mundo occidental, ya como una de las regiones que deben considerarse dentro del "Tercer Mundo", sea el de las naciones sub-desarrolladas. En esa doble posición, se encuentra buena parte de la tragedia latino-americana. Por vinculación, por los patrones culturales seguidos o copiados, por sus idiomas, y formas de comportamiento, los latino-americanos nos sentimos pertenecientes al bloque occidental que integran los países europeos y las naciones de predominio anglo-sajón del norte del Hemisferio y de Oceanía.

Sin embargo, si miramos a las estadísticas básicas, nos daremos cuenta de que económica y culturalmente, debemos ser clasificados como países sub-desarrollados. De las naciones latino-americanas, únicamente seis tienen un cincuenta por ciento o más de población urbana (9); trece países tienen como sector principal de su economía, la actividad agrícola (10); tan sólo cinco países tienen un porcentaje de alfabetismo superior al 80% (11). En cuanto al ingreso per cápita, sólo dos naciones superan la cifra de setecientos dólares, cinco se encuentran entre cuatrocientos a setecientos, y doce tienen un ingreso inferior a cuatrocientos dólares (12). Con esos

(8) Rodrigo Facio, op. cit. p. 44: "Los mejores planes y las más amplia financiación serían inútiles si no existen, en cantidades adecuadas, hombres de ciencia, educadores y operarios calificados. Porque para producir abundantemente, además de planes y equipos de capital, se requiere saber controlar, evaluar y ejecutar esos planes, y saber manejar el capital, usar las máquinas, adaptar las técnicas, comprender métodos y sistemas nuevos, muy especialmente en nuestros días de alta complejidad técnica y administrativa".

(9) Argentina (68%), Colombia (52%), Chile (68%), México (50%), Uruguay (66%), Venezuela (63%). Estas y las siguientes estadísticas han sido tomadas del número de la revista PROGRESO correspondiente a los meses de noviembre y diciembre de 1967. No existe en ellas ninguna referencia a Cuba.

(10) Bolivia (34%), Brasil (27%), Colombia (31%), Costa Rica (29%), Ecuador (35%), El Salvador (31%), Guatemala (29%), Haití (ignorado), Honduras (46%), Nicaragua (36%), Paraguay (37%), Perú (22%), República Dominicana (ignorado).

(11) Argentina (92%), Costa Rica (84%), Chile (84%), Uruguay (91%), Venezuela (89%).

(12) Más de 700: Argentina (700); Venezuela (895).- 400 a 700: Chile (501) Costa Rica (406); México (470); Panamá (513); Uruguay (569).- Menos de 400: Bolivia (149); Brasil (27); Colombia (292); Ecuador (224); El Salvador (279); Guatemala (314); Haití (75); Honduras (229); Nicaragua (365); Paraguay (224); Perú (378); República

simples números, queda patente la realidad del sub-desarrollo, la triste realidad de América Latina.

Dentro de esa situación de sub-desarrollo es conveniente enfocar la situación de las universidades, determinar sus problemas y ver cuales son los obstáculos que les impiden hacer una contribución efectiva y la elevación del nivel de desarrollo.

4. LOS PROBLEMAS DE LA UNIVERSIDAD LATINO-AMERICANA:

En América Latina, se encuentran las Universidades más antiguas del Hemisferio Occidental. La de Santo Domingo fue fundada en 1538, las de Lima y México, en 1551, la de Chile en el periodo 1738-1758. Sin embargo, pese a ese glorioso comienzo, pocas son las Universidades latino americanas que han adquirido un alto grado académico. En general, todas ellas son un reflejo de la situación de cada una de las colectividades a las que sirven, pero de muy pocas puede decirse que constituyen guías de sus comunidades; son espejo y no faro. La culpa no es de los universitarios, muchos de los cuales, a través de los siglos, han cumplido sus funciones con verdadero espíritu de apóstoles. La responsabilidad pertenece a las comunidades, en que les ha tocado desarrollarse.

Ha habido factores políticos, entre los que cabe destacar la recurrencia de largos periodos de inestabilidad política y de otros de regímenes dictatoriales, situaciones ambas que no son las más favorables para el desarrollo de las actividades universitarias.

Se han dado factores sociales contrarios. Primero que nada, la falta de movilidad social. Dadas las condiciones sociales predominantes en la América Latina, durante la mayor parte de su vida independiente, la educación superior ha sido un privilegio de clase. Si bien es cierto que la gratuidad de la enseñanza universitaria ha hecho teóricamente posible la igualdad de oportunidad de acceso a esta enseñanza, y en muchos casos permitido la elevación a

Dominica (264).- Desde luego estos criterios para establecer el sub-desarrollo son criticables. Es posible que un país tenga una economía agrícola y un mayor porcentaje de población rural y ser desarrollado. Pero es difícil suponer lo mismo con respecto al bajo ingreso per cápita y el porcentaje de analfabetismo.

través del dominio profesional de personas de los sectores humildes, dicha igualdad de oportunidad se encuentra condicionada, entre otros factores, por la mayor o mejor cultura adquirida en la segunda enseñanza, por la posibilidad de mantenerse económicamente a través de los años de universidad, y por la dificultad de acceso a ciertos aspectos del ejercicio profesional para personas provenientes de los sectores de menor ingreso.

*Por otra parte, hay una dificultad no sólo de estrato social sino también de carácter regional. Las universidades han estado tradicionalmente ubicadas en los grandes centros de población. El fenómeno de la macrocefalia capitalina es una característica acentuada del desarrollo nacional en la mayoría de los países latino-americanos⁽¹³⁾. En esas circunstancias, la oportunidad de educación superior ha existido casi en forma exclusiva para los habitantes de los sectores metropolitanos y sólo en forma sumamente estrecha, para los que crecen y se educan en regiones rurales. Esta dualidad estructural característica del medio social latinoamericano no es causada por la Universidad pero, al mismo tiempo, debe reconocerse que en la mayor parte de los países ella ha sido un factor contribuyente a que se acentúe dicha diferencia, en vez de constituir un factor corrector de ella.⁽¹⁴⁾

Hay factores de orden económico: la estructura económica tradicional de América Latina, en la cual la mayor parte de los países dependen del precio de unos pocos productos básicos, sujetos a fluctuaciones violentas y perjudiciales en los mercados internacionales, y una mala, o a veces pésima distribución de la riqueza y un ingreso sumamente bajo para la mayor parte de la población, no constituyen, por cierto, el clima ideal para el desarrollo de una actividad de cultura superior.

Dentro de ese panorama general, no es de extrañar que haya, en la educación superior latino-americana, una serie de caracte-

(13) "Cada país latino-americano tiende a generar una —y luego, a veces más de una— gran ciudad dominante, generalmente costera, alimentada por el ingreso de las exportaciones primarias y por el papel de intermediación entre el hinterland rural y el exterior". Basaldua y Kaplan, op. cit., pág. 5.

(14) Existe en América Latina un dualismo estructural, "la división de la sociedad, del Estado y de la Cultura en dos sectores diferenciados. En un polo se encuentra el sector arcaico, de comunidades y regiones cerradas, replegadas en una estructura apenas salida de la fase colonial y esencialmente opuesta a toda transformación. En el otro polo aparece el sector evolucionado o moderno, que recibe, genera y transmite los impulsos del cambio". Basaldua y Kaplan, op. cit., p. 5 y 6.

rísticas sumamente desfavorables para un proceso de desarrollo. Cabe citar las siguientes, desde luego, sin un carácter limitativo:

a). **Presupuestos exiguos:** La Educación Superior, por su naturaleza y sus implicaciones, es necesariamente cara. Supone cuantiosas inversiones en edificios, laboratorios, bibliotecas. Demanda personal de muy alto nivel y para conseguir éste se hace indispensable otorgarle retribuciones adecuadas que permitan retenerlo frente a las ofertas igualmente atractivas de la empresa privada, el ejercicio profesional y los organismos internacionales. Exige oportunidades de contacto con centros similares de los países desarrollados, para intercambio de experiencias y obtención de principios y conocimientos indispensables en un medio cambiante.

En la actividad universitaria latino-americana, en términos generales, se produce un círculo vicioso, característico de los países culturalmente débiles. El sub-desarrollo, agravado en muchos casos como luego se verá por el divorcio entre la esfera gubernamental y la universitaria, impide dotar a los centros de enseñanza superior de los presupuestos requeridos. Estos, como consecuencia, ven limitado el ámbito de su actividad en los campos de formación de profesionales, investigación, y extensión universitaria. Como resultado, dichas tareas no pueden contribuir en la forma debida al progreso nacional, el cual sigue encontrándose totalmente alejado de las demandas exigidas por la revolución de las esperanzas crecientes.

Con base en esa precaria condición económica de las universidades, tenemos las situaciones siguientes:

b). **Limitación de las oportunidades educativas a un grupo de carreras de tipo tradicional.** No participo en forma alguna de la línea de pensamiento que divide las profesiones universitarias entre aquéllas que contribuyen en forma señalada al desarrollo y aquéllas que no hacen ninguna contribución a éste. Entre las primeras se acostumbra colocar las carreras técnicas (ingeniería, científicas, y las que tienden a conocer el proceso económico (administración de negocios, contabilidad, economía) y entre las segundas, las demás ciencias sociales (derecho, sociología, servicio social, ciencia política). Por el contrario, creo que un desarrollo armónico cultural, demanda un fortalecimiento general de toda la actividad formativa universitaria.⁽¹⁵⁾ Pero, en América Latina, el problema básico es

(15) Desde luego un desarrollo armónico supone que no habrá prevalencias exageradas de un tipo especial de profesión sino adecuado balance de ellas.

el escaso número de profesiones u oportunidades educacionales que ofrece la mayor parte de las instituciones de enseñanza superior, la carencia de la flexibilidad necesaria para producir todas las especialidades que demanda la complejidad de una sociedad contemporánea, y por sobre todo, el enorme vacío que existe entre las carreras de tipo académico y las actividades desempeñadas por el resto de la población activa. Faltan en gran parte, las profesiones técnicas o carreras de nivel intermedio, que constituyen estratos indispensables para la sociedad actual.⁽¹⁶⁾

c). **Profesorado y alumnado de tiempo parcial:** Como resultado de la débil economía nacional, y de los exiguos presupuestos, la tarea universitaria se lleva a cabo en forma parcial, tanto por estudiantes como por profesores. Unos y otros dividen su tiempo laborable entre la actividad universitaria y la realización de tareas de índole profesional o burocrática, indispensables para hacer frente a las necesidades personales.

Debido a dicha división de esfuerzos, al profesorado le falta el tiempo indispensable para la tarea de investigación, que es de suponer en todo universitario como base indispensable para su labor docente, y en los estudiantes se presentan los fenómenos de bajo rendimiento en las pruebas de control de conocimientos, y la prolongación exagerada del tiempo necesario para graduarse.

d). **Carencia de técnicas docentes adecuadas:** La falta de dedicación a la tarea universitaria, acarrea como producto concomitante, el desconocimiento de las técnicas pedagógicas adecuadas y el uso exclusivo de sistemas tradicionales de enseñanza magistral, que constituyen obstáculos de enorme importancia para la formación apropiada de las clases dirigentes, a fin de capacitarlas para mantener la actitud de cambio que demanda la sociedad contemporánea.

Los anteriores pueden ser considerados los males tradicionales de la actividad universitaria, los cuales no sólo existen en la

(16) "Considerada la grave desproporción que existe actualmente entre el número de profesionales de nivel superior, por una parte, y de nivel medio que han de constituir una adecuado y amplio soporte para el mayor aprovechamiento de aquéllos, por otra, se señala la conveniencia de estudiar posibles cambios en la estructura universitaria de tal modo que permita ofrecer oportunidades para capacitarse en profesiones de nivel intermedio al crecido número de estudiantes que truncan sus estudios o a los bachilleres que no siguen carreras de más alto nivel". (Punto 10 de las conclusiones de ENSEÑANZA SUPERIOR Y DESARROLLO EN AMERICA LATINA. Informe provisional de la Reunión de Expertos sobre Enseñanza Superior y Desarrollo en América Latina. Universidad de Costa Rica, San José, 15 a 24 de marzo de 1966, p. 7. De ahora en adelante se citará como ENSEÑANZA SUPERIOR. . . ."

América Latina sino que es posible que se den en otras partes del mundo. Sin embargo, a la par de ellos, nos encontramos ciertos fenómenos, que forman lo que podríamos llamar la "patología universitaria latino-americana".

NO SALE

1.—Divorcio entre universidad y gobierno:

En los países donde el régimen político asume un carácter dictatorial, y aún en algunos donde, en las últimas décadas, se ha producido una mayor práctica de las formas democráticas, es frecuente que exista un divorcio absoluto entre las esferas gubernamentales y las universitarias. Debido a la actividad intelectual generada por la Universidad y al dominio de la esfera gubernamental por grupos de formación militar, hay falta de comprensión entre ambas, y la hostilidad constituye la regla general. La actividad universitaria se convierte en la única forma de participación en la vida pública para ciertas figuras de alto relieve, a las cuales su repudio u oposición a los dominadores tradicionales de los asuntos gubernamentales, les impide participar en forma más activa en la actividad oficial. Como resultado, el gobierno teme u hostiliza a la universidad, y la universidad ataca o sufre la intervención gubernamental. No hay entre el uno y la otra, la comunicación adecuada que debe existir entre dos entidades de importancia para la vida del país, ni el intercambio de las personas que ocupan altas posiciones en una y otra, indispensable en comunidades de subdesarrollo cultural, donde el número de personas capacitadas para cumplir dichas labores es bastante limitado. Se pertenece a la Universidad o se pertenece al gobierno. Aquella se hace excesivamente teórica y éste se forma por personas carentes del amplio fundamento cultural que otorga la vida académica.⁽¹⁷⁾

(17) En Costa Rica afortunadamente ha existido suficiente movilidad entre Universidad y Gobierno; se ha repetido el fenómeno varias veces de que profesores universitarios vayan a servir altas posiciones en el gobierno y regresen luego a la cátedra o al servicio académico. Pero ello, desde luego, es resultado de un sistema de gobierno democrático bien establecido. Por otra parte, cabe notar que el prestigio adquirido en la Universidad puede haber sido parte de las razones para que algunas personas hayan llegado a altas posiciones; la experiencia indica que no siempre la anterior vinculación con la Universidad puede tenerse como garantía de que vayan a defender los intereses de la enseñanza superior.

2.—Concepto exacerbado de la autonomía universitaria:

La necesidad de defender la integridad universitaria, problema que en una forma u otra ha existido o existe a cada paso en todas las casas de enseñanza superior de América Latina, se ha encerrado en el principio casi mítico de "la autonomía universitaria". Principio básico del Movimiento Reformista que se inició en Córdoba en 1918, ha sido elevado a principio constitucional en muchas de las Cartas Fundamentales de la región, y se considera piedra angular del régimen docente e institucional de la Universidad Latino-americana.⁽¹⁸⁾ Sin embargo, concebido como un medio de defensa contra la intervención del gobierno, el principio de autonomía universitaria lo han terminado por interpretar algunos como un alejamiento radical de los problemas que caen dentro de la esfera gubernamental y que hace imposible para los centros de educación superior colaborar directamente en su solución. Por eso creo válida la observación hecha en la Reunión de Expertos sobre Enseñanza Superior y Desarrollo en América Latina:

"La autonomía universitaria fue considerada por la generalidad de los Expertos como fundamentalmente esencial, pero se indicó también que se había exagerado su interpretación y que una autonomía mal entendida

(18) BASES CONSTITUTIVAS DE LA UNION DE UNIVERSIDADES DE AMERICA LATINA: "Segunda: La Unión tiene las siguientes finalidades: e) laborar activamente para que sean reconocidos y respetados la plena autonomía de las Universidades Latinoamericanas y los principios de libertad en la investigación y enseñanza; "Décima: Compete a la Unión de Universidades de América Latina brindar la máxima protección a las instituciones asociadas en relación con su autonomía y con su libertad académica". CARTA DE LAS UNIVERSIDADES LATINO-AMERICANAS: "Artículo 2.- Las universidades latinoamericanas deben lograr el reconocimiento de su autonomía y defenderla como medio de garantizar su función espiritual, su libertad científica administrativa y financiera". FINES Y FUNCIONES DE LA UNIVERSIDAD CONTEMPORANEA Y EN ESPECIAL DE LAS UNIVERSIDADES DE CENTRO AMERICA (Declaración de principios aprobada por el "Primer Congreso Universitario Centroamericano", que con asistencia de delegados de las Universidades de Centro América, se celebró en San Salvador, República de El Salvador, en el mes de setiembre de 1948). "EL PRIMER CONGRESO UNIVERSITARIO CENTROAMERICANO, RESUELVE: Declarar como principios fundamentales que deberán orientar la vida de las Universidades, los siguientes: b). AUTONOMIA: La Universidad debe conseguir una autonomía total, es decir, una autonomía formal y material. La primera descansa en disposiciones constitucionales o de máxima jerarquía legal, por medio de las cuales se perfilan las líneas generales, pero a la vez, suficientemente concretas, de la Universidad y se le otorga la facultad de autolegislar. Esta autonomía no puede fructificar sin embargo, si no se le complementa con una autonomía patrimonial, que ponga a su disposición bienes y fondos suficientes para librarla de sus inveteradas estrecheces económicas. Por autonomía universitaria deberá entenderse, en suma, que la Universidad, en el cumplimiento de sus fines, no depende de ninguna persona u organismo extraño a ella ni puede ser inferida en su existencia y actividades.

puede representar, en cierto modo, un freno para la labor social y educativa de la Universidad y provocar su aislamiento. En opinión de otros expertos, la autonomía representa la mejor garantía para la libertad de crítica y de pensamiento. Se reconoció sin embargo, que el deber primordial de las Universidades es servir a la sociedad, que la autonomía no podía justificar un divorcio del interés público y que era necesario tener en cuenta el juicio externo para la revisión de la política universitaria."⁽¹⁹⁾

Es innegable que la Autonomía puede y debe ser entendida como derecho de los universitarios y de la Universidad a ejercer la libertad que es inherente al ser humano, y es de mayor exigencia en el campo universitario que en cualquier otro. Pero es claro que ese concepto de la autonomía no puede significar la no participación de la Universidad en la vida pública nacional y en la solución de los problemas que en ella se presentan.

La carencia de validez de ese concepto de autonomía lo tenemos en el hecho indudable de que aun aquellas instituciones de enseñanza superior cuyos dirigentes pretenden una absoluta separación entre universidad y gobierno, son y han sido siempre, centros de intensa actividad política, generalmente de carácter opositor al régimen imperante. Si los universitarios sienten, y con razón, que tienen la obligación de una participación activa en la vida política nacional, igual deben sentir la obligación de aportar sus luces al proceso de gobierno, para asistirlo en los campos de su especialidad.

3.—Co-gobierno o Gobierno tripartita:

Otros de los principios del Movimiento de Reforma Universitaria ("Co-participación estudiantil" y "Vinculación de los Graduados") han sido entendidos en algunos países latino-americanos en una forma extrema, que contribuye a debilitar la acción universitaria. Se ha llegado al régimen de igualdad absoluta entre profesores, estudiantes y graduados, o entre estudiantes y profesores para establecer una forma igualitaria de participación en el gobierno universitario, que pareciera fundada en un traslado de los principios de la Democracia Política del ámbito estatal al de la Universidad. Como dice Bascuñán:

"Los 'reformistas' trasladaron a la Universidad, sin mayor examen, las realizaciones y logros de la Democracia Política, con olvido de que

(19) "Enseñanza Superior...", cit. pág. 4.

la Comunidad Nacional atiende las necesidades mínimas de todos los habitantes, en tanto que la Comunidad Universitaria forma e informa en niveles superiores una población escolar seleccionada por su idoneidad entre el ciudadano cívico común". (20)

Al proceder en esa forma, se ha olvidado que si bien los estudiantes constituyen la razón de ser de la Universidad, y los graduados, como productos de ella, deben mantenerse vinculados a su casa de estudios, ninguno de estos dos grupos tiene un interés permanente en la vida universitaria, como el de los profesores e investigadores. Por ello, si bien es necesaria e indispensable su participación en los distintos aspectos de la vida universitaria —la de los estudiantes para que hagan oír su voz, defiendan sus derechos y se sientan partícipes de la solución de los problemas; la de los graduados para que contribuyan a las actividades de la Universidad y reciban de ésta la defensa de sus intereses profesionales y una educación continuada— esa participación jamás debe permitirles sobreponerse a los criterios del elemento estable y determinante de la Universidad, los profesores o investigadores.

Prueba de ello es que, en aquellas universidades donde la participación de estudiantes y graduados se mantiene dentro de límites racionales, esa participación constituye un elemento indispensable para la buena marcha de todas las actividades universitarias. En cambio, la paridad entre profesores y estudiantes o el "tripartito" entre estudiantes, graduados y profesores, ha constituido fuente de múltiples obstáculos para la actividad de estos últimos, para las exigencias y requisitos a cumplir que ellos implanten a los estudiantes, y hasta para su propia estabilidad dentro de la institución. (21)

4.—Radicalización política:

El descontento general de los sectores intelectuales, y dentro de ellos de los universitarios, con la situación social, política y

(20) Op. cit. "El pensamiento vivo de la Reforma Universitaria", p. 41.

(21) En la Universidad de Costa Rica los estudiantes tienen una representación de tres miembros en cada uno de los consejos de Facultad y de dos miembros en el Consejo Universitario. Además tienen derecho a aumentar esa representación hasta un 25% del número de profesores para las elecciones que celebran los Consejos de Facultad o Reunión de Profesores de Departamento. Concebida en esos términos, el balance de la representación estudiantil es indudablemente positivo y ha producido grandes beneficios.

económica de sus comunidades, la frustración de los profesores o investigadores universitarios al verse esterilizados en su actividad política por la concentración del poder en grupos que lo alcanzan y detentan a espaldas de la opinión pública, y la circunstancia de que los estudiantes despierten a la vida nacional dentro de este ambiente, han producido en muchas universidades latino-americanas un proceso mediante el cual muchos de sus componentes han asumido posiciones políticas de extrema radicalidad, sobre todo hacia la izquierda comunista. La pugna ideológica entre derechas, centro e izquierdas, se convierte no en el fermento del diálogo y la discusión, indispensables para el desarrollo de la actividad académica, sino en el motor mismo de las decisiones que se toman y políticas que se siguen dentro del ambiente universitario.

Cierto es que muchas veces el mote de "comunista" que se endilga a muchos universitarios de América Latina no es otra cosa que un intento de acallar sus críticas o sus enfoques sobre la realidad nacional, hecho con absoluta mala fe por quienes se sienten blanco de esas críticas. Pero es igualmente cierto que, como reacción violenta a una sociedad hermética y a un régimen político que se eterniza o a una comunidad fundada en la injusticia, profesores o alumnos subordinan los intereses universitarios a tesis políticas, y tratan de convertir aquéllos en instrumentos de éstas.

Creo que el universitario, si siente en verdad la problemática nacional, debe tener una definición política y una participación en la actividad que se orienta en ese sentido. Pero ella debe llevarse a cabo extramuros universitarios. Como se dijo en la Reunión de Expertos, "La Universidad ha de realizar una función de formación política, concebida en la auténtica aceptación del término, con un triple contenido de información, objetivación de los problemas y estímulo de los deberes políticos del ciudadano" y "uno de los objetivos de la Universidad latinoamericana... (debe) ser el de convertirse en un reducto de la conciencia cívica de los países" (22). La Universidad puede y debe ser ágora de debate, lugar de polémica, centro de formación de conciencia. Pero en tanto que patrimonio público e institución nacional, no puede sujetar su acti-

(22) "Enseñanza Superior...", op. cit., págs. 3 y 4.

vidad a criterios foráneos a su ambiente, y mucho menos a los intereses partidistas. (23)

5.—Proliferación universitaria:

La Universidad latino-americana del siglo XIX se ejerció siempre con un criterio monopolista por parte del Estado, siguiendo el modelo de la Universidad napoleónica. (24) Pero, el siglo actual y en especial las últimas décadas, han presenciado la reversión de ese fenómeno: la aparición de la universidad privada, generalmente confesional.

El establecimiento de las universidades privadas ha estado determinado en muchos casos por la radicalización política de las públicas, por el divorcio existente entre gobiernos y universidades estatales, que ha llevado en muchos casos a los primeros a auspiciar y fomentar la apertura de las privadas, y por la insatisfacción que el sistema de co-gobierno o tripartita produce a muchos educadores. En América Latina, este fenómeno no puede mirarse como mayor desarrollo y complejidad de las sociedades. Al producirse en comunidades donde los factores de índole económica y cultural ya señalados han impedido la consolidación del régimen educacional superior y la constitución de Universidades completas y fuertes, las universidades privadas vienen a ser nuevo obstáculo para el mejoramiento de aquéllas. Al privarlas de los alumnos que, por sus recursos económicos son capaces de pagar sus estudios y

(23) En un brillante análisis sobre el tema, José Medina Echavarría hace la distinción entre la "Universidad enclaustrada", aquella que se aleja de los problemas del momento, "la Universidad militante", la que se transforma en órgano de agitación política, y "la Universidad partícipe" y define esta última como "aquella que enfrenta los problemas del día, aceptándolos como tema riguroso de su consideración científica, para afirmar únicamente lo que desde esa perspectiva se puede decir". "La Reforma de la Universidad Latinoamericana". En FILOSOFIA, EDUCACION Y DESARROLLO, Siglo veintiuno Editores S. A. México, Argentina, España, p. 168-169.

Afortunadamente la Universidad de Costa Rica no ha entrado a ese proceso de radicalización política y está muy lejos de la situación de "Universidad Militante". Algunas personas, desconocedoras de la realidad universitaria nacional, han tratado de aplicarle los criterios de que si es una Universidad Latino-Americana ha de estar radicalizada políticamente. Pero, para fortuna nuestra, se da en ella el clima de respeto a todas las ideas y criterios ideológicos que deben existir en una casa Superior de Estudios. Pero no creo, sin embargo, que llene el concepto de Medina de "Universidad partícipe" en forma adecuada.

(24) La afirmación es de don Pedro Lira Urquieta y aparece en el ensayo: "Bivalencia Institucional de la Universidad". Bascuñán, op. cit., p. 20.

contribuir al sustento de la actividad universitaria, al competir con ellas en la recepción de posible ayuda internacional para el desarrollo de sus programas y al quitarles parte de sus profesores, representan un serio obstáculo para la actividad de los centros estatales de enseñanza superior.

No creo que ello se pueda achacar simplemente a la circunstancia de que las nuevas instituciones tengan un carácter privado, y en muchos casos, confesional. Igual efecto se produce cuando, sin recursos humanos y materiales adecuados, se multiplica el número de las Universidades oficiales, a fin de atender peticiones de carácter localista o regional. El crecimiento de la actividad universitaria, si bien ha de guardar relación con el aumento de la demanda estudiantil y de los servicios que pueda prestar a la comunidad, no puede nunca concebirse en desmedro de la calidad de los centros ya existentes. (25)

6.—Masificación universitaria:

Finalmente, cabe citar, dentro de las fuentes de problemas de la universidad latino-americana, el hecho innegable de que la explosión demográfica ha llegado a sus puertas.

América Latina tiene una tasa de crecimiento de población anual que sólo en Argentina y Uruguay es inferior al 2%, y que en trece países es del 3% o excede de esta cifra (26). Con esas cifras, el fenómeno universal de crecimiento de la población universitaria tiene que asumir caracteres aún más dramáticos. Uno por uno, los distintos centros de enseñanza superior y las distintas unidades académicas que los componen, van llenándose de un número cada vez mayor de estudiantes, se pierde más y más la relación individual

(25) Un buen ejemplo de la proliferación universitaria es el Perú. En 1960 contaba con 8 universidades nacionales y una particular. En 1965 existían 20 universidades nacionales y 7 particulares, es decir, el número de instituciones se habían triplicado. Alguna de ellas, situadas en el área de Lima tenían menos de 500 estudiantes y una, la Femenina del Sagrado Corazón, apenas 86 (datos tomados de La Gaceta de la Oficina Nacional Inter-Universitaria de Planificación, Lima, N. 1. 1º de octubre de 1966).

(26) Argentina (1.6%) y Uruguay (1.4%) son los únicos índices de natalidad bajos. Bolivia (2.4%), Chile (2.4%), Haití (2.3%), y Paraguay (2.6%) ocupan un nivel intermedio. Todos los otros superan el 3%: Brasil (3.0%), Costa Rica (3.8%), Ecuador (3.4%), El Salvador (3.2%), Guatemala (3.3%), Honduras (3.1%), México (3.5%), Panamá (3.2%); Perú (3.1%); República Dominicana (3.6%) y Venezuela (3.4%).

entre profesores y alumnos, se dificulta en mayor forma el control del aprovechamiento de las nuevas generaciones, y aumenta la soledad en que éstas deben resolver los problemas de la vida universitaria. La Universidad se masifica y con ello sufre el proceso de trasmisión de conocimientos.

5. TRANSFORMACION UNIVERSITARIA:

Con problemas como los que quedan descritos, se impone la conclusión de que la mayoría de las universidades latino-americanas no están en posibilidad de hacer una contribución verdaderamente importante al desarrollo de las comunidades a cuyo servicio están.

Para que pueda operarse una transformación de las circunstancias actuales, cabe citar los siguientes:

1.—Rompimiento del estrangulamiento económico:

El problema básico de las universidades latino-americanas es su falta de financiación. La carencia de recursos, como queda dicho, inicia el círculo vicioso que impide a éstas realizar plenamente sus objetivos. Y esta es una responsabilidad nacional de cada uno de nuestros estados. Como muy bien ha dicho Felipe Herrera:

"Es preciso reconocer que muchas de nuestras dificultades y problemas no pueden cargarse sólo a la cuenta del injusto intercambio con el exterior o a determinadas limitaciones y deficiencias estructurales de naturaleza económica y social que condicionan nuestro insuficiente desarrollo. Debemos adjudicar también responsabilidad en este proceso al atraso básico de algunos de nuestros conceptos sobre aspectos fundamentales de la propia organización de cada país y de la distribución de nuestros recursos y potencialidades. Ejemplo típico es el atraso de la Universidad Latinoamericana considerada en conjunto. Me atrevería a preguntar: ¿A quién sino a nosotros mismos, los latino-americanos, compete la responsabilidad de orientar en cada uno de nuestros países, recursos públicos suficientes para que las universidades puedan responder a su alta misión? ¿De quién sino de nosotros los latinoamericanos, es la obligación de crear las condiciones necesarias para que nuestros sistemas de educación superior puedan absorber y difundir los conocimientos científicos y los procedimientos técnicos de otros países más avanzados?".⁽²⁷⁾

(27) Felipe Herrera: EL DESARROLLO DE AMERICA LATINA Y SU FINANCIAMIENTO. Aguilar, Buenos Aires, 1967, pág. 3-6.

Para que esa realidad se haga efectiva, es necesario hacer llegar a todos los círculos gobernantes, a todos los sectores influyentes de la opinión pública, una verdad que pese a su evidencia no es debidamente aceptada en nuestros países: la de que los recursos empleados en la educación no son gastos sino inversiones. Ya lo señaló hace casi una década, Rodrigo Facio, en palabras que conviene citar en extenso:

"¿Cuánto debe gastarse en educación, poco o mucho? ¿Es la educación una forma simple de gasto, o es una inversión reproductiva? ¿Debe tener la educación una alta prioridad o no en los desembolsos del Estado? ¿Se puede economizar en educación?"

La América Latina dedica, en promedio, 1.2 por ciento de su producto nacional a la educación. Costa Rica, en 1958 dedicó a ella 3.53 por ciento del suyo, lo que la coloca en un nivel muy superior al medio, y puede explicar, entre otros aspectos positivos, el tercer lugar en materia de alfabetismo que ocupa en el subcontinente. Y el primer lugar en cuanto a ingreso per cápita que ostenta en la América Central.

Europa Occidental y la Comunidad Británica dedican a la educación un 3 por ciento, y los Estados Unidos otro tanto, lo cual hace resaltar aun más nuestra posición. Por otro lado, la Unión Soviética, según cálculos del Profesor Counts, de la Universidad de Columbia, dirige al sistema educativo entre 5 y medio y 6 por ciento de su producto nacional, lo que la coloca en una posición de verdadera avanzada, especialmente en vista de la escasa productividad relativa de su economía y el nivel de vida generalmente bajo de su pueblo. Pero ha sido precisamente gracias a este enorme esfuerzo educativo que el país ha podido, entre otras cosas, reducir su tasa de analfabetismo, de 60-65 por ciento de la población total en 1917 a 5-10 por ciento en 1957, elevar el número de estudiantes en toda clase de instituciones de enseñanza, en el período 1914-1955 de 8 millones y medio a 60 millones, y conseguido convertirse de área tecnológica y económicamente retrasada en uno de los más poderosos estados industriales del mundo contemporáneo.

No cito estos datos para exaltar el régimen soviético con el cual no puedo estar porque niega las libertades esenciales del hombre y del ciudadano, ni como testimonio de un avance humano integral, porque la educación sin libertad de pensamiento e información, lejos de ser una fuerza liberadora para el hombre, implica un instrumento de inenarrable coerción sobre él; sino para hacer ver como el esfuerzo educativo, aun en una sociedad de tipo dictatorial, paga —dentro de plazos relativamente cortos— en indudable progreso material, confirmando así su prioridad para cualquier país, aún desde el punto de vista del desarrollo de su economía".⁽²⁸⁾

(28) Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. Serie Cuadernos Universitarios Nº 12. FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y SOCIALES. Acto de inauguración de su Pabellón, el cual estará al servicio de dicha Facultad y, en tanto no estén construidos

El esfuerzo educativo paga; es esencialmente reproductivo. Ese principio debe ser comprendido en toda su implicación para borrar de la faz de América Latina el espectáculo de los gobiernos que hacen economías falsas al no dotar a sus Universidades de los recursos que les son indispensables para llenar su cometido.

2.—Profundización de la Universidad:

En el vano esfuerzo de hacer barato lo que no puede serlo sino con desmedro de la calidad, es tradicional de América Latina que todo el elemento humano —profesores, alumnos, personal administrativo—, dedique a la tarea universitaria sólo una pequeña parte de su tiempo, que el profesor comparta la cátedra con la tarea profesional o la ocupación burocrática; que el horario de lecciones se adecúe para que el estudiante pueda al mismo tiempo realizar labores remuneradas de medio tiempo o de tiempo completo, y que el personal administrativo sea escaso, de tiempo parcial, mal remunerado, o las tres cosas al mismo tiempo.

Todo ello impide que las tareas universitarias de investigación, docencia y proyección hacia la comunidad, puedan adquirir verdadera hondura. Por esa circunstancia, la primera es casi inexistente, dado que mal puede pedirse que investigue, a quien carece de tiempo para hacerlo y, en la mayoría de los casos, realiza la tarea universitaria para satisfacer una vocación personal o de mero prestigio social, con sacrificio de sus labores profesionales. La proyección a la comunidad se lleva a cabo tan sólo en forma aislada, puesto que los profesores apenas si pueden pensar en participar en actividades de ese tipo —conferencias, mesas redondas, programas de divulgación, servicios de consulta— si no tienen tiempo disponible para la necesaria preparación de esas tareas. Por otra parte, la docencia que es simplemente docencia, y que no se vivifica con el esfuerzo investigativo y el contacto con los problemas reales que las ciencias están destinadas a resolver, se anquilosa y se transforma en repetición de conceptos elementales, sin mayor provecho

sus propios pabellones, de la Facultad de Derecho y de la Escuela de Servicio Social. Ciudad Universitaria, 3 de mayo de 1960.
Discursos: el Decano de la Facultad Wilburg Jiménez, *Del Rector de la Universidad Rodrigo Pacio*. p. 25-26.

para quien la imparte y quienes la reciben. Con profesores y alumnos a ratos se tiene apenas una media Universidad, o mucho menos.

Es interesante, por la implicación que tiene sobre la finalidad señalada a la Universidad de crear la disponibilidad al cambio que implica la aceleración del proceso de desarrollo, la observación que se hizo en la Reunión de Expertos de que hay "una relación directa entre la tendencia conservadora de una Universidad y el predominio del personal de tiempo parcial".⁽²⁹⁾ Aun cuando no se dan las razones que permitan hacer esa afirmación, es fácil darse cuenta de ellas, con vista de la experiencia de una Universidad como la de Costa Rica, en la cual coexisten profesores de ambos sistemas, y hay una diferente actitud entre aquel que le da a la Universidad la totalidad de su esfuerzo y aquél, que sólo por vocación, espíritu universitario, o interés marcado en una disciplina, sirve su cátedra durante un pequeño número de horas. El primero tiene posibilidad de vincularse y participar en todas las actividades universitarias que se llevan a cabo. El segundo apenas si puede hacer frente a las labores de su cátedra. La posibilidad y necesidad de innovación debe aparecer mucho más clara para quien se encuentra dedicado a la actividad universitaria, y puede además realizar el esfuerzo que implica todo cambio.

En las Universidades latinoamericanas el movimiento para que los profesores sean de tiempo completo y la exigencia de que los alumnos hagan igual esfuerzo pareciera tener mayor énfasis en ciertas carreras, y falta casi del todo en otras. En el caso de la Medicina, por ejemplo, la dedicación absoluta o casi absoluta pareciera ser la regla; en cambio, en el campo del Derecho es más bien la excepción. Si se examinan las razones que pueden inspirar esa diferencia de trato, se llega a la conclusión de que tanto en Derecho como en Medicina, e igual podría decirse de cualquier otra actividad académica de rango universitario, es necesario que los profesores investiguen y realicen una preparación adecuada de sus lecciones, se mantengan al día en la marcha de sus respectivas disciplinas en otros países, mantengan un trato directo con los estudiantes a fin de auxiliarles en sus labores, realicen pruebas de control del aprovechamiento y puedan calificarlas, escriban materiales de estudio para que los alumnos puedan prepararse

(29) Enseñanza Superior . . ." op. cit., parte 2, p. 3.

antes de las lecciones y repasar conocimientos para las pruebas de examen, etc. En suma, no puede realizarse una labor tan seria como lo es la universitaria sin dedicarle el tiempo que exige y todo tiempo menor que la dedicación absoluta, resulta una aproximación —y en muchos casos un remedo— de lo que en verdad debe hacerse.

Lo que queda dicho no es más que una perogrullada, una aplicación del refrán popular de “¡Zapatero, a tus zapatos!” Pero es indispensable tenerlo en mente cuando se hace la pregunta de cuáles serán las razones por las cuales la Universidad Latino-americana no ha dado una contribución adecuada al proceso de desarrollo, o se asume una actitud crítica hacia las casas de enseñanza superior, por creer que no están produciendo lo que los países necesitan. Para que la Universidad pueda producir es necesario que cuente con el personal indispensable; sólo en la medida en que el personal universitario, sea de dedicación absoluta y cuente además con las garantías indispensables de estabilidad, respeto a sus ideas, ascenso de conformidad con sus méritos y remuneración decorosa, se podrán en verdad exigir resultados.

Igual puede decirse de los estudiantes. Predomina en América Latina el criterio de que ni las familias ni la comunidad pueden mantener a los jóvenes más allá del final de la enseñanza media. Por ello, el estudiante es casi siempre de tiempo parcial, lo que limita tanto las demandas de esfuerzo que pueden hacerle los profesores como el aprovechamiento que el estudiante puede hacer de la época en la cual adquiere la formación definitiva que le llevará a ser parte de los futuros grupos dirigentes. Bueno es hacer notar que el llevar a los estudiantes a serlo tiempo completo supone necesariamente si se quiere evitar que conduzca a una aristocratización de la enseñanza, un sistema de becas y auxilios que haga posible a las personas de escasos recursos el adquirir una educación universitaria.

3.—Transformación de los sistemas pedagógicos:

En una actividad universitaria desarrollada en tiempos parciales por estudiantes y profesores, el desacreditado sistema de la lección magistral pareciera ser el más fácil. El profesor habla y en la mayoría de los casos, repite la lección aprendida hace años. Los

estudiantes escuchan, algunos toman apuntes, otros no asisten siquiera y se limitan a preparar los exámenes parciales y finales. El esfuerzo del profesor se concentra en impartir sus lecciones, y el de los estudiantes en obtener buenos resultados en los exámenes, en virtud de esfuerzos de memorización.

Con la repetición de ese proceso, la actividad universitaria se anquilosa y es imposible pensar en que las ciencias progresen. Es igualmente imposible pensar en que la Universidad forme generaciones con actitud de cambio, dispuestas a utilizar las técnicas y conocimientos adquiridos en el servicio de sus comunidades.

Una mejora de la actividad universitaria supone necesariamente un cambio de criterios pedagógicos, más bien podría decirse, la adopción de un verdadero sentido pedagógico. Enseñar no es simplemente transmitir conocimientos, es crear la actitud objetiva, el hábito del pensamiento riguroso y ordenado, la agilidad intelectual, que son necesarias en el nivel superior de las actividades humanas. Es una actividad formativa. Por ello, no puede pensarse en una labor a cumplir tan sólo por los profesores sino que los estudiantes deben realizar, por sí y como parte de su tarea, una amplia gama de actividades destinadas a probar la adquisición de los conocimientos, y al mismo tiempo, mantener una actitud de crítica bien informada sobre las lecciones recibidas. Ello supone preparación previa de lecciones para estar enterados del tema a discutir en clase, participación en el desarrollo de ésta, no sólo para pedir explicaciones adicionales sino también para argumentar en contra del profesor; y finalmente, realización de práctica controlada como parte de la docencia. Esto último, pareciera haberse entendido bien claro en las carreras técnicas o vinculadas con las ciencias naturales, pero no así en las disciplinas sociales, donde la práctica ha sido siempre dejada a la iniciativa individual o a las tareas a cumplir, con posterioridad a la graduación.

4.—Diversificación profesional:

Las sociedades sub-desarrolladas tienen una estructura ocupacional simple; las actividades a las cuales se dedica la población activa son pocas y se encuentran radicalmente diferenciadas. En cambio, el desarrollo exige una amplia gama de actividades de dirección y ejecución, que demandan multiplicar las especializaciones

y aumentar el número de conocimientos y profesiones que deben ser adquiridos en instituciones de enseñanza superior.

Es característica latinoamericana una grave desproporción entre el número de profesionales de nivel superior, por una parte, y el que se tiene de nivel medio, que han de constituir el necesario soporte para el mayor aprovechamiento de aquéllos. Esa situación es una muestra evidente del subdesarrollo cultural y debe ser corregida por las universidades. Sólo en la medida en que éstas ofrezcan una mayor gama de oportunidades y satisfagan así las exigencias de una compleja sociedad desarrollada podrán crear las condiciones que se necesitan para que éstas puedan producirse. Sólo así podrá además superarse el problema que presentan los estudiantes que fracasan en la adquisición de las profesiones más difíciles y que, sin embargo, tienen plena capacidad para las carreras de tipo intermedio.⁽³⁰⁾

5.—Combate a la macrocefalia capitalina:

La carencia de oportunidades culturales fuera de los principales centros urbanos —que en América Latina generalmente son uno o dos por país— es una de las principales manifestaciones de la macrocefalia ya mencionada. Para que la Universidad deje de ser un factor contribuyente a ella y se convierta, por lo contrario, en vehículo de un desarrollo integral, es indispensable que sin destruir sus asientos tradicionales se proyecte hacia las comunidades de menor tamaño y establezca en ellas Colegios o Centros Universitarios Regionales, en los cuales se pueda seguir carreras cortas y de nivel intermedio o cumplir la primera etapa de los estudios universitarios. Esa proyección de las universidades a nivel nacional, será mucho más beneficiosa que el aumento del número de establecimientos universitarios en una misma ciudad, dado que hará llegar las oportunidades culturales a personas situadas en distintas áreas geográficas. En ese sentido, creo que las universidades latino-americanas tienen mucho que aprender de los sistemas de colegios menores y centros universitarios de gran tamaño que caracterizan la educación superior en los estados de Nueva York y California, en los Estados Unidos de América.⁽³¹⁾

(30) "ENSEÑANZA SUPERIOR . . .", op. cit. p. 7 y 14.

(31) Una interesante descripción del sistema de "Multiversidad" que existe en el Estado de Nueva York puede encontrarse en la edición de Time Magazine, del 15 de enero de 1968, p. 33-38.

6.—Mejora administrativa y planificación universitaria.

Antes de que la Universidad pueda efectivamente contribuir con mayor eficacia a la solución de los problemas nacionales, es indudable que tiene que poner orden en su propia casa. Resultado de procesos históricos de crecimiento, inmersas en una competencia interna entre los distintos campos de estudio, sujetas a presiones de todos los grupos que la forman, la mayoría de las universidades no son por cierto un modelo administrativo y carecen de oficinas de planificación adecuadas. Como resultado de esas circunstancias, existen en ellas multiplicación de funciones administrativas en las distintas unidades académicas, y crecimiento desigual entre éstas, que lleva a unas a adquirir un desarrollo acelerado y mantiene a las otras en situación precaria. Falta unidad en el mando, dirección coherente y por sobre todo, actividad interdisciplinaria. Las necesidades se resuelven para períodos sumamente cortos y los programas de actividades no docentes, si es que existen, se fragmentan en chispazos individuales, carentes de continuidad. En esas circunstancias, resulta difícil que las universidades vayan a enseñar y a servir de ejemplo a los procesos de planificación a nivel nacional.

Por ello es de absoluta necesidad en las universidades latino-americanas, realizar una honda reforma administrativa que, como dijo la Reunión de Expertos, comprenda los siguientes puntos:

"Revisar la organización administrativa universitaria, reestructurándola con criterio moderno y funcional, con el fin de aumentar su eficacia y rendimiento, y de dar a los cuerpos directivos y ejecutivos una estabilidad y permanencia que les permitan formular y ejecutar una política universitaria sistemática y a largo plazo, asignándoles funciones específicas y niveles de responsabilidad que les faculten para tomar resoluciones y ejecutarlas sin complicaciones ni tardanzas y con la diligencia que exigen el funcionamiento y desarrollo de la Universidad.

Seleccionar cuidadosamente el personal administrativo, considerando que la creciente complejidad de la organización universitaria requiere especialistas calificados.

Mejorar los servicios estadísticos y de administración financiera para conocer mejor la situación y las posibilidades reales de las instituciones universitarias y disponer de los elementos de juicio necesarios para realizar una adecuada planificación".⁽³²⁾

(32) "Enseñanza Superior . . ." op. cit., pág. 15, parte 2ª.

En materia de planificación, se consideró igualmente:

"Dado el proceso de transformación de la Universidad, su planeamiento interno constituye un imperativo de la hora presente y supone un estudio minucioso y profundo de su propia realidad. Sin planeamiento, el rendimiento de la educación superior será deficiente, y no podrán establecerse con suficiente base de criterios racionales para su financiación. La extraordinaria complejidad académica y administrativa de la Universidad moderna y la necesidad de prever sus actividades a mediano y largo plazo justifican todavía más el planeamiento.

La planificación universitaria ha de ser llevada a cabo por oficinas especializadas, y debe mantener una vinculación estrecha con el planeamiento nacional y utilizar los servicios de las entidades internacionales que pueden proporcionar asistencia técnica y ayuda económica a la Universidad.

En la elaboración de los planes universitarios deberán conjugarse armónicamente las exigencias que plantean la formación de cuadros profesionales, las necesidades sociales, las demandas del medio y las aspiraciones de la juventud". (33)

6. LA UNIVERSIDAD Y EL DESARROLLO:

La anterior exposición no ha tenido como propósito fundamental el hacer una lista de los males que aquejan a las Universidades latino-americanas, con un propósito triste y desconsolado que nos lleve a corroborar la conclusión errónea auspiciada por algunas entidades financieras internacionales, de que no debe hacerse nada dentro de ellas y que deben crearse instituciones nuevas para atender los problemas del desarrollo⁽³⁴⁾. Por el contrario, ha tenido el propósito de señalar cuales son los aspectos que nuestras universidades deben corregir para acrecentar su papel determinante en el desarrollo latino-americano.

Falta examinar, y creo que ello debe hacerse aunque sea brevemente, cuales han de ser las contribuciones básicas que debe hacer la Universidad para cumplir su papel en un proceso de tanta importancia.

(33) "Enseñanza Superior..." op. cit. parte 1ª página 7.

(34) Entre ellos cabe hacer la honrosa excepción del Banco Interamericano de Desarrollo, gracias a la comprensión del problema universitario que revela su presidente Felipe Herrera. Véase su conferencia "El Financiamiento del Desarrollo Universitario", en el DESARROLLO DE AMERICA LATINA Y SU FINANCIAMIENTO, op. cit p. 314-330.

1.—Investigación de la realidad y necesidades nacionales:

Quedó señalado en la segunda parte de esta comunicación que no puede existir desarrollo sin planificación, ni ésta sin "conocimiento claro y efectivo de la realidad nacional".

Esta es una tarea que constituye una parte de la función primordial de la Universidad que es la búsqueda de la verdad. Si en ella es donde se encuentran los profesionales de más alto nivel en los distintos campos del saber humano, si es en ella donde estos pueden encontrar el mejor ambiente para su actividad investigativa, dado que la pueden realizar en un plano objetivo, de estabilidad completa en sus posiciones, de continuidad en sus tareas y de medios adecuados para realizarlas, lógico es que sea la Universidad el principal foco de la investigación sobre la realidad y necesidades nacionales. Así como la investigación vivifica la enseñanza, la obligación de realizar ésta, es fuerte acicate para la primera. En ningún otro lugar se cuenta además con un gran número de mentes jóvenes que, como parte de su tarea académica, puedan emplear su energía, inquietud intelectual y entusiasmo juvenil, en colaborar para hacer efectivo el conocimiento de la realidad en la cual habrán de ejercer sus profesiones.

Por ello creo, que la labor de conocimiento e investigación de la realidad nacional, básica en la tarea de planificación, debe ser encomendada a las universidades, a fin de que éstas puedan retener a sus investigadores y obtener de ellos el máximo rendimiento posible, así como crear las corrientes vigorizadoras que ellas representan para todas las actividades universitarias. El beneficio que se puede obtener de una adecuada financiación para la enseñanza superior no es por cierto, inmaterial, sino que puede medirse en términos de conocimiento indispensable para la toma de decisiones y del desarrollo que resulta de decisiones correctas.⁽³⁵⁾

(35) Un buen ejemplo de lo que puede hacerse en este campo es el acuerdo celebrado entre el Ministerio de Agricultura y Ganadería y la Facultad de Agronomía de la Universidad de Costa Rica. De conformidad con él, la entidad académica asumió todas las labores de investigación del Ministerio, el cual lleva a cabo la formulación de su política con fundamento en los resultados obtenidos por la investigación universitaria.

2.—Formación de profesionales y técnicos de nivel medio:

El contar con personal calificado es punto esencial de toda tarea de desarrollo, sobre todo si ésta se entiende en su connotación cultural. La tarea tradicional y básica de la actividad universitaria, sobre todo si no se limita a la graduación de profesionales para el ejercicio liberal sino que lo hace también para el servicio público, si no se reduce a las profesiones tradicionales sino que abarca por igual el nivel medio, si crea en sus graduados la actitud necesaria para comprender el cambio, hacerse partícipes de él y ser factores de su aceleración, es otra tarea de gran impacto para el proceso de desarrollo.

Cualquiera que sea el nivel de los graduados universitarios hay que aceptar que poseen el más alto nivel de preparación existente en las comunidades nacionales. A ellos corresponde el liderato de la vida nacional, sobre todo, en el aspecto de orientación racional del desarrollo. En la medida pues, en que la universidad cumpla eficazmente su tarea de formación de profesionales, estará preparando los líderes de toda actividad futura.

3.—Evaluación de los resultados:

Las decisiones de tipo político que orientan el proceso de desarrollo en la planificación, corresponden inevitablemente a los poderes estatales. Pero, por sobre todo en las sociedades democráticas, la confrontación entre los planes y la realidad requiere un enjuiciamiento constante. Este, en la opinión pública nacional, se lleva a cabo dentro de un ambiente cargado de pasiones políticas, de carencia de objetividad y muchas veces, de información adecuada. Por necesario que sea este proceso para la vida de un país, es indudable que a la par de él, y con mayor importancia todavía para los ajustes de los planes, y la corrección de los defectos en que se haya incurrido, ha de existir una constante crítica y evaluación de los pasos dados o por darse.

Esa es a mi juicio, otra tarea típicamente universitaria. Si las instituciones de enseñanza superior son objetivas y tienen técnicos concedores de la realidad nacional y de los sistemas que se pretenden aplicar, nadie como ellos para efectuar una crítica objetiva

de los planes de desarrollo y una vigilancia constante de la forma en que se llevan a cabo. Si esta tarea se cumple con seriedad y altura, la posibilidad de resultados habrá de ser más halagadora.

7. CONCLUSIONES:

De lo dicho, creo deben desprenderse las siguientes conclusiones:

1. — En los problemas inherentes a todo proceso de desarrollo, debieran las Universidades cumplir un papel muy importante.

2. — Pero, en la América Latina, en el momento presente y en la mayoría de los casos, las universidades no cumplen plenamente dicha tarea.

3. — Ello se debe a causas externas a la Universidad, como la negativa del Estado a otorgarle fondos adecuados para su tarea, o internas de ella, como falta de planificación universitaria.

4. — Para que la Universidad pueda asumir un liderato en la tarea del desarrollo debe vencer sus problemas internos. Debe además establecer una vinculación más estrecha con la comunidad a la que sirve.

5. — En la medida en que ella se convierte en guía del proceso de cambio podrá contribuir efectivamente a la aceleración de éste y a que él se efectúe en una forma más equilibrada.

Ciudad Universitaria "Rodrigo Facio"

Marzo, 1968

LAS NULIDADES PROCESALES Y SU TRASCENDENCIA ECONÓMICA

Lic. MIGUEL BLANCO QUIROS
Titular Derecho Procesal I.
Facultad de Derecho.

La tramitación de un proceso exige en mayor o menor grado la satisfacción de una serie de gastos que recaen necesariamente sobre los sujetos que en el intervienen: El Estado que paga la administración de la justicia, las partes que invierten en el mismo su tiempo y su dinero, y los terceros que se ven compelidos a prestar su colaboración en cumplimiento de una obligación legal.

Depende entonces, de la mayor o menor extensión del proceso, conforme a su naturaleza, del conjunto de formalidades a que se someta su tramitación y del régimen que se adopte para el tratamiento de la nulidad de los actos procesales, el mayor o menor costo del litigio y las consecuencias económicas para las partes que en el mismo intervienen.

Es principio fundamental que recogen las cartas políticas de los países civilizados, elevándolo a la categoría de garantía constitucional, la celeridad en la administración de la justicia. "Ocurriendo a las leyes —dice el artículo 41 de nuestra Carta Magna— todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad e intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida y sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". Pero ese postulado, frecuentemente no pasa de alcanzar la categoría de una aspiración insatisfecha, cuando conspiran contra su eficacia la defectuosa reglamentación de nulidades y el espíritu conservador y detallista de los llamados a intervenir en un proceso.

En Roma, en el período llamado de "legis acciones" y en el "formulario", el proceso estuvo sometido a un conjunto de formalidades, rigorismos, frases sacramentales y fórmulas cuya más leve

omisión bastaba para anular lo mismo un acto que todo un proceso. "Toda contravención a la ley de procedimientos ocasiona la nulidad del acto" mandaba el Código Gregoriano, convirtiendo así el proceso en un acto plagado de formalidades en el que frecuentemente se sacrificaba el Derecho a las exigencias de la fórmula. Y esa filosofía que se proyectó durante muchos siglos en las leyes procesales dio origen al sistema de "la nulidad por la nulidad misma" cuyos resabios desafortunadamente no han desaparecido del todo en este siglo de las conquistas espaciales. "Muchas formas, dice Chiovenda (Instituciones N° 284) son consecuencia de las condiciones sociales, políticas y de tiempo, otras son restos de sistemas antiguos que se mantienen por acatamiento a la tradición y por el espíritu conservador que domina en el ambiente forense como toda clase que se educa en una larga preparación técnica. A ello agrega el daño derivado de la aplicación que se hace de las formas con espíritu caviloso. La Historia demuestra, dice Calamandrei (Instituciones pág. 245) que las formalidades adoptadas para ciertos fines tienden a sobrevivir, aunque resulten inútiles como aquella que establecía la nulidad de la sentencia si el juez no la pronunciaba sentado. (Hugo Alsina, Las Nulidades en el Proceso Civil)".

Contra ese sistema, que al decir de un autor convertía el proceso en una "misa jurídica", el Código de Procedimientos francés adoptó un principio completamente opuesto: el llamado "pas de nullité sans texte", en virtud del cual no se reconoce ninguna nulidad sin una disposición legal que la establezca. Pero, a pesar de que el abandono del sistema romano significó un avance muy importante en el régimen de las nulidades procesales, el nuevo método adolecía de algunos defectos que llevaron a sustituirlo, en definitiva, por una nueva regla: "pas de nullité sans grief" (sin perjuicio no hay nulidad) consagrada por el Decreto Ley de 30 de octubre de 1935. Esa nueva tendencia unida a la doctrina de la eficacia del acto procesal ya consumado y al de la sanción de los vicios procesales, constituyen sin duda alguna el rumbo que debe orientar todo buen sistema de procedimientos.

No puede olvidarse, desde luego, las formas necesarias para que el proceso alcance existencia jurídica y validez formal, vale decir, el respeto a las formas sustanciales, pero salvado ese interés y el que garantiza a las partes su derecho a la defensa, nada impide la adopción de un sistema que reduzca al mínimo la declaración de nulidades.

Dentro de esas ideas conviene, en primer término, señalar que la violación de las garantías procesales recogidas en las cartas políticas constituyen la máxima nulidad en que puede incurrirse en un proceso. A nadie se le hará sufrir pena, dice el artículo 39 de nuestra Constitución Política, sin haberle concedido la oportunidad previa para ejercitar su defensa, y consecuentemente con ese principio, nuestra ley procesal reconoce como causales válidas para casar un fallo aquellos vicios del procedimiento que hayan podido causar indefensión. Esta, entonces, y el quebrantamiento de las normas más importantes del procedimiento establecidas para garantizar la validez formal de los procesos vienen a ser de esa manera los elementos que deben tomarse en cuenta para darle cabida a la nulidad de los actos procesales. "Los motivos de nulidad adjetiva en la ley procedimental, —declara la Corte Suprema de Justicia de Colombia— han quedado reducidos a aquellas irregularidades que implican el desconocimiento de las bases de la organización judicial o la violación del derecho de defensa, esto es, la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la persona de cualquiera de las partes y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio. (G. J. número 1957 y 1958, pág. 554).

La misión de la nulidad, escribe Alsina (las Nulidades en el Proceso Civil) en efecto, no es propiamente asegurar la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley. Las formas son el medio o el instrumento de que el legislador se vale para hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio, lo cual constituye el fundamento de los derechos procesales de las partes. En cualquier supuesto en que esa garantía aparezca violada, aunque no haya texto expreso en la ley, la declaración de nulidad se impone; en cambio, no obstante la existencia de un texto expreso, la nulidad es improcedente si a pesar del defecto que el acto contiene, el fin propuesto ha sido alcanzado. Tal es, en último análisis, el sentido de la expresión pas de nullité sans grief que el legislador francés ha terminado por reincorporar a su código y que el nuevo código italiano establece como base de su sistema. La fórmula sería, pues, la siguiente: donde hay indefensión, hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad".

Por el contrario, los otros defectos procesales que pueden afectar la eficacia normal de los actos procesales no deben dar

lugar a nulidades cuando no se acredita la existencia de un interés y de un perjuicio, cuando no obedecen a un fin práctico o cuando, finalmente, el acto ha alcanzado el objeto al cual estaba destinado.

Veamos ahora cual es la orientación de nuestro código procesal civil y de la jurisprudencia nacional en esta materia de suyo delicada.

En el año 1937, por ley número 8 de 29 de noviembre, se introdujeron al Código vigente reformas sustanciales encaminadas sobre todo a darle agilidad al proceso y celeridad a su tramitación. Se adoptó, en cuanto a nulidades el método francés, aunque por circunstancias especiales no llegó a establecerse un conjunto orgánico regulador de las mismas. Sin embargo debe reconocerse y elogiarse la labor de la Comisión de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que en un tiempo muy corto realizó un brillante trabajo que en esa materia significó un gran paso en la eliminación de nulidades. Del Licenciado Antonio Picado Guerrero, miembro de esa Comisión, son los siguientes conceptos que copiamos de su publicación "Las Nulidades según las Reformas Procesales de 1937":

"Siempre que se inicia un proyecto de reformas procesales, los encargados de prepararlo ponen especial cuidado en cerrar, en cuanto sea posible, la puerta de las nulidades por ser éstas una de las causas principales de la justicia lenta. Pocas cosas causan tanta desazón a los litigantes como esas nulidades, sobre todo cuando abarcan la totalidad o gran parte de las actuaciones, no sólo por la pérdida de tiempo, sino por las numerosas complicaciones que surgen de hecho y de derecho, a veces con carácter irreparable. En tesis general, debe ser preocupación constante de los tribunales evitar esas nulidades, soslayarlas en cuanto sea dable, no sólo para evitar la crítica y perjuicio de los litigantes, sino para no dar margen al cargo de justicia lenta. Uno de los mayores propósitos de la Comisión fue el de sugerir aquellas reformas que sin alterar en forma sustancial la ritualidad del juicio, evitaran las nulidades procesales, quedando reducidas éstas al campo de la indefensión y a aquellas que, como absolutas y de orden público, era del todo necesario decretarlas para corregir vicios esenciales del procedimiento. La pauta orientadora en materia de nulidades es la de que sólo por excepción deben decretarse; que los casos de excepción deben enmarcarse en dos extremos: cuando el vicio puede causar indefensión a la parte que la alega o cuando por su carácter esencial, no secundario o de detalle, altera o falsea el curso normal del juicio de modo irreparable. En uno y otro caso, la nulidad no debe prosperar si es posible llenar la omisión o corregir el defecto".

El propósito de la reforma, cristalizado en el texto de los artículos 385 y 890 del Código de Procedimientos Civiles introdujo

una nueva orientación en el manejo de las nulidades procesales, desterrando para siempre el principio romano de la nulidad por la nulidad misma.

De la redacción de los artículos 385 y 890, escribe el Licenciado Picado Guerrero, "aparece claro que es obligatorio para los tribunales abstenerse de decretar nulidades: a) cuando no se produce indefensión; b) cuando el vicio procesal no es esencial, o sea, cuando la nulidad no es indispensable para orientar el curso normal del juicio; c) cuando es posible reponer el trámite y corregir la actuación y d) cuando se trata de simples omisiones de pronunciamiento, caso en el cual el tribunal de alzada debe llenar la omisión. Por consiguiente, si no hay indefensión, si no se vicia sustancialmente el procedimiento, si es posible corregir el defecto u omisión sin necesidad de acoger la nulidad, si la parte no ha reclamado en tiempo la nulidad y ésta no tiene el carácter de absoluta, o aun teniéndolo puede ser corregido el vicio, no debe decretarse esa nulidad, porque en el fondo no tiene interés jurídico fundamental y causa un daño innecesario a la administración de justicia y a las partes". A esas ideas sólo habría que agregar que las nulidades no deben decretarse tampoco cuando el acto ha cumplido el fin para el cual estaba destinado.

Con esas medidas nuestro Código dejó en manos de los jueces los medios necesarios para prevenir y evitar los efectos de la nulidades convirtiendo a éstos en verdaderos directores del proceso a fin de garantizar una tramitación rápida y económica en los juicios.

La reforma, en consecuencia, recogió los principios más avanzados en materia de nulidades, cuya feliz combinación debe permitir en el proceso un mínimum de formalidades condicionando el máximum de ellas a las necesidades del conocimiento judicial, sin importar en ningún caso el sacrificio del derecho sustancial.

El saneamiento de los vicios, la necesidad de un interés, el objeto práctico de las nulidades y el reconocimiento de los actos consumados que no afectan las garantías sustanciales del proceso aparecen bien logrados en la legislación procesal costarricense y fiel reflejo de su aplicación podemos encontrarla en el criterio de la Sala Primera Civil de la Corte Suprema de Justicia, expuesto en la sentencia de las 8 horas y 25 minutos del 18 de junio de 1963 en la que se dice:

"...lo primero que debe determinarse es si la irregularidad procesal puede ser corregida sin perjuicio de los demás procedimientos, o si es ne-

cesario anular las actuaciones o resoluciones viciadas, bien porque el defecto haya producido indefensión, o porque sea indispensable decretar la nulidad para que el juicio siga su curso normal. La nulidad es un remedio de carácter extraordinario y debe reservarse para aquellos casos en que sea evidente la indefensión o en que no haya otro camino que el declararla para restituir la validez de la relación procesal, que sin ésta no podría el Juzgador pronunciarse válidamente sobre las cuestiones debatidas".

Por el contrario, típico ejemplo del olvido de esos principios lo constituye la resolución que bajo el número 608 dictó la Sala Segunda Civil de la misma Corte, a las 15 horas y 30 minutos del 19 de julio de 1966, en que anuló, retornando al principio de la nulidad por la nulidad misma, todo lo actuado en un juicio sucesorio ya casi terminado al cabo de tres años de tramitación, al advertir que se había iniciado con una certificación del testamento y no mediante el aporte de un testimonio de escritura pública.

Sin duda alguna la celeridad en los trámites del proceso y la consecución de una justicia rápida, inspiró las reformas del año 1937. La lentitud en la administración de la justicia, de la cual constituye un factor muy importante la nulidad de los actos procesales, se traduce necesariamente en una pérdida económica que gravita en mayor medida sobre las partes litigantes, y es menester reducir al mínimo el monto de esas pérdidas, porque en el procedimiento como dice Couture, el tiempo es algo más que oro: es justicia.

PREMISAS PARA UNA TEORÍA DE LA POTESTAD DE IMPOSICIÓN

Prof. GIAN ANTONIO MICHELI
Ordinario de Derecho Tributario
de la Universidad de Roma.
Traduce: Walter Antillón.

1. Me es muy grato dedicar estas primeras consideraciones sobre un concepto extremadamente importante para el estudio del Derecho tributario —y en general, del Derecho Público—: el concepto de "potestad de imposición", a un insigne estudioso y magistrado de América Latina, el Profesor don Víctor Manuel Elizondo.

En efecto, la mayor confusión terminológica reina en mérito a la definición de potestad de imposición, es decir, de la potestad administrativa a través de cuyo ejercicio el ente público pretende concretamente la prestación tributaria de parte del sujeto pasivo. Este aspecto final del concretarse de la norma jurídica tributaria se presenta frecuentemente confundido —o en todo caso no bien destacado— con la potestad del Estado (y de los entes públicos menores) de postular la norma general y abstracta que prevé la imposición, si y cuando se verifica el presupuesto de dicha norma en relación con un determinado sujeto (pasivo). En realidad se trata de dos diversos momentos de la actividad del ente público que es menester distinguir incluso terminológicamente⁽¹⁾. Por esa razón tampoco me parece muy perspicuo indicar, con ALESSI⁽²⁾, la potestad normativa, sea la de establecer normas jurídicas primarias (por ley o por otros actos con valor de ley: decretos-ley, decretos legislativos), o normas subprimarias (como las emitidas por los entes locales), o incluso secundarias, como "potestad tributaria" considerada desde el punto de vista abstracto, contraponiéndola a una

(1) BERLIRI: Corso istituzionale di diritto tributario; pág. 2 y ss.; y antes sus Principii di diritto tributario, Vol. I, p. 114 y ss.

(2) ALESSI-STAMMANTI: Istituzioni di diritto tributario; p. 29; ver también COCIVERA: Principii di diritto tributario; p. 114 y ss.

“consideración desde un punto de vista concreto” de la misma potestad tributaria.

Se trata, en realidad, de dos fenómenos asaz diversos entre sí, aún si único puede ser el sujeto que despliega tales potestades. El poder de emanar normas tributarias constituye una manifestación del Poder Legislativo, expresión de la Soberanía. El mismo pertenece ante todo al Estado, al cual la Constitución confiere la función legislativa primaria (art. 23). Pero tal función normativa viene reconocida además a las Regiones y a otros entes locales territoriales. En estos casos, sin embargo, la potestad tributaria normativa encuentra una serie de límites (en primer lugar, en la ley estatal misma). Lo que induce a colocar el poder tributario de tales entes en un escalón inferior al reconocido al poder tributario del Estado. Con esto no creo deber considerar el poder tributario de tales entes como “derivado”, en sentido técnico, del de El Estado, y delegado por éste a aquellos entes. Trátase siempre de un poder originario primario, pero subordinado al poder tributario estatal y dotado de diversa intensidad según sean los sujetos a los que la ley lo otorga.

Por lo demás, también el poder tributario estatal tiene límites, puestos hoy por la Constitución, con la consiguiente posibilidad de un control de legitimidad constitucional de las normas tributarias legislativas⁽³⁾.

El poder tributario viene entonces cualificado como una potestad, o como un aspecto de la potestad normativa, en cuanto representa el aspecto subjetivo, es decir, referido al sujeto que actúa para ejercitar una función fundamental del ente público y, señaladamente, del Estado, la cual debe ser ejercitada en el interés público general. El poder de producir normas jurídicas puede además ser calificado también en relación con el objeto de dichas normas, y así se habla de “poder financiero” para abarcar la actividad normativa y la actividad de aplicación de las normas mediante las cuales el ente público se procura los medios para hacer frente a los gastos necesarios al desenvolvimiento de sus actividades. Pero también este concepto es precursor de poca claridad no solo si se tiende a involucrar en él tanto la actividad normativa como la de aplicación de la norma primaria, sino además por el hecho de considerar en

(3) Confrontar mis “Profili critici in tema di potestà di imposizione”, en los “Studi in onore di Gaetano Zingali”; Vol. III, p 445 y ss.

bloque las normas primarias, sea cual fuere su contenido. Ya en otro lugar indiqué, y no me repetiré aquí⁽⁴⁾, que es poco oportuno superar la consideración analítica de los instrumentos idóneos a obtener las entradas a favor del ente público, mediante una consideración global de la actividad financiera del ente mismo, sin hacer distinción entre los mecanismos jurídicos utilizados para aquel fin. Esa vasta perspectiva puede ser útil y hasta necesaria en una primera aproximación panorámica de los fenómenos, a la cual, empero, debe seguir una indagación analítica de los mismos.

Por esas razones refiero la potestad (normativa primaria) de postular normas jurídicas tributarias sólo a aquellas hipótesis en que el ente público emite normas abstractas para crear y disciplinar las prestaciones tributarias que el sujeto pasivo debe cumplir si se verifica, y en tanto se verifique, la situación-base prevista en dichas normas. Defino convencionalmente tal potestad como “potestad tributaria”, distinguiéndola aún de nombre de la potestad de aplicación concreta de la norma en el caso singular. Esta actividad administrativa de aplicación de la norma tributaria es siempre necesaria, incluso en aquellos casos en que el sujeto pasivo sea predeterminado concretamente por la norma de ley. Así por ejemplo la “C.O.N.I.” y la “U.N.I.R.E.” son los sujetos pasivos del impuesto sobre juegos de habilidad y sobre los concursos de pronósticos (Ley N° 496 de 14 de abril de 1948) y el “E.N.E.L.” es el sujeto pasivo del impuesto sustitutivo sobre la energía eléctrica (Ley de 6 de diciembre de 1962; Decreto del Presidente de la República N° 741 de 17 de setiembre de 1964). Con el ejercicio de la potestad normativa tributaria no surge a favor del ente público ningún derecho de crédito a cargo de los sujetos pasivos: precisa para ello que se verifiquen las circunstancias previstas en la norma tributaria. Y entonces entra en consideración la “potestad de imposición” como concreto poder-deber del ente de realizar determinados actos dirigidos a la verificación de la pretensión concreta del ente mismo a la prestación tributaria, y que puede pertenecer incluso a entes diversos de aquéllos a los que compete la potestad (normativa) tributaria. La terminología que he empleado en estudios precedentes⁽⁵⁾ viene así rectificadas en la forma aquí propuesta para esculpir, con mayor

(4) Ver mi “voz” “Diritto tributario e Diritto finanziario”, en la “Enciclopedia del Diritto”; n. 3.

(5) Ver, además la “voz” citada y el ensayo “Profili critici . . .”, los “Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali”, en la Revista “Diritto e pratica tributaria”, 1965, p. 216, en los cuales se hace referencia sólo a la potestad normativa tributaria.

claridad según creo, la esencia de los fenómenos descritos con las locuciones ahora consideradas.

2. No basta entonces el ejercicio del poder tributario de parte del Estado (y, en los límites previstos por la ley del Estado, de parte de los entes públicos menores) para que la prestación tributaria sea debida o, como se suele decir, para que el tributo⁽⁶⁾ sea concretamente impuesto al contribuyente singular. Para llegar a ésto precisa una actividad intermedia de la administración pública, la cual actividad, por otra parte, se presenta diferenciada y se plasma en los más variados módulos y con actos de diferente contenido. El esquema clásico del acto de "acertamiento" como momento decisorio para el surgimiento o para la liquidación de la obligación tributaria está hoy superado por la presencia de otras secuencias de actos en los cuales el momento del acto administrativo se proyecta en modos distintos del tradicional de "acertamiento". Se puede entonces dudar de que la potestad de imposición no constituya el "prius" en el desenvolvimiento de la prestación tributaria, desde el punto de vista de la obligación de pagar el tributo. Lo cierto es que el momento administrativo puede presentarse bajo diferentes aspectos en el procedimiento de aplicación de la norma tributaria. No solo, entonces, como acto, por decirlo así, "preventivo" de imposición, es decir, de aplicación de la norma a la especie fáctica concreta, y por ende ligado por un vínculo genético exclusivo al surgir de la obligación de pagar el tributo, sino que también referido al control del cumplimiento de un deber del sujeto pasivo no necesariamente correlacionado con el ejercicio de un poder o de un derecho de crédito de parte del ente público.

El examen analítico de las distintas series procedimentales conducirá a interesantes resultados, porque mostrará la diversa incidencia del ejercicio de la potestad de imposición en la formación de las distintas situaciones pasivas tributarias. Generalmente, en efecto, la relación jurídica de impuesto viene considerada como momento final y típico, en su correlación de derecho de crédito y obligación. Pero aún así debe distinguirse entre el nacimiento de la obligación y su completa actualidad, aún coactiva, de la prestación debida, de donde derivan las infinitas y aún no acalladas diatribas sobre la naturaleza del llamado "acertamiento", sobre la necesidad o no de deber atribuir el surgimiento de la obligación a

(6) Ver la noción ofrecida por mí en "Profili . . ." citado, p. 456.

la verificación de un determinado resultado, o al cumplimiento de actos administrativos de imposición⁽⁷⁾. Por otra parte se tiende a individualizar el ejercicio de la potestad impositiva, en el cumplimiento del acto de fijación y liquidación del "an" y del "quantum" de la prestación, limitándose así a un esquema típico de actuación concreta de la pretensión tributaria, como, por ejemplo, el de los impuestos directos. Pero aún en relación a éstos se ha reconocido actualmente el peso particular que a su respecto adquiere la declaración del sujeto pasivo, en tal forma que toda la estructura del procedimiento, es decir, de la secuencia de actos y situaciones jurídicas que derivan del cumplimiento de dichos actos y que vienen determinadas en cada caso por la ley, adquiere una específica autonomía.

La contraposición entre tributos con y tributos sin imposición adquiere (como se verá) un valor eminentemente relativo y descriptivo para la individualización de un acto imperativo a cuya emanación está subordinada la producción de determinados efectos. Pero no puede negarse que la potestad administrativa se ejercite en todos los casos, aun cuando no se dé el cumplimiento previo de un acto "de imposición". Sobre esto es bueno entenderse claramente. El ente público está provisto de adecuados poderes de control aún sucesivo a la entrega; de la parte del contribuyente, de una suma de dinero a título de pago del tributo; tal control puede asumir diversas formas y se despliega siempre en el cumplimiento de actos que asumen el contenido de órdenes, aun cuando miren a fijar y liquidar el tributo luego de constatar la existencia y la medida del presupuesto. En otros términos, el contenido cognitivo y liquidatorio del acto⁽⁸⁾ no es de ningún modo incompatible con el contenido imperativo del acto mismo, revelándose así como la expresión del ejercicio de la potestad de imposición.

No puede decirse que las distintas teorías del "acertamiento", polarizando la atención de los estudiosos sobre la naturaleza del mismo, hayan prestado atención a la potestad de imposición, en-

(7) Acerca de la distinción entre el momento en que surge la obligación y el momento de su exigibilidad, véase el siempre clásico libro de A. D. GIANNINI: "Istituzioni di diritto tributario", IX Edición, p. 185; para una descripción de los fenómenos aludidos en el texto, M. S. GIANNINI: "Le obbligazioni pubbliche, n. 27-28.

(8) Sobre el cual véase CAPACCIOLI: "L'accertamento tributario" en la Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, 1966, Vol. I, p. 30 y ss; ver también ALESSI-STAMMATI: op. cit., p. 84.

tendida como poder-deber concreto del ente impositor (indicado por la ley). Así, no se ha advertido que frecuentemente el fenómeno del "acertamiento" se produce sin que el ente público esté obligado al ejercicio de la potestad que debe y puede, en cambio, ejercitar en un segundo momento, especialmente para el control del acatamiento, de parte de los sujetos pasivos, de los deberes a ellos impuestos directamente por la ley; control que puede desplegarse en varias formas y con vista de la modificación del "an" y del "quantum" declarado y pagado por el contribuyente, o también con vista de la aplicación de las sanciones de variada especie consiguientes a la constatación del incumplimiento de determinados deberes, es decir, a la constatación del ilícito.

3. Así como ha sido delineada en los números precedentes, la potestad de imposición se presenta, por regla general, disciplinada en todos sus aspectos por la ley que confiere los relativos poderes a los órganos que la ejercitan, sin que tales órganos tengan ningún margen de valoración discrecional acerca de la elección del mejor modo de realizar el interés público. Esto se comprende no tanto en relación a lo que dispone el Art. 23 Const., cuanto más bien con referencia al carácter instrumental de las normas que disciplinan la potestad de imposición, o mejor, a su carácter formal o procedimental, en cuanto tienden a disciplinar los actos y las situaciones subjetivas a que da lugar la aplicación concreta de la ley de impuestos. Cuya finalidad es esencialmente la de procurar ingresos a través de la "imposición" de una prestación (contributiva) pecuniaria a cargo de determinados sujetos pasivos. Además el interés público tutelado, que es el de la oportuna disponibilidad de los medios monetarios para hacer frente a los gastos, no consiente ninguna rémora en la realización de los medios idóneos para que el ente público se procure la entrada, la cual debe ser obtenida con los medios típicos: con los instrumentos indicados por la misma ley y solo con ellos. Por eso el interés público no consiente ninguna oportunidad de conferir al ente la elección de los instrumentos para la imposición. O mejor dicho, como se verá dentro de poco, lo consiente en una medida exigua y en casos que atañen a la realización forzada del crédito de la administración financiera, cuando ya ha sido determinado. Por otra parte no basta, como he dicho, la remisión al artículo 23 cit. para justificar el carácter estrictamente vinculado de la actividad impositiva, texto el cual sólo podría justificar la rigidez de la norma tributaria en lo que hace a la

fijación de los sujetos pasivos y de los presupuestos objetivos del tributo.

En consecuencia no puede estimarse que en el Art. 8 del Texto único sobre impuestos directos de 1958 se esté ante una esfera discrecional reconocida a la administración financiera, ya que en dicha norma se otorga carácter de punto de referencia de los efectos de la norma misma a bienes o a complejos de bienes que sin embargo no tienen, según el derecho común, la personalidad jurídica⁽⁹⁾. Y tal vinculación entre el ejercicio de la potestad de imposición y la responsabilidad (es decir, y la sujetabilidad del bien o bienes a las medidas ejecutivas) viene expresada en términos subjetivos, por la relevancia que adquiere, para los fines de la agresión del bien mismo de parte del ente impositor para la realización de su crédito, la relación entre el sujeto y el bien. Resulta entonces que el sujeto activo no tiene, de acuerdo con el Art. 8 cit., una facultad de valoración del mejor modo de realizar el interés a la percepción del tributo, eligiendo el sujeto. Este es determinado por la norma tributaria de un modo con frecuencia diverso, o incluso divergente, del indicado por la ley común, si bien en muchos casos tal divergencia resulta más aparente que real, y se exprese en la determinación de una pluralidad de sujetos pasivos coobligados al pago del tributo.

En otro lugar indagaremos este aspecto del fenómeno, pero la existencia de una pluralidad de deudores "solidarios" explica el que se pueda tener la impresión (pero no más que la impresión) de que a veces el ente impositor tiene una facultad discrecional de elección del deudor de impuestos.

En efecto, me parece que, según también las indagaciones de otros al respecto⁽¹⁰⁾, se puede admitir hipótesis de discrecionalidad

(9) Para una revisión de los problemas aludidos en el texto véase LAVAGNA: "Teoria dei soggetti e diritto tributario" en la Riv. dir. fin. sc. d. fin., 1961, I, 3 s; GIARDINA: "La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati", ibid. 1962, I, 269; ANTONINI: "La soggettività tributaria", 1965, donde se encuentran ulteriores referencias.

(10) Véase últimamente POMINI: "Note sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione in materia tributaria" en la Rivista últimamente cit., 1962 I, 175, donde se encuentran ulteriores citas. Para interesantes revisiones de las teorías tradicionales, desde diversos puntos de vista, y para una construcción unitaria de la discrecionalidad administrativa, MORTATI: "Discrezionalità", en el "Novissimo Digesto Italiano", n. 17 y ss.; A. PIRAS: "Discrezionalità amministrativa", en la "Enciclopedia del dir.", n. 10, en donde la doctrina es examinada críticamente en su perspectiva histórica y en su validez actual. Ver también BERLIRI: "Principii . . ." cit., III, p. 792; LICCARDO: "La discrezionalità in diritto tributario", ahora en sus "Scritti di diritto tributario", p. 207 y ss.

en el ejercicio de la potestad tributaria en relación con las modalidades para el cumplimiento del tributo. Entre otros recuerdo los siguientes casos: a) el poder de elección del codeudor de impuestos que corresponde al ente impositor (o al "exactor", en su nombre); b) el poder de modificar, en todo o en parte, la disciplina que emana de la ley, mediante la concesión, por ejemplo, de dilatorias para el pago del tributo (artículo 65, tercer apartado, del Real Decreto N° 3270 de 30 de diciembre de 1923, ley de impuestos sucesorios) o bien diversas modalidades de "acertamiento" (artículo 10 del Texto Unico citado, relativo a modificaciones del domicilio fiscal) o de pago (artículo 22 del Decreto N° 492 de 25 de junio de 1955 sobre impuesto de timbre; artículo 8, penúltimo apartado, del Decreto Ley N° 26 de 9 de enero de 1940; Decreto N° 435 de 3 de junio de 1943, sobre impuesto a las ventas; artículo 75, primer apartado, del Reglamento N° 10 del 26 de enero de 1940, y artículo 6 del Decreto N° 799 de 3 de mayo de 1948) o todavía exigiendo ulteriores garantías además de las requeridas por la ley (artículo 262, segundo apartado, del Texto Unico sobre impuestos directos; artículo 10 del Reglamento N° 316 de 22 de mayo de 1910 sobre tasas sobre los negocios; artículo 1 de la ley sobre tasas e impuestos indirectos sobre los negocios, N° 32 de 9 de mayo de 1961; véase también artículo 14 in fine del Decreto Ley N° 1639 de 7 de agosto de 1963), o concediendo el pago en abonos o, en fin, en casos excepcionales, admitiendo la renuncia de créditos inexigibles (artículo 12 del Real Decreto de 22 de mayo de 1910 ya citado); o por último c) el poder de inscribir en el "rol" a título provisional el crédito de impuestos, aún en contra de lo que dispone el artículo 175 (véase el artículo 182 del Texto Unico citado) cuando exista peligro fundado de pérdida del referido crédito.

4. En cambio no conciernen propiamente a la discrecionalidad administrativa los poderes instructorios conferidos al ente impositor para la reconstrucción de los hechos que integran el presupuesto del tributo. Se trata aquí de otro aspecto de las libertades en la acción administrativa: de la necesidad de que en la aplicación de la norma al hecho el agente pueda "libremente" desarrollar su propia actividad intelectual, de cognición de los hechos relevantes para la decisión administrativa, en cualquier forma y momento en que ésta se presente. Lo que no excluye que también esa actividad, llamémosla instructoria, se encuentra ligada a la observancia de

las reglas de la lógica, de la aritmética y, en fin, a reglas de experiencia en los varios campos de la técnica.

Todavía en otro sentido se puede hablar de la así llamada "discrecionalidad técnica" con respecto a un momento ulterior de la actividad aplicativa de la norma tributaria y, por lo tanto, del ejercicio de la potestad de imposición. Se trata de los necesarios poderes de valoración que la ley confiere a los órganos del ente impositor acerca de los hechos reconstruidos a través de la actividad instructoria, y que constituyen las "especies fácticas" del presupuesto impositivo. En tal momento el sujeto activo debe valorar (y por ende calificar) los hechos, con base en reglas de experiencia, aún extrajurídica, que vinculan al agente, aun cuando no se transformen (según algunos) en normas jurídicas propiamente dicho. En estos casos puede hablarse de un ámbito de libertad, o de discrecionalidad de la administración, pero es bueno advertir que en dichos casos el agente no tiene la posibilidad de elección del mejor medio para obtener la realización del interés público tutelado por la ley: al formular valoraciones él tiene la misma libertad de todo ser pensante y racional. Al fijar la norma que confiere al administrador el poder de valorar los hechos⁽¹¹⁾, el Legislador pretende que el agente desarrolle su función racionalmente, es decir, basando sus actos en aquellas reglas de experiencia que son el patrimonio común de todo hombre.

Las diferencias que existen entre estos varios casos de discrecionalidad se revelan más claras al examinar el ámbito de control del juez. En efecto, cuando se trata de libertad reconocida por la norma, de modo que el agente puede, o mejor: debe, dar él la regla válida para el caso concreto con vista de la consecución del fin público, a veces puesto en relación con otros intereses de los particulares (como en el caso del pago en abonos, etc.; véase supra), el juez sólo tiene el poder de constatar si existe o no el presupuesto indicado por la ley para el ejercicio de la potestad impositiva. Como se ha observado, la norma tributaria presenta, en general, un alto grado de rigidez, de modo que la potestad impositiva se ejercita a través del cumplimiento de actos altamente tipificados, puesto que el interés público tutelado por la norma misma está siempre exactamente definido: la pronta y oportuna percepción del tributo,

(11) Fijando eventualmente los criterios para la valoración (p.e.j. "valor venal en el comercio"), art. 15 r.d. de 7 de agosto 1936, n. 1639.

cuando se den los presupuestos para que surja el deber. Un control de los motivos no reviste, en esta materia, mucha importancia.

En cambio cuando la "discrecionalidad" concierne a la libertad de actuar del sujeto activo en la identificación y reconstrucción de los hechos que concurren a formar los datos constitutivos de la especie fáctica tributaria en sus elementos subjetivos y objetivos, entonces sí incide en la aplicación de la norma, pero no completándola, en cuanto dejada "en blanco". Y el juez podrá controlar esta obra de reconstrucción de los hechos realizada en el procedimiento impositivo, lo que hará a través del control de las pruebas evacuadas y de la lógica de la decisión de la administración. También en el otro momento, arriba indicado, en que el administrador aplica las reglas de la técnica para valorar los hechos y de ahí obtener las consecuencias acerca de la aplicación de la norma en el caso concreto, la ley reconoce dentro de límites modestos (y tal vez no siempre conformes con la Constitución) el control jurisdiccional en el "mérito" de la valoración de tales hechos, es decir, en la aplicación de juicios valorativos con base en reglas de experiencia obtenidas de las más diversas ramas de la técnica y de la lógica.

Por lo tanto, cuando se habla de carácter vinculado de la potestad tributaria como un elemento saliente y característico, se alude especialmente a las hipótesis del primer tipo. En las cuales no puede excluirse que existan casos de discrecionalidad, pero todos estos atañen, más que a la conformación de la especie fáctica productiva de efectos tributarios, y en especial a los relativos al nacimiento de las diversas situaciones pasivas tributarias, al modo de realización de la pretensión tributaria o a las modalidades del "acertamiento". En todo caso la excepcionalidad de estos casos me parece confirmada por la peculiaridad de las previsiones normativas. Sólo después de constatar la excepcionalidad de las hipótesis arriba ilustradas se puede también compartir la opinión⁽¹²⁾ según la cual mientras la potestad impositiva es indisponible, la obligación tributaria no. Es decir, precisa aclarar que en ciertos casos la ley consiente, dentro de límites precisos y rigurosos, una cierta disponibilidad del derecho de crédito ya perfecto y exigible, y que en casos todavía más raros consiente la elección, de parte del ente impositor, acerca del modo de "acertamiento", es decir,

(12) BERLIRI: "Principii . . ." cit., II, p. 89; pero véase COCIVERA: "Principii" cit., p. 105, y A. D. GIANNINI: "I concetti fondamentali del diritto tributario", p. 123.

acerca del procedimiento aplicativo de la norma en lo que hace a las modalidades de fijación de los hechos que constituyen la especie fáctica impositiva. Me parece entonces que puede concluirse reconociendo la validez de la opinión tradicional, aunque también resulte oportuno aclarar, a la luz de las más recientes manifestaciones doctrinales, las varias maneras en que puede presentarse la libertad en la determinación de la actividad administrativa. Todo ello con las consecuencias que se han visto en relación con la tutela jurisdiccional y, por ende, con el control de aquella actividad.

Las hipótesis indicadas al final del n. 3 revisten, precisamente en consideración a su contenido, a su previsión, el carácter de excepcionales en relación con un principio general que se encuentra confirmado en la formulación del artículo 13 de la Ley Orgánica del Registro, según el cual "el Ministro de Finanzas, los funcionarios que de él dependen y cualquier otra autoridad pública, no pueden conceder ninguna disminución de las tarifas o sobretasas establecidas . . . por la ley" bajo pena de responder personalmente por ello (véase el artículo 8, Ley sobre impuestos sucesorios). Norma que ha sido ahora entendida⁽¹³⁾ en el sentido de que, al sancionar una responsabilidad personal del agente, estaría reconociendo la validez de sus actuaciones, e incluso presupondría esa validez. Esta interpretación no persuade, ya que la ley es explícita al indicar la prohibición a los agentes de disponer de la potestad impositiva en lo que atañe a abonos o renunciaciones. Aunque mal formulada, dicha norma es la reafirmación de un principio que se obtiene de la particularidad de los casos en que el Legislador, como se ha visto, consiente una cierta disponibilidad del poder de imposición, desde el punto de vista de la posibilidad de dar una disciplina concreta a ciertos casos singulares, confiriendo así al órgano agente la facultad de escoger la mejor solución que convenga al interés público, para que acepte (en ciertos casos) las exigencias del contribuyente, o para que en general aprecie las particularidades del caso singular. La indisponibilidad del poder concreto de imposición no viene, entonces, postulada sin fundamento en el derecho positivo, el cual fundamento se obtiene del complejo de las normas que disciplinan dicha potestad. Eso lleva a estimar que el artículo 13 (así como el artículo 8 citado) no puede tomarse como una norma que "facul-

(13) BERLIRI: "Principii . . ." cit., II, p. 80, nota 1.

ta" el cumplimiento de actos administrativos de "disposición" de la potestad de imposición aún en aquellos casos en que la ley no lo prevé pero estableciendo una responsabilidad personal del agente para los casos en que aquel acto sea igualmente realizado, con la consiguiente pérdida para el Erario. Obsérvese que el contribuyente no tendría nunca el derecho de obtener la "disminución" del tributo aunque ello hubiera sido decidido por la oficina (o incluso por el propio Ministro, en persona), ni tal pretensión suya sería tutelable ante el juez. La administración opondría la invalidez del acto y podría, en mi criterio, exigir al contribuyente el pago de la parte del tributo renunciada.

5. La indisponibilidad absoluta de la potestad de imposición se encuentra confirmada también en el artículo 49 del Real Decreto N° 827 de 23 de mayo de 1924, según el cual en los contratos con el Estado "no se puede convenir la exención de ninguna clase de impuestos o tasas vigentes en el momento de su estipulación". Antes bien, se considera delictuoso el comportamiento del oficial público o del encargado de un servicio público que "a fin de interrumpir o perturbar la regularidad de los servicios de accertamiento y recaudación de impuestos directos o indirectos, ordinarios o extraordinarios, rehusa, omite o retarda actos propios de su cargo". En consecuencia, el ente impositor no puede renunciar al ejercicio de la potestad de imposición sino cuando la ley lo autoriza. Así ocurre, por ejemplo, en las hipótesis de "desgravaciones" previstas para los impuestos territoriales por motivo de "infortunios atmosféricos", y así ocurre también cuando se conceden condonaciones. En cambio no puede la administración disponer, mediante circulares o reglamentos, renunciadas parciales o totales del crédito de impuestos, ni en relación con un caso singular ni en vista a una serie indefinida de casos. Aún queriendo reconocer a las circulares un contenido reglamentario, no parece posible admitir un tal poder que está en contraste con la estructura y el contenido típico de la norma tributaria⁽¹⁴⁾. Distinto es el caso en que la administración, por medio de circular, instruya a las oficinas para que no ejerciten de determinada manera la potestad de imposición, en vista de un pronunciamiento judicial, por ejemplo. En tal caso la administración se vale de sus propios poderes para prescribir a sus órganos

(14) A. D. GIANNINI: "I concetti . . ." cit., p. 32 y ss.

una cierta línea de conducta, con vista de una determinada interpretación de la ley postulada en general en la jurisprudencia.

En cambio no sería admisible que una circular introdujera derogatorias expresas a la ley positiva, reconociendo, por ejemplo, una exención tributaria. El contribuyente no podría jactarse de tener derecho a la aplicación de aquella regla ilegítima, y la administración no quedaría vinculada por ella, aún habiéndola acogido mediante su circular.

Precisa volver brevemente sobre un punto. Líneas arriba he llamado la atención sobre lo dispuesto en el artículo 49 del Reglamento de 23 de mayo de 1924 citado. Cabe preguntarse ahora si el ente impositor, y en especial el Estado, no pueda en ningún caso disponer convencionalmente de su propio poder de imposición, en sus relaciones con los particulares. El problema se ha presentado y se presenta en situaciones variadas, que deben examinarse por separado. En primer lugar se pregunta si el ente impositor puede asumir la carga del tributo, o si éste puede ser asumido por el contrayente privado por virtud de convención privada. Con base en las disposiciones arriba ilustradas se considera que a dicha pregunta debe darse una respuesta negativa: pero quizás erradamente, ya que si ambas partes están sujetas al tributo, un acuerdo para la asunción del mismo por el ente impositor no parece que esté en contraste con los principios generales arriba indicados; principios que postulan la no renunciabilidad del tributo a favor del ente impositor, salvo disposición expresa de la ley⁽¹⁵⁾. Pero si el ente público que es parte en el contrato está a su vez sometido al tributo, no puede excluirse "a priori" la posibilidad de una asunción a cargo del mismo: es una disposición que adviene en el plano contractual y, por lo tanto, es legítima, puesto que no incide sobre el derecho del ente a la percepción del tributo. Pero a veces la ley dispone sobre la incidencia de la carga tributaria en las relaciones convencionales entre el Estado y el particular, excluyendo la validez de aquellos pactos dirigidos a derogar tal disciplina: ocurre así según el artículo 94 de la Ley de Registro, y según los artículos 8 y 9 del Decreto presidencial N° 492 de 25 de junio de 1953 sobre impuesto de timbre. En tales casos la validez de pactos de ese

(15) V. ROMANELLI GRIMALDI: "Invalidità e validità di patti contrattuali fra Stato contraente e privato intesi a regolare oneri tributari derivanti da un negozio giuridico di diritto privato", en los "Studi on onore di A. D. GIANNINI", p. 746.

género está excluido "ex lege", puesto que los pactos derogatorios de dicha disciplina determinarían en la práctica la asunción, por parte del ente público, de deberes fiscales de los que está exento. Lo que no se verifica cuando ambas partes contratantes, y por ende también el Estado, pueden ser sujetos pasivos del tributo.

Por consiguiente salvo en estos últimos casos todo pacto entre ente impositor y contribuyente, en el plano contractual de Derecho civil o de Derecho civil especial⁽¹⁶⁾ es ilegítimo, cualquiera que sea su objeto (exenciones, asunciones, reembolsos), aunque la conducta del estado haya sido ilegítima, verbigracia por no haber dictado normas de exención a que estaba obligado por virtud de acuerdos internacionales asumidos con estados extranjeros. Como es sabido, ese fue el caso de las famosas naves "Liberty", sometidas a derecho de licencia no obstante que el Estado italiano se había obligado con el de los Estados Unidos a revender dichas naves a los armadores italianos libres de todo tributo⁽¹⁷⁾. Es también ilegítima la obligación asumida por el Estado al contratar con un particular, de hacer promulgar por el Parlamento una norma legislativa de exención o facilitación⁽¹⁸⁾.

6. Junto a la indisponibilidad y a la irrenunciabilidad de la potestad de imposición, se ha visto en la imprescriptibilidad⁽¹⁹⁾ otra de sus características esenciales. Pero también al respecto me pa-

(16) Para los variados aspectos de las relaciones que pueden ligar al Estado con el particular, y de las obligaciones que de ahí derivan, véase M. S. GIANNINI: "Le obbligazioni..." cit., p. 13 y ss.

(17) Véase al respecto la Casación de 30 de setiembre 1955, en "Foro italiano", 1956, I, p. 1692, donde se encuentran ulteriores remisiones.

(18) BERLIRI: "Principii..." cit., p. 75 y ss. Últimamente véase la Casación de 22 de julio de 1965, en "Foro it.", 1966, I, 103, para la cual es nulo el pacto por cuya virtud el municipio dispone el reembolso de la tasa de ocupación de suelo público al encargado del servicio de distribución de gas; también la de 12 de julio 1965, *ibidem*, p. 1464; además la Casación de 29 abril 1959, n. 1260, *ibid.*, I, p. 1494, con nota de GAGLIARDI, donde se hallan ulteriores referencias. Ver también A. D. GIANNINI: "Istituzioni..." cit., p. 79 y nota. 6.

(19) Ver por ejemplo COCIVERA: "Principii..." cit., p. 112, para el cual es prescriptible, en cambio, el no ejercicio de la potestad, que no conlleva la pérdida de la potestad tributaria. Pero en realidad la imprescriptibilidad va referida a la potestad tributaria normativa, mientras la prescriptibilidad se refiere al ejercicio concreto de la potestad de imposición, como quiera que se ejercite (en forma de rectificación de la declaración, de control de la misma, etc.). También BERLIRI: "Principii..." cit., p. 334 refiere la prescripción a la sola obligación tributaria líquida y exigible (p. 342), pero no me parece que se plantee el problema de la caducidad en el ejercicio de los poderes instrumentales que corresponden al ente impositor. Véase en cambio A. D. GIANNINI: "Istituzioni..." cit., pág. 293 y ss.

rece que es necesario entenderse con claridad, para encuadrar dentro de su significado exacto las numerosas y variadas locuciones legislativas.

Es evidente que la potestad tributaria normativa, como parte o aspecto de la potestad legislativa, no se extingue ciertamente con el transcurso del tiempo aunque no se ejercite durante un período más o menos largo. Aquella potestad podría aparecer limitada desde el punto de vista temporal en el caso en que el Estado emita una norma destinada a durar un cierto lapso de tiempo, pero eso no impide que el Estado pueda siempre ejercitarla en relación con una cierta previsión general.

En cambio el ejercicio del poder de imposición está sometido a modalidades temporales que varían de un tributo a otro. La terminología usada en las distintas leyes de impuestos es sin embargo muy incierta e imprecisa, pero se pueden individualizar, también en el campo tributario, las instituciones de la prescripción y la caducidad. Faltan disposiciones generales para la materia, de manera que donde calla la ley tributaria es menester remitirse a los principios generales, que se pueden hacer derivar de los contenidos en las normas de los artículos 2934-2969 del Código civil. Así por ejemplo los artículos 136 y ss. de la Ley del Registro; 86 de la Ley de impuestos sobre sucesiones; 45 de la Ley de timbre; 16 del Decreto Presidencial N° 121 de 1° de marzo de 1961 sobre concepciones gubernativas; 44 del Decreto Ley N° 2 de 9 de marzo de 1940 sobre impuesto de ventas, etc., disciplinan la prescripción, refiriéndola no tanto a la inercia en el ejercicio del derecho (como hace, con fórmula no del todo pacífica, el artículo 2934 del Código Civil), sino en la mayoría de los casos al ejercicio de la acción "para reclamar el pago" o "para la consecución" o para la recaudación de los impuestos.

En sustancia el Legislador ha advertido que, en estos casos, el decurso del tiempo incide sobre la potestad pública de pretender una prestación tributaria correlativa a una situación activa (del ente) que surge independientemente por el ejercicio previo de la referida potestad. A veces la ley tributaria dicta también normas sobre la interrupción y la suspensión de los términos de prescripción, derogando parcialmente los principios generales (ver, por ejemplo, los artículos 89 y 140 de la Ley de Registro)⁽²⁰⁾. Es de obser-

(20) BERLIRI: "Principii..." cit., p. 343 y ss.

var, finalmente, que en algunos casos el verificarse de la prescripción limita la amplitud de la potestad impositiva, pero no la elimina totalmente, de manera que puede ser ejercitada si el sujeto pasivo pretende asumir un determinado comportamiento: por ejemplo el uso o la producción de documentos con irregularidades fiscales no está consentido, aún transcurrido el término de prescripción, si los mismos no vienen regularizados conforme a los artículos 136 Ley de Registro; artículo 116 del Reglamento N° 10 de 26 de enero de 1940 sobre impuesto de ventas⁽²¹⁾. Y con frecuencia el transcurso de los términos de prescripción no torna aplicables las sobretasas.

En otras hipótesis la ley tributaria establece términos dentro de los cuales el ente impositor debe realizar ciertos actos, so pena de caducidad (por ejemplo el artículo 32 del Texto Unico sobre impuestos directos). Se trata de términos perentorios que imponen el mantenimiento de un determinado ritmo al ejercicio de la potestad de imposición y cuya duración viene establecida en la ley con referencia a un momento distinto del que se tomaría en consideración según el artículo 2934 del Código Civil. En efecto, no se toma en consideración el momento de la verificación de la situación base o del presupuesto del tributo, y menos aún el momento en que el crédito deviene exigible (según los esquemas en los que se actualiza la norma de imposición) sino, por ejemplo, el momento en que la declaración ha sido hecha o debería haberlo sido (artículo 32 del Texto Unico sobre impuestos directos). En lo que a la prescripción concierne se verifica algo similar, pero si la denuncia no ha sido presentada, el "dies a quo" del término para la acción de la Hacienda se tiene por fijado (por ejemplo) desde la apertura de la sucesión (artículo 86 Ley de sucesiones) es decir, desde el día de la muerte del "de cuius"; o bien, por ejemplo, desde el día de la inscripción o bien del de cumplimiento del acto (artículos 136, 138 de Ley de Registro)⁽²²⁾. Las normas que disciplinan la prescripción y la caducidad son indisponibles de parte del ente impositor, por las razones expuestas en los números precedentes.

(21) BERLIRI: op. cit., p. 336 habla de un deber que se transforma en carga.

(22) GIANNINI: Istituzioni... cit., p. 293, pone en evidencia la conexión entre el problema de la naturaleza del llamado accertamento de la obligación tributaria y el transcurso del término de prescripción; lo que no hace BERLIRI, op. cit., p. 342, quien sin embargo cita las hipótesis en que la prescripción corre desde un momento anterior al del nacimiento de la obligación, según su concepción.

que atañen a la esencia de la potestad de imposición; razones que absorben lo dispuesto en los artículos 2936 y 2968 del Código civil, puesto que se trata de situaciones subjetivas típicamente indisponibles⁽²³⁾.

7. Cuando el ente impositor es el Estado, la potestad de imposición corresponde por regla general a las oficinas establecidas por ley, las cuales se insertan dentro del complejo de órganos cuya cabeza es el Ministro de Finanzas. Empero no faltan tributos erariales que son establecidos y recaudados por oficinas que dependen de distintas administraciones del Estado (por ejemplo los artículos 36 y 37 de la Ley N° 1089 de 1° de junio de 1939, que confieren al Ministerio de Instrucción Pública poderes para la aplicación de la llamada "tasa" de exportación de objetos de arte; los artículos 129 y 131 del Real Decreto N° 363 de 30 de enero de 1913) o cuya recaudación viene directamente confiada a entes distintos del Estado, como ocurre respecto al "Automobile Club" para los impuestos de circulación de autovehículos, y respecto a la Sociedad de Autores y Editores para el impuesto sobre espectáculos públicos, mientras que no puede pasarse en silencio que a veces este último ente puede estar también provisto de poderes de accertamiento, como por ejemplo en materia de Impuesto a las ventas.

A tales entes no se les puede negar una potestad impositiva derivada, de vario contenido, que viene conferida por el Estado mediante convenciones previstas por la ley (ver artículo 4 del Decreto Presidencial N° 39 de 5 de febrero de 1953, sobre el "Automobile Club"; artículo 47 del Real decreto N° 3276 de 30 de diciembre de 1923, y artículo 2 del Real decreto N° 1589 de 2 de octubre de 1924, respecto a la "S.I.A.E."). En efecto, tales entes ejercitan funciones públicas que conciernen a la aplicación de la norma impositiva y que institucionalmente corresponden al ente impositor, el cual, como se verá conserva la titularidad del crédito al tributo. Pero al respecto cabe advertir que en el campo tributario tal titularidad puede aparecer separada del poder de realizar el crédito, ya recibiendo el pago, o mediante la recaudación coactiva. Este aspecto de la función tributaria puede ser, o debe ser conferido a otros sujetos provistos de una potestad derivada impositiva, como el exactor y el contratista del impuesto de consumo.

(23) En contra GIANNINI: op. cit. últ., p. 296. Sobre el art. 2938 y la disponibilidad de los derechos véase AZZARITI-SCARPELLO, en "Commentario al Codice civile" dirigido por SCIALOJA y BRANCA, sub. art. 2968 y 2969.

Más compleja puede presentarse la distribución del poder tributario y del poder de imposición entre entes u órganos de entes distintos, cuando se entra al estudio de los entes locales territoriales. El artículo 37 del Estatuto de Sicilia prevé, por ejemplo, una potestad de recaudación a favor de la Región aún para tributos no acertados por ella, y el artículo 2 del Decreto Ley N° 507 de 12 de abril de 1948 enuncia en general la atribución, a favor de la Región, del poder de recaudar directamente las "entradas de su pertenencia", es decir, las indicadas en el artículo 2, segundo apartado. Por el contrario, el artículo 8, segundo apartado, del Estatuto de Cerdeña atribuye a los órganos del Estado el poder de accertamiento y de recaudación de tributos parte de los cuales son de la Región (ver también los artículos 32 y ss. del Decreto presidencial N° 250 de 19 de mayo de 1949; 61 y ss. del Decreto presidencial N° 574 de 30 de junio de 1951; el 3 de la Ley N° 1179 de 29 de noviembre de 1955: ver también el artículo 59 del Estatuto del Trentino-Alto Adige). Finalmente no faltan normas que prevén o disciplinan la colaboración entre órganos del Estado y órganos regionales (artículos 9 del Estatuto de Cerdeña y 13 del Estatuto del Valle de Aosta).

Puede darse el caso, entonces, del ejercicio de una potestad de imposición a favor del Estado cuyo beneficiario es, en todo o en parte, otro ente público territorial, tal como la Región. Esta última tendría un derecho de crédito frente al Estado, pero no en relación con el contribuyente. Está además previsto el caso (artículo 7 de la Ley N° 1179 de 29 de noviembre de 1955; artículo 35 del Decreto N° 250 de 9 de mayo de 1949) de que la restitución de los tributos indebidamente percibidos, o no debidos, o inexigibles, corra a cargo de la Región en proporción a la cuota a ella debida por el Erario. Sin embargo no faltan casos en que el Estado es quien se beneficia del producto de un tributo y, por ende, del ejercicio de la potestad de imposición de parte de un municipio (como ocurre con el llamado derecho de "matadero", sobre el cual véase el Decreto Ley N° 678 de 3 de mayo de 1948), ni son desconocidos los casos en que los beneficiarios son, además del Estado, también otros entes públicos, como las Regiones, o incluso otros entes económicos (como ocurre en el caso del impuesto de "estadía", Ley N° 174 de 4 de marzo de 1958, artículo 2). Precisa finalmente recordar que la potestad de imposición que pertenece a los entes supranacionales aparece destacada del poder de recaudar el tributo

haciendo uso de la coacción contra los deudores particulares. En cuyo caso aquellos entes deben poder dirigirse a los órganos del Estado encargados de realizar su pretensión, siempre que dicho Estado se encuentre ligado convencionalmente a los otros estados en lo referente a la creación de aquel ente impositor⁽²⁴⁾.

8. Esta breve indagación preliminar sobre el concepto de potestad de imposición prescinde del examen de los modos en que tal potestad se ejerce en concreto para la actuación de la norma tributaria. Ciertamente, la norma se concreta según diversos módulos. Así, se ha hablado de tributos "con" y de tributos "sin" imposición⁽²⁵⁾, o con o sin accertamiento previo⁽²⁶⁾; de obligaciones impositivas "ex lege" o que derivan del acto administrativo⁽²⁷⁾; se ha puesto de relieve el significado de la declaración del contribuyente, cuando se da⁽²⁸⁾. En otras palabras, se ha negado que el fenómeno de la imposición pueda asumir aspectos concretos diferentes en la misma previsión legislativa. Es menester alejar la premisa, diría "psicológica" antes que científica, de que el tributo sea aplicado, o de que la prestación sea "pretendida", en todos los casos, a través del mismo mecanismo. El derecho positivo nos está indicando que la realidad normativa va precisamente en sentido contrario, y en otro lugar cuento con analizar estos variados esquemas legislativos típicos de los instrumentos de la concretización del derecho que tiene el ente impositor a la prestación tributaria.

Si entonces tenemos que, por un lado, precisa distinguir la potestad normativa tributaria de la potestad de imposición, por otro lado precisa también distinguir de ésta el derecho de crédito que pertenece al sujeto activo frente al contribuyente. Derecho que presupone el nacimiento de una concreta responsabilidad a cargo del contribuyente, y por ende la realizabilidad, en caso de incumplimiento de la obligación de pagar el tributo, de los medios de tutela coactiva administrativa y jurisdiccional. Responsabilidad que falta cuando el ente opositor no tiene el poder de pretender la prestación, aún sin o contra la voluntad del deudor, si es necesario. Antes de este momento, es decir antes de nacer el derecho de crédito pueden existir, de un lado la potestad de imposición, y del otro obligaciones y

(24) Ver mis observaciones en "Problemi attuali..." cit., n. V.

(25) Ver ALLORIO: "Diritto processuale tributario", p. 65 y ss., y 555 y ss.

(26) A. D. GIANNINI: "I concetti..." cit., p. 275 y ss.

(27) M. S. GIANNINI: "Le obbligazioni..." cit., p. 66 y ss.

(28) Véase ALLORIO: op. cit., p. 333.

deberes cuya violación puede conducir a deberes o responsabilidades de variado origen y, por ende, aún penales, pero que para concretarse necesitan del ejercicio de la potestad impositiva, bajo la forma de control de los actos realizados por el contribuyente que sea incumplidor de los deberes impuestos a cargo suyo, o que haya cumplido de modo incompleto. Por otra parte la potestad impositiva se ejerce también mediante el control y por lo tanto mediante la homologación de, por ejemplo, lo declarado en relación con determinado tributo. Antes bien, en este caso el fenómeno se complica más porque puede hacerse necesario, para actualizar la realización del derecho de crédito frente al contribuyente, crear un título ejecutivo especial que dé entrada, en caso de incumplimiento, a una forma particular de "executio parata" (rol de impuestos). Lo que es más: hasta que el título no sea creado no existe para el contribuyente la posibilidad de dirigirse a la autoridad judicial ordinaria (por ejemplo, respecto a los tributos directos).

Y no es suficiente observar que tal acto es meramente verificativo del contenido de una obligación, ya antes y de otro modo determinada, para restar su valor a este momento de la creación del título ejecutivo (ver también el punto en relación con el "monitorio fiscal" propio de los impuestos indirectos). Aparte los casos ya recordados (n. 3 letra "C": poder discrecional en la inscripción en el rol), la atribución de ejecutoriedad a la pretensión del fisco mediante el conferimiento, a favor de dicha pretensión, de una "vis" que por lo general no se encuentra atribuida a las pretensiones de las partes privadas si no es por virtud de la intervención del juez o en los casos específicamente admitidos por la ley (como ocurre en el caso de los títulos ejecutivos cambiarios) es indicativa del ejercicio de una potestad administrativa, de una orden de la administración sustraída al previo control del juez. Sé bien que el concepto de "orden" es muy discutido, y que en esta materia ha venido siendo ligado a la "constitutividad" del accertamiento⁽²⁹⁾. Pero también éste constituye un plano conceptual que debe revisarse atentamente, y al que precisa acercarse con gran cautela. Si la ley prevé un acto administrativo de ese género no puede negarse que el mismo despliegue ciertos efectos, y éstos, en la especie, resultan demasiado importantes y vistosos, aún en el caso de que no se quieran asociar a la constitución de la deuda impositiva.

Llegados a este punto lo que importa es hacer observar que la potestad de imposición se puede expresar a través de una pluralidad y una multiplicidad de actos, los cuales bien pueden corresponder a distintos momentos del "iter" de concretización del derecho del ente impositor al tributo. Probablemente ha sido el fruto de una ilusión óptica la tendencia a referir todo el fenómeno del accertamiento al momento constitutivo de la obligación tributaria. Y, como se sabe, esto ha sido reconocido, al menos en parte, por la doctrina más consciente, cuando por ejemplo se ha admitido el valor "constitutivo" de la declaración del contribuyente⁽³⁰⁾. Pero en no menor medida se da el fenómeno de la imposición siempre que se está ante el ejercicio de una potestad de imposición que, para ser tal, no precisa asumir la forma de una actuación precedente al cumplimiento de la prestación de parte del sujeto pasivo. En realidad dicha prestación del particular puede venir sucesivamente a la orden que emana directamente de la ley, sin necesidad de que entre una y otra medien actos administrativos; y a su vez también estos actos administrativos pueden configurar aquella forma de ejercicio de la potestad impositiva que corresponde al ente público en su tarea de controlar el cumplimiento espontáneo efectuado por el contribuyente.

(29) A. D. GIANNINI: "I concetti . . ." cit., p. 274 y ss.

(30) ALLORIO: Op cit. p. 535 y ss.

MILITARISMO Y ANTIMILITARISMO

LAS ARISTAS DEL TEMA

Prof. SALVADOR M. DANA MONTAÑO

Titular Teoría del Estado

Universidad Nacional del Litoral,

Santa Fe.

El tema de que me ocuparé es de aquéllos que, por acertada y juiciosamente que se consideren, comprometen seriamente la responsabilidad de quien los aborda. Muchos compatriotas, por esta razón, prefieren callar y ocultar su pensamiento sobre él. Yo prefiero asumir la responsabilidad que me incumbe, como hombre de estudio o de pensamiento. Pero, en cambio, no quiero que se atribuyan ideas u opiniones que realmente no tengo. Es más que probable que muchos de los lectores del Apéndice a la primera parte de mi libro "Las causas de la inestabilidad política en América Latina" (Maracaibo, Imp. de la U. del Zulia, 1966), en el que estudio el papel de las fuerzas armadas en el Estado moderno, la crisis del gobierno civil y la participación de aquéllas en política en esta parte de América, me clasifiquen sin titubear entre los antimilitaristas. Ya me ha pasado en otra oportunidad en que, para definir mi adhesión a un nuevo partido político, hube de deslindar mi posición frente al militarismo y al clericalismo, a los que respectivamente definí a ese fin como la mezcla de los militares en política y de los sacerdotes en la acción temporal (v. carta dirigida a los miembros de la junta promotora nacional del Partido demócrata cristiano, que publicó "Propósitos" de Buenos Aires, el 28-VII-55, y que se reproduce en ps. 77 y ss. de Documentos para servir a la historia de la libertad de pensamiento en la U.N. del L., Santa Fe, 1956). En esta última publicación aclaraba, para evitar confusiones, que la participación habitual de los militares en política era un fenómeno patológico muy distinto a la función constitucional de las fuerzas armadas en defensa de la constitución, que prescribe el artículo 21 de la misma, y que se basaba en la mejor tradición nacional argentina, como creía haber-

lo demostrado en una conferencia pronunciada en 1943 en la sede de la unidad a que pertenecía, como oficial de la reserva (v. **La constitución nacional y sus autores e inspiradores**, Santa Fe, Imp. U.N.O., 1943, ap. V. pp. 35-9). Sólo de mala fe o con muy mala voluntad podía tergiversarse mi pensamiento. En la pág. 42 de mi referido libro digo claramente: "en rigor, no podemos tampoco hablar de militarismo", pero, a pesar de ello, así ocurrió. Sin embargo, nada más lejos de mi ánimo, como puede constatar, leyendo analíticamente, esos documentos. En el citado Apéndice, no hago más que citar la autorizada opinión de André Siegfried sobre el papel primordial de las fuerzas armadas, incluso de la policía, en las luchas políticas del continente (pp. 71 y ss.). La razón es muy clara y sencilla, y la expone el mismo Siegfried: la fuerza armada es la única fuerza social organizada en esta parte del mundo (p. 96 de su libro **L'Amérique latine**, Buenos Aires, edit. du Trident, 1944). Posteriormente, han coincidido con el maestro francés, escritores civiles, como Luis Mercier Peña (en **Los mecanismos del poder en América Latina**, trad. R. Bixio, Buenos Aires, Sur, 1967, pp. 68 y ss.) y militares de la talla del autor del libro que inspira esta conferencia.

Tanto en aquellas ocasiones, como en esta disertación, me limito, pues, a estudiar un fenómeno real, mundial, innegable, para esclarecerlo, sin "parti pris", sin adoptar una posición pro o contra el mismo. Importa mucho definir lo que se entiende o debe entenderse por tal. Una cosa es la función propia, normal, ordinaria, legítima de las fuerzas armadas, como resorte del régimen constitucional, como medio de asegurar la estabilidad de las instituciones fundamentales de una Nación y, con ello, la tradición nacional, los valores supremos subyacentes en la organización nacional y otra, muy distinta, su declinación o su desviación, lo que Louis Smith llama "la apreciada relación entre el poder militar y la autoridad civil" (*American democracy and military power*, Chicago, University of Chicago Press, 1954, traducida al español bajo el título de **La democracia y el poder militar**, Buenos Aires, E.B.A., 1957, p. 17), que hace peligrar seriamente aquello mismo que justifica su existencia y reclama su presencia permanente en el Estado. También estas fuerzas, pese a su mayor o mejor organización que las demás fuerzas sociales, a su espíritu y a su disciplina, están expuestas a virus patógenos, en el caso, la politización en el peor de los sentidos, al virus político o partidario que las acecha, para desviarlas de su función natural, hacia el cesarismo y el belicismo, que son cosas

muy diferentes. Cito, por ello, en dicho Apéndice, la definición que el profesor venezolano La Roche da en un artículo publicado en la Revista de la Universidad del Zulia, donde afirma que, "lejos de aludir exclusivamente a las fuerzas armadas, el militarismo —siguiendo a Theodoro Wyckoff, autor norteamericano, que se ocupa de las modalidades del militarismo latino-americano—, se limita a designar un estado particular de conciencia política y también a la política misma que orienta a los individuos que actúan en el seno de las fuerzas armadas". Esa orientación, esa tendencia, no puede atribuirse en rigor a las mismas fuerzas, en su conjunto, o como entidad, sino a determinados miembros o integrantes de ellas. Lo que se diga contra las mismas no puede considerarse una ofensa contra la institución, ni siquiera una discriminación de responsabilidad, que recaiga sobre las fuerzas armadas, como entidad. Hay que hacer estas aclaraciones, que podrían ser innecesarias, si no se aprovechara cualquier expresión para enconar los ánimos y desfigurar las posturas de quienes se atreven a expresar su pensamiento al respecto, por aquellos que precisamente lo ocultan, "ex profeso", y se benefician con su rebuscado silencio.

UNA "TEORIA DEL MILITARISMO"

Si los autores mencionados en mi citado libro pueden impropriamente considerarse como antimilitaristas, porque señalan la indebida intromisión de las fuerzas armadas en el gobierno civil, que no es lo mismo que su participación, en alguna medida, en la vida política de la Nación, —la actividad política es mucho más amplia que la gubernativa—, su simple mención, como causa o como efecto de la inestabilidad estudiada en él, no puede colocarme en su posición y atribuirme, sin más, dicho calificativo. Es como si, por el hecho de ocuparme de la obra de quien más concisa y lúcidamente ha expuesto la teoría del militarismo, se me tildara de militarista! ... A riesgo de que así ocurra —la maldad y la mala fe de los enemigos ideológicos no tiene límites—, me ocuparé de la teoría del militarismo que da nombre al libro del General español Jorge Vigón, autor de otro, muy notable también, titulado "El espíritu militar español" (Madrid, 1950) y figura destacada de la milicia y de la literatura española, que ha sido escrito, como estudio preliminar, aprovechando cuarenta notas o artículos que el mismo escribió para varios diarios o periódicos de su país. Más que una

defensa del militarismo, este libro es una respuesta concreta al antimilitarismo y a las razones o motivos en que éste se funda, y más directamente, al panfleto antimilitarista de Albert Vann Fowler, en que éste sintetiza las opiniones que el gran historiador contemporáneo Toynbee expone sobre la civilización y la guerra, publicado bajo el título **Guerra y civilización**. Selección de **Estudios de la Historia** (Buenos Aires, 1952). El Gral. Vigón, digámoslo de paso, califica al trabajo de Vann Fowler, como “un panfleto antimilitarista vulgar, aunque no poco pedante” (p. 12), y a la obra de Toynbee, como “pura extravagancia” (p. 13).

“¿Qué cosa es, en realidad, el militarismo?”, se pregunta el Gral. Vigón. El mismo había dicho en uno de los artículos sobre el militarismo alemán, que forman parte de su libro, que militarismo era “una palabra cargada pródigamente de conceptos imprecisos y de atribuciones gratuitas, y usada por lo común con intención peyorativa” (p. 220). De ahí la utilidad por lo menos de una definición del concepto. Contestando a su propia pregunta, dice el autor: “Parece ser que para Toynbee, el militarismo es “una perversión de la institución”, que es la guerra; “una forma suicida e inícuca de emplear la fuerza militar”, “la práctica de la guerra por amor a la guerra, cuando la institución ha dejado a la vez de ser y de considerarse una necesidad social”, y también la glorificación de la guerra referida a los términos en que se expresaba Von Molke; pero, quizás sobre todo, el hecho de que “las armas de los defensores de la frontera” se vuelven contra la propia hermandad del interior” (p. 15). “. . . parece que ‘el siniestro militarismo’ del que Toynbee abomina es otra cosa que la intervención de la milicia en las funciones del gobierno, en la política” (p. 16). Para el Gral. alemán, Guderian, autor de **Recuerdos de un soldado** (Barcelona, 1953), “militarismo significa vanidad, fatuidad, presunción, juego militar, fanfarronada, copia del lenguaje castrense, la hipérbole de la apostura militar y su trasplante a la vida ciudadana; conceptos que el militar verdadero rehusa” (p. 5, cit., p. 16). En otros términos, para el general alemán, el militarismo era la caricatura de lo militar, pero —como lo señala Vigón— para los demás “lo militar” es precisamente el objeto de su aversión.

Esta diferenciación, que ya insinuamos al comienzo, entre lo normal y lo anormal, entre lo natural y lo patológico, es la que nos ayudará a aclarar el concepto verdadero del militarismo y la razón o sin razón del antimilitarismo.

LAS CAUSAS DEL ANTIMILITARISMO

Según el general Vigón, el antimilitarismo se sustenta en una serie de confusiones y equívocos, que se ocupa en denunciar, pasando revista crítica a las causas de aquél. “Las causas de esta aversión (a lo militar) —nos dice— son muy variables. Es muy probable —agrega— que, en el fondo de todas, puede hallarse un substrato común de miedo” (p. 17). Se refiere “al temor a pagar el precio de la sangre y de las lágrimas que la guerra impone”, según expresión de Toynbee. Según el autor, el miedo, no sólo actúa sobre los hombres, oponiéndose a la afición al manejo de las armas, sino por extensión, desviando su afecto de los que las manejan. Habría otros sentimientos igualmente operantes en la materia, pero de menor importancia, por lo que prescindo de referirme a ellos, por razones de brevedad.

En segundo lugar, menciona la literatura antimilitarista, que explotó, exagerándola, la indigencia mental del militar (pp. 19 y ss.). La tercera causa enunciada es la existencia de una “casta militar”. “No hubo realmente —contesta Vigón— ni siquiera en Alemania, no ya una ‘casta’, sino una ‘clase militar’, si a la clase se le atribuyen las características que Sombart le reconoce” (p. 22). Realmente, entre nosotros, carecería de asidero una inculpación de esta clase, desde que las filas de las fuerzas armadas están abiertas a todos los argentinos, del más modesto origen. También menciona como causa del antimilitarismo, la exageración de las responsabilidades atribuidas a los militares en algunos episodios históricos, como en el caso Dreyfus, y en algunos desastres militares.

Entre las motivaciones de orden aparentemente objetivo, moral y político, que han determinado no menos apasionados antimilitarismos, cita el pacifismo, que, según el general español, no siempre es inspirado por un móvil o impulso positivo, como la caridad, sino por un triple motivo negativo: el miedo, la desilusión y el cinismo (p. 24). Otra causa señalada por el mismo, es el imperialismo, erróneamente asimilado o confundido con el militarismo. “Suele entenderse por imperialismo —define— la aspiración de un pueblo a ensanchar su ámbito geográfico” (p. 30). De lo poco que tienen que ver entre sí el imperialismo y el militarismo, el Gral. Vigón ofrece como ejemplo a Rusia: sería inexacto decir que este país

es militarista aunque es innegablemente imperialista en grado sumo (pp. 31 y ss.). El nacionalismo ha sido considerado también por Toynbee como hijo del militarismo, pero según el autor que comentamos no tiene ninguna relación necesaria con él (pp. 33 y s.). Existe también un antimilitarismo político. Tal sería, según Vigón, el antimilitarismo de los gobernantes de la Alemania occidental, que abominan del "renacimiento del militarismo alemán" (p. 34). La causa esencial del antimilitarismo político, según Vigón, no es otra que el miedo a no poder evitar la intervención militar en la política (p. 36).

Otra causa, al menos referida a España, sería, según el autor comentado, los pronunciamientos militares, o intervención de los mismos en política (pp. 38 y ss.). Según el Gral. Vigón, ésta es una "actividad natural de los Ejércitos" (p. 38), supongo que quiere referirse a todas las fuerzas armadas, cualquiera sea el arma que ostenten. En ningún país esta acción militar ha sido desconocida, pero en España adquirió fama; porque los mismos políticos civiles destacaron esta intromisión en su propia esfera o actividad. "Entre verdaderas avalanchas de prosa cívica —argumenta el autor— se ha perdido a veces el hilo de los deberes del Ejército; que a éste le toca ser vigilante defensor de los valores y constantes históricas de su Nación, parece cosa indiscutible; pero se olvida frecuentemente que más de una vez ha ocurrido que sea en el Estado donde acampen los enemigos de aquellas constantes históricas y de aquellos valores nacionales, justificando con ello —exigiendo más bien— la intervención del Ejército contra los detentadores —y frecuentemente deformadores— del Estado" (p. 40). A su juicio, en estos supuestos, la intervención de los militares en política "es como una reacción natural del ejercicio del mando" (id). Cita como ejemplo la tentativa de Himmler, devoto de Hitler, de pronunciarse contra éste, apenas se vio investido por el mismo de mando militar. Afirma que "en lo que va el siglo, la vida política de España, cuando no ha estado regida por una mano militar, ha transcurrido entre sobresaltos de temor cívico. En los oídos de los políticos civiles resonaba siempre un lejano ruido de sables; lo que, en el fondo, revelaba la propia conciencia de su necesidad y la justificación de su intervención (p. 40). Esto también se dio en nuestro país, desde la "revolución de 18....." según lo explicaba D. Rodolfo Rivarola, en la conferencia sobre 'La crisis política argentina' (Bs. As. 1930), citada en nuestro mencionado libro (p. 11).

Ahora bien, permítaseme decir que, si esta acción, o complicidad de los políticos profesionales, en los golpes de Estado o revoluciones de Palacio que se han sucedido en nuestro país, desde entonces, puede explicar históricamente alguno de estos movimientos, en manera alguna puede justificar por sí sola la actitud de los militares y su intervención en política. Me da la razón el mismo autor, cuando cita a Juan Valera, para explicar el mecanismo de las intervenciones de las fuerzas armadas en la política española de su tiempo: "Todos acuden a los militares, única fuerza organizada y activa, para que liberen a la patria de aquella plaga, para que la saquen del cautiverio" (cit. p. 41). Tampoco Valera disculpaba a los generales de su Patria. Decía que explicaba y atenuaba la falta de los mismos, pero no la justificaba. Conviene el Gral. Vigón que la ambición de los militares no fue nunca el motor de esos pronunciamientos, pero admite que ha sido un resorte, como tantos otros, que fueron utilizados también por los mismos que luego los denunciaban (p. 42).

El Gral. Vigón reacciona contra lo que llama "la docilidad política de los militares", que él entiende como la pretendida apoliticidad de los hombres de arma (pp. 44 y ss.). La notoria y generalizada repugnancia a la intervención de los militares en política, según este autor, como si para ellos fuera un terreno naturalmente vedado, es la raíz de todos los antimilitarismos (p. 48). Afirma Vigón en esta parte de su teoría que "ésta fue la causa que impidió al ejército alemán cumplir en más de una ocasión el que era su clarísimo deber" (p. id.). Entiende el Gral. Vigón que la intervención de los militares en el gobierno es, en algunas ocasiones, un deber *inexcusable* (p. 49). "Es difícil —afirma— que, con un mínimo de buena fe, pueda desconocerse que la intervención de los militares aportó siempre a la política —cuando menos— un elemento de orden, que ya es, de por sí, cosa estimable" (p. 50). Cita para corroborarlo una declaración que Von Papen hace en sus *Memorias*, según la cual la tragedia de Alemania en 1916 fue la carencia de un dirigente político de categoría, lo que trajo como resultado que los jefes militares se viesen obligados a decidir en política. El estima que quizás fuera más exacto decir que, dado que *inexcusablemente* debía llegar el momento en que los jefes militares habían de verse obligados a decidir en política, la gran tragedia en Alemania fue que, cuando se presentó la ocasión, no estuvieran debidamente preparados para hacerse cargo de aquel deber

(pp. 50 y s.). “Si la intervención militar en la política —explica más adelante— no ha constituido siempre un acierto, es preciso atribuirlo a la falta de preparación de los llamados a realizarla; falta de preparación de la que más que ellos mismos, fue culpable el ambiente antimilitarista, en el que estaba espesamente difundida la convicción de que el apoliticismo de los militares exigía su absoluto desinterés, su ignorancia total, de todas las cuestiones políticas” (p. 53). Entre los ejemplos que cita de militares que fracasaron en el gobierno, por falta de adecuada preparación, menciona al Gral. De Gaulle (p. 54). Señala como contraste la preparación política del ejército por parte del Soviet, en Rusia (p. 55).

El Gral Vigón señala luego que, a pesar de sus errores o de su ignorancia en materia de gobierno, los militares suelen aportar, además del factor orden, virtudes, “cierta clase de virtudes, cuyo desconocimiento habitual es una de las causas de los antimilitarismos” (p. 56). “La característica esencial, de la que en cierto modo procede el modo de ser y de estar del militar, es su espíritu de servicio, como antagónico del espíritu de lucro” (Id.). Esto no agrada a los colaboradores del desorden. Tampoco es grato a los que tienen espíritu utilitario (p. 57). Admite el autor que las virtudes militares no son patrimonio exclusivo de los militares, como lo afirma Toynbee: “Alguna vez he dicho yo también que eso que suelen llamarse virtudes militares no son, en último término, más que las virtudes de un hombre de bien”. (p. 58).

Sostiene además que el fracaso reiterado y tremendo de los militares en el gobierno no puede con justicia atribuirse a los mismos, desde que los regímenes liberales les han mantenido alejados de las funciones rectoras de sus pueblos (p. 61). Pero, una vez dotados de esta clase de conocimientos, sería injusto, a su vez, negarles el derecho a participar en las actividades políticas y gubernativas (p. 63), cuando se requieren los servicios de un soldado: “En todas partes —dice Vigón—, al llegar los momentos difíciles, se han requerido casi siempre los servicios de un soldado” (p. 65). En nuestro país, no debemos olvidar la feliz actuación de los militares que nos dieron Patria y consolidaron la independencia nacional cuyo arquetipo es el “Santo de la espada”; de Urquiza, Mitre, Roca, Justo y tantos generales más cuyo paso por el gobierno no podría, sin cometerse seria injusticia, calificarse como “militaristas”. En la actualidad, las singulares y delicadas condiciones por que atraviesa el mundo, la guerra fría, etc., en la hora

de adoptar resoluciones de incalculable trascendencia —dice el autor— “sólo hombres acostumbrados a valorar las circunstancias, a decidir con rapidez y a mandar sin vacilaciones, podrán asumir las tareas de gobierno, si se quiere conservar una esperanza razonable de pervivir” (p. 66). Este argumento lo escuché en España, en la década del 50, cuando la mayoría de los países, tanto europeos, como americanos, llevaban al poder a hombres como Eisenhower, De Gaulle, etc. El Gral. Vigón rechaza las pesimistas consideraciones que el historiador al que replica formula sobre el peligro de “los redentores armados de espada” (pp. 67 y s.). Basta para ello, a su juicio, distinguir **militarismo** de **belicismo**. Y termina su breve e inteligente ensayo de **Teoría del militarismo**, diciendo: “A la vista de este panfleto compuesto por Vann Fowler, es inevitable condolerse, de que una información histórica tan copiosa como la reunida por Toynbee haya venido a servir en último término a una faena de propaganda que es muy dudoso que pueda prestar el menor servicio a la civilización occidental” (p. 68).

ALGUNOS COMENTARIOS PARTICULARES.

Como ya lo indiqué al comienzo, esta teoría va seguida de los cuarenta artículos que sintetiza. Algunos de ellos merecen una consideración especial. Así, por ejemplo, aquel en que transcribe un precepto de una **Instrucción militar cristiana**, que se utilizaba en el primitivo Colegio de Artillería de Segovia, cuyo autor era D. Vicente de los Ríos: “Pero, —decía— al modo que peca un magistrado cuando juzga mal por ignorancia, así también peca un comandante cuando ordena mal sus tropas por la misma causa. Cada uno está obligado a saber su oficio; y el honor y la conciencia obligan en todos los estados a renunciar los encargos que no somos capaces de desempeñar” (p. 137). Piénsese cuanto bien harían, además de cumplir con su deber y quedar tranquilos con su conciencia, si los malos jueces, como los malos militares, renunciaran antes de empeñarse en seguir siéndolo, sin las condiciones mínimas para desempeñar tan augustas funciones! En otro, al referirse a la política y el Ejército en Francia, recuerda justamente que el general Herring había dicho: “sin la restauración moral de la Nación, no hay reorganización militar posible” (p. 166). Las fuerzas armadas son parte del pueblo de la Nación y están en cierto modo moralmente condicionadas por la moral de éste. En el

titulado precisamente "Teoría del militarismo", que apareció en "Ya", el 1º de abril de 1953, el Gral. Vigón, refiriéndose al hecho de que cierto número de países de relativa importancia estaban regidos por militares, expresa que la diferencia entre ese estado de cosas y el fenómeno llamado "militarismo" consistía en que éste suponía, por parte de los militares, una aspiración, inmoderada y violenta, al acceso al poder, mientras que a aquella se había llegado por consenso, expreso o tácito, de los que aspiraban a ser gobernados (p. 194). Para él, los "pronunciamientos" militares triunfantes eran "el mecanismo democrático de mayor sensibilidad que podía ser puesto en movimiento" (p. 195). En su sentir, al menos en lo que a España refería, históricamente significaba que los pueblos aspiraban a que se les gobernase "con métodos de otra calidad, y deseaban ver inspirada la política que los rigiera en un código de principios y virtudes —presentido, cuando no conocido—, que es lo que, para abreviar, suele llamarse 'espíritu militar' o 'sentido militar de la vida'. Que es, conviene recordarlo, cosa distinta, aunque no opuesta, —al hecho de marchar rítmicamente, golpear los talones al saludar e incorporar a los hábitos personales cierto número de gestos y de frases rituales más o menos extemporáneos" (pp. 196 y s.). Recuerda al pasar, que "mandar es, sobre todo, convencer". Y, después de expresar que, "parece hora de decir que militarismo no era, ni podía ser, la intervención de los militares en los asuntos públicos, suscitada (o requerida) por los políticos, para asegurar el triunfo o la permanencia de un partido en una democracia desorganizada, sino aquello que vagamente temían los antimilitaristas— y a lo que trataban de cerrar el paso: la vigencia en la vida política de un **sentido militar**" (p. 199), afirma que, por ello, siempre había pensado "en la necesidad de proporcionar a los militares una formación política, cosa un poco distinta, diré de paso, de lo que puede ser un repertorio de slogans y de jaculatorias políticas" (p. 200). Termina este jugoso artículo diciendo: "La acción perturbadora de las juntas y el fracaso del general Primo de Rivera, en el nobilísimo empeño de ofrecer garantías de permanencia, y de fecundo desarrollo al ser nacional, se debieron esencialmente a la ausencia de un sentido claro de los principios de la política" (p. 202). Yo agregaría otras causas coincidentes, como el desacierto en la elección de sus colaboradores civiles y la complaciente acción de los que se han llamado despectivamente "los asesoretas"...

Bajo el título de "Un Ejército Apolítico", el autor se refiere al caso alemán, en la época de Ebert y Stresemann: "La mala —dice— era que entonces no bastaba ya **mandar**; era necesario **conducir**" (p. 281). "El ejército que Von Seeckt creara, radicalmente apolítico, no era fácil que sirviera para ser dócil instrumento de una política, como la que luego pretendió desarrollar Hitler; pero tampoco podía ser capaz de contrariarla" (p. 285). Pero quizás la parte más interesante y sugestiva del libro del general español se encuentra en la conclusión a que arriba, sobre la **buena** y la **mala** política, y la necesidad de educar políticamente a los hombres de armas, para que estén preparados para gobernar, cuando la Providencia así lo disponga. "Esta confusión de la política con lo que son sólo las consecuencias de una mala política, no podría producirse —afirma— si las gentes tuvieran unas claras ideas fundamentales. Hay una **mala** política cuyas consecuencias son detestables, pero hay también una política **buena**, de la que no sería sensato abominar" (p. 314). Hemos desarrollado esta idea en un artículo aparecido en "La Capital" de Rosario el 9-XI-67, titulado "En defensa de la política". Pecan evidentemente del sofisma de generalización los que condenan la actividad política y abominan la política, porque existen malos políticos! "Es preciso repetir —afirma el Gral. Vigón— que la oficialidad del ejército debe entender de política. Puede desentenderse, y esto no es lo lícito sino es lo debido de lo que la política tiene de oficio. Lo que tiene de ciencia, ha de informar, en cambio, su conducta, su vida entera... Sin conocer los principios que informan la política, difícilmente podrán guiar a una juventud que se les va a encomendar" (p. 315). "El oficial necesita una clarísima conciencia política" (p. 316). Pero, ¡en guardia! "No basta proveerse de un fácil bagaje de recortes de prensa y de un repertorio manido de frases y consignas mejor o peor entendidas. En este peligro me parece que están en riesgo de caer algunos ejércitos" (id.). Existe una Ciencia Política, que es la que hay que poseer, seriamente. "Urge, por eso, restituir a la política su crédito científico, empujando por devolver a la palabra su verdadero valor y sentido... Hay que empezar por hacer comprender a las gentes, que no tiene nada de vitando ni de vergonzoso hablar de política" (p. 317). "Hay unos principios inmutables que deben regir la política. Cada vez que se ha prescindido de ellos, la política se ha visto orientada por la razón de Estado, o por los apetitos de sus administradores,

balanceándose entre Maquiavelo y los siete niños de Ecija" (p.319). Hace enseguida un paralelo entre los "intelectuales" y los "doctos", en otros términos, entre los simuladores del saber científico y los auténticos especialistas y los improvisadores, que tanto abundan en nuestro país: "toda improvisación, dice, pretendía tener plaza y todo problema encontraba a su servicio la más perfeccionada incompetencia" (p. 320). Estas palabras, parecen escritas para aquí y ahora, a pesar de haber sido escritas en 1952 para España. "Lo que aquí se pretende hacer entender —termina— es el peligro de abandonar el cuidado de crear la conciencia política de nuestra oficialidad y la iniciativa particular de cada uno" (p. 321). "Sería preciso ofrecer a nuestros oficiales —aconseja— el medio de adquirir no sólo aquellas nociones de que habla Ortega, sino el valor de estas otras, tan traídas y llevadas, de destino histórico, patria, imperio, capitalismo, imperialismo o justicia social, que se manejan cotidianamente, a veces a destiempo, en ocasiones sin acierto y no siempre sin peligro" (p. 322). Señala el ejemplo que sobre el particular ofrece el ejército soviético, con su Academia político-militar Lenin (id.). Alega que las ciencias políticas debieran tener asegurado un lugar en las Academias y escuelas militares, y recomienda que "la tarea de preparar profesores aptos para esta función y de orientar su labor, parece que debiera estar reservada a un organismo superior que asegurase la unidad y ortodoxia de la doctrina" (p. 323). Todos los militares debieran recibir esa enseñanza, para estar dotados de las normas y principios útiles para enjuiciar los problemas políticos del país y seguir atentos la marcha del gobierno. Esto habría evitado, a su juicio, casi seguramente, más de una vez, la necesidad de cualquier intervención colectiva y violenta (p. 324). "Y podría llegarse a los altos puestos de la milicia con la exacta preparación necesaria para responder a las llamadas, tantas veces repetidas con apremio de la urgencia nacional" (id.).

Esta es, en síntesis, la más clara exposición que conozco acerca de la intervención de los militares en política, la defensa más legítima y elocuente de lo que podría llamarse el militarismo en estado químicamente puro, como escuela del deber, del honor y del sacrificio para el bien común, y el llamado más serio para que los militares estudien la Ciencia política, que ya Aristóteles consideraba "la madre de las ciencias", a fin de satisfacer cumplidamente aquel deber.

OTRA TEORIA SOBRE EL MILITARISMO

Escrito lo que antecede, el autor tuvo conocimiento de otra tesis sobre la materia de que tratamos aquí: la que expone Roberto Roth, en su libro *El país que quedó atrás* (Buenos Aires, EMECE, 1967), que ha tenido amplia repercusión en distintos ambientes de nuestro país, la Argentina. Conviene adelantar que este autor, a diferencia del anterior, considera, no sólo legítima, sino también plausible, "la irrupción de las milicias en el proceso político argentino" y su intervención ordinaria y continua en política, pero, a nuestro juicio, parte de premisas inaceptables, que constituyen verdaderas peticiones de principios, que rechazamos. En el capítulo titulado "La Milicia", Roberto Roth comienza confundiendo la elección de un militar, como los que ha tenido la Argentina o Brasil (Roca y Justo, en la primera; Gaspar Dutra, en el segundo), de De Gaulle o Eisenhower, que lo fueron por sus condiciones personales, por razones circunstanciales, o sea, por sus propios méritos y debido a razones ajenas a la entidad a que pertenecían, con la irrupción en el gobierno, no siempre regular y a menudo violenta y contraria a la ley fundamental del país, como lo fueron algunos presidentes "de facto", en nuestro país, desconocidos hasta el día antes de la asunción del poder y exclusivamente por decisión de las fuerzas armadas que actúan en los respectivos movimientos como la mayor —sino única— fuerza social **organizada** (v. lo que decimos en *Las causas de la inestabilidad política en la América Latina* (cit. pp. 71 y ss.). Lo primero sólo muy convencionalmente podría llamarse "militarismo"; lo segundo puede denominarse así, sin ningún esfuerzo. Otra cosa es que la fuerza armada sea (como afirma Roth) "una realidad que debe ser políticamente expresada", en lo que viene a coincidir con la tesis del Gral. Vigón. No así, que "su falta de expresión es precisamente el motivo de sus irrupciones violentas en la vida política del país", porque nada impide a los hombres de armas, aquí y allí, participar en las contiendas cívicas y en las luchas partidarias, como lo hicieron el Gral. Roca y el Gral. Justo y otros militares argentinos, antes de ahora, sin mezclar a la milicia como entidad en dichas contiendas y luchas, y menos invocar su voluntad como única razón de la misma o de la conquista del poder, desplazando del mismo al pueblo, que es el titular o depositario de la soberanía. Lo que caracteriza, a mi juicio, al militarismo, como ya lo hemos dicho, es que los

militares desplacen a los civiles del gobierno, y lo ejerzan exclusivamente, por su propia exclusiva decisión, ocupando el lugar que corresponde natural y legalmente a todos los ciudadanos del país, cualquiera sea la razón o el pretexto que se invoque para ello, y aun, la forma como lo ejerciten.

A juicio del Sr. Roth, las fuerzas armadas, en nuestro país, desde 1930 llenan los vacíos de poder, y, a partir de 1955, limitan los excesos del mismo. Desde aquella fecha, "se convierten en elemento permanente y necesario (sic) del cuadro político argentino, que contrapesa el poder sindical, siempre en puja por gobernar con exclusividad". Lo desplazan, haciendo lo mismo que él. Otra petición de principio de este autor consiste en que, el mismo, "al no establecer el poder civil una meta para su acción, (las fuerzas armadas) quedan libradas a determinar su misión dentro de la Nación por su cuenta y riesgo". Como lo decimos al principio y lo enseña cualquier tratadista elemental de Derecho constitucional, la misión o función de las fuerzas armadas está claramente establecida por el Art. 21 de la Constitución Nacional: es la defensa exterior y de la constitución. Según Roth, las respuestas al supuesto interrogante son dos: **profesionalismo y politicismo**. O bien, como ocurrió, según el mismo, desde la organización nacional hasta 1943, el profesionalismo domina al Ejército, es decir, la política es desterrada deliberadamente de los cuarteles; las fuerzas armadas "quedan, de un golpe eliminadas por completo del proceso político, contempladas con mal disimulada hostilidad por la dirección política del Estado", "como apéndice costoso y molesto del Estado"; o bien, como se entendió a partir de la revolución de 1943, la milicia "viene a gobernar. Viene a realizar con militares lo que los civiles no han podido hacer". Confunde el autor el hecho, la historia, con el derecho o la legitimidad del acontecimiento. El mismo lo reconoce, tal vez sin quererlo, cuando expresa que "El bagaje ideológico de la revolución (del 4 de junio, que no es, por cierto, la que hace Perón meses más tarde) es abigarrado, las fuentes diversas, contradictorias. El elemento más destacado es el misticismo fervoroso, indefinido, del sable" (v. lo que decimos de las fuentes de este fenómeno en **Tres ensayos de Historia de las ideas políticas**, Santa Fe, Imp. de la U. N. del L., 1967, pp. 76 y ss.). Según Roth, "quienes llevan sables pertenecen a una nueva aristocracia llamada por su pureza, por la abrasadora fe que la ilumina, a gobernar". Cuesta admitir la legitimidad de esta vocación, si

se la concibe además como excluyente de otras tan legítimas, al menos, como es la de los intelectuales, los pensadores, los hombres de bien, que también los hay fuera de las filas armadas. El mismo Roth señala a continuación los desastrosos efectos de la acción de los partidarios y beneficiarios de estas ideas, en el gobierno, la administración pública, la universidad, etc. (p. 113).

El autor que comentamos relata a continuación el esfuerzo realizado por Perón para volver el Ejército al profesionalismo. "El ejército politizado —nos dice— representa una constante amenaza para quien ejerce el poder; profesionalizado, es la garantía más segura para quien lo tiene". Según Roth, "Perón será el único que hará sinceros esfuerzos para mantener al Ejército en el terreno estrictamente profesional, con resultados sorprendentes". Las fuerzas armadas que asumen el mando en 1955, según el autor, se fijan una tarea idéntica a la emprendida por el general Uriburu 25 años atrás. El Ejército "es una institución hecha para mandar, no para gobernar". Enseguida señala los perniciosos efectos de la intervención de los hombres de armas en el gobierno (pp. 115-8). A partir de aquí, no entendemos bien si el autor de la tesis que exponemos critica o adhiere a la tesis militarista, si condena o aplaude al profesionalismo o al politicismo de las fuerzas armadas. Lo único cierto, claro, indiscutible, es que, a partir de 1930, las mismas se han politizado: "Los militares que salieron a una fugaz intervención militar en 1930 descubren que han regresado con la política en sus mochilas y que no hay forma de extirparla en los cuarteles". (p. 119). "La interacción política-milicia, en el plano de las oposiciones semipermanentes en que se condujo, llevó necesariamente consecuencias funestas. Desde que problemas específicamente militares recibieron soluciones políticas, quedó abierta la puerta para aplicar soluciones militares a problemas políticos, que también ocurrió" (p. 122). "Las últimas décadas de vida argentina demuestran que el Ejército, aún en manos de las corrientes más profesionalizadas y a menudo contra sus mejores intenciones, interviene en la política del país" (p. 123). Podemos agregar que lo hace en una forma preponderante y decisiva; al punto que podría afirmarse, sin temor a ser desmentidos, que impone el predominio de sus puntos de vista y de su voluntad, en problemas de gobierno muy distintos de los castrenses, como son, por ejemplo, los de política, estrictamente considerados, los universitarios y todos aquellos más disímiles y distintos de lo propios. No se trata de enjui-

ciar si lo hacen bien o mal, sino de constatar que de hecho lo hacen, alterando la natural jerarquía de valores que coloca en manos de los civiles la decisión de los asuntos civiles y deja en manos de los militares la resolución final de los problemas militares. No se trata tampoco de distribuir responsabilidades, o de buscar culpables y autores y cómplices o colaboradores de esa subversión institucional. Sabemos, por triste experiencia, que en todos los países del mundo esa sustitución de los civiles por los militares en el gobierno civil, se produce desgraciadamente cuando aquéllos no saben cumplir con sus deberes, y más aún, cuando ellos mismos golpean a la puerta de los cuarteles para obtener una autoridad o una fuerza de que carecen. Suya es, pues, la culpa de esa irrupción de las fuerzas armadas, como entidades, en el gobierno civil. No podemos decir con toda propiedad que hemos sido eliminados, sino que nos hemos suicidado.

LA NOCIÓN DE PRESUPUESTO DEL TRIBUTO Y EL ARTÍCULO 53, PRIMER APARTADO, DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Prof. ANDREA FEDELE
Docente Libre de la
Universidad de Roma
Traduce: Walter Antillón (*)

Estos breves apuntes, con los cuales me complace contribuir a los Estudios en Honor del esclarecido Profesor don V. M. Elizondo, aunque tienen su punto de partida en una específica disposición de la Constitución italiana, pretenden delinear un somero perfil de la más reciente evolución de la Doctrina y la Jurisprudencia italianas sobre algunos temas centrales de la teoría general del Derecho tributario. Por ello considero que los temas aquí desarrollados presentan un cierto interés también para aquellos cultores del Derecho tributario cuya atención inmediata está dirigida a ordenamientos jurídicos distintos del italiano. Pues en una materia siempre mutable en el plano normativo como es el Derecho tributario, la consideración comparativa de los avances de la Doctrina y la Jurisprudencia en ordenamientos distintos del propio es siempre un instrumento de trabajo de indudable valor, especialmente en el plano de las construcciones de Teoría General.

1.—Uno de los fenómenos de mayor interés en la más reciente evolución de la Teoría General del Derecho tributario en la Doctrina italiana está constituido por la adquisición de una relevancia jurídica cada vez mayor de la noción de "capacidad contributiva" según está concebida en el primer apartado del art. 53 de la Constitución. Bajo la influencia de una parte especialmente sensible de la Doctrina⁽¹⁾, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha

(*) La traducción de las notas estuvo a cargo del señor Alvaro Fernández Silva.

(1) V. para todos Giardina, "Le basi teoriche del principio di capacità contributiva", Milano, 1961, p. 426 ss.; Micheli, "Profili critici in tema de potestà d'imposizione", en "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1964, I, 21 ss.; "Lezioni di diritto tributario, Roma, 1968, p. 99 ss.; Manzoni, "Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano", Torino, 1965, passim, y, en part., p. 109 ss.

consolidado una interpretación de esta norma que atribuye un valor pleno al control de legitimidad constitucional ejercitado por ella sobre las leyes en materia tributaria⁽²⁾. Según esa interpretación, el art. 53, primer apartado, de la Constitución establece un específico límite sustancial a la legitimidad constitucional de las normas tributarias, en cuanto de dicha interpretación se deriva la exigencia de que la especie fáctica asumida como "presupuesto"⁽³⁾

(2) Esta interpretación del art. 53. I c. const. constituye el resultado de una compleja evolución de la jurisprudencia de la Corte, que ha sido tomada atendiendo a dos específicos prospectos de la importancia del art. 53 I. c. const. Esta norma, en efecto, ha comenzado a obtener relevancia en la jurisprudencia de la Corte, por una parte debido al problema de la legitimidad constitucional de las leyes tributarias retroactivas (v. además de las sentencias Nos. 81 de 1958 y 9 de 1959, respectivamente en *Jurisp. const.*, 1958, 1008 y 1959, 237; las siguientes sentencias: Corte const. 23-12-1963, Nº 174, en *Jurisp. const.* 1963, 1701 ss.; 16-6-1964, Nº 45, en *Jurisp. const.*, 1964, 573; 23-5-1966, Nº 44, en *Jurisp. const.* 1966, 737 ss.), y por otra en relación con su afirmada naturaleza de específica aplicación del principio constitucional de igualdad (v. Corte const. 18-6-1963, Nº 92, en *Jurisp. const.*, 1963, 768; 13-12-1963, Nº 155, en *Jurisp. const.*, 1963, 1546; 12-7-65, Nº 69, en *Jurisp. const.*, 1965, 855). De los resultados conseguidos en la interpretación del art. 53 I c. bajo estos específicos aspectos, la Corte ha podido luego obtener una enunciación del contenido normativo de tales disposiciones idóneas para poner en luz la función de límite sustancial a la legitimidad constitucional de las normas tributarias, aún prescindiendo de su naturaleza retroactiva o de su actitud a realizar un dispar trato (véanse al respecto Corte const. 26-6-1965, Nº 50, en *Jurisp. const.*, 1965, 858 ss.; 12-7-67, Nº 103 en "Sentenze e ordinanze", 1967, 449; 12-7-1967, Nº 109, en "Sentenze e ordinanze", 1967, 491; y Corte const. 3-7-1967, Nº 77, en "Sentenze e ordinanze", 1967, 337.

(3) La Corte parece haber adoptado la terminología de Giannini A. D. (v. "I concetti fondamentali del diritto tributario", Torino, 1956, p. 152 ss.; "Istituzioni di diritto tributario", Milano, 1965, p. 149 ss.), que es también la dominante en la jurisprudencia y en la doctrina. No faltan sin embargo autores que hacen uso de términos diferentes, tales como "hecho generador", "hecho tributario" (v. Berliri, "Principi di diritto tributario", II, Milano, 1957, p. 196, nt. 1) o bien "materia imponible" (v. Allorio, "Diritto processuale tributario", Torino, 1962, p. 61, nt. 4; p. 65 ss., además, en acepción tal vez diferente, Berliri, Principi cit., II, p. 15 y passim). Para ulteriores indicaciones al respecto v. De Mita, "La definizione giuridica dell'imposta di famiglia", Napoli, 1965, p. 30, nt. 35. Todas estas locuciones asumen, en la intención de los diversos autores, un valor sustancial análogo, pero están conexas a criterios de identificación de la relativa materia, diferentes entre ellos, por razón de la divergencia entre las tesis sostenidas por estos autores, sobre el nacimiento de la obligación tributaria. En cambio, el término "presupuesto", adquiere un significado diverso, e irrelevante para los fines de las consideraciones que siguen, en aquellos autores que atribuyen relieve al así llamado "presupuesto económico" de la imposición (V. Alessi-Stammati, "Istituzioni di diritto tributario", Torino, s. d., p. 33 ss.) o bien, en el estudio de la materia en el derecho tributario, hacen referencia a la noción de presupuesto de la materia tal como ha sido elaborada en el ámbito de la teoría general del derecho (v. Dus, "Teoria generale dell'illecito fiscale", Milano, 1957, p. 151 ss.; Cicognai, "Appunti sulle fonti dell'obligazione tributaria", en *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1966, I, 627, nt. 54 bis). No parece por lo tanto posible argumentar del término "presupuesto", para demostrar que la materia constitutiva de la obligación tributaria no es el así llamado hecho imponible (presupuesto) sino un diferente y sucesivo hecho o acto (al respecto v. en cambio D'Amati, "Il presupposto dell'imposta complementare", en *Jurisp. imp.* 1963, 695) atribuyendo a un término usado por los seguidores del derecho tributario en una acepción evidentemente diferente de la asumida por la teoría general (v., de todos modos, Ingresso "Istituzioni in diritto finanziario", II, Napoli, 1937, p. 60 ss.) un valor correspondiente a tal última acepción.

del tributo constituya una manifestación de una efectiva capacidad contributiva⁽⁴⁾, entendida ésta por lo menos como potencialidad económica genérica⁽⁵⁾.

Se trata, probablemente, de un resultado no definitivo, pues el principio constitucional de capacidad contributiva parece idóneo para autorizar intervenciones aún más incisivas dentro del complejo incoherente de las leyes fiscales del ordenamiento italiano, de modo que sea posible llegar a la eliminación de las normas más palpablemente incompatibles con la naturaleza y exigencias de la función tributaria. Pero es innegable la particular importancia que ya hoy asumen, tanto en el terreno teórico como en el práctico, los principios derivados de las numerosas decisiones de la Corte sobre este tema. Atañe ahora a la Doctrina sistematizar y coordinar los datos jurisprudenciales de tal modo que se aclaren todas sus implicaciones en el ámbito del sistema y se tornen posibles aquellos ulteriores desarrollos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de los que se hará mención en la parte final de este escrito.

Aunque la Doctrina más atenta a estos aspectos evolutivos del Derecho tributario haya contribuido ya en notable medida a esta labor de clarificación y elaboración de los principios en que la Corte se inspira⁽⁶⁾, parece que al menos desde un punto de vista

(4) Particularmente significativas, precisamente bajo el perfil subrayado en el texto, son las enunciaciões del contenido preceptivo del art. 53 I c. Const. contenidas en la sentencia n. 50 de 1965, "si por capacidad contributiva debe entenderse la idoneidad subjetiva a la obligación de impuesto, revelada por el presupuesto al cual su prestación está unida, no parece contestable que la referencia de aquel presupuesto a la esfera del obligado debe resultar de una unión efectiva y que a un índice efectivo debe darse supremacía para determinar la cantidad del impuesto que de cada obligado se puede exigir", en la sentencia n. 45 de 1964: "si por capacidad contributiva se entiende la idoneidad del contribuyente para corresponder a la prestación coactiva impuesta y si tal idoneidad debe ponerse en relación, no ya con la concreta capacidad de cada uno contribuyente, sino con el presupuesto al cual la prestación misma está ligada...".

(5) V. Michel-i, *Profili cit.*, 25 ss.; v. también Manoni, *Il principio cit.*, p. 67 ss., que aún atribuye una relevancia, tal vez excesiva, a una específica noción económica de capacidad contributiva.

(6) Además de los escritos citados en la nota 1, en los que la elaboración del principio de capacidad contributiva se desarrolla sobre un plano de mayor organicidad, particularmente interesantes para la obra de elaboración del dato jurisprudencial son las notas y los comentarios a las sentencias de la Corte sobre el argumento; entre los más recientes véanse: Crisafulli, "In tema di capacità contributiva", en *Jurisp. const.*, 1965, 857 ss.; Micheli, "Uguaglianza di trattamento, capacità contributiva e presunzioni di legge", en *Jurisp. const.*, 1966, I. 1. 962 ss.; Maffezzoni, "Della presunzione di esistenza di gioielli, denaro e mobilia nell'applicazione dei tributi successori", en *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1967, II, 223 ss.; Falsita, en *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1968, II, 1 ss.; Perrone, "Una sentenza di accoglimento parziale in tema di capacità contributiva", en *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1968, II. Marongiu, "Sulla reiscrizione a ruolo per omessa dichiarazione dei redditi", en *Jurisp. it.*, 1968, I, 1, 129 ss. Para una posición en contraste con las tesis dominantes en doctrina, v. luego Schiavello, "Sulla retroattività delle legge tributarie", en *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1966, I, 587 ss.

ha venido faltando aquel juego de recíprocas influencias entre Jurisprudencia y Doctrina que constituye uno de los principales motores de la evolución de la Ciencia Jurídica en un determinado ordenamiento y, por lo tanto, en definitiva del ordenamiento mismo.

En efecto, se ha podido ver que el principio de capacidad contributiva ha asumido una importancia concreta y específica en la Jurisprudencia de la Corte, en cuanto del mismo se ha hecho derivar la exigencia de que el presupuesto de todo tributo se identifique con un resultado indicativo de una capacidad contributiva efectiva. Aparece evidente la importancia que vienen a asumir, en este contexto, la noción de presupuesto del tributo y la definición exacta de los criterios para la identificación de la correspondiente especie fáctica: una identificación errada del presupuesto del tributo puede llevar a conclusiones erróneas acerca de la legitimidad constitucional de las disposiciones legales que disciplinan el tributo mismo. Ahora bien, los autores que, en función de la evolución de la jurisprudencia de la Corte, han tratado de definir y precisar la relevancia jurídica del principio de capacidad contributiva, no parecen haber profundizado suficientemente el análisis del concepto de presupuesto del tributo, considerándolo probablemente una noción hoy indiscutida en la elaboración doctrinal⁽⁷⁾.

La indagación sobre la legitimidad constitucional de los distintos tributos se hace por eso más dificultosa y se enreda a veces en problemas que, de acuerdo con una individualización correcta del presupuesto de los distintos tributos, no debieron siquiera ser planteados.

Las consideraciones que siguen tratan de ser precisamente una contribución al análisis del concepto de "presupuesto del tributo", tal y como se delinea en el estado actual de la Teoría General del Derecho tributario y, por ende, para la necesaria correlación de los dos conceptos, también una contribución al encuadramiento del principio de capacidad contributiva entre los principios generales del Derecho tributario.

(7) En realidad el único tratado monográfico profundo del argumento es aquél de Jarach ("El hecho imponible", Buenos Aires, 1943), particularmente interesante para la posición prominente reconocida al estudio del presupuesto en el ámbito de la teoría general del derecho tributario. Los resultados a los que se llega en este escrito, se separan de aquellos a los que llega Jarach esencialmente en función de la diferente posición asumida respecto de la teoría de la "causa impositionis", y, sobre todo, del hecho de que este estudio toma sus movimientos de una específica disposición de ley, el art. 53, 1ª parte cons., introducida en el ordenamiento en un momento sucesivo a la publicación del libro de Jarach.

2.—La exigencia de la cual parte toda tentativa de definición del presupuesto del tributo es identificar la situación de hecho que torna necesaria y a la vez justifica la exacción tributaria⁽⁸⁾. Sin embargo, habiendo planteado la Doctrina el estudio del fenómeno tributario sobre el concepto de obligación tributaria, considerada como instrumento necesario⁽⁹⁾ para la actuación de la exacción, ha sido inducida a considerar al presupuesto del tributo prevalentemente en función de los efectos de su verificación, en orden al nacimiento de la obligación tributaria⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾. Consiguientemente, cuando trata del presupuesto del tributo, la Doctrina discute y define con preferencia las relaciones entre el verificarse de dicha especie fáctica y el nacimiento de la obligación tributaria. Queda en segundo plano el carácter específico del presupuesto como resultado a cuya verificación la ley vincula el tributo⁽¹²⁾. De ahí deriva que los criterios de identificación del presupuesto que pueden deducirse⁽¹³⁾

(8) Es a esta exigencia que responde, originalmente, la teoría de la causa de la obligación tributaria, sea llegando, en sus manifestaciones extremas, a formulaciones inaceptables por el excesivo relieve atribuido a categorías y conceptos de naturaleza metajurídica. En mérito a las relaciones entre la noción de presupuesto y el concepto de causa del tributo v. para todos Griziotti, "Primi elementi di scienza delle finanze", Milano, 1957, p. 149 ss.; Pugliese "Istituzioni di diritto finanziario-Diritto tributario", Padova, 1937, p. 98 ss., en part. 102 ss.; Vanoni, "Natura ed interpretazione delle leggi tributarie, ahora en "Opere giuridiche", I Milano, 1961, p. 114 ss.; "Elementi di diritto tributario", ibidem, II, Milano, 1962, p. 50 ss.; Jarach, "Principi per l'applicazione delle tasse di registro", Padova, 1936, p. 29 ss.; "El hecho imponible" cit.

(9) Se recuerdan aún, además de las afirmaciones de Giannini A. D., (Istituzioni cit., p. 87, nt. 19 y 447 ss.), pero referidas sólo a los tributos de timbre y a las privativas fiscales y del Aumento (Istituzioni cit., II, p. 59, también ellas de arrastre muy limitado, las notas sostenidas por Berliri (Principi, I, p. 295 ss.) sobre la posibilidad de prelevaciones tributarias que no se actúan a través del medio técnico de la obligación. Por último, para una conforme admisión de los límites de la relevancia de la obligación como medio de actuación de la prelevación tributaria, v. Basciu, "Contributo allo studio dell'obbligazione tributaria, Napoli, 1966, p. 17. nt. 17.

(10) Más bien, se podría decir que buena parte de la doctrina ha tratado exclusivamente del hecho generador de la obligación tributaria y no también del presupuesto en cuanto tal (v. Giannini, A. D., Istituzioni, p. 94 ss.; I concetti cit., p. 151 ss.; Blumenstein, Sistema di diritto delle imposte, Milano, 1945, p. 237 ss.; Hensel, Diritto tributario, Milano, 1956, p. 72 ss.) Para una ubicación del estudio del presupuesto bajo el perfil del análisis de su estructura y de sus componentes véase para todos Blumenstein, Sistema cit., p. 111 ss.; Arche-Domingo, Consideraciones sobre el hecho imponible, en Revista de derecho financiero, 1960, 529 ss., en part. 569 ss.; Sáinz de Bujanda, Análisis jurídico del hecho imponible ibidem, 1965, 802 ss.; 1966, 37 ss., 343 ss. Se trata eso sí de una ubicación que, para nuestros fines, reviste escaso interés.

(11) V. aun para una exacta ubicación del problema de la función del presupuesto (situación-base) del tributo como índice de capacidad contributiva, los breves comentarios de Allorio (Dir. proc. trib., p. 61, nt. 4) y las consideraciones de Berliri, Principi, II, p. 222 ss.)

(12) V. para todos Giannini A. D., Istituzioni cit., p. 94; I concetti cit., p. 152.

(13) Falta, en efecto, por lo demás la expresa enunciación de tales criterios que deben ser deducidos de las tesis sostenidas por los diferentes autores en mérito al nacimiento de la obligación tributaria, o bien, de incidentales afirmaciones contenidas en aquellas partes de las singulares obras en las que se trata precisamente de la obligación tributaria.

de las elaboraciones de los distintos autores se fundan todos en la particular naturaleza de los efectos referibles a aquél en orden al nacimiento de la obligación tributaria. Tenemos así un criterio de identificación del presupuesto basado en su afirmada eficacia constitutiva de la obligación tributaria⁽¹⁴⁾, y otros criterios que, al menos para determinadas categorías de tributos, se fundan —en correlación con las diversas teorías sobre el momento del nacimiento de aquella obligación— en el reconocimiento de una diversa eficacia del presupuesto, cuyo verificarse comportaría solamente el nacimiento de situaciones jurídicas subjetivas de carácter instrumental respecto al surgir de la obligación⁽¹⁵⁾.

Empero dichos criterios se revelan insuficientes desde determinada perspectiva, e inadecuados desde otras. En efecto, por un lado, por su misma naturaleza dichos criterios son referibles exclusivamente a los tributos cuya exacción se actúa a través del medio técnico de la obligación; por otro lado, siendo elaborados en relación con determinados esquemas de actuación del tributo, no pueden utilizarse para tributos que adopten esquemas de actuación diversos.

Sin embargo estas características constituyen solo indicios de un vicio más profundo que ocultan los criterios en cuestión. De las breves observaciones que preceden se puede fácilmente deducir que en la evolución de la doctrina el concepto de “presupuesto” del tributo ha venido asumiendo un valor bien diverso del que se le atribuyó originalmente. Se puede decir, en efecto, que la primera exigencia a la que responden, aun desde el punto de vista lógico, la definición y la identificación del presupuesto de un tributo, es la de individualizar el resultado causativo de la contribución a los gastos públicos, asumiendo la noción de causa bajo la doble perspectiva de hecho productivo de un determinado efecto (que en la hipótesis sería la participación del contribuyente en los

(14) Tal criterio se deduce de los escritos de los sostenedores de las teorías así llamadas “declarativas”, v. para todos Giannini A. D., *Istituzioni cit.*, p. 179 ss.; I concetti cit., p. 274 ss.; Capaccioli, *La estimazione semplice*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1957, I, 82 ss.; *L'accertamento tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1966, I, 22 y 37 ss. (en la nota bibliográfica) y por último Basciu, *Contributo cit.*, *passim*, en par. 100 ss.

(15) Es éste el criterio recavable de las tesis sostenidas en tema de nacimiento de la obligación tributaria de Berliri (*Principi cit.*, II, p. 21 ss.; p. 277 ss.) y de Allorio (*Dir. proc. trib.*, p. 65 ss. 104 ss.)

Véase también, para una posición muy vecina a la de Berliri, Jéze, *Nature juridique de la creance d'impôt*, en *Revue de science et de législation financières*, 1936, 196 ss., en part. 198 ss.; *Le fait générateur de l'impôt*, *ibidem*, 1937, 604 ss.

gastos públicos) y de resultado justificativo, respectó a un canon de juicio supraordinario a la norma impositiva, de dicho efecto.

Advirtiéndose empero la Doctrina la justificada exigencia de eliminar cualquier implicación metajurídica en el estudio del fenómeno tributario, parece haber dado una importancia prevalente y casi exclusiva al primer aspecto de la definición del presupuesto⁽¹⁶⁾: al que atañe a la identificación del hecho productivo de la exacción tributaria.

Este planteamiento del problema ha dado útiles resultados mientras el fenómeno tributario ha sido reconstruido en términos estáticos, como si se actuara, en todos los tributos, a través de un haz de efectos jurídicos producidos, las más de las veces, por la verificación de una única especie fáctica⁽¹⁷⁾: el presupuesto del tributo. La importancia de la individualización de tal especie fáctica en este cuadro de teoría general se ofrece evidente: sirve para individualizar y describir la fuente de todos los efectos jurídicos en los cuales se realiza el tributo y, por ende, el momento de su nacimiento⁽¹⁸⁾; particularmente, la fuente y el momento de nacimiento de la obligación tributaria⁽¹⁹⁾.

Pero cuando un análisis más profundo del fenómeno tributario en sus determinaciones singulares y concretas ha llevado a la

(16) Aún cuando ha sido intuido y expresamente afirmado el valor de la situación, cual expresión de una capacidad contributiva valorada sobre el plano de la ratio de la norma (v. Allorio, *Dir. proc.*, p. 61, nt. 4, pero v. también p. 70 donde al presupuesto del tributo se atribuye el único valor de “fundamento económico” del tributo) no se obtuvieron ulteriores consecuencias de tales constataciones y se continuó a definir la situación-base como “hecho constitutivo” del tributo.

(17) Nos limitamos aquí a citar a Giannini A. D. (*Il rapporto giuridico di imposta*, Milano, 1937, p. 29 ss., 47 ss.; *Istituzioni cit.*, p. 80 ss.; I concetti cit., p. 123 ss.), a quien se le debe el más completo análisis del fenómeno tributario con base en esta premisas.

(18) El análisis de cada uno de los singulares institutos ha inducido también a aquellos que utilizaban un criterio de identificación del presupuesto fundado sobre su eficacia constitutiva de la obligación tributaria, a reconocer la posibilidad de anticipación del nacimiento de algunos de los efectos instrumentales para la actuación de la prelevación respecto del nacimiento de la obligación tributaria y ha, por ende, identificado el presupuesto del tributo en un hecho sucesivo a los constitutivos de tales efectos instrumentales (V. Alessi, *Monopoli fiscali. Imposte di fabbricazione*. Dazi doganali, Torino, 1956, p. 74, 77 ss., con referencia a los impuestos de fabricación).

(19) Para un interesante ejemplo de este tipo de ubicación del problema del presupuesto del tributo véase, en materia de impuestos de registro, Rasello, *Il tributo di registro*, Roma, 1955, p. 22 ss., 98 ss., que parte inclusive del postulado de la necesidad del nacimiento contemporáneo de todos los efectos jurídicos que integran la llamada relación jurídica de impuesto. Para la tesis contrapuesta a esta última v. Berliri, *Le leggi di registro*, Milano, 1961, p. 19 ss. En tema de impuestos directos v. Bompani, *L'imposta completamente progressiva sul reddito*, Padova, 1939, p. 131, 145 ss.

Doctrina a abandonar las concepciones meramente estáticas del fenómeno mismo, y a considerar las secuencias de actos y actividades, todos productivos de efectos jurídicos propios y específicos, en o a través de los cuales cada tributo se realiza, la identificación del presupuesto del tributo se ha tornado cada vez más difícil y ha dado resultados cada vez menos útiles desde el punto de vista de la interpretación de las normas tributarias.

En efecto, fundando la definición del presupuesto del tributo en su aptitud para producir un específico efecto jurídico y, por otro lado, concretando el estudio del fenómeno tributario al análisis de los actos aislados que realizan la exacción y de sus efectos, la identificación del presupuesto de un determinado tributo asume un valor meramente clasificatorio. Ninguna ulterior consecuencia podrá ser obtenida de la definición de un determinado resultado como presupuesto del tributo. En definitiva, según los más recientes planteamientos del estudio del fenómeno tributario, pierde importancia la exigencia misma de identificar un presupuesto del tributo en cuanto hecho productivo de un determinado tipo de efecto. Sea este efecto la obligación tributaria o bien una diversa situación jurídica subjetiva con carácter instrumental, no se ve la razón de hacer resaltar la especie fáctica que lo produce de entre todos los otros elementos constitutivos de la secuencia de hechos, de actos y de actividades, cada uno productivo de sus específicos efectos, que concurren a la actualización del tributo⁽²⁰⁾. Queda en pie la exigencia de estudiar en su estructura y efectos cada uno de los componentes de aquella secuencia, pero no se ve el motivo de distinguir y hacer resaltar uno de ellos de entre los otros.

3.—Parece entonces evidente que la identificación de un resultado causativo de la contribución del particular a los gastos públicos asume un valor y un significado propio sólo en cuanto esté relacionada con una exigencia de justificación del tributo según un canon de juicio que, necesariamente, debe estar supraordinado a las normas mismas que disciplinan el tributo. En el actual sistema constitucional, este canon puede ser individualizado en la norma

(20) Para una clara ubicación en estos términos del estudio del fenómeno tributario bajo este perfil dinámico v. para todos Maffezzoni, *Il procedimento d'imposizione nella imposta generale sull'entrata*, Napoli, 1965.

específicamente dirigida a limitar la legitimidad sustancial de las leyes tributarias; el art. 53, apartado primero, de la Constitución⁽²¹⁾.

En relación con tal norma es necesario justificar las que disciplinan cada tributo de nuestro ordenamiento, demostrando que su percepción por el ente impositor está inescindiblemente ligada con una situación indicativa de capacidad contributiva⁽²²⁾ ⁽²³⁾. Desde esta perspectiva, la doble exigencia a que atrás se hizo referencia se aclara en sus efectivos alcances: el problema de la definición del presupuesto es el identificar el resultado o la situación de hecho que determinan la definitiva percepción del tributo por el ente impositor, y que por lo tanto deben constituir además una manifestación de capacidad contributiva según el art. 53, primer apartado, de la Constitución⁽²⁴⁾. La expresión "definitiva percepción del tributo" sirve para aclarar el significado, precisamente, de aquella "participación en los gastos públicos" que la norma constitucional quiere ver correlacionada a la capacidad contributiva. Tal expresión subraya la necesidad de tomar en cuenta, para verificar

(21) Sobre los reflejos del principio constitucional del art. 53 ap. 1º const. en relación con la definición del presupuesto de cada uno de los tributos v. Maffezzoni, *Intorno ai principi generali del diritto finanziario*, en Jus, 1956, p. 332 ss.; *Contributo alla teoria giuridica del presupuesto di fatto dell'imposta generale sull'entrata*, en Arch. fin., VI 1957, p. 150 ss.; *Contributo alla teoria giuridica etc.*, en Rev. dir. fin., 1957, I, 271.

(22) Se vea en este sentido a Manzoni, *Il principio cit.*, p. 114, nt. 6. Debe ponerse de relieve que también define el presupuesto en función de su eficacia con relación al nacimiento de la obligación tributaria y lo identifica en un "elemento de la especie constitutiva de la obligación tributaria", asumido por la ley, en cuanto retenido índice de capacidad contributiva. Esta circunstancia hace por lo menos imprecisa la definición que, así formulada, no brinda un criterio para la individualización del presupuesto entre los diversos eventos que deben subsistir para que la obligación tributaria surja. Además, la definición arriba indicada no es referible a las hipótesis en que el tributo es prelevado prescindiendo del nacimiento de una obligación tributaria.

(23) Acogemos aquí una interpretación del art. 53 ap. 1º const. y una noción de su eficacia como límite de la legitimidad constitucional de las leyes tributarias que, sostenidas por una parte de la doctrina (v. para todos Micheli, *Profili critici in tema di potestà d'imposizione cit.*, 21 ss.; Manzoni, *Il principio cit.*, p. 112 ss.) parecen ya acogidas por la propia jurisprudencia de la Corte constitucional (v. las sentencias citadas en la anterior nt. 3) y por otros órganos judiciales (v. p. ej. Cons. Stato. 12-11-1965, n. 33, en Foro it., 1965, III, 505).

(24) Va subrayando que en las argumentaciones que siguen a la referencia a la noción de capacidad contributiva implica referencia a un concepto jurídico, cual es el principio deducible del art. 53 ap. 1º const., y es efectuado únicamente con el fin de identificar una determinada materia jurídica en razón de sus efectos, pero considerados no en su intrínseca estructura sino en cuanto insertos en el más complejo mecanismo jurídico preordinados por la ley para la realización de cada uno de los tributos. Por ende parece que puedan ser superadas eventuales críticas a la ubicación por nosotros dada al estudio, si fundadas exclusivamente sobre la afirmación de una pretendida excesiva relevancia atribuida a la función económica del presupuesto del tributo (para la crítica de tal tendencia en la doctrina, véase Allorio, *Dir. Proc. trib.*, p. 70).

su correspondencia con el art. 53, primer apartado, Const., no únicamente la disciplina de la percepción por el ente de las sumas de dinero en que consiste el monto del tributo, sino también las eventuales fases ulteriores de actuación del fenómeno tributario, que a veces pueden conducir a un reembolso de tales sumas al sujeto que ha sufrido la exacción. En efecto, no puede decirse que se ha realizado ninguna participación en los gastos públicos, en plena observancia de las normas legales, allí donde un determinado sujeto ha pagado primero una suma a título de prestación tributaria, pero luego ha obtenido el reembolso de la misma.

Estas consideraciones aclaran ulteriormente las razones por las que son insuficientes los criterios de identificación del presupuesto que solo miran a su eficacia constitutiva de la obligación tributaria: el nacimiento y el cumplimiento de tal obligación no agotan necesariamente el fenómeno tributario, no implican necesariamente aquella "participación en los gastos públicos" respecto de la cual únicamente debe constatarse la vinculación con una efectiva capacidad contributiva del sujeto pasivo.

4.—Los argumentos expuestos hasta aquí permiten entonces afirmar que, respondiendo la definición del presupuesto del tributo a la exigencia de identificar el resultado justificativo de la participación del contribuyente en los gastos públicos, debe calificarse como tal sólo el hecho cuya verificación torna jurídicamente necesaria la percepción definitiva por el ente de la suma de dinero que representa la contribución del sujeto pasivo a los gastos públicos.

Para traducir en términos más concretos tales conclusiones es necesario hacer referencia a los numerosos mecanismos jurídicos previstos por la Ley para la actuación de los distintos tributos. Tales mecanismos se resuelven en uno o varios actos o en series enteras de actos, realizados por particulares y por órganos del ente impositor, cuyo fin último es la percepción de parte de los órganos a ello predispuestos, de una suma de dinero y su definitiva adquisición por el ente impositor.

En la mayoría de los casos los mecanismos en cuestión vienen estructurados de tal manera que, una vez percibida la suma en que el tributo consiste por el órgano a quien corresponde su percepción, no sea ya posible su restitución⁽²⁵⁾ al contribuyente por un

(25) Los términos "restitución" y "reembolso" del tributo son usados en el texto en sentido muy amplio, tal de comprender cada instituto merced al cual el patrimonio del contribuyente venga a ser incrementado en medida correspondiente a la entidad de las sumas a su cargo percibidas a título de tributo. No se ha tenido, además, cuenta para no compli-

medio que no sea el reconocimiento de la ilegitimidad de la relativa exacción. En tales hipótesis se puede decir que el presupuesto del tributo lo es un resultado constitutivo de una situación jurídica tal, que todos los actos de la relativa secuencia todavía no cumplidos resulten jurídicamente "necesarios"⁽²⁶⁾ en cuanto su realización constituye cumplimiento de una situación jurídica subjetiva de ligamen (obbligo)⁽²⁷⁾, obligación, deber, poder-deber, etc.⁽²⁸⁾ producida por el mismo presupuesto o bien producida por un resultado sucesivo a su vez "necesario"⁽²⁹⁾ en el sentido dicho, por efecto del surgir del presupuesto o de un acto precedente también debido, y así sucesivamente⁽³⁰⁾.

car excesivamente la exposición, de la distinción operada por una autorizada doctrina (v. Berliri, *Le leggi del registro*, p. 495 ss.) entre "restitución" y "reembolso", por cuanto, en rigor, acogiendo tales distinciones en el sentido atribuido a ellas por quien la ha elaborado, sería más exacto hablar de reembolso y no de restitución, ya que las consideraciones contenidas en el texto se refieren a hipótesis en las que el tributo ha sido legítimamente percibido.

(26) Sobre el concepto de acto "necesario" v. para todos Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1955, p. 170 ss.; Pugliatti, *Istituzioni di diritto civile*, II, *L'attività giuridica*, Milano, 1935, p. 57.

(27) Para la indicación del valor del término en este contexto v. para todos Maffezzoni, *IL procedimento cit.*, p. 23 ss.

(28) Queda excluida la carga (l'onere), que también parte de la doctrina clasifica entre las situaciones jurídicas subjetivas pasivas (v. para todos Carnelutti, *Teoria generale cit.*, p. 172 ss.; contra v. Micheli, *L'onere della prova*, Milano, 1966, p. 60 ss.; en part. 85 ss.; Cordero, *Le situazioni soggettive nel proceso penale*, Torino, 1959, p. 265 ss., y, para la negación de la propia validez o utilidad del concepto de carga, Miele, *Principi di diritto amministrativo*, I, Padova, 1953, p. 50 ss.; Cassarino, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 230 ss.). Surge, por lo tanto, la relevancia de la función "justificadora" del presupuesto. No puede ser asumido a situación que justifica la participación del contribuyente a los gastos públicos aquel evento que determina, mediata o inmediatamente, sólo la necesidad, para un determinado sujeto, de versar el tributo (o de cumplir un acto con el que conseguirá la obligación de versarlo), cuando quiera obtener un determinado resultado, asumido en hipótesis como ventajoso para él. Es evidente, en efecto, que para justificar la prelevación tributaria deberá ser asumida, en cambio, la situación resultante de la satisfacción de su interés.

(29) Se nota que el término "necesario" por nosotros usado indica sólo que una o más normas jurídicas imponen a un determinado sujeto un cierto comportamiento; no excluye absolutamente la posibilidad de que el sujeto mismo viole la norma que se lo impone y no tenga el debido comportamiento. En tal hipótesis puede darse que el tributo venga igualmente prelevado por el operar de otros mecanismos jurídicos, dirigidos al control y a la represión de las violaciones de la norma, o bien a la autónoma aplicación del tributo. Puede darse, eso sí, que por efecto de la violación de la norma tributaria en cuestión, el tributo no sea más percibido. Ello no quita aun que presupuesto del tributo sea siempre el evento, seguido al cual todos los actos necesarios para la prelevación del tributo y a su definitiva adquisición resulten "necesitados" en el sentido dicho; lo que cuenta para nuestros fines es en realidad exclusivamente el esquema típico del tributo, como está previsto por las relativas normas jurídicas, y en orden a tal esquema las posibles violaciones de aquellas mismas normas jurídicas aparecen irrelevantes.

(30) El carácter distintivo del presupuesto del tributo, así individualizado, podría parecer fundado en el criterio elaborado por parte de la doctrina (v. ampliamente Galeotti, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, p. 48 ss.) para la identificación del procedimiento y su distinción de la materia de formación progresiva, criterio fundado pre-

En cambio en muchos casos después de la percepción del tributo de parte del órgano a ello encargado es siempre posible que la verificación de un determinado resultado (diverso de la constatación de la ilegitimidad de la exacción ya efectuada) dé lugar al reembolso de las sumas ya recaudadas. En tales hipótesis el hecho determinante del tributo, su "presupuesto", se verifica solo en un momento sucesivo a la percepción de la suma de dinero correspondiente al monto de aquel, y se identifica con el resultado que excluye definitivamente toda posibilidad de reembolso de la dicha suma. Por lo tanto en estos tributos el presupuesto se caracteriza por un único efecto: la imposibilidad jurídica de un reembolso del tributo y, por ende, la definitiva adquisición de las sumas ya percibidas⁽³¹⁾.

En cambio en el vínculo que une cada uno de los actos de la serie procedimental, en cuanto de ellos el precedente produce siempre una situación jurídica subjetiva (obligación o carga; para esta última situación subjetiva v. Galeotti, op. cit., p. 50, nt. 58) que estimula el sujeto legitimado al cumplimiento del acto sucesivo a crearlo (a realizarlo). Se debe en cambio subrayar la absoluta extrañeza de los dos conceptos y porque la definición del procedimiento arriba indicada considera también la carga (aun entendiendo el término con una específica acepción) entre las situaciones jurídicas subjetivas idóneas para unir entre ellos los actos que la componen (mientras que sólo cuando todos los actos indispensables para que el tributo se adquiera definitivamente al ente impositor resultan necesarios o debidos, en el sentido que se ha dicho, puede decirse verificado el presupuesto) y porque, en todo caso, la definitiva adquisición del tributo puede acarrear una serie de procedimientos y no sólo uno, o bien puede no requerir el desarrollo (desenvolvimiento) de algún procedimiento, actuándose, por ejemplo la prelevación mediante el cumplimiento de un mero acto debido del contribuyente, sujeto a un control solo eventual por parte del ente impositor.

Esta última consideración sirve también para demostrar lo extraño del criterio de individualización del presupuesto indicado en el texto, aún respecto de aquellas tesis que identifican el procedimiento en razón de la correspondencia de los actos que lo componen en una obligación (v. Vonso, *Ifatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, 131 ss) del sujeto legitimado para producirlos. En efecto, en la hipótesis últimamente indicada falta (o puede faltar) la misma secuencia procedimental: hay un sólo acto, cumplimiento de una obligación surgida al verificarse un evento precedente (en este caso el presupuesto del tributo) pero que no resulta a su vez necesario. En definitiva el problema de la identificación del presupuesto presenta relaciones sólo ocasionales con la teoría del procedimiento y con el problema de la definición y distinción de tal figura de la materia de formación progresiva y ello en cuanto la participación del contribuyente a los gastos públicos no se efectúa necesariamente a través de un procedimiento, sino que puede efectuarse mediante actos singulares, o bien combinados de procedimientos o de procedimientos y singulares actos o hechos entre sí variadamente conexos.

(31) El fenómeno de la anticipación de la prelevación respecto al verificarse del presupuesto está relativamente difundido en nuestro sistema tributario. Además de algunos tributos normalmente clasificados entre las tasas, se pueden recordar los tributos aduanales y el I.G.E. a la importación, respecto de los cuales al menos según una autorizada doctrina (v. Maffezzoni, *Il concetto di importazione come presupposto di fatto dell' I.G.E.*, en *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1960, I, 11 ss. *Il procedimento cit.*, p. 12 ss., 371 ss.; Antonini, *La tassa come onere, in la formulazione etc.*, Milano, 1958, p. 93 ss.; Vanoni, *Note sul debito del dazio di confine, in Opere cit.*, I, p. 413; Capaccioli, *La tassazione delle redenziones*, Milano, 1957, p. 90), se realizaría típicamente la anticipación de la prelevación respecto del efectuarse del presupuesto (constituido, según la tesis en cuestión, de la efectiva introducción de la mercadería en el mercado).

No asume importancia el hecho de que tal resultado constituya a veces un acto debido. En tales hipótesis la norma impositiva prové como único hecho idóneo a producir la definitiva adquisición del tributo, un comportamiento que se califica como "acto debido" en relación con una norma jurídica diversa. Al igual que la norma impositiva, el incumplimiento del relativo deber es solo un índice de la falta de capacidad contributiva incidida por el tributo, no una anomalía del funcionamiento del mecanismo de acusación del tributo mismo.

Como se ve, la "necesidad jurídica" de la adquisición definitiva del tributo por el ente impositor puede realizarse en una pluralidad de efectos jurídicos diversos entre sí. No es de la naturaleza del efecto que puede obtenerse el criterio de identificación del presupuesto, sino de la función que, habida cuenta de sus efectos un determinado resultado asume en orden a la participación del contribuyente en los gastos públicos.

5.—La relevancia teórica, así como los reflejos prácticos de las conclusiones hasta aquí obtenidas, se aclaran en forma particularmente evidente con referencia a una específica cuestión de legitimidad constitucional resuelta por una sentencia reciente de la Corte Constitucional⁽³²⁾.

Las normas a las que se negaba legitimidad constitucional eran las contempladas en el art. 176 del Texto Unico N° 645 de 29 de enero de 1958. Dicho artículo dispone "la inscripción provisional en el rol"⁽³³⁾ de los impuestos⁽³⁴⁾ correspondientes a los im-

Pero nótese que la doctrina tiende muy a menudo a negar, en sustancia, estos fenómenos de anticipación calificando los relativos versamientos (pagos) al ente impositor como "depósitos" y afirmando que sólo sucesivamente, al verificarse el presupuesto, nacería la verdadera y propia obligación tributaria, que se extinguiría, empero, apenas surgida, por el monto correspondiente a la entidad del "depósito" (con relación a tales anticipaciones en materia de impuestos directos v. Berliri *In tema de ruolo esattoriale*, en *Jurisp. imp.* 1965, 673; con referencia a los tributos hipotecarios v. aún Berliri, *Principi cit.*, I, Milano, 1952, p. 269 ss.; con relación a las tasas de concesión gubernativa V. *La Rosa Contributo allo studio delle tasse di concessione governativa*, en *Temi trib.*, 1964, 40 ss). Se trata de teorías que, a nuestro entender, tuercen los esquemas de realización de aquellos tributos, como resultan de las normas que los disciplinan, esquemas que pueden ser todos reconducidos al sintéticamente descrito en el texto.

(32) V. Corte const. 3-7-1967, n. 77, en *Sentenze e ordinanze*, 1967, 337.

(33) Para una sintética descripción del sistema de los ruoli (reglas) actualmente en vigor y para el encuadramiento en él del sistema de las inscripciones provisionales v. Berliri, *In tema di ruolo esattoriale*, en *Jurisp. imp.*, 1965, 653 ss.; para la interpretación del art. 176 T. U. cit., v. De Angelis, además la circular 18-5-1960, n. 301520 del Ministerio de las Finanzas.

(34) El art. 176 no se aplica a los impuestos del sistema catastral y a los impuestos sobre las sociedades y sobre las obligaciones; por lo tanto lo dispuesto por el art. 176 va referido exclusivamente a los impuestos de riqueza mueble y complementaria.

ponibles inscribibles a título definitivo según el art. 174 *ibidem*, o a título provisional según el 175 *ibid.*, relativos al segundo período de impuestos precedente y, a falta de éste, al período inmediatamente anterior. Para los sujetos a quienes se tasa con base en balances, la inscripción provisional está limitada a los impuestos sobre la "riqueza mobiliaria" categorías A y B⁽³⁵⁾ correspondientes a los impondibles a que se refieren los citados art. 174 y 175, pero relativos, en todo caso, al período inmediato anterior. Disposiciones particulares rigen (art. 176, apartados 3 y 4, cit.) las hipótesis de inscripciones provisionales en el caso de sociedades transformadas o fusionadas. Y finalmente se establece (apartado 5 del art. cit.) la inaplicabilidad de toda la disciplina anteriormente descrita cuando, antes de la formación del rol, llegue a la Oficina un aviso de cesación del presupuesto, en los términos de los art. 30 y 144 del Texto Unico citado.

Es claro que este sistema normativo realiza, con referencia a un determinado período de impuestos, una exacción tributaria a título de imposición sobre las rentas ("riqueza mobiliaria" y "complementario") que se actualiza a través del medio técnico de la obligación, por el solo hecho de que en relación con un período de impuestos precedente hubiera sido constatada, a veces por vía meramente provisional, la producción de una renta. La exacción prescinde entonces de la circunstancia de que el período a que está referida, haya sido efectivamente producida una renta por quien la sufre⁽³⁸⁾. Esto fue advertido por el mismo Legislador, quien a través de los art. 178 y 198 y ss. del Texto Unico citado, ha regulado un procedimiento dirigido al reembolso de las sumas recau-

(35) Para los réditos de categoría C/2 la inscripción provisional (a cargo del sustituto) sucede de acuerdo con el sentido del aparte 1º del art. 176, aun con relación a los sujetos tasables con base al balance; al respecto v. la circular antes dicha.

(36) En efecto, puede bien suceder que la "cesación del presupuesto", del art. 30 T. U. cit. se efectúe antes del inicio del período de la imposición a que se refiere la inscripción provisional pero sucesivamente a la formación de la regla (no se olvide que, generalmente, las inscripciones provisionales para cada período de imposición vienen efectuadas en las reglas ordinarias de segunda serie del año precedente al período mismo, que deben ser realizadas y transmitidas a la Intendencia de finanzas antes del 15 de diciembre, v. art. 182 T. U. cit.), de tal manera que no pueda verificarse lo estipulado en el último aparte del art. 176. Además, sólo al final del período impositivo puede decirse si un rédito se produjo efectivamente, en tanto que sólo entonces puede calcularse la diferencia entre ganancias brutas y gastos y pasividades deductibles de las que se deduce la subsistencia de un rédito imponible. Es por eso evidente que cada forma de prelevación tributaria a título de imposición de réditos netos que se efectúe enteramente antes de la caducidad del período de imposición a que se refiere, debe necesariamente prescindir de la efectiva producción del rédito objeto del tributo.

dadas al contribuyente en exceso respecto al tributo debido por él en razón de la renta imponible efectivamente producida en el período, muy inferior al imponible para el cual se efectuó la inscripción provisional, o incluso inexistente.

La circunstancia de que un fenómeno impositivo se realice por virtud de la verificación de datos absolutamente inidóneos para manifestar una capacidad contributiva; que por efecto de tales datos una obligación tributaria nazca y deba ser cumplida, ha constituido el punto de partida del razonamiento en que se fundaba la "excepción de inconstitucionalidad" del art. 176 citado. Tal razonamiento se basaba en la afirmación, expresa o implícita, de que el acertamiento de un cierto imponible relativamente a un período de impuestos precedente a aquel al que la exacción se refiere, constituye el presupuesto de los tributos inscritos en el rol según el art. 176 cit., en la demostración de la inidoneidad de tal acertamiento para constituir un indicio de una efectiva capacidad contributiva y, por lo tanto, en la conclusión de que el art. 176 citado viola el primer apartado del art. 53 de la Constitución⁽³⁷⁾.

Como se ve, el punto clave de las referidas argumentaciones está constituido por la identificación de la especie o especies fácticas de las cuales se constata, con referencia a lo dispuesto en el art. 176, la aptitud a manifestar una capacidad contributiva, es decir, la aptitud para ese efecto de los presupuestos de los impuestos de "riqueza mobiliaria" y "complementario", en las hipótesis en que son aplicados según el mismo art. 176.

El criterio utilizado está fundado en la alegada eficacia constitutiva de la obligación tributaria que tiene la especie fáctica asumida como presupuesto⁽³⁸⁾. Consiguientemente, en relación con lo que dispone el art. 176, los hechos que tornan operante la disciplina

(37) Estas argumentaciones están desarrolladas, más o menos explícitamente, en la ordenanza de remisión a la Corte. v. explícitamente las ordenanzas de fecha 15 julio 1965 de la Comisión distrital de Milán, en Jurisp. const. 1966, 419; en la ordenanza de la Comisión distrital de Asti, de fecha 2-6-1966, en Jurisp. const., 1966, 1796, se afirma preliminarmente que "presupuesto de la imposición es la producción de un rédito (art. 81 T. U. 29-1-1958, n. 645)", pero luego se sostiene que, de acuerdo con el art. 176, el concurso en los gastos públicos se refiera a réditos supuestos. También la Procuraduría del Estado (Avvocatura dello Stato) ha aceptado explícitamente tal identificación, ya claramente afirmada por la defensa de los contribuyentes.

(38) Nótese que la asunción de este criterio de identificación está de alguna forma justificada por el mismo tenor de alguna de las sentencias de la Corte constitucional atrás indicadas; en particular, va recordado que en la sentencia n. 50 de 1965 se manifiesta claramente la tendencia a reconocer una estrecha correlación entre presupuesto y obligación tributaria. De otro lado, la relación entre las dos nociones es, como veremos, común en doctrina y también la terminología del Texto Unico de los impuestos directos, claramente inspirada en una

prevista en dicha norma y, por ende, producen el nacimiento de las relativas obligaciones tributarias, son definidos como presupuestos de los tributos a que dicha norma alude.

La misma Corte Constitucional, al menos en la primera parte del "considerando" sobre el punto de la correspondencia del art. 176 ib. al art. 53, primer apartado, de la Constitución, parece no negar la validez intrínseca de la identificación del presupuesto efectuada en los términos atrás indicados, pero parece más bien querer demostrar la racionalidad de la elección de un presupuesto semejante en consideración al carácter no arbitrario de la presunción con base en la cual dicha elección viene efectuada, y de las modalidades prácticas de aplicación de la disposición misma.

Sin embargo, en cuanto se apliquen al procedimiento para la recaudación de los impuestos sobre "riqueza mobiliaria" y "complementario" regulados por el art. 176 cit. las consideraciones desarrolladas en los párrafos precedentes, se revela evidente una conclusión: el art. 176 cit. prevé y regula uno de aquellos particulares mecanismos de actuación de los tributos en que el presupuesto se verifica después de la percepción del tributo mismo por parte del ente impositor. El hecho (eventual) que excluye definitivamente la posibilidad de un reembolso total, en aplicación del art. 178 ibidem, de las sumas inscritas provisionalmente en el rol y luego recaudadas, es precisamente la efectiva producción o la percepción de una renta durante el curso del período de impuestos a que la inscripción provisional se refiere.

En realidad, en todas las hipótesis de aplicación previstas por la ley, los presupuestos de los impuestos sobre "riqueza mobiliaria" y "complementario" son, respectivamente, la producción y la percepción de la relativa renta. La adopción del especial sistema de imposición previsto por el art. 176 no incide en lo más mínimo sobre la configuración de los presupuestos de aquellos tributos. Solo que los mismos podrán ser percibidos en parte mediante un mecanismo jurídico que implica la anticipación de la exacción respecto de la verificación del presupuesto, y en parte mediante un procedimiento más tradicional de recaudación del tributo, en que la exacción sucede a la verificación del presupuesto.

cierta ubicación de los problemas de teoría general del derecho tributario, resiente de estas implicaciones teóricas (v. l'art. 2 del T. U. cit. y sobre ello D'Amati, *Il presupposto cit.*, 693 ss., Berliri, *Il testo unico delle imposte dirette*, Milano, 1960, p. 7 ss., que exactamente excluye cualquier relevancia normativa, sobre el plano de la eficacia del presupuesto, de la terminología usada).

Llegados a este punto es fácil mostrar el error en que se basa la afirmación de la inconstitucionalidad del art. 176, frente al primer apartado del art. 53 de la Constitución: el presupuesto de los impuestos a los que se aplica el art. 176 es siempre la producción o la percepción de una renta en el período correspondiente, es decir, un hecho indicativo de una clara aptitud para la contribución; la producción (o la percepción) de una renta en el período precedente, a la que el art. 176 se refiere, no constituye el presupuesto del tributo correspondiente al período sucesivo, sino únicamente el hecho (resultante) que pone en movimiento el mecanismo de anticipación de la exacción que atrás fue descrito, inidóneo en cuanto tal para determinar la definitiva recaudación del tributo y, por consiguiente, no calificable como presupuesto del mismo.

Por otra parte la misma Corte Constitucional, en la última parte del "considerando" sobre el punto en examen, remitiéndose a lo dispuesto en los arts. 178, 198, 199 y 199 bis (Ley N° 1316 de 25 de octubre de 1960) del Texto Unico cit., llega a concluir que los impuestos a que se refiere el art. 176 vienen en definitiva a adecuarse a las rentas producidas o percibidas por el contribuyente en el curso del período correspondiente, por lo cual la "participación en los gastos públicos" resulta conmesurada a un indicio efectivo de capacidad contributiva.

La falta de una adecuada elaboración de la noción de presupuesto del tributo ha impedido, sin embargo, que se hiciera luz sobre el vicio de fondo que invalidaba la excepción de inconstitucionalidad (que en realidad debió ser rechazada por el propio juez a quo). Además, y esto es quizás más grave desde el punto de vista de la elaboración jurisprudencial del concepto de capacidad contributiva, la Corte Constitucional, aun llegando a afirmar certeramente la legitimidad constitucional del art. 176, utilizó en la motivación de su sentencia también el argumento de la legitimidad constitucional de las presunciones "no arbitrarias", con base en las cuales es posible arribar, desde el hecho asumido como presupuesto del tributo, a otro hecho indicativo indudable de capacidad contributiva. Se trata de un argumento del que, ante todo, es muy dudoso el fundamento en línea general⁽³⁹⁾, y que además, re-

(39) V. Crisafulli, *In tema di capacità contributiva*, en *Jurisp. const.*, 1965, 860 ss.; Micheli, *Capacità contributiva reale e presunta cit.* En general sobre el problema de los llamados "índices indirectos de riqueza" bajo el perfil de su legitimidad constitucional v. Manzoni, *Il principio cit.*, p. 135 ss.; pero nótese que Manzoni no afronta el problema de la idoneidad de las presunciones para la realización de aquel vínculo entre la participación al gasto público y la capacidad contributiva que se requiere en el art. 53 ap. 1° const.

ferido a la disposición objeto del juicio de legitimidad, se traduce en un verdadero absurdo jurídico, incidiendo de manera indudablemente negativa en la evolución de la interpretación del art. 53, primer apartado, de la Constitución, en la jurisprudencia de la Corte.

6.—El caso jurisprudencial examinado en el párrafo precedente parece suficiente para aclarar el significado y alcance, aun en el plano de la aplicación práctica, de las consideraciones desarrolladas más atrás.

A título de conclusión de estas notas parece oportuno ilustrar algunas implicaciones teóricas de la definición del presupuesto del tributo a que se ha llegado.

En efecto, debe ponerse de relieve que el presupuesto del tributo se define típicamente como "especie fáctica indicativa de capacidad contributiva"; por lo tanto, el presupuesto de cada tributo no es otra cosa que la expresión, en términos jurídicos, de aquella particular manifestación de capacidad contributiva que el tributo mismo está dirigido a gravar. Se ofrece evidente el nexo entre la noción de presupuesto del tributo y la *ratio* de aquel complejo de normas jurídicas unificadas en sistema en un instituto jurídico unitario que es el tributo⁽⁴⁰⁾. El presupuesto del tributo es, por esto, la especie fáctica que expresa la *ratio* del tributo mismo, su principio inspirador⁽⁴¹⁾. La individualización del presupuesto, en relación a todo tributo específico, es esencial para la interpretación de todas las normas que integran el correspondiente sistema⁽⁴²⁾: puesto que toda interpretación es necesariamente interpretación sistemática⁽⁴³⁾ el alcance efectivo de las distintas disposiciones legales que disciplinan un tributo podrá ser verificado solo cuando las mismas sean construidas en sistema, en función de un único

(40) Sobre la noción de tributo como instituto jurídico v. De Mita, *La definizione giuridica dell'imposta di famiglia*, Napoli, p. 44; Fedele, *Lineamenti delle imposte ipotecarie*, Milano, 1968, p. 108, 170 ss.

(41) v. Allorio, *Dir. proc. trib.*, p. 105 ss.; Maffezzoni, *Valore dei principi costituzionali in materia tributaria*, en *Jus*, 1956, 332 ss.; *Contributo alla teoria giuridica del presupposto di fatto dell'imposta generale sull'entrata*, en *Arch. fin.*, 1957, p. 150 ss.; *Contributo alla teoria giuridica del presupposto etc.*, en *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1957, I, 279; De Mita, *La definizione cit.*, p. 32 ss.

(42) v. Fedele, *Profilo dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili*, Napoli s.d., p. 18 ss., 46 ss.; v. también De Mita, *La definizione cit.*, p. 28 ss. en part. 32 ss., que aun atribuye una importancia tal vez excesiva al llamado "fundamento económico" del tributo.

(43) V. Giannini M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 127 ss.; Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 174.

principio inspirador, deducible de la consideración del presupuesto del tributo mismo.

Por otra parte, el presupuesto del tributo se define como "hecho determinante" (en el sentido atrás indicado) de la contribución a los gastos públicos para la cual está preordenado el sistema de normas constitutivas del tributo. Esta característica suya permite ante todo elaborar un criterio más bien simple y eficaz para la identificación del presupuesto⁽⁴⁴⁾, pero permite además afirmar que todo el mecanismo de actuación del tributo deba estar dirigido a garantizar la adecuación, al presupuesto concretamente verificado, de la participación en los gastos públicos impuesta en el caso concreto al contribuyente⁽⁴⁵⁾. Sólo de esa manera, en efecto, podrá decirse se ha respetado el precepto del art. 53, primer apartado, constitucional, el cual precisamente adecúa la participación en los gastos públicos a la capacidad contributiva del contribuyente⁽⁴⁶⁾.

Débase entonces estimar que el control de legitimidad constitucional de las normas tributarias se extiende a todas las normas que regulan el tributo, y no solo a aquellas que prevén sus presupuestos, ello con el fin de constatar si la aplicación de cada una de dichas normas en el contexto del sistema no comporta la exclusión de la correlación entre capacidad contributiva y participación en los gastos públicos impuesta por el citado art. 53, primer apartado. En particular, entonces, tal control se extiende a las normas que disciplinan la base imponible del tributo y establecen los criterios para su determinación en el caso concreto⁽⁴⁷⁾.

Además, el hecho de que todas las normas que regulan el tributo estén en función de la adecuación de la participación en los gastos públicos a la capacidad contributiva concretamente manifestada en el presupuesto del tributo⁽⁴⁸⁾ constituye una válida demostración de la evolución de nuestro ordenamiento jurídico hacia un sistema en que la función tributaria ya no deberá ser

(44) V. retro & 4.

(45) Sobre las relaciones entre presupuesto del tributo y contenido de la prestación tributaria v. Micheli, *Lezioni Cit.*, p. 337.

(46) V. Manzoni, *Il principio cit.*, p. 14; Berliri, *Appunti sul fondamento ed il contenuto dell'art. 23 della costituzione*, en *Studi in onore di A. D. Giannini*, Milano, 1965, p. 194 nt. 77.

(47) Corte const. 26-6-1965, n. 50, en *Jurisp. const.* 1965, 858 ss.; Fedele, *In tema di costituzionalità degli art. 20 e 21 legge di registro*, en *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1963, II, 215 ss.

(48) V. para todos Fantozzi, *La solidarietà tributaria*, Torino, 1968, cap. IV.

concebida como dirigida, pura y simplemente, a la percepción de un complejo de entradas con las cuales hacer frente a los gastos públicos, sino más bien a una equitativa repartición de la carga de aquellos gastos entre todos los consociados, en función del criterio de capacidad contributiva⁽⁴⁹⁾.

Son éstos, en definitiva, los rasgos evolutivos de la noción de capacidad contributiva sobre los cuales podrá dirigirse la labor de recíproco estímulo y condicionamiento de la jurisprudencia y la doctrina, en tal forma que la intuición⁽⁵⁰⁾ acerca de la cardinal importancia del principio de capacidad contributiva en el ámbito de la teoría general del Derecho tributario encuentre también su confirmación en el plano de la actuación concreta del ordenamiento jurídico.

(49) En esta perspectiva adquiere un particular significado el vínculo (la relación), operado por una parte de la doctrina, entre el principio de capacidad contributiva y los deberes de solidaridad económica y social de que trata el art. 2 const. (V. Lombardi, *Problemi costituzionali in materia tributaria*, en *Temi trib.*, 1961, 320 nt. 3; *Solidarietà Politica, solidarietà economica e solidarietà sociale* etc., en *Temi trib.*, 1946, 597 ss.; *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1957, p. 349 ss.; Micheli, *Profili cit.*, 27; *Lezioni cit.* p. 99 ss.).

(50) V. Micheli, *Profili cit.*, 21 ss.

EL PROBLEMA DE LA SOLIDARIDAD TRIBUTARIA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA ITALIANAS

Prof. AUGUSTO FANTOZZI

Docente Libre de la

Universidad de Roma.

Traduce: Walter Antillón.

1.—El problema de la solidaridad tributaria constituye el punto central de una ya añeja controversia que enfrenta Doctrina con Jurisprudencia, cada una sobre posiciones bien precisas y contrastantes, y que no parece destinada a resolverse, por la heterogeneidad de los puntos de partida en que ambas partes respectivamente se colocan.

En verdad cada uno de estos puntos presuponen una diversa definición de la obligación tributaria, y revisten por lo tanto problemas de Teoría General que trascienden el ámbito del ordenamiento tributario italiano y se refieren, en general, a la construcción del fenómeno impositivo.

Con algunas observaciones acerca de cómo pueda resolverse y superarse la dicha controversia, me auguro de poder ofrecer una modesta contribución a los Estudios en Honor del clarísimo Profesor V. M. Elizondo.

La exigencia de superar el planteamiento tradicional del problema de la solidaridad tributaria se remite además a la tendencia, que va hoy manifestándose en todos los ordenamientos tributarios modernos, a rodear la acción de la administración financiera de una serie de límites que aseguren la tutela de los sujetos privados, así como también la legitimidad y la imparcialidad de la acción administrativa.

La experiencia italiana más reciente muestra entonces, por un lado, una serie de pronunciamientos jurisprudenciales de la Comisión Central y de la Corte de Casación en los que se afirma

repetidamente que la obligación tributaria tiene naturaleza "sui generis", y que en ella la solidaridad asume, por razones claramente publicísticas, un carácter riguroso y diverso del fijado por las normas de Derecho común⁽¹⁾. En el caso de pluralidad de sujetos pasivos la consecuencia que de eso se sigue es que, siendo única la deuda tributaria, único es el vínculo jurídico que une a los deudores, por lo que no es imaginable un fraccionamiento de la obligación. De la unicidad del vínculo en el plano sustancial, la Jurisprudencia ha deducido en el plano formal que en el procedimiento de aplicación del tributo los efectos de todos los actos surgidos para, o frente a un coobligado solidario, se extienden automáticamente a todos los otros⁽²⁾. Es esta la noción de la llamada "solidaridad formal" que se encuentra repetida en todos los pronunciamientos jurisprudenciales.

En vista de las perplejidades manifestadas por la exigua parte de la Doctrina que se adhiere a esta orientación⁽³⁾, la Jurisprudencia se ha preocupado, por una parte, de encontrar fundamentos doctrinarios y legales a sus afirmaciones, y los ha creído ver ya en el particular aspecto funcional de la solidaridad⁽⁴⁾, ya en la unici-

dad del vínculo⁽⁵⁾, ahora en la teoría de la representación recíproca⁽⁶⁾, ora en la del consorcio perfecto⁽⁷⁾, o por fin en la correalidad y la indivisibilidad de la obligación solidaria tributaria⁽⁸⁾.

Por otro lado se ha dado cuenta a veces de las iniquidades a que la propia teoría de la solidaridad formal daba lugar contra los contribuyentes, y se preocupó de reducir las aplicando los principios del litisconsorcio necesario y de la inescindibilidad de causas en fase de gravamen, lo que sin embargo no se adapta, o no se aviene con el efecto extensivo a todos los coobligados, ya declarado como característico de la solidaridad tributaria⁽⁹⁾.

En el lado opuesto la Doctrina prevalente reconoce que la obligación tributaria no se distingue en nada de la del Derecho civil, y estima por lo tanto aplicables a ella las disposiciones que el Código civil italiano, en los arts. 1292 y siguientes, dicta para las obligaciones solidarias⁽¹⁰⁾. Disposiciones éstas que se basan sustancialmente en el principio de la mera extensión "in utilibus" de los efectos de los actos realizados o sufridos por un coobligado.

Obsérvese que los Tribunales "de mérito" se han decidido recientemente a abrazar la teoría de la Doctrina prevalente y han expuesto en numerosas decisiones, muy cuidadosamente considera-

(1) Entre muchas véase: Casación Nº 3228 de 13 de octubre 1958, en la Revista "Foro Italiano", 1959, Tomo I, pág. 810; Casación Nº 2742, 10 julio 1957, Foro It., 1958, I, 70; Casación Nº 2138, 8 junio 1957, ivi, I, 747. Casación Nº 2717, 30 setiembre 1955, ivi, 1956, I, 342. Casación Nº 1335, 28 abril 1956, en el Repertorio de la misma Revista, voz "Registro", n. 476. Véase por último Casación Nº 2071, 26 julio 1966, Foro It., 1967, I, 1297, con nota de AMORTH: "Sta tramontando il mito della "supersolidarietà tributaria", que ve en esa sentencia, con mucho optimismo en nuestra opinión, una primera brecha abierta en la Jurisprudencia tradicional.

Entre los pronunciamientos de la Comisión Central Tributaria véase: Nº 100586, 17 de junio de 1963, en Revista de Legislación Fiscal, 1965, pág. 1022; Nº 1943, 18 noviembre 1963, ivi, 1431; Nº 13949, 25 febrero 1959, en la Revista "Temi tributaria", 1959, 454; Nº 88320, 16 mayo 1957, en la Revista "Derecho y práctica tributaria", 1958, II, 564; Nº 83709, 25 junio 1956, ivi, 1958, II, 562; Nº 75091, 14 noviembre 1955, en Repertorio de "Foro italiano", voz "Registro", n. 435-436; Nº 2717, 30 setiembre 1955, en la Revista "Jurisprudencia Impositiva", 1956, n. 31; Nº 71224, 2 mayo 1955, en Rep. Foro It., voz "Registro", n. 466; Nº 46183, 23 marzo 1953, en "Jurisp. impositiva", 1953 n. 136.

(2) La orientación de la jurisprudencia y de la administración produce consecuencias macroscópicas sobre todo en los casos en que el "aviso de accertamiento" sea notificado a un solo coobligado, o en el caso en que el "concordato" sea suscrito por uno solo entre los distintos sujetos. Los inconvenientes a que da lugar la imposibilidad práctica, para los otros sujetos pasivos, de participar en la definición del presupuesto y del "imponibile" son subrayados por toda la Doctrina. en particular por A. ROTONDI, "La solidarietà passiva nel rapporto giuridico d'imposta" en la Revista "Derecho y Práctica tributaria", 1950, II, 265 y ss.; y en "Solidarietà processuale passiva nelle imposte indirette", ivi, 1958, II, 558 y ss.

(3) Sobre todo A. D. GIANNINI, "Istituzioni di diritto tributario", Milano, 1965, 128; conf. también G. INGROSSO, "Diritto finanziario", Napoli, 1956, pág. 590.

(4) En Doctrina véase TESORO, "Principii di diritto tributario", Bari, 1938, p. 134; y en Jurisprudencia véase Casación Nº 3228, 13 octubre 1958 ya citada.

(5) La afirmación es común en la Jurisprudencia: confróntese Corte de Apelación de Milán, 28 junio 1960, en Foro It., 1960, I, 1807; Apel. Roma, 19 mayo 1954, en la Revista de Derecho de quiebras, 1954, 390; Casación Nº 3228 citada; Casación Nº 2717, 1955 citada; Casación 2742, 1957 citada; Com. Centr. Trib. Nº 12524, 28 enero 1959, en Revista Leg. Fiscal, 1960, 1139.

(6) Casación Nº 2138, 1957 citada; Casación Nº 2717 citada; Secciones Unidas de la Casación, Nº 1554, 19 junio 1952, en Foro It., 1962, I, 1251. Com. Cent. Trib. Nº 13849, 1959 citada.

(7) Casación Nº 2602, 2 agosto 1941, en la Revista "Jurisprudencia Italiana", 1942, I, 210; Com. Cent. Trib. Nº 13849, 1959 citada.

(8) A estas teorías hacen referencia casi todos los pronunciamientos citados en la nota 1.

(9) Véase sobre el punto las agudas observaciones de GLENDI "Appunti in tema di litisconsorzio necessario, cause inscindibili ed effetto estensivo tra coobligati solidali per debito d'imposta", en Dir. prat. trib., 1964, I, 101-102, 112-113.

(10) Confróntese, por todos, ALLORIO "Solidarietà processuale e variazione di motivo nell' obbligazione tributaria", en Riv. dir. finanziario, 1943, II, 22 y ss.; del mismo autor "Diritto processuale tributario", Torino, 1962, p. 144-146. BERLIRI "Principii di diritto tributario", Milano 1957, II, p. 160 y ss.; A. UCKMAR "La legge di registro", Padova, 1958, III, p. 94; PUGLIESE "Istituzioni di diritto finanziario", Padova, 1937, 218 y ss. y 64 nota; ZINGALI "¿Solidarietà formale dell' obbligazione tributaria?" en la Revista Archivio Financiero, I, 1950, p. 348 y ss.. Idem "Lezioni di scienza delle finanze", Catania, 1953, 208 y ss.; COCIVERA "Effetti sostanziali e processuali della solidarietà del debito d'imposta" en Foro It., 1960, IV, 177 y ss.; Idem "Corso di diritto tributario" Bari, 1965, 364 y ss.; DE MITA "La solidarietà passiva nel debito d'imposta", en Riv. dir. fin., 1960, II, 3 y ss.; ROTONDI "Appunti sull'obbligazione tributaria", Padova, 1950, p. 173 y ss.; RAVAGLI, en Dir. prat. trib., 1950, II, 235 ss.

das, las razones por las cuales estiman aplicable la disciplina civilística sobre las obligaciones solidarias⁽¹¹⁾.

La controversia permanece irresoluta porque además ambos bandos se dan cuenta de tener una parte de razón de su lado. Por un lado la Jurisprudencia capta certeramente el aspecto unitario del presupuesto del tributo, cuya existencia y medida se trata de constatar con eficacia vinculante para todos los que lo han actualizado. Y desde este ángulo la afirmación de la llamada "solidaridad formal" es consciente de la exigencia de encontrar las reglas para la participación de los sujetos en el procedimiento de imposición. Por otra parte la Doctrina subraya con razón la identidad estructural entre los dos tipos de obligación (civil y tributaria) y postula la consiguiente aplicabilidad de las reglas civilísticas.

Para salir del "impasse" será menester probablemente adherirse a las nuevas teorías que subrayan la necesidad de construir el fenómeno tributario no ya con instrumentos privatísticos (relación jurídica, obligación) sino con instrumentos publicísticos (procedimiento, situaciones subjetivas)⁽¹²⁾ y a las que reconocen que la distinción entre obligaciones públicas y privadas no reside en la estructura sino más bien en la fuente; es decir, en el procedimiento administrativo que da origen a las primeras⁽¹³⁾; con la consecuencia de que la disciplina publicística es relevante sólo en la fase destinada a hacer surgir el acto del que se origina la obligación: después de este acto se aplicarán "sic et simpliciter" las reglas civilísticas.

A través de la acogida de estas teorías, que debo presumir ya conocidas, se puede llegar en mi opinión a una construcción del fenómeno tributario que permita superar el punto muerto de la controversia sobre la solidaridad tributaria, reconociendo que en

(11) Entre muchas, véase: Tribunal de Ancona, 26 octubre 1948, en Foro It., 1949, I, 1120, con nota en contra, de GARGIULO; Comisión Provincial Impuestos Directos de Ancona, 11 junio 1947, *ivi*, 1948, III, 19, con nota favorable de BERLIRI; Trib. Turín, 26 febrero 1960, en dir. prat. trib., 1963, II, 542; Trib. Venecia, 31 octubre 1961, en Jurisp. It. 1963, I, 2,228, con nota de AZZARITI; Trib. Palermo, 8 julio 1963, en Dir. prat. trib., 1963, II, 537, con nota de GLENDI, y en Riv. dir. fin. 1965, II, 243, con nota de MARTORANA. En sentido contrario véase: Trib. Milán, 30 abril 1964, en Foro Padano, 1964, I, 773, sentencia que fue revocada por la Corte de Apel. de Milán, 3 setiembre 1965, en Jurisp. It., 1967, I, 2,645.

(12) Conf. MAFEZZONI "Il procedimento d'imposizione nell'imposta generale sull'entrata", Napoli, 1965, p. 42 ss. particularmente 58 y ss.; MICHELI "Lezioni di diritto tributario. Parte generale", Roma, 1968, p. 211 y ss.

(13) Confr. M. S. GIANNINI "Le obbligazioni pubbliche", Roma, 1964, p. 10 ss.; 71 ss.

la fase procedimental se aplicarán, en cuanto a la participación de los sujetos y a los efectos sobre ellos de los actos procedimentales, las reglas publicísticas que eventualmente disciplinen los procedimientos plurisubjetivos; mientras en la fase de cobro de la obligación, ya nacida por virtud del acto de imposición, se aplicarán las reglas dictadas por el Código Civil para las obligaciones solidarias.

2.—Las observaciones que preceden deberían haber demostrado que el tradicional planteamiento del problema de la solidaridad tributaria, no obstante la progresiva evolución debida a los cada vez más agudos pronunciamientos jurisprudenciales, no puede dar resultados satisfactorios precisamente por el vicio que mina su base. Precisa entonces proceder a un estudio sobre bases totalmente nuevas de la problemática relativa a la solidaridad tributaria, cuyos preanunciados perfiles reconstructivos solo pueden ser bosquejados en esta sede, remitiéndose para su desarrollo a un amplio estudio ya en fase de elaboración avanzada.

En primer lugar el paralelo entre obligación solidaria y obligación indivisible, para mostrar las diferencias estructurales y funcionales entre los dos tipos de situaciones jurídicas subjetivas; (de las cuales la segunda se caracteriza por la naturaleza del objeto o de la prestación y lleva consigo, desde el nacimiento hasta la extinción, la satisfacción del cumplimiento como consecuencia de la material imposibilidad de cumplimientos parciales⁽¹⁴⁾, mientras la primera se caracteriza por la función de reforzar la garantía del interesado en la prestación por la cual ésta, en sí perfectamente divisible, ha sido vinculada por el Legislador a la satisfacción del acreedor en la fase de extinción de la obligación⁽¹⁵⁾) permite además ver en la función de reforzamiento del acreedor y no ya en los otros requisitos del art. 1292 del Código civil (eficacia satisfactiva, facultad de pretender el cumplimiento de parte de uno cualquiera entre los deudores) el rasgo característico de la solidaridad pasiva⁽¹⁶⁾.

(14) Confr. RUBINO "Delle obbligazioni", en "Commentario del Codice Civile a cura di SCIALOJA e BRANCA", Bologna-Roma, 1957, p. 296 y ss.; Casación N° 16 mayo 1941, en Foro It., 1941, I, 811. Confr. además GIORGIANNI "Obbligazioni parziarie, solidali, indivisibili e connesse", en los Anales de la Universidad de Catania, 1951-53, p. 131 y ss.; BARASSI "La teoria generale delle obbligazioni", Milano, 1963, I, p. 192 y ss., AZZARITI "La solidarietà . . ." cit., 615. CICALA "Divisibilità e indivisibilità", en Riv. Diritto Civile, 1965, p. 483-484.

(15) Así, explícitamente, TRABUCHI "Istituzioni di diritto civile", Padova, 1957, p. 494; BARASSI "La teoria generale . . ." cit., p. 193.

(16) Confr. por todos AMORTH "L'obbligazione solidale . . ." cit., p. 64 y ss.

El reconocimiento de tal carácter y la observación de que el mismo deriva de una valoración del legislador y no en la consistencia "in rerum natura" de la obligación solidaria, permite además extender el mecanismo de la solidaridad, considerado como módulo general de vinculación, para los sujetos pasivos, de los efectos de una especie fáctica plurisubjetiva además de las hipótesis obligacionales, también a otras situaciones subjetivas, como por ejemplo los ligámenes (obblighi), respecto de las cuales pueda reconocerse la exigencia de reforzar el interés del titular en el cumplimiento de la prestación⁽¹⁷⁾.

El segundo punto de nuestra reconstrucción parte de la observación de que cabalmente el estudio de la solidaridad en el campo tributario, individualizando en el recurso de la jurisprudencia al concepto de solidaridad formal la extensión de este instituto más allá del ámbito de la obligación civilística, revela el aflorar de la crisis del concepto de obligación y, más lejos, la crisis de toda una tradicional metodología que ha trasladado al Derecho tributario los instrumentos y los conceptos científicos del Derecho privado⁽¹⁸⁾.

En cuanto se reconozca que la solidaridad pasiva está regulada en el Código civil con la mira exclusivamente puesta en la fase extintiva de la obligación, para disciplinar sus efectos con vista de la garantía del acreedor, debe reconocerse por lo menos lo dudoso de explicar este mecanismo en el Derecho tributario fuera de la fase de cobro, es decir, en cuanto indiscutiblemente existe, y mientras subsista una fase publicística dirigida a determinar la pretensión del Fisco en el "an" y en el "quantum".

Si esto se admite, debe reconocerse también que la gran importancia hasta ahora atribuida a la obligación en el campo tributario parece reducirse sensiblemente en cuanto se observe que su nacimiento, su determinación concreta y su cobro efectivo están subor-

(17) Una alusión a una "solidaridad más amplia" que se extiende aún al deber de dar el aviso (denuncia) puede encontrarse en RUBINO, op. cit., p. 161.

En el campo tributario, el alcance efectivo del problema fue captado, aunque de pasada, por BLUMENSTEIN "Sistema del diritto delle imposte", Milano, 1954, p. 44, en donde justifica la distinción de la llamada solidaridad de impuestos, de la solidaridad civil, con base al hecho de que la primera "no atañe solo al ligamen de deuda sino a todas las prestaciones de Derecho público del sujeto que nacen de su sujeción al poder de imposición".

(18) Conf. para una observación análoga, ANTONINI "La condizione nel diritto tributario" en el libro "La formulazione della legge e le categoria giuridiche", Milano, 1958 p. 108.

dinados a una serie de actos legislativamente previstos y disciplinados por reglas publicísticas y, los más de los casos, vinculadas dentro de la figura del procedimiento o del subprocedimiento administrativo⁽¹⁹⁾.

La importancia de la obligación en campo tributario (y por obligación se entiende la situación jurídica subjetiva pasiva "estructuralmente" análoga a la del Derecho civil) aparece entonces circunscrita a la aplicación de las reglas civilísticas a dicha situación jurídica subjetiva. La problemática de la solidaridad se revela así como un óptimo "banco de pruebas" para ensayar o experimentar sobre el ámbito de relevancia de la obligación tributaria. Creemos poder anticipar que este ámbito es sumamente reducido, limitándose a la fase de cobro del tributo. Sin poder entrar aquí en el examen de los diversos mecanismos fijados por el Derecho positivo para realizar la exacción tributaria, nos basta observar que, para negar validez a los planteamientos, doctrinales o jurisprudenciales, en tema de solidaridad tributaria, es suficiente colocarse en una posición equidistante tanto de las teorías "declarativas" como de las llamadas "constitutivas".

En realidad, ya sea que la llamada obligación tributaria surja del presupuesto y venga por lo tanto determinada en el "an" y en el "quantum", o solamente cualificada⁽²⁰⁾ por el procedimiento de accertamiento, o que en cambio surja sucesivamente a un acto de imposición emanado al término de un procedimiento administrativo⁽²¹⁾ nos parece que en el primer caso, tanto como en el segundo, las reglas de la solidaridad civil no tienen posibilidad de aplicación durante la fase de accertamiento, mientras que sí pueden aplicarse concretamente sólo en sede de cobro. En la fase de accertamiento, cuya estructura procedimental es incontestable cualquiera que sea la tesis acogida sobre el nacimiento de la obligación, se tratará entonces de individualizar la existencia de reglas que disciplinan la participación de los distintos sujetos respecto de los cuales se ha verificado el presupuesto.

Este más estrecho vínculo de los sujetos partícipes del presupuesto en relación con los codeudores de una obligación solidaria

(19) Confr. M. S. GIANNINI, op. cit., p. 68 y ss.; MAFFEZZONI, op. cit., p. 58 y ss.

(20) Sobre el tema véase últimamente CAPACCIOLI, "L'accertamento tributario", en Riv. dir. fin., 1966, I, 3 y ss.; BASCIU "Contributo allo studio dell'obbligazione tributaria", Napoli, 1966, passim y en particular pág. 136 y ss.

(21) Confr. BERLIRI, op. cit., Milano, 1964, III, p. 289 y ss. y passim; M. S. GIANNINI, op. cit., p. 70-71.

permite, en nuestro criterio, indicar las reglas de la participación de los sujetos en la fase de accertamiento del tributo.

Desde el punto de vista del objeto puede así considerarse que la necesidad de que todos los sujetos que han realizado el presupuesto participen en el procedimiento de accertamiento se deduce del hecho de estar este último dirigido al accertamiento o verificación de un hecho (es decir, el presupuesto tributario) y no dirigido a la constatación de una relación, como ocurre en el caso del accertamiento jurisdiccional⁽²²⁾ sobre cuyo módulo la Doctrina construye la aplicación del art. 1306 Código civil⁽²³⁾: el accertamiento de la estructura subjetiva y objetiva del presupuesto haría así necesaria la intervención de los que lo han realizado.

Desde el punto de vista de los efectos, la necesidad de una intervención de los sujetos que han realizado el presupuesto puede deducirse del principio general según el cual el procedimiento administrativo debe ser tramitado en contradictorio con aquellos a cuyo respecto el acto final producirá efectos⁽²⁴⁾.

Construida de esta manera la fase de accertamiento, nos parece que puede afirmarse la inutilidad de invocar la solidaridad, aún "formal", para resolver los problemas que en aquella fase surjan. Las reglas sobre la participación en el accertamiento de los varios sujeto que han realizado el presupuesto deben deducirse de los principios, en nuestra opinión "procedimentales", que regulan el accertamiento mismo.

El tercer punto de nuestra reconstrucción concierne a la aplicabilidad de la problemática de la solidaridad a las diversas situaciones subjetivas pasivas que indiscutiblemente existen para la realización de la exacción de parte de la administración pública,

(22) Confr. ALLORIO "Dir. proc. trib." cit., pág. 96-97, notas 80 y 82. En relación con el efecto desorientador del estudio del accertamiento tributario con los instrumentos del accertamiento jurisdiccional, véase: CAPACCIOLI, op. cit., 5; M. S. GIANNINI, op. cit., 70, y del mismo autor, la voz "accertamiento" (Derecho administrativo) en la Enciclopedia del Diritto, I, pág. 226.

(23) Confr. ALLORIO "Dir. proc. trib." cit., p. 145 y 196 y ss.; DE MITA "La solidarietà" cit., 10 y ss.; COCIVERA "Effetti..." cit., 191 y ss. Para una explícita equiparación de los dos órdenes de problemas, véase: BEORI, en Riv. dir. fin., 1943, II, 135. ROTONDI, en Dir. prat. trib., 1950, II, 267. Para la crítica véase una alusión en ALLORIO "Dir. proc. trib." cit., p. 5, nota 4, donde hay reenvíos.

(24) Confr. G. CONSO "I fatti giuridici processuali penali", Milano, 1955, p. 122; CARNE-LUTTI "Introduzione allo studio del diritto processuale tributario", en Riv. dir. processuale, 1932, 113; NIGRO "Le decisioni amministrative..." cit., pág. 106-107.

sea cual fuere la tesis que se acoja acerca del nacimiento de la obligación tributaria.

Entre estas situaciones subjetivas asumen primordial importancia los ligámenes o deberes instrumentales y, en particular, los de aviso y "declaración", respecto de los cuales algunas disposiciones legales hablan expresamente de solidaridad (art. 82 Ley de Registro; 55, Ley impuestos sucesorios).

Si se acoge la teoría que distingue el mero ligamen (obbligo) de la obligación propiamente dicha, con base en la presencia en la segunda, y no en el primero, de una situación subjetiva activa correspondiente de la cual depende incluso la diversa forma de actuación de la tutela ejecutiva⁽²⁵⁾ y se recuerda que el artículo 1292 Código civil define la obligación pasivamente solidaria con base en la posibilidad para el acreedor de pedir el cumplimiento integral a cada deudor, debería excluirse, en una primera aproximación, respecto de los meros ligámenes (obblighi), la aplicabilidad de las reglas dictadas para la obligación solidaria.

Pero en cuanto se reduce la noción dada de "solidaridad", cual módulo genérico de aplicación a los sujetos, de los efectos de especies fácticas plurisubjetivas, caracterizado por la función de garantía a favor del interesado en la prestación, podrá extenderse la aplicación de sus reglas a todas aquellas situaciones jurídicas subjetivas respecto a las cuales pueda realizarse la función indicada. Debe entonces hacerse la distinción, en el campo tributario, entre los meros ligámenes o deberes de pago, que surgen inmediatamente a la verificación del presupuesto a cargo de varios sujetos (ej.: impuesto sobre sociedades, impuesto sobre los incrementos de valor de las áreas edificables, impuesto sobre las "ventas") respecto de los cuales bien puede hipotizarse la aplicación de las reglas civi-

(25) Para el criterio distintivo, basado en el contenido patrimonial de la obligación, véase GIORGIANNI "L'obbligazione", Milano, 1951, p. 77; Santi ROMANO "Frammenti di un dizionario giuridico", Milano, 1947, p. 105; L. FERRARA "Diritto privato attuale" Torino, 1948, p. 130; GANGI "Le obbligazioni" cit., p. 10. BERLIRI, "Principii..." cit., II, p. 7.

Para el citado distintivo basado en la existencia, en la obligación, de un correspondiente derecho de crédito, véase: MAFFEZONI "op. cit.", p. 24, 33 y reenvíos. Para el criterio distintivo basado en la disponibilidad del efecto jurídico vinculado con el ilícito (sanción) a través de una "actio" del interesado, véase: BETTI "Teoría generale delle obbligazioni", Milano, II, 1953, p. 55, nota 23.

En el Derecho público la distinción entre mero ligamen (obbligo) y obligación y la ingenuidad de la cuestión en la teoría general de las obligaciones públicas, véase: M. S. GIANNINI, op. cit., p. 50-52; BARETTONI ARLERI "Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative", Milano 1966.

ísticas sobre solidaridad, y los ligámenes instrumentales de "aviso" o declaración.

En relación con estos últimos la inaplicabilidad de las reglas de la obligación solidaria depende no tanto del contenido indivisible de la prestación, constituido por una situación unitaria (registro de un acto, obtención de noticias o constatación de situaciones relevantes) en cuya verificación el Legislador tributario está interesado, lo que conduciría solo en una forma incidental a la idéntica eficacia satisfactiva del cumplimiento por parte de uno, característica de la solidaridad, sino y sobre todo de la falta de aquella función de garantía que, según se ha visto, es el carácter constitutivo de la solidaridad. En efecto, estimamos que al imponer la fungibilidad subjetiva respecto al cumplimiento de deberes instrumentales el Legislador tributario se preocupó no tanto de reforzar la garantía del Fisco en la realización del interés, como de sancionar la irrelevancia del sujeto que efectúe la prestación frente al único y prevalente interés que el Fisco tiene de constatar, como sea y por medio de quien sea, las situaciones que son para él importantes, y en las cuales participan todos aquellos sujetos⁽²⁶⁾.

A esta situación llevan tanto la inaplicabilidad de las reglas de la solidaridad civil en tema de cumplimiento parcial (art. 1181 Código civil; 72, apartado cuarto de la Ley de impuestos sucesorios) y la posibilidad de integrar la declaración que tienen los obligados, con tal de que lo hagan dentro del término fijado por la ley, cuanto la evolución misma de la terminología legislativa, en la cual (art. 17 del reciente Texto Unico sobre impuestos directos) se ha renunciado explícitamente a hablar de "solidaridad" haciéndose en cambio referencia (siguiendo el ejemplo del legislador alemán) a la fungibilidad subjetiva en el cumplimiento.

Aquí se trata, naturalmente, de aquellos ligámenes formales (aviso, declaración) para los cuales la ley sanciona la solidaridad; no de aquellos otros (informaciones, exhibiciones de documentos) que incumben a todos los que participan en el procedimiento sin vínculo solidario.

(26) A análogas conclusiones llega COCIVERA, "Effetti . . ." cit., 187-188, quien estima que para los deberes formales "el cumplimiento de parte de uno no extingue en absoluto el deber de conducta en los otros hacia lo externo: lo que desnaturaliza el instituto de la solidaridad".

El mismo autor observa que la fungibilidad subjetiva en el cumplimiento puede depender del hecho de que el deber de conducta puede ser ideado de modo que, o el interés no puede ser satisfecho si no es con el cumplimiento de todos los obligados, o bien puede ser satisfecho aun con el cumplimiento de solo uno.

Tampoco parece aplicable a los referidos ligámenes o deberes el principio del "regreso pro quota" que rige para las obligaciones solidarias (art. 1299 Código civil). Prescindiendo del hecho de que la ley tributaria fija ejemplos de ligámenes en que el cumplimiento de uno no libera a los otros sujetos, parece poderse sostener que, en el caso en que el cumplimiento conlleve un gasto, quien ha cumplido el deber que a todos inhibe no puede repetir lo pagado mediante "acción de regreso", sino a lo más mediante la acción residual de enriquecimiento injusto.

Lo que precede vale talvez para dar razón de la pretendida indivisibilidad o unitariedad de la obligación tributaria, a la que la jurisprudencia de la Casación y de la Comisión Central hace continua cuanto indeliberada referencia. Si se tiene en cuenta que la "solidaridad formal" se refiere a una serie de ligámenes instrumentales que se insertan en el fenómeno impositivo, puede explicarse la eficacia respecto a todos del cumplimiento del deber, no mediante una pretendida particularidad de la obligación tributaria, sino más bien mediante la fungibilidad subjetiva del cumplimiento dirigido a actualizar una situación que interesa en sí misma al Fisco y es indivisible y única para todos los sujetos.

3.—El haber afirmado la aplicabilidad limitada, fuera de la obligación, de la problemática sobre la solidaridad, y el hecho de haber reconstruido la realidad normativa sobre bases procedimentales, conlleva ahora la necesidad de individualizar las reglas que disciplinan las hipótesis en que el presupuesto del impuesto se realiza respecto a varios sujetos.

La solución del problema es, como se ha dicho, independiente de la tradicional cuestión acerca del momento en que la obligación tributaria surge⁽²⁷⁾. Reservándonos para otro lugar la toma de posición sobre este tema, nos limitamos aquí a observar que la variedad de las formas de actuación de la potestad impositiva muestra hipótesis en que la obligación de impuestos surge inmediatamente de la sola ley⁽²⁸⁾ o de la verificación de un hecho previsto por la ley, e hipótesis en las que de la verificación del presupuesto surgen ligámenes formales o sustanciales o simples cargas, mientras que el nacimiento de la obligación de impuestos depende de un acto administrativo, ya en cuanto al monto completo del tributo o

(27) En contra: DE MITA "La solidarietà . . ." cit., p. 6 y ss.

(28) BERLIRI "Principii . . ." cit., II, p. 178.

eventualmente en cuanto a un impuesto mayor del ya pagado al verificarse el presupuesto⁽²⁹⁾.

La tutela jurisdiccional del contribuyente está asegurada por una serie de recursos a las jurisdicciones especiales y a la ordinaria organizados en formas diversas, de modo que a veces se dirigen a impugnar el acto con el cual el Fisco hace valer su derecho subjetivo correspondiente a la obligación ya formada, mientras otras aquellos recursos se dirigen a impugnar el título ejecutivo con base en el cual el Fisco pretende proceder al cobro de su crédito. Si pasamos ahora a la reconstrucción del fenómeno de la solidaridad, y no pudiéndose exponer separadamente las formas previstas para los distintos tributos, precisa examinar los reflejos de la pluralidad de sujetos pasivos en relación con las diversas fases que pueden presentarse en la actualización de la potestad impositiva: la fase procedimental, la fase contenciosa, la fase de cobro.

4.—Es respecto a la fase procedimental que se plantea el mayor número de los problemas tradicionalmente relacionados por la Doctrina a la llamada "solidaridad formal". Precisa entonces ver si su solución puede ser correctamente deducida de las disposiciones legislativas sin recurrir a conceptos que se han mostrado inaplicables en el campo del procedimiento.

Examínese en primer lugar las numerosas disposiciones del Derecho tributario que prevén la solidaridad (llamada paritaria) entre varios coobligados. Podrá notarse que un primer y numerosísimo grupo de normas⁽³⁰⁾ regula la solidaridad en el pago del tributo; otras normas⁽³¹⁾ disciplinan en cambio la declaración, la denuncia y los otros ligámenes formales que incumben a los sujetos pasivos; otras normas en fin⁽³²⁾ rigen las notificaciones de parte del Fisco.

(29) La distinción entre obligaciones tributarias que nacen de la ley, o bien de providencias, puede verse en M. S. GIANNINI, op. cit., p. 66 y ss.

(30) Art. 11, Ley Nº 4 de 7 enero 1929. arts. 16, 50, 70, 244, 245 in fine, Texto Unico para los impuestos directos; 33, primer apartado, Decreto Pres. Nº 492 de 25 junio 1953, sobre el timbre; 93, Real Decreto Nº 3269, 30 diciembre 1923, impuesto de registro; 66 R. D. Nº 3270, 30 diciembre 1953, sobre sucesiones; 22, D. Pres. Nº 342, 24 junio 1954, sobre la publicidad; 8, Ley Nº 540, 25 junio 1943, sobre impuesto hipotecario; 15, R. D. Nº 3278, 30 diciembre 1923, sobre contratos de bolsa; 43 Ley Nº 762, 19 junio 1940, sobre el impuesto de ventas (i.g.e.); 5, Ley Nº 1424, 25 setiembre 1940, sobre impuestos aduanales; 110, 115, segundo apartado, 207, primer apartado, Texto Unico sobre las Finanzas Locales.

(31) Art. 17, D. L. Nº 1639 de 7 agosto 1936; 30 y 32 Ley de registro; 55 Ley sucesiones; 17 T. U., imp. directos.

(32) Art. 59, Ley Nº 4, 1929; 33 Ley registro; 20 D. L. Nº 1639, 7 agosto 1936.

Dejando de lado el primer grupo de normas, que atañe al cobro, precisa ver si de los otros dos grupos puede deducirse una regla general sobre la participación de varios sujetos en el procedimiento, y sobre la eficacia respecto de ellos de los actos procedimentales. Es claro que, ante el silencio del Legislador y de la Doctrina, el ámbito subjetivo de eficacia de los actos procedimentales deberá de reconstruirse sobre la base de la función de las distintas normas.

En lo que concierne a los ligámenes que incumben a los sujetos pasivos, nos parece que, prescindiendo de eventuales hipótesis de deberes que deban ser necesariamente cumplidos por todos⁽³³⁾ la fungibilidad subjetiva en el cumplimiento está justificada, como se ha dicho, por la indivisibilidad del contenido del deber mismo y por la irrelevancia del sujeto en la realización del interés del Fisco. En cambio en cuanto a la participación en el procedimiento de todos los sujetos interesados, el asunto se torna más complicado porque la ley habla por lo general solo de notificación "al contribuyente", y de ahí la Jurisprudencia ha deducido la suficiencia de la notificación a uno solo de los coobligados⁽³⁴⁾. Y el estado actual de la Doctrina y la Jurisprudencia administrativas no nos permiten enunciar un principio general además del puramente tendencial de la participación de todos los sujetos (aludidos por la relativa resolución) en el procedimiento dirigido a la constitución de dicha resolución⁽³⁵⁾. Es cierto que el Derecho administrativo conoce hipótesis de procedimientos que deben desarrollarse en contradictorio⁽³⁶⁾ y también lo es que un autorizado sector de la doctrina ha creído aplicables al procedimiento algunas de las reglas procesales,

(33) Tal hipótesis se encuentra en el art. 7, apartado cuarto, del "StAnpG" alemán según el cual el cumplimiento, de parte de un coobligado, del deber formal, no libera a los otros si el Fisco tiene interés también en el cumplimiento de parte de ellos. Tal principio general es deducido por COCIVERA "Effetti..." cit., 186, argumentando "a contrario" con base en el art. 17 T. U. imp. dir. Creemos en cambio que dicho artículo se limita a fijar textualmente la regla de la fungibilidad subjetiva y que, a falta de disposición legislativa, ésta deba reconocerse con base en el contenido del ligamen.

(34) Confr. art. 33 Ley registro, y 20, D. L. Nº 1639, 7 agosto 1936; art. 59, Ley Nº 4, 7 enero 1929. Las críticas a la concepción jurisprudencial pueden verse en GLENDI "Appunti..." cit. 137 y ss; BERLIRI, Principii... cit., II, p. 164 y ss; ROTONDI, en Dir. prat. trib., 1958, II, 558 y ss., y en "Appunti..." cit., 185. En Jurisprudencia véase: Trib. Turín, 29 febrero 1960, y Trib. Venecia, 30 octubre 1961, cit.

(35) FAZZALARI "Diffusione del proceso e compiti della dottrina" en "Studi in onore di A. D. Giannini", Milano, 1961, p. 527.

(36) Confr. BENVENUTI "L'istruzione nel processo amministrativo", Padova, 1953, p. 136. nota 18 y reenvíos.

y en particular aquellas del contradictorio⁽³⁷⁾, pero siempre estimamos que, aún en el ámbito de estas observaciones generales, nuestro problema deba resolverse a la luz de las normas tributarias singulares.

Y particularmente cuando se recuerde que la solidaridad deriva del realizarse del presupuesto en relación a varios sujetos, y que por lo tanto cada uno de ellos participa en el único hecho generador del tributo (con importantes consecuencias en tema de exenciones subjetivas, que no pueden examinarse aquí), y cuando se considere que el procedimiento está dirigido a constatar la existencia y la medida del hecho generador, no podrá negarse el calificativo de "contribuyente" a ningún coobligado, ni se podrá desconocer la necesidad de que cada uno de ellos sea puesto en condiciones de participar en el procedimiento⁽³⁸⁾.

La unicidad de la situación o hecho que constituye el presupuesto del impuesto presenta interés con respecto a la circunstancia de que cada sujeto realiza en pleno tal situación, por lo que estaría obligado a cumplir por entero el tributo⁽³⁹⁾. Sin embargo la ley tributaria establece por regla general que la deuda (única) se reparta enteramente entre los sujetos pasivos, y que éstos queden obligados solidariamente a pagarla⁽⁴⁰⁾.

La unicidad del presupuesto subjetivamente complejo no es, sin embargo, irrelevante en la fase procedimental, puesto que determina la necesidad de que el accertamiento de la existencia y medida del hecho generador tenga en cuenta los instrumentos probatorios y defensivos de todos los sujetos que lo han realizado, y que por lo tanto vienen considerados por la ley como "contribuyentes"⁽⁴¹⁾. La necesidad de que todos los coobligados sean puestos

(37) BENVENUTI "Funzione amministrativa, procedimento, processo" en Riv. trim. dir. pubbl., 1952, 137 y ss., y los autores allí citados; ROYO VILANOVA "El procedimiento administrativo como garantía jurídica", en Revista de estudios políticos, 1949, 56; MAFFEZONI, op. cit., pág. 81, nota 80.

(38) Confr. GLENDI, op. cit. 138-139, en particular la nota 101. Véase también: Comp. Centr. Trib. N° 13849, 29 febrero 1959, en la "Reseña de las tasas", 1951, 98 y ss., la cual afirma que la administración financiera tiene el deber de asegurar que se haga la notificación de los accertamientos y de los actos de imposición a todos los coobligados.

(39) Esto aparece con mayor claridad en los tributos en que, como se ha visto, el deber integral de pagar surge simultáneamente a la redacción de un documento, y participa de la indivisibilidad del deber formal.

(40) Que la regla general de la solidaridad (art. 1294 Código civil) se extiende a la obligación tributaria subjetivamente compleja, lo confirma ALLORIO "Dir. proc. trib." cit., p. 144.

(41) Confr. ZINGALI "Solidarietà formale..." cit., p. 352.

en condiciones de participar en la fase procedimental no depende entonces tanto de la aplicación al procedimiento de las formas procesales (lo que por otra parte podría dar lugar a complicaciones, puesto que tratándose de un procedimiento dirigido a hacer surgir una obligación solidaria, podría postularse respecto de él la aplicación del litisconsorcio facultativo) como de la consideración estrictamente tributaria de la unitariedad del presupuesto en cuanto a sus elementos subjetivos y objetivos, y de la exigencia de que a todos ellos se les tenga en cuenta en el curso del procedimiento⁽⁴²⁾.

Lo afirmado aparece tanto más claro si se considera que cada sujeto que participa en el presupuesto y a cuyo respecto se ha tramitado el proceso puede luego ser llamado a cumplir por entero el tributo.

Con lo cual se revela, una vez más, que la orientación jurisprudencial criticada por nosotros ha advertido en realidad, profundamente, la peculiaridad del fenómeno de la solidaridad tributaria. Peculiaridad que se expresa en la indivisibilidad de los efectos formales y en la unitariedad del presupuesto subjetivamente complejo. Empero no se ha dado cuenta de que estos aspectos rebasan el concepto de obligación y de relación de impuesto, y pueden fácilmente explicarse sobre la base de la disciplina normativa sin recurrir a la pretendida "solidaridad formal".

No se puede entonces afirmar que, reconociendo la unitariedad del hecho generador, se termina por llegar a la teoría jurisprudencial de la unitariedad de la obligación tributaria solidaria y de la extensión automática del accertamiento a todos los codeudores. La participación de todos los sujetos en el hecho generador determina en cambio su calidad de "contribuyentes", con el consiguiente derecho a la notificación de los actos procedimentales, y la necesidad de intervenir en el procedimiento, el cual debe tener lugar frente a todos⁽⁴³⁾. La unitariedad del presupuesto no debe confundirse con la unitariedad de la obligación: del presupuesto único, que debe ser constatado en relación con todos, podrán surgir di-

(42) Confr. COCIVERA "Effetti..." cit., 194 y ss.; OTTAVIANO "La comunicazione degli atti amministrativi" Milano, 1953, p. 72-73.

(43) Para un planteo análogo del problema y para la eficacia del accertamiento frente a todos, véase BOERI, en "Riv. italiana di diritto finanziario", 1943, I, 21 y 43, el que sin embargo considera excepcional el art. 1306 C. civil, y admite la eficacia del accertamiento emitido frente a un solo codeudor.

versas obligaciones solidarias para el pago del tributo. A éstas se aplicarán los principios civilísticos.

De esta manera se refuta, tanto la teoría jurisprudencial de la solidaridad formal, como la que prevalece en doctrina y que pretende aplicar al accertamiento el art. 1306 Código civil⁽⁴⁴⁾. Si se admite que en efecto, en el curso del procedimiento puede no existir la obligación en sentido propio, la necesidad de la notificación a todos los sujetos y la eficacia respecto de ellos de los actos del procedimiento derivan de su calidad de contribuyentes y de la necesidad de que sean puestos en condiciones de intervenir en el procedimiento. Construida de esta manera la actualización de la potestad impositiva, deberá reconocerse que el aviso de accertamiento, u otro acto procedimental notificado solamente a algunos de los coobligados, no solo no produce efectos frente a todos, sino que no los produce tampoco frente a quien fue regularmente notificado⁽⁴⁵⁾: por el contrario, constituye un acto viciado, y como tal susceptible de viciar todo el procedimiento⁽⁴⁶⁾. Una consecuencia extrema del planteamiento delineado es la imposibilidad de construir una noción general de "solidaridad formal" extendiendo al campo procedimental la disposición del art. 1294 Código civil, y considerando obligados solidarios a los distintos sujetos a los que incumbe el cumplimiento de un deber indivisible. En efecto, consideramos que las reglas de la participación en el procedimiento de varios sujetos, deban deducirse de las distintas normas, así como del contenido y de la función de los actos que ellas contemplan.

5.—Inmediatamente a la notificación hecha a todos los contribuyentes partícipes en el hecho generador, del acto en cuya virtud aquel hecho viene fijado o modificado en el "an" o en el "quantum", puede abrirse eventualmente una fase contenciosa ante la autoridad judicial ordinaria o ante las jurisdicciones especiales.

(44) Confr., por todos, ZINGALI, op. últ. cit., p. 352 y ss.; GLENDI, op. cit., 154, y los autores por él citados. Véase además todos los autores citados en tema de solidaridad tributaria.

(45) Conforme PUGLIESE "Istituzioni . . ." cit., p. 223; en contra, pero sin argumentos convincentes, TESORO, en Riv. diritto processuale civile, 1938, I, 210 y ss.; DE MITA "Solidarietà . . ." cit., 10 y ss. Nos parece que las afirmaciones de DE MITA no superan la objeción de que, considerando la notificación del acto de imposición como constitutiva de la obligación tributaria, la notificación a uno solo de los sujetos con respecto a los cuales se ha verificado el presupuesto dará lugar a una obligación individual y no solidaria. A estas observaciones responde ALLORIO "Dir. proc. trib." cit., 145, nota 61, pero no exhaustivamente.

(46) En este sentido: CONSO, op. cit., p. 50.

La complejidad de los problemas que entraña la participación de varios sujetos en la fase jurisdiccional nos induce, en esta sede, a remitirnos a los copiosos trabajos ya citados, y a indicar aquí solamente cual es el planteamiento que debe acogerse a la luz de la reconstrucción efectuada sobre el fenómeno de la solidaridad.

En todos los casos en que la fase jurisdiccional se abre por la oposición al acto conclusivo de la fase procedimental de accertamiento⁽⁴⁷⁾ puede estimarse que, impugnándose en definitiva las modalidades o los resultados del acto mismo, la controversia debe desarrollarse frente a todos los sujetos respecto a los cuales se ha verificado el presupuesto⁽⁴⁸⁾. Se aplicarán entonces las reglas del litisconsorcio necesario y la situación constatada será cosa juzgada frente a todos. En nuestro criterio no valdría replicar que la contención se refiere en realidad a la medida de una deuda futura⁽⁴⁹⁾ y que, siendo ésta solidaria, puedan aplicarse los principios civilísticos de las obligaciones solidarias: en realidad la contención se refiere a la anulación o la reforma de un acto del procedimiento que fija los aspectos subjetivo y objetivo del presupuesto; como tal, perjudica a todos los coobligados y debe desarrollarse frente a todos.

Por el contrario, en todos los casos en que la contención jurisdiccional se refiere a la obligación solidaria ya formada (por ejemplo, recursos contra el "rol", oposiciones a la inyunción) creemos que pueden aplicarse las reglas de la solidaridad civil. Cada coobligado podrá entonces actuar separadamente y el litisconsorcio será facultativo; a la sentencia obtenida por uno solo de los coobligados se aplicará el art. 1306 Código civil⁽⁵⁰⁾.

En efecto, una vez nacida la obligación tributaria se abre la fase de cobro, en la cual opera la solidaridad en sentido propio, dirigida a reforzar la garantía del Fisco al pago íntegro del tributo. Con el nacimiento de la obligación viene a menos, en todo caso, la estrecha relación de los distintos sujetos en lo que concierne al accertamiento del presupuesto: una vez fijado éste en su esencia objetiva a través del concurso de todos los elementos subjetivos y objetivos que lo componen y, por ende, con la participación de

(47) Confr. M. S. GIANNINI "Le obbligazioni . . ." cit., p. 70.

(48) Para una distinción en la competencia de las Comisiones de mérito, según que ellas decidan sobre la liquidación del tributo y, por ende, sobre el "quantum", pero no también sobre el "an", se pronuncia CAPACCIOLI "L'accertamento . . ." cit. 29 y ss.

(49) Confr. M. S. GIANNINI "La giustizia amministrativa", Roma, 1963, p. 191.

(50) Confr. GLENDI "Appunti . . ." cit., 149 y ss.; ALLORIO "Dir. proc. trib." cit., p. 145 y 190-191; COCIVERA "Effetti . . ." cit., 196 y ss.

todos los sujetos interesados, la obligación tributaria que del mismo deriva bien puede participar del principio general sancionado en el art. 1294 Código civil para todas las obligaciones subjetivamente complejas del lado pasivo.

6.—La solidaridad paritaria, cuya forma de operar en la actualización de la potestad impositiva se ha examinado someramente, debe además encuadrarse dentro del más amplio fenómeno de la pluralidad de sujetos obligados solidariamente por el Derecho tributario. De las hipótesis examinadas, cuyo presupuesto se realiza respecto a varios sujetos, debe distinguirse aquellas cuyo presupuesto se ha verificado en relación con algunos, mientras otros están solidariamente obligados con éstos, ya en forma contextual, ya sucesivamente a la verificación del presupuesto. Se habla en estos casos de solidaridad "dependiente" y de solidaridad "sucesiva".

En cuanto a la primera, prevista en algunas disposiciones legislativas⁽⁵¹⁾ estimamos que no surgen particulares problemas respecto a la fase procedimental y contenciosa que eventualmente preceda al acto de imposición. El rasgo característico de este tipo de solidaridad consiste en que la obligación del responsable es dependiente de la de aquel a cuyo respecto se ha verificado el presupuesto⁽⁵²⁾. De ahí se sigue que, mientras la obligación no surja, el procedimiento y la eventual fase contenciosa se desarrollan solo frente aquellos a cuyo respecto se ha verificado el presupuesto⁽⁵³⁾. En todo caso se ha observado que en las indicadas hipótesis legislativas de solidaridad dependiente, esta es sancionada o en relación con una obligación ya nacida (art. 80 y 93, primer apartado, Ley de registro; 19 de la ley sobre los impuestos subrogatorios de timbre o registro; 21 ley de seguros de 1961) o por el pago de sumas a título de sanción, en cuyo caso la obligación civilística surge igualmente (art. 12, Ley N° 4 de 7 enero 1929; arts. 33, segundo apartado, y 41 Ley de timbre)⁽⁵⁴⁾. La prejudicialidad de la obliga-

(51) Arts. 12 y 59 Ley N° 4 de 1929; 33, segundo apartado, y 41, Ley de timbre; 80 y 93, n. 6, Ley de registro; 19 D. L. N° 738 de 19 de agosto 1943 sobre impuestos en subrogación del timbre y el registro; 34 y 39 D. L. N° 3281 de 30 diciembre 1923, sobre seguros (a hora art. 21 Ley N° 1216 de 29 octubre 1961).

(52) Confr. ALLORIO "Dir. proc. trib." cit., p. 140 y ss.; POMINI "Note sull'attività discrezionale della pubblica amministrazione in materia tributaria" en Riv. dir. fin., 1962, I, p. 186, nota 31.

(53) Eso no impide que eventualmente la ley pueda imponer a sujetos diversos de aquéllos el cumplimiento de deberes procedimentales: art. 17 D. L. N° 1639 de 7 agosto de 1936; 30 y 80, Ley de registro; confr. BERLIRI "Principii..." cit., II, p. 165-166.

(54) Es sintomático observar que para estas últimas hipótesis de solidaridad dependiente en el pago de las sanciones pecuniarias el art. 59, Ley N° 4, 1929, extiende las notificaciones aún a aquellos que están obligados "in solidum" junto al transgresor.

ción tributaria principal respecto a la dependiente se actualiza, en efecto, por medio del acto de imposición⁽⁵⁵⁾ que deberá ser notificado aun al coobligado dependiente. Luego, una vez que haya nacido la obligación tributaria, la sentencia dictada frente al obligado principal causará estado, para todos los efectos, (por lo tanto, no solo favorables) respecto del obligado dependiente⁽⁵⁶⁾ el cual, si ya ha pagado, podrá ejercitar la acción de repetición por el total y no solamente "pro quota" contra los obligados principales⁽⁵⁷⁾.

Junto a la solidaridad dependiente prevista por la ley pueden verificarse hipótesis originadas en negocios de derecho privado: así en el caso de las fianzas previstas por el art. 58, tercer apartado, de la Ley Aduanal.⁽⁵⁸⁾

La solidaridad sucesiva es prevista por la ley, ya sea en algunas hipótesis en que en el presupuesto para la aplicación del tributo o de la sanción subentre, junto al precedente, un nuevo sujeto⁽⁵⁹⁾, o bien en la hipótesis de muerte del contribuyente después de la verificación del presupuesto⁽⁶⁰⁾. En cuanto a las primeras hipótesis, tratándose evidentemente de solidaridad dependiente⁽⁶¹⁾ estimamos aplicables las reglas propias de ésta.

En cuanto a la hipótesis del art. 16 del Texto Unico sobre impuestos directos, la misma ha sido a veces invocada como prueba de la indivisibilidad de la obligación tributaria solidaria que, a diferencia de la civil, permanecería solidaria también entre los coherederos⁽⁶²⁾. Dejando de lado las exhaustivas críticas hechas a

(55) ALLORIO "Dir. proc. trib." cit., p. 143.

(56) ALLORIO, op. ult. cit., p. 142.

(57) BERLIRI "Principii..." cit., II, p. 159.

(58) TESORO "Principii..." cit., p. 211.

(59) Arts. 196, 197 T. U. impuestos directos; 207, segundo apartado, T. U. finanzas locales; 19 Ley N° 4, 1929. Estos artículos vienen regularmente siendo comprendidos en doctrina en la sucesión en la deuda impositiva; confr. A. D. GIANNINI "Istituzioni..." cit., p. 131 y ss.; TESORO "Principii..." cit., p. 95. En contra se observa (ALLORIO, "Dir. proc. trib." cit., p. 141, nota 49, que se trata en cambio de sucesión en la titularidad de los bienes, pero no en el impuesto, que continúa debiéndose solidariamente por todos los sujetos. Sobre todo este problema véase POTITO "La successione nei rapporti tributari", Napoli, 1964.

(60) Art. 16 T. U. impuestos directos.

(61) Confr. ALLORIO, op. cit., p. 140-141.

(62) Confr. A. D. GIANNINI "Istituzioni..." cit., p. 128; TESORO "Principii..." cit., p. 134, quienes argumentan basándose en el art. 1205 Código civil de 1885, al cual se remite el art. 24 T. U. sobre cobro, N° 1401 de 17 de octubre 1922. Ya bajo la vigencia del T. U., impuestos directos, AZZARITI (en sus trabajos, "La solidarietà..." cit., y "L'indivisibilità..." cit.) hace derivar la indivisibilidad de la combinación de lo que disponen los art. 16 de dicho Texto y los 1295 y 1318 Código civil actual.

esta tesis⁽⁶³⁾, nos limitamos a observar que el art. 16 no provee una razón suficiente para justificar la extensión de la llamada solidaridad tributaria sustancial y formal a los coherederos. En caso de que se encuentre todavía en curso el procedimiento de accertamiento consideramos que el art. 16, in fine, vale para refutar claramente, tanto la teoría que querría extender a todos los coherederos los efectos del acto cumplido frente a uno, como la que querría limitar tal eficacia al sujeto destinatario. El último apartado del art. 16 se limita, en efecto, a establecer que si los herederos no se apersonan ante la Oficina en la forma de ley, los actos relativos al difunto realizados dentro de los seis meses a partir de su muerte son eficaces frente a todos los herederos, aún cuando hubieren sido notificados solo a uno de ellos o colectivamente, o impersonalmente en el último domicilio fiscal del difunto. Es claro que si los herederos hacen la debida comunicación, o si ya ha pasado el término de los seis meses, será necesario notificar a todos los herederos, y también lo será su participación en el procedimiento, en cuanto, por virtud de la sucesión universal, ellos se han sustituido al "de cuius" en la posición que éste tenía respecto a la fase procedimental⁽⁶⁴⁾. Si por el contrario el procedimiento ha concluido ya con la emanación del acto de imposición respecto al "de cuius", la solidaridad de los herederos, sancionada por el art. 16 (en derogatoria a los art. 754 y 1295 Código civil)⁽⁶⁵⁾ concernirá solo a la obligación ya formada, y a ésta se aplicarán las reglas del Código civil.

Las observaciones que preceden, aunque deducidas del art. 16 Texto Unico sobre impuestos directos, deben extenderse a todo

(63) Pueden verse en GLENDI "Appunti..." cit., 116 y ss., quien interpreta el art. 16 T. U. impuestos directos, como un fenómeno de perpetuación de la solidaridad, y no como un reflejo de la indivisibilidad de la obligación, también en MARTORANA "Contrasto di giudicati..." cit., 247 y ss., y en COCIVERA "Effetti..." cit., 189.

(64) En contra AZZARITI "La solidarietà..." cit., 631; "L'indivisibilità..." cit., 233, según el cual el acto es eficaz también si es notificado en el último domicilio fiscal del difunto después de los seis meses, si falta la comunicación o personamiento de los herederos. Contra la tesis de AZZARITI véase: GLENDI "Appunti..." cit., 141, según el cual los actos ejercidos frente al difunto pero notificados después de los seis meses a un coheredero que se haya apersonado sólo es eficaz frente a éste. En sentido conforme al texto véase últimamente Comm. Centr. Trib. Nº 75809, 7 mayo 1965, en la Revista "Giustizia tributaria", 1967, 36.

(65) Sobre la "ratio" de la división "pro quota" entre los herederos del deudor solidario véase: GANGI "Le obbligazioni..." cit., 289; AMORTH "L'obbligazione solidale" cit., p. 109 y ss.; y en la Rev. Giurisp. italiana, 1963, I, 2, 65 y ss. Sobre la naturaleza derogatorio del art. 16 T. U. véase: GLENDI, op. cit., 120, y COCIVERA "Effetti..." cit., 189.

el derecho tributario, para el cual el citado artículo puede considerarse como regla general en tema de sucesión.

7.—La fragilidad de la jurisprudencia que sostiene la solidaridad tributaria se revela finalmente en las numerosas resoluciones en las que este concepto ha sido invocado para afirmar la existencia de un ente de hecho que pudiera considerarse, como tal, sujeto de Derecho tributario⁽⁶⁶⁾. La imposibilidad de deducir la subjetividad tributaria de que hayan varias personas solidariamente obligadas al pago del tributo y a eventuales prestaciones accesorias⁽⁶⁷⁾ y, todavía más, la misma incompatibilidad lógica entre ambos conceptos⁽⁶⁸⁾ muestran una vez más que la interpretación jurisprudencial de la solidaridad tributaria carece de significado en nuestro ordenamiento. La alternatividad que se constata en la jurisprudencia en orden a la aplicación de la solidaridad tributaria o a la creación de entes de hecho, revela además el interés del Fisco en simplificar la actuación de la potestad impositiva respecto a varios sujetos en todas las fases que la componen. Tal alternatividad suministra, por otra parte, la prueba de que ninguno de los instrumentos elegidos es idóneo para realizar el interés querido.

En cuanto a la obligación sustancial de pagar el tributo, es erróneo partir de la solidaridad para crear un ente de hecho, puesto

(66) Confr. Comm. Centr. Trib. Nº 30310 de 3 agosto 1964, en la publicación "Imposte dirette erariali", 1964, 1034; Casación Nº 2506 de 10 julio 1958, en Giurisp. Imp., 1959, n. 101.

Es interesante observar que la Jurisprudencia, que en el pasado había justificado siempre la legitimidad del accertamiento ejecutado unitariamente frente a los condueños, con base en el principio de la solidaridad (Com. Centr. Trib. Nº 92148 de 21 enero 1929, en Riv. legislazione fiscale, 1929, 599) recientemente, respecto a la misma especie fáctica, ha invocado para el mismo fin el concepto de capacidad jurídica tributaria (Cas. Nº 1111 de 15 abril 1959, en Riv. leg. fisc., 1959, 1300; Cas. Nº 2506 de 10 julio 1958, cit.; Comm. Centr. Trib. Nº 89243 de 2 febrero 1957, en Riv. leg. fisc., 1958, 185).

(67) Esta imposibilidad es puesta en evidencia por ANTONINI "Profili soggettivi dell'obbligazione tributaria, en Riv. dir. fin., 1963, I, 119, y por GIARDINA "La capacità giuridica tributaria degli enti collettivi non personificati", ivi, 1962, I, 412 y ss. Este último Autor (pág. 413), observando que la solidaridad se refiere al momento del cobro, parece compartir la tesis sostenida por nosotros, la cual niega la existencia de una solidaridad en sentido propio en el curso del procedimiento, donde las distintas normas pueden dictar hipótesis de fungibilidad subjetiva en orden al cumplimiento, y que postula en cambio la solidaridad civilística cuando ha nacido la obligación de Derecho común, es decir, en sede de cobro.

(68) Algunos pronunciamientos de la Casación (Nº 1111, 1959 cit., Nº 2506, 1958 cit.) y de la Comisión Central Tributaria (Nº 89243, 1957 cit.) se han lanzado a atribuir la subjetividad tributaria a hipótesis de copropiedad. Con base en tal interpretación perderían significado los art. 50, segundo apartado, y 70, segundo apartado, del T. U., en cuanto cada condueño respondería solidariamente de las obligaciones del ente según los principios del Derecho civil: confr. BERLIRI "Il testo Unico delle imposte dirette", Milano, 1960, p. 17. GIARDINA, op. cit., 433.

que también los componentes de éste están obligados, según las reglas generales (art. 38 y 41 Código civil), solidaria e ilimitadamente de las obligaciones del ente⁽⁶⁹⁾. Y en lo que atañe a los ligámenes formales relativos al procedimiento de imposición, la creación de un ente de hecho comporta no ya la automática extensión a todos los sujetos, de los actos realizados por frente o a uno de ellos, sino la necesidad de que los actos sean realizados por o frente a aquel (o aquellos) que tenga la representación del ente (art. 11, Texto Unico citado).

El error de la solución adoptada a veces por la Jurisprudencia queda demostrado en primer lugar por la consideración de que el mismo objetivo podría obtenerse en vía abstracta mediante el instituto de la representación legal⁽⁷⁰⁾, y en segundo lugar con la observación de que el Legislador ha establecido en concreto la "solidaridad" cabalmente para subrayar la fungibilidad subjetiva en el cumplimiento del deber y, por lo tanto, independientemente de cualquier referencia a la calidad de representante de un eventual ente de hecho.

Debe considerarse más bien que, en los casos en que sea posible hipotizar la existencia de un ente de hecho (art. 8 T. U. cit.), el Legislador ha dictado las reglas consiguientes acerca de su representación durante las fases procedimental y contenciosa, y acerca de las formas (externas) y los efectos (internos) del cumplimiento. En cambio, cuando se ha limitado a establecer la solidaridad entre varios sujetos, es preciso estimar que se ha querido negar la subjetividad del complejo, y se ha querido reforzar los distintos cumplimientos mediante el vínculo solidario. Empero eso conlleva la autonomía de las diversas obligaciones en sede de cobro, y la necesidad de individualizar en la ley la posición de los diversos sujetos antes de que la obligación esté formada.

Generalizando los resultados obtenidos, debe considerarse la incompatibilidad de los conceptos de solidaridad y de subjetividad,

(69) Así respecto al Impuesto de Familia, para el cual también se ha afirmado la existencia de un ente unitario, debería estimarse superfluo lo dispuesto en el art. 115 T. U. finanzas locales, puesto que los componentes serían llamados solidariamente según las reglas generales, entendiéndose que todos sus bienes pertenecen al ente. La afirmación de la solidaridad sirve en cambio para demostrar (GIARDINA, op. cit. 412) que cada componente de la familia es llamado a título personal al pago del impuesto. El art. 110, primer apartado, T. U. finanzas locales, establece la particular posición del jefe de familia respecto al accertamiento del Impuesto sobre el valor locativo.

(70) Confr. GIARDINA, op. cit., 331.

al menos dentro de los límites en que la Jurisprudencia hace uso de ellos. Cuando el Legislador tributario reconoce la existencia de un ente de hecho, la solidaridad de los participantes respecto al pago deriva eventualmente de las reglas generales, mientras que en lo concerniente al cumplimiento de los deberes formales, importan los eventuales representantes del ente. En cambio cuando el Legislador establece la solidaridad de varios sujetos debe estimarse por lo mismo excluida la subjetividad del complejo: respecto a los deberes formales, la fungibilidad subjetiva podrá deducirse eventualmente del contenido y la función de las normas singulares; y respecto al pago, la solidaridad civilística presupone que cada uno de los sujetos quede personalmente obligado.

8.—Como conclusión de estas observaciones problemáticas, cuyo desarrollo será efectuado en otra sede, precisa llamar la atención sobre la relevancia aún constitucional de la criticada orientación de la Jurisprudencia en tema de solidaridad tributaria.

Resulta claro, en efecto, que de admitirse la extensión automática de los efectos procedimentales, procesales y sustanciales del acto cumplido por o frente a un coobligado, pero en daño o a favor de todos los otros, puede hipotizarse una lesión de los artículos 24 y 113 de la Constitución, porque podrían verificarse casos de providencias administrativas convertidas en definitivas frente a uno o varios sujetos, sin que éstos hayan sido puestos en condiciones de hacer valer sus derechos a la tutela jurisdiccional sancionados por la Constitución⁽⁷¹⁾.

También bajo este aspecto nos auguramos que la reconstrucción del problema intentada por nosotros sirva para eliminar las fallas de la teoría tradicional.

(71) Para una luz en tal sentido véase Tribunal Palermo, 8 julio 1963, cit., y el comentario de GLENDI, en Dir. prat. trib., 1963, II, 537. Ultimamente el Trib. Turín ha planteado de oficio la inconstitucionalidad de los art. 20 y 21 del D. L. N° 1639, de 7 de agosto de 1936, en relación con los art. 24 y 113 de la Constitución (véase la ordenanza en Gazzeta Ufficiale N° 25, 21 enero 1967, pág. 543-544).

LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS TRIBUTARIAS EN NUESTRO SISTEMA IMPOSITIVO DIRECTO

Lic. WALTER ANTILLON

Profesor de Derecho Tributario

SUMARIO: 1. Premisas. Criterio para distinguir los impuestos en "directos" e "indirectos", desde el punto de vista jurídico. 2. La postulación de los momentos en que se descompone la actividad tributaria estatal. Objetivos de este trabajo. 3. La teoría de la relación jurídica aplicada al campo del Derecho tributario: la relación jurídico-impositiva. 4. Crítica general a la teoría de la relación jurídica (E. Fazzalari). En especial, crítica de la relación jurídico-impositiva de A. D. Giannini. 5. Fundamento de la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas (experiencia y ordenamiento jurídicos). Las posiciones jurídicas simples, el derecho subjetivo y las otras situaciones jurídicas subjetivas diseñadas en el ordenamiento. 6. Los tres momentos de la actividad tributaria estatal en materia de impuestos directos como sendas situaciones jurídicas subjetivas. Conclusión.

1. En este escrito me propongo estudiar el sistema costarricense de los impuestos directos, desde el punto de vista de las situaciones jurídicas subjetivas que se forman a través del complejo proceso de su actuación concreta. Premisa de ese estudio lo es que, en el ordenamiento tributario nacional, pueden considerarse como impuestos "directos" tanto los que componen el cuadro de los impuestos llamados territoriales (sea, el impuesto ad valorem sobre la tierra, el que grava la extensión y ubicación de la misma y el de predios incultos), como los que recaen sobre "la renta", las ventas y los servicios —es decir, excluyendo de esta última categoría la figura impositiva que le sirve de complemento, caracterizada por su recaudación a nivel de aduana y a través de procedimientos análogos a los usados en la exacción de los impuestos aduaneros tradicionales. Sobre el fundamento de dicha exclusión, véase en seguida.

Creo necesario justificar brevemente la aludida premisa, puesto que no parece aún posible que la Doctrina pueda llegar a un criterio uniforme para explicar de manera totalmente pacífica la

clasificación de los impuestos en "directos" e "indirectos"⁽¹⁾. En efecto, mientras algunos autores han postulado como fundamento de su clasificación el concepto de "capacidad contributiva"⁽²⁾, para explicar en seguida que son directos aquellos impuestos que gravan las concretas manifestaciones directas de dicha capacidad, e indirectos los que se imponen ante manifestaciones indirectas de la misma, otros⁽³⁾ señalan el fenómeno de la "incidencia" como clave para conferir racionalidad a la comentada división, indicando como "directos" aquellos impuestos "no trasladables", es decir, que inciden sobre el mismo sujeto que la ley señala abstractamente como responsable de su pago, y calificando a los restantes como "indirectos". Y muchos otros criterios han sido expuestos y desarrollados en Doctrina, pero no me detendré a formularlos y comentarlos en este lugar. En cuanto a las teorías que he ilustrado arriba, baste observar que no pueden ser convincentes para quien asuma un punto de vista jurídico, desde el cual aquéllas se revelan fácilmente como estériles: su valor tendría que ser ponderado situándose en una perspectiva político-económica, dado que fenómenos como la "incidencia" o la "traslación" operan en el ámbito socio-económico, pero no sirven a una construcción dogmática en vista de que son asumidos por el Legislador (cuando lo son) como fines a alcanzar con vista de una determinada política fiscal, mas no como elementos del sistema normativo; y al mismo o parecido criterio respondería la observación de hechos reales considerados como "manifestaciones de una capacidad contributiva"⁽⁴⁾.

En mi opinión resulta mucho más aceptable y fecunda la tesis, revigorizada ahora por Berliri⁽⁵⁾, que eleva a criterio de distinción entre impuestos directos e indirectos el sistema de liquidación y recaudación diseñado objetivamente en el ordenamiento

(1) G. SCHMOLDERS (Teoría General del Impuesto; Madrid, 1958; pág. 243) sostiene que tal clasificación data del Siglo XIII.

(2) A. D. GIANNINI, Instituciones de Derecho Tributario; Madrid, 1957; pág. 150 y nota) atribuye este criterio a varios autores: Graziani y Flora entre los hacendistas; Ranalletti, Romano, Vitta y Tesoro, entre los juristas; él mismo lo comparte, pero desde el ángulo financiero (pág. 451).

(3) G. PESCATORE, cit., por A. BERLIRI, Principios de Derecho Tributario; Madrid, 1962; Tomo I, pág. 390.

(4) Mayores referencias pueden verse en A. BERLIRI, op. cit.; véase también, últimamente, G. A. MICHELI, Lezioni di diritto tributario; Roma, 1968; pág. 83 y s., ha presentado una forma perfeccionada de dicha teoría, indicando que en el presupuesto del tributo puede encontrarse la forma en que ha sido valorada, en cada caso, la manifestación de capacidad contributiva.

(5) Principios... cit.; pág. 399.

tributario. De acuerdo con ese criterio serían directos aquellos impuestos que se liquidan y recaudan a través de listas de contribuyentes, o listas cobratorias, e indirectos los demás. Me parece obvio que la clasificación en estudio puede y debe basarse en dicho criterio, al menos en lo que hace a nuestro derecho positivo, puesto que resulta hasta muy fácil (y esta facilidad de la tarea ha sido, según creo, motivo de desconfianza de parte de la Doctrina) constatar dentro del ordenamiento concreto la presencia de todo un sistema de impuestos cuya característica común se basa en el diseño legislativo de sus formas de liquidación y recaudación, en contraste con las restantes figuras impositivas, que en su fase dinámica (de actuación) no se atienen a aquel criterio. Con razón ha dicho Berliri: "...El jurista, en cambio (al contrario del economista) al estudiar el impuesto como fenómeno jurídico no puede aceptar una clasificación que contraste con la adoptada por la ley. Por tanto, si a través del examen de las distintas disposiciones legales en las que se alude a los impuestos directos y a los impuestos indirectos se deduce cuál es el criterio que el Legislador ha tomado como base de tal clasificación, el jurista no puede adoptar otro distinto. Y si una norma legal incluye expresamente un determinado impuesto entre los directos, no puede aceptar una clasificación que lo coloque, por el contrario, entre los indirectos, a menos que no demuestre antes la incompatibilidad de esta norma con otras normas que establezcan, en cambio, la inclusión de aquel tributo entre los impuestos indirectos..."⁽⁶⁾.

No es esta la sede para demostrar, ley en mano, que el método preconizado por el ilustre autor, y que hemos dejado transcrito, encuentra apoyo en los datos positivos ofrecidos por nuestro ordenamiento. Bastaría recordar brevemente algunos hechos que son conocidos de todos, pero en mi opinión bastante significativos: a) el mero hecho de la creación de una Oficina de la Tributación Directa dependiente del Ministerio de Hacienda, está indicando ya un criterio clasificatorio, esto es, que el Legislador ha dado relevancia a la clasificación de los impuestos en "directos" e "indirectos", y además, que la referida Dependencia ministerial está encargada de la percepción de los primeros; b) el hecho de que los impuestos sobre la renta, territoriales, y sobre ventas y servicios, cuya liquidación y recaudación se confían a esa Oficina,

(6) Principios... cit., pág. 392.

sean cobrados por medio de listas de contribuyentes⁽⁷⁾ determina en primer lugar que el Legislador adoptó en su clasificación el criterio basado en la presencia o no de tales listas, y en segundo lugar que los impuestos aludidos son directos, a diferencia de los otros no recaudados por el citado Despacho por medio del sistema de listas cobratorias.

El criterio asumido se refuerza si además observamos la analogía estructural y funcional de cada uno de los aludidos impuestos, cuya percepción está confiada a la Oficina de Tributación Directa: piénsese en la periodicidad de la prestación impositiva, en las declaraciones, en los procedimientos de control, en el sistema de recursos, en la unidad de diseño de la ejecución forzada exactorial, etc.; y especialmente deberá tenerse en cuenta la circunstancia de que, tanto en el impuesto sobre la renta, como en el de ventas y servicios y en los territoriales, el nacimiento (y por ende, la exigibilidad) de la prestación a cargo del contribuyente viene precedida de una actividad administrativa de "acertamiento" de parte de la Oficina, es decir, de una actividad de verificación de los distintos elementos de hecho que integran el presupuesto del tributo.

2. La constatada uniformidad, diría "topográfica", de los sistemas normativos que instituyen los impuestos territoriales, sobre la renta y sobre las ventas y servicios, hacen lugar a la posibilidad de un tratamiento unitario de los relativos órdenes que el Legislador ha diseñado para que aquellas formas tributarias vengan actuadas y, concretamente, hacen posible describir en un proceso único que puede legítimamente referirse a todas y a cualquiera de ellas, los momentos fundamentales de la actividad tributaria estatal en relación con los impuestos directos. Tales momentos, contraseñados por la formación de una variada serie de situaciones jurídicas subjetivas, son fundamentalmente tres, y vienen aquí descritos lógicamente desde el punto de vista de las situaciones jurídicas del sujeto o sujetos activos que en ellos intervienen: a) la potestad normativa tributaria, o simplemente potestad tributaria⁽⁸⁾; b) la potestad de imposición; y c) el "crédito" impositivo.

(7) Véase Ley de Impuesto sobre la Renta N° 837 de 20 diciembre 1946 y sus reformas; Ley de Impuesto territorial (ad valorem) N° 27 de 2 marzo 1939 y sus reformas; Ley de Impuesto "Directo" con base en la extensión y ubicación de la propiedad inmobiliaria, N° 2973 de 20 diciembre 1961; Ley de Impuesto sobre tierras incultas, N° 3042 de 4 de octubre 1962, que reforma la N° 2825 de 14 octubre 1961; Ley del impuesto sobre las ventas, N° 3914 de 17 de julio 1967.

(8) He adoptado, por su nitidez, la terminología usada por G. A. MICHELI, Premisas para una teoría de la potestad de imposición; cuya traducción al castellano aparecerá en este mismo volumen. Pero tendré algunos reparos que hacerle en su oportunidad (n. 6, B.)

La enumeración anterior alude, como se dijo, a los momentos fundamentales de la actividad tributaria estatal referida a los impuestos directos. En el resto de este trabajo me ocuparé con más detalle precisamente en la indagación acerca de la naturaleza jurídica de cada una de esas fases o momentos, poniendo a la vez de relieve las circunstancias que, a mi entender, permiten resolver adecuadamente el problema de sus recíprocas relaciones. Por ahora sólo me parece oportuno aclarar, de manera superficial y nada más para orientarnos, en qué sentido vienen usados grosso modo los términos que describen esos distintos momentos. Y así, por "potestad tributaria" debe entenderse el poder que tiene el Estado (y que ejerce a través del órgano u órganos legislativos) de crear normas abstractas en materia tributaria; el término "potestad de imposición" debe entenderse a su vez como el poder (estatal o preestatal) de llevar a cabo la función administrativa destinada a la liquidación y recaudación ("no forzada", a través de procedimientos judiciales) de los tributos directos; y por "crédito" impositivo se entenderá aquella situación por cuya virtud el particular, sujeto pasivo de la potestad de imposición, deviene obligado a la prestación de un impuesto directo cualitativamente y cuantitativamente determinado.

En los números siguientes intentaré un examen y una crítica de algunas teorías que han sido formuladas para explicar la naturaleza y relaciones recíprocas de los fenómenos antes aludidos, dejando para el final un ensayo de construcción dogmática de dicha materia, a la luz de nuestro derecho positivo .

3. Se ha dicho que entre el Fisco y el particular intercorre una relación jurídica tributaria, esto es, un conjunto de derechos y sus correlativos deberes en orden a la postulación de normas tributarias, y a las actividades de fijación y recaudación de los tributos. Visto que la referida "relación jurídica tributaria vendría a ser una especie del género "relación jurídica", me detendré brevemente a examinar el concepto que de la misma ha solido formular la Doctrina pasada y reciente, dada la importancia que el mismo ha tenido y conserva como uno de los fundamentos alrededor del cual gira buena parte del esfuerzo científico desde el siglo pasado, a impulso, especialmente, de la Pandectística alemana.

En realidad fue el gran jurista F. C. Savigny quien, al destacar el concepto de "derecho subjetivo" como una figura fundamental de la Ciencia Jurídica, permitió advertir su estructura bilateral

y sentó las bases, desarrolladas luego por los pandectistas⁽⁹⁾, para sostener que todo derecho subjetivo, merced a su bilateralidad, asumía la forma de una "relación jurídica". Esto es: que el derecho subjetivo no puede destacarse de lo que constituye su lógico y obligado complemento, que es el "deber jurídico", de modo que el titular de un derecho subjetivo está siempre relacionado con el sujeto de un deber jurídico correlativo a aquél derecho, existiendo entonces entre ambos sujetos (activo y pasivo), y por virtud del vínculo de correlación, lo que se conoce como una "relación jurídica"⁽¹⁰⁾.

Reduciendo el esquema de la "relación jurídica tributaria" para dejar de lado el momento normativo, ha concebido el Profesor A. D. Giannini, siempre sirviéndose del concepto de "relación jurídica" una teoría que trata de explicar y reunir los distintos fenómenos a que da lugar la actividad estatal tendiente a la fijación y recaudación de los tributos. "... La determinación de los casos en que se debe el impuesto, de las personas obligadas al pago, de su cuantía, de los modos y forma en que el propio impuesto debe ser liquidado y recaudado —expresa el citado autor—, es materia que en el Estado moderno aparece regulada por el ordenamiento jurídico con disposiciones imperativas, a cuya observancia quedan obligados tanto los órganos del Estado como las personas sujetas a su potestad. De estas disposiciones, por tanto, surgen entre el Estado y los contribuyentes derechos y deberes recíprocos, que forman el contenido de una relación especial: la relación jurídic-impositiva"⁽¹¹⁾. A dicha relación atribuye consecuentemente Giannini un contenido complejo, puesto que "... de ella derivan, de un lado, poderes y derechos, así como obligaciones, de la autoridad financiera, a los que corresponden obligaciones, positivas y negativas, así como derechos, de las personas sometidas a su potestad, y de otra parte, con carácter más específico, el derecho del ente público a exigir la correlativa obligación del contribuyente de pagar la cantidad equivalente al importe del impuesto debido en cada caso"⁽¹²⁾.

Tenemos entonces que el célebre Maestro viene a configurar, como un fenómeno surgido directamente del ejercicio de la potestad

(9) B. WINDSCHEID, citado por A. von TUHR, Teoría General del Derecho civil alemán; Buenos Aires, 1946; Tomo I, pág. 155 y ss).

(10) A. CANDIAN, Instituciones de Derecho Privado; México, 1961. pág. 79 y ss.; F. MESSINEO, Manual de derecho civil y comercial; Buenos Aires, 1954; Tomo II, pág. 3 y ss.)

(11) Instituciones... cit.; pág. 67.

(12) Op. cit.; págs. 68 y 69.

normativa tributaria del Estado, una única relación jurídica de contenido complejo (no un derecho y su correlativo deber, sino un conjunto de derechos y obligaciones de una y de otra parte) del que cabe destacar, por su importancia, una nueva relación (llamémosla "secundaria") constituida de un lado por el crédito impositivo de que el ente público es titular, y por la "deuda impositiva" a cargo del contribuyente, del otro. Dado que el anterior esquema conceptual es aplicable, según su autor, a todo género de tributos, debe asumirse que también lo es para los impuestos directos; antes bien, resulta bastante plausible sospechar que fueron éstos, precisamente, el modelo más importante que el Autor tuvo a la vista para la formulación de su tesis.

4. La teoría de la "relación jurídica" resultó, históricamente, de gran utilidad en la construcción dogmática del Derecho, llevada a cabo a través y a partir de la segunda mitad del siglo pasado especialmente por la doctrina alemana. Pero al atribuirse al referido fenómeno el carácter de figura única y exclusiva se introdujo en la Ciencia Jurídica una grave limitación de las posibilidades teóricas ofrecidas a los estudiosos por el ordenamiento positivo, puesto que se constreñía dentro de la concepción relacional ciertos datos legislativos cuya estructura difería de modo estridente de los que sirvieron de modelo para construir inicialmente la noción de relación jurídica; la cual, según es conocido, tiene origen privatístico, referido evidentemente a los hallazgos conceptuales de los pandectistas y romanistas.

Débase quizás, en primer lugar, a la larga serie de disputas doctrinarias que surgieron en el campo del incipiente Derecho procesal civil en torno a los conceptos de acción y de proceso, las que arrojaron luz sobre la rica problemática de los fenómenos jurídicos modernos y sobre la insuficiencia del concepto de relación jurídica para englobar toda figura situacional subjetiva. Luego la crítica aguda dirigida por James Goldschmidt al concepto de "relación jurídica procesal" iluminó de reflejo muchos de los equívocos que anteriormente pasaban ocultos a la Doctrina en lo que atañe al concepto y al fenómeno de marras⁽¹³⁾.

Pero a mi entender, el aporte más valioso suministrado en sede teórica para la superación de aquel concepto fue la obra de Santi Romano⁽¹⁴⁾, que además de contener una crítica de alcance

(13) J. GOLDSCHMIDT, Teoría general del proceso; Buenos Aires, 1961.

(14) Frammenti di un dizionario giuridico; Milano, 1953.

general contra el mismo, indicaba a la vez el camino para nuevas concepciones, delineando con gran nitidez una serie de figuras que no podían ser reportadas a la noción, pretendidamente única y exclusiva, de relación jurídica.

Actualmente el sentir del sector más calificado de la doctrina admite la existencia de una serie numerosísima de fenómenos totalmente excéntricos desde el punto de vista relacional⁽¹⁵⁾, que incitan a una cuidadosa revisión de los conceptos tradicionales desde el punto de vista de la teoría general. De la clara conciencia que de esa situación ha ido cobrando la Doctrina pueden dar una idea las siguientes palabras de Elio Fazzalari: "... En efecto, mientras es todavía posible individualizar, en correspondencia con el "deber", una posición inactiva (que luego podrá ser llamada "pretensión", "derecho", o con cualquier otro nombre) está destinada al fracaso cualquier tentativa de colocar a la "facultad" y al "poder" dentro del esquema de la relación jurídica, porque falta la posición subjetiva que vendría a contraponerse a ellos: la "sujeción" (que por otra parte se suele proponer como posición recíproca del "poder", pero no también de la "facultad") lejos de constituir una efectiva realidad no es otra cosa que una metáfora... La verdad es que, mientras la pareja "derecho (o pretensión) - deber" (que por cierto fue la que originalmente se constató y sugirió la configuración de la relación jurídica) podría estar justificada por la relación de instrumentalidad que corre entre las dos posiciones, en cuanto al deber es instrumento para la realización del derecho, en cambio la "facultad" y el "poder" son posiciones que no tienen necesidad de una correlativa posición ajena para realizarse"⁽¹⁶⁾.

Efectivamente, un estudio detenido del ordenamiento jurídico positivo permite constatar la presencia de una variada serie de situaciones subjetivas que se realizan a través del solo ejercicio de una posición jurídica de poder (cuando la actividad autorizada y tutelada por la norma tiene carácter negocial) o de facultad (cuando dicha actividad, aunque expresamente prevista en la norma, tenga carácter meramente material). Vemos así que la posibilidad jurídica que un sujeto dado tiene de reconocer un hijo extramatrimonial, constituye un poder que no conlleva una posición recí-

(15) MESSINEO, op. y loc. cit.

(16) E. FAZZALARI, Note in tema di diritto e processo; Milano, 1957; pág. 65 y 6.

proca: hablar de una posición de "sujeción" del hijo que ayudaría a la realización del reconocimiento resultaría hasta chocante. Y asimismo sucede en el campo de ciertas facultades, como por ejemplo la de ocupar la "res nullius"⁽¹⁷⁾ que el ordenamiento prevé como una forma lícita (no negocial) de adquirir el dominio sobre la cosa misma. ¿Cuál sería la posición jurídica recíproca de dicha facultad, con la cual ésta vendría a formar la "relación jurídica"? ¿Sería acaso un hipotético "deber" del Estado y de los otros ciudadanos de no interferir el acto de ocupación? Ciertamente no; en primer lugar no existe en el ordenamiento norma que consagre semejante deber, y por el contrario, cualquier otro ciudadano y el mismo Estado podrían ocupar la "res nullius" antes del sujeto en cuestión, sin que ello lesione los derechos de éste; y de otra parte, cualquier acto limitativo de la libertad del sujeto —en términos de impedirle ocupar la cosa— no violaría concretamente la facultad en examen, sino, cuando más, el "status libertatis" que constituye el presupuesto general de ejercicio de toda posición jurídica activa, incluida aquella facultad. Para concluir, si los casos ejemplificados revelan la existencia de situaciones jurídicas no constitutivas de relaciones, ello significa que la relación jurídica no es aquella forma constante de presentarse el derecho subjetivo y las demás situaciones jurídicas subjetivas que la doctrina tradicional afirmaba como un dogma de fé. Sería erróneo negar la presencia, dentro del ordenamiento jurídico, de formas relacionales, pero es ya obvio que tales formas comparecen al lado de otras que se realizan con el ejercicio de posiciones solitarias o únicas.

Volviendo al campo del Derecho tributario, cabe ahora decir que no es prudente aceptar sin más que una "relación jurídico-impositiva" pueda comprender la variada serie de situaciones que se presentan con ocasión del despliegue de actividades, por parte del Ente público, tendientes a liquidar y recaudar los impuestos, tal y como ha sido afirmado. Parece oportuno someter a un examen crítico lo más cuidadoso posible esa posición, hoy clásica, para ver hasta qué punto se apega al dato positivo.

Para empezar, se presenta fácil una primera constatación: cuadra mejor a la Doctrina criticada hablar en este caso de "relaciones"^(17-a), y no de "relación", puesto que el propio Giannini se

(17) FAZZALARI, op. cit., pág. 57.

(17-a) M. PUGLIESE, Instituciones de derecho financiero. México, 1939; pág. 132, pero me parece que su posición no es muy clara sobre el particular.

ha visto obligado a decir que de la relación jurídico-impositiva (compleja) puede extraerse, además de una serie de relaciones menores constituidas de un lado por los poderes, derechos y obligaciones del ente impositor, y por el otro por obligaciones y derechos del sujeto, una relación principal o "esencial" formada por un crédito (a favor del ente) y su correlativa deuda (a cargo del sujeto)⁽¹⁸⁾. ¿En qué sentido, entonces, puede hablarse de una única relación jurídica? ¿Qué vínculo de correlación liga unas a otras las diversas situaciones (que Giannini indica como "poderes, deberes y obligaciones") del Estado dentro de aquella pretendida relación jurídica para que no se fracture la unidad de ésta? Lo que parece constatable es una multiplicidad de situaciones (algunas de las cuales al menos podrían ser relaciones jurídicas) que se realizan a través de un iter, y que por ello, están coordinadas para la consecución de un fin, que sería en este caso la recaudación de un tributo concreto. "Pero (tampoco) un complejo de actos encaminados a un mismo fin, aun cuando haya varios sujetos, no llega a ser, por eso, una relación jurídica, a no ser que ese término adquiera una acepción totalmente nueva"⁽¹⁹⁾.

Porque el hecho es que Giannini, sin que lo diga claramente, parece concebir todas las referidas relaciones como apareciendo (y desapareciendo) si no sucesivamente, al menos sí dentro del ámbito temporal, pues da a entender claramente que la formación de las mismas se realiza en diferentes momentos⁽²⁰⁾. Ahora bien, esto significa precisamente, si se quiere conservar la idea de un vínculo que reduzca a unidad las diversas relaciones jurídicas, postular la idea de un "procedimiento", es decir una serie de actos enhebrados en sucesión temporal, con miras a la consecución de un fin. Para el referido autor, sin embargo, la relación jurídica que es fundamental entre todas, es decir, la relación "crédito-deuda", no nace como acto culminante de dicho procedimiento, sino que mantiene una extraña independencia respecto de las otras relaciones, puesto que su formación depende de "que se produzcan los presupuestos materiales a los que la ley vincula la obligación impositiva"⁽²¹⁾. Lo que incita a preguntarse para qué, entonces, existen las otras relaciones jurídicas que comparecen al lado, pero

(18) Op. cit., pág. 69.

(19) J. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 25.

(20) Op. y loc. cit.

(21) Op. y loc. cit.

independientemente, de aquella fundamental; y para qué, entonces, procedimiento encuadrador y ordenador de dichas relaciones. Nace, pues, la deuda impositiva, cuando se producen de hecho los presupuestos señalados por la norma; pero de ser esto cierto sería entonces superflua toda otra actividad antecedente o simultánea, que sólo se justificaría en cuanto precisamente preparara (o cooperara en) dicho nacimiento: el efecto meramente declarativo que el Autor atribuye al "acertamiento" es la obligada consecuencia de la posición mantenida por él en orden al nacimiento de la obligación impositiva. Veamos pues, más despacio, el contenido de "relación jurídica" que puede tener ese procedimiento. Entonces, sin perjuicio de determinar después si la obligación tributaria ya formada, puede concebirse, al menos en nuestro ordenamiento jurídico de los impuestos directos, como relación jurídica, sí es fácil constatar entre nosotros, y como figura constante en materia impositiva directa, la existencia de un procedimiento administrativo relativamente complejo que tendrá que tomarse en cuenta y asignársele un determinado valor cuando se trate de determinar en qué momento se verifica el nacimiento de la relativa obligación tributaria. Lo cierto es que, ante esa interrogante, pueden formularse entre nosotros al menos tres hipótesis:

a) La obligación impositiva nace en el momento en que se cumple de hecho la hipótesis asumida por la norma como presupuesto;

b) o bien su nacimiento se verifica en virtud de un acto del Ente dotado por la ley de efectos constitutivos, o meramente declarativos (acto de acertamiento) e inordinado dentro de un procedimiento administrativo;

c) o, por último, la obligación tributaria de que nos ocupamos se formaría una vez que, agotadas todas las etapas del procedimiento administrativo, el Ente público emana un documento conteniendo un "título ejecutivo" que lo legitima para iniciar la relativa ejecución forzada recaudatoria contra el deudor.

Hemos visto que Giannini se inclina por la primera hipótesis, estimando así que la verificación del presupuesto marca el nacimiento de la relación "crédito-deuda", la cual es posteriormente constatada, con efectos meramente declarativos, dentro del procedimiento administrativo actuado por el Ente; quien luego procedería a ejercitar su crédito por los medios legales. Pero eso, de

ser cierto, siempre estaría lejos de constituir la prueba definitiva de que pueden concebirse como sendas relaciones jurídicas los momentos o etapas de actuación del procedimiento administrativo de mera constatación o de constitución "ex novo" de la obligación, o de emanación del documento-título ejecutivo; ni tampoco probaría que el procedimiento entero tenga carácter relacional. Es evidente que, a través del procedimiento administrativo, la posición de los sujetos que en él intervienen ha venido cambiando.

Es más, si tomamos como punto de arranque, no el inicio del procedimiento administrativo, sino el ejercicio de la potestad normativa tributaria, se podría ilustrar o describir una sucesión de situaciones jurídicas subjetivas como sigue:

1º) El Estado ejercita su potestad normativa frente a un sujeto que carece, frente a dicha potestad, de toda posibilidad de reacción (se entiende, que le sea acordada por el ordenamiento jurídico);

2º) El Estado ejercita su "potestad de imposición"⁽²²⁾ a través de un procedimiento administrativo concreto, en el cual comparece como parte (por así decirlo "demandada") un determinado particular, respecto del cual, eventualmente, el órgano administrativo competente establece la obligación tributaria;

3º) Transcurrido el plazo del que goza el sujeto pasivo para realizar la prestación que le ha sido impuesta, el Estado emana el documento-título ejecutivo que hace valer contra aquél en vía judicial.

Con lo que, si bien queda claro que entre esos diversos momentos hay una relación de instrumentalidad, pues evidentemente es en el último en donde se cumple el objetivo que el ente impositor persigue, siendo los momentos anteriores únicamente instrumentos para dicho fin; resulta también patente que el nombre de "relación jurídica" no es el más afortunado para designar esa sucesión de fenómenos; y para demostrarlo bastaría considerar el hecho de que a través de esos tres momentos no se vislumbra ningún atisbo de homogeneidad estructural, pues las sucesivas situaciones de los sujetos (activo y pasivo) son bien distintas. Y de otro lado, para desvirtuar la tesis de una constante pluralidad de relaciones jurídicas, puede observarse que ni en la primera ni en la segunda

(22) G. A. MICHELI, Premisas . . . cit. Véase nota (4).

fase descrita puede constatar la presencia de posiciones subjetivas recíprocamente sostenidas, dado que en fase de potestad normativa lo único que existe es precisamente un poder del ente público, mientras que en la segunda (fase administrativa), al lado del poder de imposición del ente, pero sin constituir con el mismo una relación, es decir, sin constituir un instrumento para la realización de dicho poder, se presenta la posición del sujeto pasivo, cuando más, como un interés legítimo⁽²³⁾ y es indiscutible que con esa posición es imposible construir la relación jurídica, dado que el interés legítimo no es tutelado por sí mismo, en forma directa, sino indirectamente, es decir, a través del control de legalidad de la acción administrativa.

5. Entonces, si el concepto de relación jurídico-impositiva, al igual que el de relación jurídica tributaria, es insuficiente para explicar cada una y también el conjunto de las diversas situaciones jurídicas en que se encuentran los sujetos (activo y pasivo) que intervienen a través del iter de actuación de la función tributaria estatal; y si de otra parte hemos visto, en sede de teoría general, que existen situaciones que no constituyen relaciones jurídicas, cabe plantearse el problema de la manera como deben enfocarse los estudios de tales fenómenos, para construir un sistema desde el punto de vista dogmático. Será inevitable aquí una breve referencia a ciertos conceptos básicos de la Filosofía del Derecho, para luego fundar sobre ellos un cuadro general que permita la comprensión adecuada de los datos legislativos, y, consiguientemente, la descripción certera de las situaciones jurídicas subjetivas de que se ha hecho mención.

Debe recordarse, para empezar, la distinción que ha elaborado la moderna Filosofía del Derecho⁽²⁴⁾ entre la experiencia jurídica y el ordenamiento jurídico. El concepto de experiencia jurídica designa el orden social real (empírico) concebido desde el punto de vista universal, pero en cuanto constituido por los actos individuales y, por lo tanto, vividos por los individuos (componentes del grupo) de una determinada manera; y el concepto de ordenamiento jurídico designa ese mismo orden en cuanto es realizado a través de un sistema de normas que pueden destacarse idealmente de aquellos actos

(23) Véase al respecto MICHELI, Lezioni . . . cit.; pág. 185 y ss.

(24) Conf. por todos G. CAPOGRASSI, Analisi dell' esperienza comune, en "Opere"; Milano, 1959; Vol. II, pág. 114 y ss.; Idem, Studi sull' esperienza giuridica, en el mismo volumen.

y dotarse de fuerza vinculante a través de la garantía del poder de la organización política del grupo.

Es preciso también recordar cómo la experiencia y el ordenamiento jurídico sólo pueden separarse en teoría, es decir, en cuanto se conceptualicen, puesto que en el plano de lo real se presentan como formando los momentos de una única realidad que los comprende: la realidad social, entendida en su más amplio sentido⁽²⁵⁾.

Pues bien, si se logra concebir el plano de la pura experiencia jurídica, haciendo abstracción de aquella obra posterior (que podría llamarse obra de "organización" de la experiencia misma), que consiste en destacar y "politizar" un conjunto de normas, puede observarse que el mismo ofrece al estudioso tres tipos de conductas activas posibles: **La conducta lícita**, sea, aquella más o menos variada que los miembros del grupo pueden asumir en un momento dado sin que de ello deban esperar consecuencias perjudiciales para ellos, sino por el contrario, estarían inducidos a esperar el apoyo moral o material, o el consenso, al menos tácito, del grupo; **la conducta ilícita**, o sea aquella que no deben asumir sin a la vez esperar las consecuencias desfavorables o molestas para ellos, como reacción más o menos localizada por parte del grupo social; y **la conducta debida**, que es la que deben asumir en determinadas ocasiones, so pena de acarrear también consecuencias valoradas socialmente como perjudiciales⁽²⁶⁾. Estas vienen a ser, pues las formas constantes que ofrece la experiencia de una convivencia social en cualquier tiempo y lugar: "ubi societates, ibi ius", decían los romanos, intuyendo certeramente la constancia de la experiencia jurídica dondequiera exista vida social.

Si ahora se sitúa la mirada en la perspectiva del sujeto componente de la comunidad, entonces, de acuerdo con lo arriba expuesto, dicho sujeto tendrá que encontrarse, en su relación con los bienes de la vida, y frente a los otros o algunos otros sujetos, en un dado momento, en alguna de estas dos posiciones activas: en una posición de "poder", es decir en aquella posición desde la cual le es permitido realizar una actuación sin que de la misma deba esperar consecuencias socialmente previstas perjudiciales a sus intereses; y b) en una posición de "deber", es decir, en aquella

(25) Para la noción de "momento" usada en este pasaje, véase H. HELLER, Teoría del Estado; México, 1962; pág. 80 y s.

(26) A fondo sobre este asunto CAPOGRASSI, Studi . . . cit.; pág. 269 ss.

posición desde la cual esté constreñido socialmente a asumir, o a abstenerse de asumir una conducta, so pena de acarrear aquellas consecuencias. Ulteriormente debe distinguirse dos formas que asume ya en el campo de la experiencia jurídica aquella "posición activa de poder" del sujeto, según que la actuación de su conducta (lícita) produzca cambios en la situación general (constituida por la suma de las posiciones jurídicas) del propio gestor o de otros, o no produzca tales modificaciones: en el primer caso se habla de una "posición de poder" propiamente dicha, y en el segundo se habla de una "posición de facultad".

Tenemos así que, desde el punto de vista del sujeto en sus relaciones con los otros componentes del grupo social, se dan, ya en el campo de la experiencia jurídica, tres posiciones activas primitivas subjetivas: poder, facultad y deber, y que fuera de ellas solamente pueden concebirse lo que se ha dado en llamar "posiciones inactivas". De estas últimas, a las que la Doctrina no había prestado la debida atención sino hasta hace relativamente poco tiempo⁽²⁷⁾, debe distinguirse resueltamente aquellos casos en que no existe propiamente ninguna posición que se forme en correlación de alguna de las posiciones activas ya vistas: es el caso de la posición de los llamados "destinatarios" de la norma jurídica; frente a la posición activa de poder del Estado, por ejemplo (potestad legislativa), no delinea concretamente el ordenamiento una posición definida de parte de aquellos "destinatarios": la que hipotéticamente podría configurarse, que consistiría en "no interferir" el despliegue normal de aquella potestad, constituye una posición activa de deber genérico de abstención de todo acto que estorbe las funciones públicas, fundada en la supremacía genérica que tiene el Estado sobre los ciudadanos^(27-a). En cambio se dice que existe una "posición subjetiva inactiva" cuando en ciertos casos el ordenamiento ofrece la figura del titular, por ejemplo, de un derecho de crédito, el cual, pendiente la obligación a su favor, nada tiene que hacer sino esperar que su deudor satisfaga la prestación debida: es una posición bien definida en el ordenamiento, pero es evidentemente "inactiva", al menos mientras la obligación está pendiente de cumplimiento (es decir, cuando el deudor está cumpliendo, o, en todo caso, no ha "incumplido"); cuando el incumplimiento se

(27) FAZZALARI, op. cit., pág. 105 y ss. El desarrollo del texto se basa, en lo fundamental, en las teorías de este Autor.

(27-a) Santi ROMANO, Dizionario . . . cit.; pág. 181 (Poteri, Potestà).

verifica entonces lo que se produce es una nueva situación en relación de instrumentalidad con la anterior, esto es, la situación de "legitimación" del acreedor para pedir al juez que aplique las sanciones consecuentes al incumplimiento del deber de prestación achacable al deudor. Más abajo me referiré con mayor detenimiento a estos problemas, ampliamente debatidos en sede teórica por la moderna Doctrina⁽²⁸⁾.

Volvamos ahora al sistema de normas del ordenamiento jurídico positivo: cuando dichas normas son idealmente destacadas de las conductas reales que las concretan (precisamente las normas encuentran su sentido en ese concretarse), cuando son postuladas en un sistema contenido ya sea en Códigos o en colecciones de máximas jurisprudenciales, y dotadas por varias maneras de eficacia vinculante por obra de los órganos de poder de la comunidad, se habla entonces de un ordenamiento jurídico positivo. Esta forma de ordenamiento jurídico (que ha llegado a ser connatural a la organización política del Estado moderno occidental) suele venir elaborada a través de una interpretación de la experiencia jurídica: corresponde más o menos puntualmente a esta experiencia, pero desde el punto de vista político de mantenimiento de un orden de convivencia la perfecciona y depura, a través de la constitución, en abstracto, de un sistema que no es otra cosa que un instrumento político, pero que en buena medida refleja (consolidándolo y perfeccionándolo) el orden un tanto vago (y, por ende, inseguro) y disperso (y, por ende, eventualmente contradictorio) de la experiencia jurídica.

Esa labor de interpretar, seleccionar y sistematizar, a través de enunciaciones normativas singulares técnicamente adecuadas, el orden de la experiencia, da lugar a un interesante resultado: las primigenias y simples posiciones jurídicas que ofrece la experiencia, que ya están en la experiencia (tanto activas: poder, facultad, deber, como inactivas) vendrán a encontrarse, dentro del ordenamiento jurídico positivo y por virtud de aquella labor de interpretación, selección y sistematización, conformando figuras típicas situacionales cuya integración puede ser más o menos compleja, según se realicen a través de una, o más de una posición subjetiva. Una de dichas figuras, y precisamente a la que la Ciencia ha concedido en Occidente la mayor importancia (y que incluso ha sido postulada como figura única) es la llamada "derecho subjetivo"; pero lo

(28) Véase la bibliografía citada en FAZZALARI, op. cit.

cierto es que hay muchas otras situaciones jurídicas subjetivas que se encuentran delineadas en el ordenamiento positivo, y que los estudiosos, en especial los provenientes del campo del Derecho Público, han venido poco a poco individualizando.

El derecho subjetivo, por ejemplo, es entonces un fenómeno que no corresponde al campo de la experiencia jurídica, sino que es una elaboración propia del ordenamiento positivo: por ello, frente a las posiciones jurídicas simples de la experiencia, el derecho subjetivo se presenta como un "posterius", corresponde a una elaboración posterior, como cualquiera otra de las situaciones jurídicas subjetivas que es dado encontrar en el ordenamiento positivo. El cual lo delinea de diversas maneras (que son las diversas especies de derecho subjetivo que conocemos) usando y combinando, también en diverso modo, las posiciones jurídicas subjetivas simples que ofrece "in natura" la experiencia jurídica⁽²⁹⁾.

Y de ahí que el derecho subjetivo ofrezca, a quien lo estudie en su estructura interna, síntesis (de variable complejidad) de aquellas posiciones jurídicas subjetivas. El derecho subjetivo de propiedad, por ejemplo, sintetiza posiciones jurídicas simples de "facultad" y de "deber", sean: las facultades del propietario en orden a la cosa objeto de su derecho (cultivarla, edificar, etc., si es un inmueble) y los "deberes de abstención" de los otros miembros de la comunidad, también en orden a la cosa objeto del derecho del propietario. Por su parte, en cambio, el derecho subjetivo de crédito incluye, como ya de pasada lo mencioné, una posición jurídica activa de "deber" (a cargo del deudor) frente a una posición inactiva o inerte (que corresponde al acreedor). Lo anterior se comprende más claramente observando, ya en el campo de la común experiencia, que para el ejercicio del derecho de propiedad se requiere, no solamente que su titular use y disfrute de la cosa (es decir, ejercite su posición activa de "facultad"), sino que a la vez otros no hagan lo propio (es decir, que cumplan sus deberes de "abstención"); y para el ejercicio del derecho de crédito se requiere únicamente la prestación del deudor (es decir, el desarrollo de su posición activa de "deber").

Recapitulando lo dicho hasta aquí se pueden extraer algunas importantes consecuencias para nuestro propósito:

- a) que la figura del "derecho subjetivo" constituye siempre una construcción posterior (un "posterius") en relación con las

(29) FAZZALARI, op. cit., pág. 55 y ss.

que he llamado posiciones jurídicas subjetivas simples (activas e inactivas): poder, facultad, deber, que se constatan ya en el plano de la experiencia jurídica;

- b) que aquella figura (el derecho subjetivo) se construye precisamente usando y combinando las mencionadas posiciones simples;
- c) que las distintas especies de derechos subjetivos suelen componerse de un número variable de posiciones simples (combinando, por ejemplo, poderes y deberes; facultades y deberes, etc., en cabeza de un mismo sujeto o de varios); siendo precisamente tales posiciones, y el modo particular en que aparecen combinadas en el ordenamiento positivo, lo que determina la pluralidad y diversidad de los derechos subjetivos;
- d) que aquellas posiciones simples que ofrece la experiencia jurídica pueden venir usadas en el ordenamiento positivo para efecto de construir situaciones subjetivas que presentan esquemas diversos de los del derecho subjetivo, tales como las situaciones subjetivas estáticas de personalidad (status), las potestades de los órganos públicos, la situación jurídica de patria potestad en el campo del derecho familiar, etc.;^(29-a) y
- e) que la variabilidad de las posiciones simples que contienen los esquemas situacionales ofrecidos por el ordenamiento positivo (es decir, los esquemas que configuran el derecho subjetivo y las restantes situaciones subjetivas de que arriba se ha dado ejemplo) determinan una cierta "elasticidad" en lo que atañe a la realización concreta de las mismas por parte de sus titulares. Lo que explica, en la esfera del Derecho público, el llamado "debilitamiento" del derecho subjetivo; fenómeno acerca del cual, por cierto, me inclino a creer que no es exclusivo de ese campo: sin entrar muy a fondo en el tema me parece que también pueda hablarse de un "debilitamiento" del derecho subjetivo del propietario, por ejemplo, cuando por virtud de la ocupación ilegítima —por obra de terceros— del fundo objeto de su dominio, aquel derecho subjetivo realizado antes y normalmente a través del ejercicio de posiciones activas de "facultad", se vea reducido, en cuanto a dicho

(29-a) Santi ROMANO, op. cit., pág. 172.

ejercicio, a la sola posibilidad de hacer valer, en vía judicial, y por el camino de la acción reivindicatoria, el "deber de abstención" cuya observancia correspondía a aquellos usurpadores⁽³⁰⁾.

6. Es el momento de recoger todas las observaciones hechas en los números anteriores y aplicarlas a la construcción dogmática de los fenómenos objetos de este trabajo, es decir, de las situaciones jurídicas subjetivas a través de las cuales se realiza, según he dejado expuesto: a) la potestad normativa tributaria; b) la llamada "potestad" de imposición; y c) el crédito de impuestos.

A.- En orden a la potestad normativa tributaria, que, naturalmente, corresponde al Estado, ha sido certeramente observado que la misma "... constituye una manifestación del poder legislativo, expresión de la soberanía"⁽³¹⁾. En efecto, esto encuentra plena conformación también para nuestro ordenamiento jurídico, que la delinea en dos artículos constitucionales: el artículo 18 y el artículo 121, inciso 13.

El artículo 18 de la Constitución expresa en lo conducente que "los costarricenses deben ... contribuir para los gastos públicos", lo que no puede significar otra cosa que, en Costa Rica, los entes públicos pueden recaudar e imponer tributos a cargo de los ciudadanos; pero la formulación de ese poder en los términos consignados en el artículo 18 (que no cambia, en todo caso, la "naturaleza de las cosas") ha obedecido probablemente a tácticas liberaliformes de los constituyentes, a quienes posiblemente repugnaba la idea de plasmar en la Carta, en una forma demasiado cruda para la "idiosincracia liberal" de nuestro pueblo, la potestad, concebida en realidad prácticamente sin ninguna limitación, de crear, liquidar y recaudar tributos (más afortunada es la fórmula del artículo 53 de la Constitución Italiana, que expresa: "Todos están obligados a contribuir a los gastos públicos en razón de su capacidad contributiva. El sistema tributario estará informado en criterios de progresividad". Usando el mismo artificio, el Constituyente italiano logró poner a la potestad tributaria general algunas limitaciones derivada de los principios de justicia tributaria que la Doctrina tiene prácticamente consolidados).⁽³²⁾

(30) FAZZALARI, op. cit., pág. 90.

(31) MICHELI, Premisa ... cit., (pág. 2 del original italiano en "separata").

(32) A. PESENTI, L'attività finanziaria nella costituzione, en el volumen "Studi sulla costituzione", Milano, 1958; III, p. 93 y ss.; MICHELI, "Apuntes críticos sobre la potestad de imposición" N° 11 de la Revista del Colegio de Abogados; San José, 1966.

Ese principio que entre nosotros consagra la potestad tributaria en general, encuentra una ulterior especificación, en orden a la potestad normativa propiamente dicha, en el inciso 13 del artículo 121 Constitucional, que establece como atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa el establecimiento —se entiende, mediante normas legislativas— de los impuestos nacionales (y la “autorización” de los municipales). Esta es, propiamente, lo que en el estudio precedente he llamado la “potestad normativa tributaria”, es decir, el poder de crear normas jurídicas tributarias, el cual poder constituye una de aquellas “situaciones jurídicas subjetivas” (diversas de los “derechos subjetivos”) de las cuales también se ha hecho expreso análisis. Por eso corresponde ahora examinar la estructura de dicha potestad, a fin de determinar su verdadera naturaleza desde el punto de vista dogmático.

Para resumir, no me parece dable encontrar en el esquema de la situación subjetiva que hemos conocido con el nombre de “potestad normativa tributaria” otra cosa que una posición activa de “poder” del Estado a través de cuyo solo ejercicio se realiza aquella potestad.

Se trata de un “poder innovativo”⁽³³⁾ por cuanto su ejercicio produce, de acuerdo con el ordenamiento jurídico (artículo 129 in fine de la Constitución), una modificación jurídica, en la forma de constitución “ex novo”, de modificación, de extinción, etc., de normas jurídicas.

Contra la tesis de que, dentro del esquema de la potestad normativa, además de la posición de “poder” del ente, se encontraría una posición de “sujeción” o de “deber” de los súbditos, cabría replicar, con Santi Romano, que antes del ejercicio de dicho poder “...no puede identificarse ningún sujeto pasivo, ya que (los que pasarían por) los sujetos pasivos de tal poder vienen determinados ‘ad libitum’ en el acto mismo en que el poder se ejercita cada vez”⁽³⁴⁾. Así la potestad de crear normas tributarias que corresponde a la Asamblea Legislativa según el artículo 121, inciso 13 citado: de sujetos pasivos podría hablarse una vez que la norma ha venido a nacer, o mejor aún, una vez que se aplique concretamente.

Cabría objetar lo dicho hipotizando una verdadera “relación jurídica” cuyo esquema estaría compuesto de la posición activa de

(33) Santi ROMANO, op. cit., pág. 178.

(34) Idem, pág. 181.

“poder” ya examinada (art. 121, 13) y de un “deber correlativo” que sería aquel deber de contribuir a los gastos públicos de que habla el art. 18 ya comentado. Pero sería fácil rebatir; en primer lugar no hay ni puede haber una correlación entre la labor específica de promulgar leyes tributarias y un deber “generalísimo” e indeterminado de contribuir a los gastos públicos; y en segundo lugar se introduciría un grave equívoco en la noción de “posición activa de deber” que corresponde al campo de la experiencia, y que se refiere a deberes concretos y determinados (tales como la “obligación” que tiene un determinado sujeto de pagar una suma concreta de unidades monetarias de cierto tipo), si se pretendiera hacer pasar por tal aquel “deber” a que se alude en la norma comentada, que no es otra cosa que un eufemismo empleado por el Constituyente para establecer la potestad tributaria estatal; forma verbal que, por cierto, revela hasta que punto está arraigada, incluso en la mente de los legisladores supremos, la vieja y famosa concepción bilateral que concibe al derecho (o poder) y al deber, como las dos caras de una medalla.

Tampoco podrían excogitarse posiciones activas a realizar por los ciudadanos de las pocas limitaciones constitucionales con que el legislador constituyente quiso acotar, aunque en vía indirecta, la potestad normativa tributaria. Piénsese, por ejemplo, en el art. 33 que reza, con fórmula no muy clara: “Todo hombre es igual ante la ley”. Ciertamente podría prosperar un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en relación con una ley tributaria que viole “la igualdad ante la ley”, estableciendo, por ejemplo, tributos claramente discriminatorios; pero debe observarse que la posición activa (de poder) que ejercita el recurrente frente a una ley ya promulgada no puede hacerse comparecer como tal poder dentro del esquema de la potestad normativa tributaria, sino en sede de aplicación de la norma ya vigente, dentro de un proceso jurisdiccional (art. 10 de la Constitución, y 963 del Cód. proc. civ.); lo que está indicando que la legitimación de aquel poder de impugnación no surge sino dentro del proceso en cuestión; poder que se ejercitaría con miras a que se constate, por la autoridad competente, la evidencia de un “exceso” por parte del legislador, en el ejercicio de su potestad normativa tributaria.

Ante la pura situación subjetiva, es decir, antes de su ejercicio mediante la actuación de la posición de poder del ente, no puede identificarse dentro del esquema de aquella ninguna posi-

ción (activa o pasiva) simple, a cargo de otro u otros sujetos, puesto que solo vienen a aparecer "sujetos pasivos", ni siquiera una vez que la norma determine los elementos del tributo directo (presupuesto, base imponible, tarifa), sino cuando el Estado, por medio de sus órganos administrativos tributarios (en ese caso especial, los relativos departamentos de la Oficina de Tributación Directa), realice su función concreta frente a un determinado sujeto.

B.- La llamada "potestad de imposición", relativamente a los impuestos directos, se ejercita a través de módulos procedimentales bastante bien delineados en el ordenamiento; módulos que se actualizan, no a través del ejercicio de una sola e invariable situación jurídica subjetiva cuyo titular es evidentemente la Oficina de Tributación Directa, la cual actualizaría a través del iter procedimental una invariable posición activa de "poder vinculado" (poder-deber)⁽³⁵⁾, sino, en la medida en que pueda constatar una cierta discrecionalidad del ente dicho, también posiciones activas de "poder" propiamente tal. Lo que me parece suministrar la evidencia de que no debería hablarse de una única situación jurídica subjetiva (potestad de imposición) sino de varias, contrasignadas por el momento procedimental en que son ejercitadas, y relacionadas por medio del vínculo procedimental. Por eso no me parece del todo logrado llamar "potestad" de imposición (al menos en lo que a nuestro procedimiento atañe) a esas diversas situaciones, momentos de un fenómeno dinámico que se adaptaría mal al nombre de "potestad" (el cual nombre debe ser reservado en este trabajo para identificar la potestad normativa tributaria), y de ahí que proponga para ellas el nombre de "función administrativa impositiva"⁽³⁶⁾. Dicha función abarcaría, pues, las diversas situaciones jurídicas subjetivas en que se encuentra el ente a través de los diversos momentos del iter procedimental (y que no se actualizarían solo por el ejercicio de posiciones de "poder-deber", sino también de "poder"): arts. 25 y ss. de la Ley sobre impuesto de la Renta; 38 y ss. del Reglamento de la Ley sobre Impuesto de ventas; y 5 y ss., 20 y ss., de la Ley sobre impuesto territorial (ad valorem); 3 de la Ley N° 2973 de 11 de setiembre de 1962; 41, inciso "f" de la Ley de tierras y colonización N° 2895 de 14 de octubre de 1961.

³⁵⁾ MICHELI, Lezioni . . . cit., pág. 119 y ss.

³⁶⁾ Santi ROMANO, op. cit., pág. 179.

Hemos dicho arriba (n. 1) que en todos los esquemas legislativos la función administrativa impositiva es análoga: lo es de tal forma que permite, al menos en orden al procedimiento, el tratamiento unitario de la materia de las distintas leyes institutivas de impuestos directos . . . hasta un cierto punto. Pero naturalmente no se trata de esquemas procedimentales absolutamente idénticos: existen, como lo veremos enseguida, ciertas diferencias de naturaleza de los relativos impuestos que se reflejan en aquellos procedimientos, en especial tratándose de dos de los impuestos territoriales (el "ad valorem" y el establecido para gravar los fundos según su extensión y ubicación). Ciertamente tales figuras impositivas presentan algunas heterogeneidades cuando se trata de su comparación con los otros impuestos directos; pero no creo que las mismas sean tan intensas como para hacer inútil cualquier esfuerzo de tratamiento unitario de todos los relativos procedimientos. Por eso intentaré la exposición conjunta, poniedo por aparte cualquier diferencia que estime de importancia para caracterizar en una forma realista la estructura de aquel procedimiento impositivo que no se convenga con los otros en algún punto.

En mi criterio el conocido esquema del procedimiento administrativo que lo divide en tres fases⁽³⁷⁾: a) fase introductoria; b) fase constitutiva; y c) fase integrativa de eficacia, puede adaptarse para caracterizar en términos generales, el procedimiento administrativo de liquidación y recaudación (no forzada a través de ejecución judicial) de nuestros impuestos directos; voy a tratar de demostrarlo en seguida:

Fase introductoria: en esta fase se cumple la tarea de determinar el presupuesto del tributo, en sus elementos subjetivo (personal) y objetivo (material). Eso se realiza imponiendo, de un lado, a los sujetos, el deber de emitir una declaración veraz (art. 38 y 42, territorial ad valorem; Ley N° 3026 de 11 de setiembre; art. 16 y 17, renta; art. 7, ventas), y otro proveyendo al ente (oficina) de poderes inquisitorios de inspección, control, y, en general, de investigación en sentido amplio (ej. art. 17, renta; 21, ventas). A través de dichas actividades la Oficina elabora sus "listas de declarantes" o de "responsables", que en la práctica corresponde a la formación de tarjeteros por el sistema de "perforado" que la Oficina mantiene en concordancia con otros que corresponden a

⁽³⁷⁾ A. M. SANDULLI, Il procedimento amministrativo; Milano, 1945.

etapas posteriores del procedimiento, constituyendo el conjunto de ellos todo un cuadro contable; pero lo importante es destacar que la Oficina actualiza, en fase de introducción, una variada gama de poderes que, en muchos casos, digo mal: en la mayoría de los casos no están minuciosamente dosificados en las leyes o reglamentos, sino que importan un grado más o menos amplio de discrecionalidad de tipo administrativo o técnico-contable, llevando a cabo asimismo una serie de actos que van desde la emisión de órdenes dirigidas a ciertos contribuyentes, hasta la impresión de carteles con indicaciones y el estudio de libros y documentos.

Durante la etapa que ha sido brevemente descrita se ha podido constatar el ejercicio de actividades de los sujetos y del ente, que deben ser encuadrados adecuadamente para efectos de su sistematización; y entonces cabe plantearse el interrogante acerca de si la relativa situación jurídica subjetiva de que el ente es titular en esa etapa, según se vio, es actualizada mediante el sólo ejercicio de un "poder-deber" del ente mismo (el cual en muchas circunstancias acusa, sin embargo, cierto grado de discrecionalidad), o si también concurre a ello la actuación de posiciones activas de "deber", y concretamente aludo aquí al "deber de declarar" a cargo del privado.

Abonar a esta última solución el hecho de que, en realidad, es fácil constatar la existencia de ese deber de declarar, contrasignado por la presencia de concretas sanciones para el caso de incumplimiento. Pero en primer lugar no puede ello conducir a la postulación de la declaración del contribuyente como un presupuesto para que se ponga en movimiento el mecanismo administrativo. Me parece que con lo dicho antes queda bastante claro que la Oficina está provista de poderes cuyo ejercicio no está condicionado por aquella iniciativa del sujeto (por ej.: art. 33, renta; 21, ventas): la situación en examen no puede parangonarse con ciertas formas de ejercicio de la función jurisdiccional (concretamente la civil) en que el juez está inhibido para actuar de oficio, debiendo esperar una iniciativa del privado para iniciar cualquier actividad de su competencia. En el campo tributario la función administrativa se realiza en tutela de un altísimo interés público, a través de un procedimiento para cuya iniciación la declaración del contribuyente juega un papel teóricamente modesto: útil, pero no suficiente ni necesaria para la formación, por ejemplo, de los cuadros catastrales (art. 10, territorial), o de las listas de contribuyentes o responsables.

No suficiente puesto que no inhibe ni una actividad de control o inspección, ni tampoco una actividad sustitutiva de la declaración (tasación de oficio: art. 21, ventas; 26, renta); y tampoco necesaria porque la omisión de declaración no impide el desarrollo de la función impositiva, que obviamente puede ejercitarse sin aquélla. Más bien se trata de un deber de suministrar ciertos datos necesarios a veces para el "acertamiento" del presupuesto del tributo, que absuelve a una función de complementariedad en relación con las actividades inquisitoriales de la Oficina facilitando (sobre todo cuando su organización es incipiente) la labor de ésta; deber que ha de cumplirse por ciertos sujetos y dentro de determinados plazos que la ley señala, bajo pena de sanciones (art. 4, Ley N° 3026 de 11 de setiembre 1962, por ejemplo); pero que de todos modos no constituye "el revés de la moneda" en relación al poder del ente, en la forma de una "relación judicial", sino que se inserta solitario en el iter procedimental, donde sí encuentra su valor de acto previsto, sí, pero no esencial para la estructura de aquel procedimiento, que puede ir adelante sin él. Ello no obstante, cualquier intento de considerar esa posición activa del sujeto como una "carga procedimental" simplemente, estaría condenado al fracaso, constatada la presencia de aquellas sanciones.

Fase constitutiva: en esta fase, cuyos momentos iniciales resultan a veces difíciles de delimitar de la fase anterior, se cumple la tarea de determinar la "base imponible" del tributo. Se trata de la etapa en que el ente público despliega su mayor dinamismo, no solo desde el punto de vista administrativo y contable, en la recopilación y selección de los datos obtenidos a través de su propia iniciativa o de las declaraciones de los sujetos, sino también desde el punto de vista de la aplicación de lo que podría llamarse la "norma tributaria sustancial", que precisamente es la que establece la forma de determinar aquella magnitud que es la base imponible (por ej. arts. 5 a 13, renta; 26 a 29, Reglamento ventas).

En esta fase la función administrativa impositiva aparece notablemente enriquecida en su contenido con la presencia de posiciones activas de facultad-deber, e incluso de mera facultad que competen a la Oficina, al lado de sus posiciones de poder-deber que ya conocemos; facultades que consistirían precisamente en la realización de todas aquellas operaciones matemáticas, avalúos, inspecciones y estudios contables que deben ser realizadas de previo a la verificación autoritativa (acertamiento) de los datos que cons-

tituyen la base imponible, puesto que en la fase de que nos ocupamos la actividad del ente asume, antes de que dicha fase procedimental se agote con el accertamiento, acusadas características instructorias que recuerdan un poco la "acumulación de la prueba del cargo" que se realiza en la etapa sumaria del proceso penal: por virtud del accertamiento se sabe si se debe o no impuesto, pero no se sabe todavía "oficialmente" —es decir, para los efectos legales consiguientes —cuál es su monto.

De su lado, el particular sujeto al procedimiento tiene a su haber algunas posiciones activas que puede actualizar, incluso antes del accertamiento, como la que le permite recurrir de resoluciones interlocutorias (art. 24, ventas; 13, extensión y ubicación); o bien después del accertamiento, precisamente para recurrir del mismo (art. 12, territorial ad valorem). Se trata de poderes excepcionales, pues lo normal es que tales recursos sean diferidos al momento en que el impuesto se fija concretamente (art. 33 y 34, renta; 23, ventas). Pero es explicable la excentricidad en el caso del impuesto territorial "ad valorem", ya que gravando éste el "valor venal" de los fondos, tiene su punto culminante, no en la fijación del tributo, que constituye una tarea simplísima, sino en el avalúo, cuya determinación formal por la Oficina constituye en el procedimiento relativo a ese impuesto el accertamiento de la base imponible (art. 24).

Fase integrativa de eficacia: acabo de mencionar un caso en que la obtención de la base imponible del tributo adquiere tal relieve que, a su lado, queda oscurecida la última fase del procedimiento, tanto desde el punto de vista de la realidad normativa (en efecto, el acto de fijación del impuesto apenas es mencionado incidentalmente en los arts. 23 y 24, territorial) como en la práctica administrativa; pero eso no resta a dicha fase la importancia que tiene dentro del iter procedimental, ni para el caso visto, ni para los otros impuestos directos.

En efecto, en cumplimiento de dicha fase el ente "liquida" o determina el monto concreto del impuesto, lo cual hace, como es sabido, sobre la base del accertamiento, es decir, aplicando a la base imponible ya determinada en la fase precedente, la tarifa contenida en la ley (art. 14, renta; 24, territorial; 12, ventas). Operación que se presenta muy sencilla desde el punto de vista práctico, pero cuya importancia desde el punto de vista jurídico es enorme: el caso es que la fijación del tributo concreto es el

acto culminante del procedimiento, ante el cual las etapas anteriores se presentan como meros instrumentos de su realización. De ahí que la fijación del impuesto (conocida en la doctrina italiana como "acto de imposición")⁽³⁸⁾ sea "integrativa de eficacia", pues consolida la precedente actuación de la oficina en orden al ejercicio de su función administrativa impositiva para el caso concreto, al eliminar para siempre la posibilidad de una caducidad (también para el caso concreto) del complejo de poderes a través de los cuales aquella función se actualiza (art. 28, renta; 22, ventas). Pero sin lugar a ninguna duda el efecto más notable de aquel acto de imposición es la constitución ex novo del crédito tributario.

Tampoco me parece que en esta fase pueda encontrarse, como contenido de la función administrativa impositiva, otra cosa que una típica posición activa de poder-deber a cargo de la Oficina. Si bien el particular involucrado en el procedimiento deviene "contribuyente" en acto, es decir, por una suma líquida, y está dotado de poderes para impugnar por revocación (en vía administrativa) o anulación (en el contencioso-tributario) aquel acto de imposición, tal poder que le es acordado nace precisamente como consecuencia del acto de imposición, de modo que no puede subentrar en el esquema estructural de éste. Y el discurso no cambia nada si en vez de asumir aquel poder de impugnación como el instrumento para la tutela de un interés legítimo, se lo considera en función de un derecho subjetivo (el de propiedad?) eventualmente violado, pues tal hipotética violación no sería sino consecuencia del ejercicio (ilegal) de la función administrativa impositiva.

C.- Establecido lo anterior, parecería ya fácil caracterizar la situación jurídica subjetiva del Ente que constituye lo que he llamado el "crédito impositivo". Este no sería otra cosa que un verdadero "derecho subjetivo", cuyo contenido estaría conformado, por una parte mediante una posición activa de "deber" (obligación) a cargo del contribuyente, y por la otra mediante una posición inactiva del ente mismo. Idea que se reafirma observando además que, al igual que ocurre en los típicos derechos subjetivos de crédito, la actualización por parte del contribuyente de su posición de deber (es decir, el cumplimiento de la prestación impositiva) bastaría para realizar la finalidad fiscal en función de la cual aquél

(38) A. BERLIRI, *Principii di diritto tributario*; Milano, 1957; Vol. III, pág. 277 y ss.; E. ALLORIO, *Nuove riflessioni sulla teoria generale del processo tributario*, en "Problemi di diritto"; Milano, 1957; Vol. III, pág. 361 y ss.

derecho existe, sin que el ente titular del mismo tenga nada que hacer al respecto. Y para negar el carácter de derecho subjetivo de esta última situación jurídica en que el Estado se encuentra, no serviría señalar la indisponibilidad del crédito de impuesto, en contraste con los típicos derechos de crédito, de los cuales el titular sí puede disponer. Lo cierto es que, si bien se observa, el poder de disposición no es un elemento integrante del derecho de crédito, sino que es independiente de éste: ambos pueden aparecer unidos (lo que ocurre de ordinario en la esfera privada) pero nada impide que, como en el caso del crédito impositivo, el Estado pueda ser titular de derechos subjetivos de crédito sin poseer a la vez el poder de disponer libremente de ellos.

SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Lic. ISRAEL HERNANDEZ M.

INTRODUCCION:

El Impuesto sobre la Renta, como todos los derechos, se extingue por el transcurso del tiempo. En Costa Rica este aspecto se ha regido por dos disposiciones legales: los artículos 28 de la ley de Impuesto sobre la Renta y el 868 del Código Civil. No obstante, las reformas introducidas al citado artículo 28, por vía de nueva redacción total, enmarcadas en sendos errores judiciales de interpretación apreciables en la primera y una de las últimas sentencias de importancia, ha producido 19 distintos casos de prescripción, que a continuación trataré de clasificar para efectos de estudio y más fácil exposición.

CLASIFICACION:

Podemos distinguir en la historia del Impuesto sobre la Renta vigente, tres etapas separadas por dos reformas legales:

PRIMERA ETAPA:

Se inicia con la promulgación de la ley de Impuesto sobre la Renta vigente, número 837 del 20 de diciembre de 1946, termina con la reforma introducida a la ley en el año 1954 y cubre los periodos fiscales siguientes:

- Nº 17 (1º de octubre de 1946 al 30 setiembre de 1947)
- Nº 18 (1º de octubre de 1947 al 30 setiembre de 1948)
- Nº 19 (1º de octubre de 1948 al 30 setiembre de 1949)
- Nº 20 (1º de octubre de 1949 al 30 setiembre de 1950)

- Nº 21 (1º de octubre de 1950 al 30 setiembre de 1951)
- Nº 22 (1º de octubre de 1951 al 30 setiembre de 1952)
- Nº 23 (1º de octubre de 1952 al 30 setiembre de 1953)

SEGUNDA ETAPA:

Se inicia con la promulgación de la ley número 1789 del 18 de setiembre de 1954, en la cual se reformaron varios artículos de la ley de Impuesto sobre la Renta, termina con la vigencia de la ley número 3063 del 14 de noviembre de 1962, y cubre los siguientes períodos fiscales:

- Nº 24 (1º de octubre de 1953 al 30 setiembre de 1954)
- Nº 25 (1º de octubre de 1954 al 30 setiembre de 1955)
- Nº 26 (1º de octubre de 1955 al 30 setiembre de 1956)
- Nº 27 (1º de octubre de 1956 al 30 setiembre de 1957)
- Nº 28 (1º de octubre de 1957 al 30 setiembre de 1958)
- Nº 29 (1º de octubre de 1958 al 30 setiembre de 1959)
- Nº 30 (1º de octubre de 1959 al 30 setiembre de 1960)
- Nº 31 (1º de octubre de 1960 al 30 setiembre de 1961)
- Nº 32 (1º de octubre de 1961 al 30 setiembre de 1962)

TERCERA ETAPA:

Se inicia con la promulgación de la ley número 3063 del 14 de noviembre de 1962; se encuentra actualmente en plena vigencia y cubre los períodos fiscales posteriores al Nº 32.

CARACTERISTICAS DE CADA PERIODO

PRIMERA ETAPA:

I — Régimen jurídico.

En esta etapa el artículo 28 de la ley citada sólo preveía el término de extinción correspondiente a las diferencias de impuesto encontradas por la Tributación Directa al revisar las declaraciones de renta presentadas por los contribuyentes y para el impuesto

fijado de oficio por la Tributación Directa al omitir los contribuyentes la presentación de sus declaraciones; los regímenes de caducidad aplicables eran los siguientes:

II — Diez años

1) Para las diferencias de impuesto establecidas por la Tributación Directa, al examinar declaraciones de renta manifiestamente falsas o incompletas presentadas por los contribuyentes.

2) Para el impuesto establecido de oficio por la Tributación Directa, por haber omitido el contribuyente la presentación de sus declaraciones de renta.

3) Para el impuesto original resultante de las declaraciones de la renta presentadas por el contribuyente. Este período de extinción no resulta del mencionado artículo 28 sino del artículo 868 del Código Civil, por haberse omitido en la ley de Impuesto sobre la Renta el establecimiento de un plazo específico para extinción de este tipo de obligación fiscal.

III — Tres años

Para las diferencias de impuesto establecidas por la Tributación Directa, al examinar declaraciones de renta que no pueden ser calificadas de “manifiestamente falsas” o “incompletas”.

IV — Punto de partida para el cómputo de la caducidad (Casos del artículo 28)

Tanto el texto original del artículo 28 promulgado en 1946, como la reforma de 1954 y la redacción vigente de 1962, han señalado el punto de partida para el cómputo de los términos, utilizando la ambigua frase de: “desde la expiración del año en que el impuesto haya debido pagarse”; esto ha creado una verdadera confusión, por cuanto la ley no define lo que debe entenderse por “año”. Para todos los años anteriores a la vigencia de la reforma decretada en 1962 hubo divergencias de criterio en cuanto a lo que debía entenderse por “terminación del año” en que el impuesto debía pagarse.

Así el Tribunal Fiscal Administrativo siempre entendió que "año" significaba de conformidad con el artículo 1º, inciso c), del reglamento a la ley de Impuesto sobre la Renta, "período fiscal" o "lapso que media entre el 1º de octubre de un año y el 30 de setiembre del siguiente". Para el Tribunal dicho el año termina el 30 de setiembre y el cómputo de la caducidad se inicia el 1º de octubre de cada año. La Sala Segunda Civil de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior Civil y la Sala de Casación en algún caso⁽¹⁾ al hablar de "año" se refieren al "año calendario"; en consecuencia este concluye el 31 de diciembre, y el cómputo de la prescripción se inicia a partir del 1º de enero.

CUADRO COMPARATIVO DE LAS DIVERSAS INTERPRETACIONES SEÑALADAS

Ejemplo con el período 23 en 3 años de plazo

Fecha de pago	Inicio del cómputo	Vencimiento del término
---------------	--------------------	-------------------------

Tribunal Fiscal

Administrativo

Sala 2a. y Tribunal

Superior

Feb.-Marzo/54	30 Set./54	30 Set./57
---------------	------------	------------

Feb.-Marzo/54	31 Dic./54	31 Dic./57
---------------	------------	------------

V — En busca de una interpretación única.

Impuesto resultante de resoluciones administrativas.

a) Si tomamos en cuenta que el artículo 1º del reglamento a la ley de Impuesto sobre la Renta, define "año", como "período fiscal", o "plazo comprendido entre el primero de octubre de un año y el 30 de setiembre del siguiente" (usando en la definición el término que se está definiendo), hay base legal suficiente para interpretar que "la expiración del año", significa la terminación del período fiscal..."

b) Los tribunales judiciales a su vez, interpretando el artículo 28 de la ley, han considerado que al hablarse de año, el referido

(1) 13:55 hrs. del 7 de Setiembre de 1962.

artículo se está refiriendo a un "año natural" comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre. Así la expiración del año en que el impuesto haya debido pagarse significa: desde el 31 de diciembre... En sentido general parece que tan lógica es esta interpretación dada al artículo mencionado como la que le han dado los tribunales administrativos; pero la que comentamos es jurídicamente incorrecta, por cuanto el "reglamento", que contiene disposiciones generales dictadas por el Poder Ejecutivo en uso de facultades jurídicas dispone la forma de interpretación, y los tribunales deben acatarla, salvo que previamente declaren la ilegalidad de la disposición, lo que no ha ocurrido en este caso.

En ninguna de las resoluciones que se hace caso omiso de lo dispuesto por el Reglamento a la ley, se ha hecho referencia a la disposición de comentario para insinuar siquiera su ilegalidad.

En este trabajo utilizamos como punto de partida para el cómputo de la prescripción, el 31 de diciembre de cada año, por cuanto ese es criterio que se ha generalizado en los tribunales comunes. La reciente sentencia de Casación⁽¹⁾ en que se utiliza otro punto de partida no ha sido secundada por los tribunales y como lo veremos al final, no podría aplicarse sino en uno solo de los casos que eventualmente pueden plantearse en esta materia.

c) Impuesto originado en declaraciones presentadas por el contribuyente. Se analizará más adelante.

SEGUNDA ETAPA:

I — Régimen jurídico

Las disposiciones legales aplicables en esta etapa son: el artículo 28 según la redacción promulgada en 1954; el transitorio de dicho artículo promulgado en 1962 y el artículo 868 del Código Civil; para efectos de estudio es necesario dividirlo en tres grupos:

II — Períodos 24 - 25 no afectados por el transitorio del artículo 28,

Por cuanto el término mayor de caducidad ya se había aprobado al promulgarse la ley 3063 de 1962.

(1) 16 hrs. del 5 de abril de 1966.

1.- CINCO AÑOS.

a) Para el impuesto establecido por la Tributación Directa al examinar declaraciones de renta "falsas o maliciosamente incompletas". En la ley anterior este mismo término era de 10 años, y ahora, al subir las tarifas ese extenso término de prescripción se habría convertido en una verdadera espada de Damocles gravitando sobre el patrimonio de los contribuyentes; posiblemente para moderar estos efectos, el plazo fue reducido a la mitad.

b) Para el impuesto establecido de oficio por la Tributación Directa por haber omitido el contribuyente la presentación de sus declaraciones.

2.- TRES AÑOS.

Para el impuesto establecido por la Tributación Directa al examinar declaraciones de renta presentadas por los contribuyentes, que no merecen el calificativo de "falsas" o "maliciosamente incompletas".

3.- DIEZ AÑOS

Para el impuesto resultante de las declaraciones de renta presentadas por el contribuyente. Este período resulta del artículo 868 del Código Civil, por haberse omitido contemplar este caso en la reforma que estamos comentando.

III — Períodos 26 y 27, con prescripción larga afectada por el transitorio 1º del artículo 28.

El transitorio I del artículo 28 dice textualmente: "los impuestos atrasados, que no hayan sido pagados, no prescribirán en un término menor de tres años, a partir de la vigencia de esta ley, excepto que se opere la prescripción decenal de la deuda dentro de ese plazo".

Con motivo de esta disposición legal, el plazo de caducidad de cinco años correspondiente a los períodos 26 y 27, que caía respectivamente el 31 de diciembre de 1962 y 1963, fue prorrogado hasta el 16 de noviembre de 1965, no resultando afectados los casos de prescripción corta correspondientes a esos mismos períodos; en consecuencia los términos de caducidad aplicables son los siguientes:

1.- OCHO Y SIETE AÑOS

a) Que vencen el 16 de noviembre de 1965 para los períodos 26 y 27 respectivamente; en cuanto al impuesto establecido por la Tributación Directa al examinar declaraciones de renta "falsas o maliciosamente incompletas".

b) Para el impuesto establecido de oficio por la Tributación Directa, al haber omitido el contribuyente la presentación de sus declaraciones de renta; el cómputo de estos términos se inicia los 31 de diciembre de 1957 y 1958 respectivamente para los períodos 26 y 27 y vence el 16 de noviembre de 1965.

2.- TRES AÑOS

Para el impuesto establecido por la Tributación Directa al examinar declaraciones de renta presentadas por los contribuyentes, que no merecen el calificativo de "falsas o maliciosamente incompletas".

3.- DIEZ AÑOS

Para el impuesto resultante de las declaraciones presentadas por el contribuyente, de conformidad con el artículo 868 del Código Civil.

IV — Período 28.

Con prescripciones larga y corta afectadas por el transitorio I del artículo 28.

1.- SEIS AÑOS

a) Que se cuentan entre el 31 de diciembre de 1959 y el 16 de noviembre de 1965, en cuanto al impuesto establecido por la Tributación Directa, al examinar declaraciones de renta "falsas o maliciosamente incompletas". Este plazo vencía el 31 de diciembre de 1964 y la referida disposición lo prorrogó hasta el 16 de noviembre dicho.

b) Para el Impuesto fijado de oficio por la Tributación Directa al omitir el contribuyente la presentación de sus declaraciones.

Según el texto original este plazo se iniciaba el 31 de diciembre de 1959 y vencía el 31 de diciembre de 1964, pero el transitorio dicho extendió el plazo hasta el 16 de noviembre de 1965.

c) Para las diferencias de impuesto establecidas por la Tributación Directa al examinar declaraciones de renta presentadas por los contribuyentes que no merecen el calificativo de "falsas o maliciosamente incompletas".

Según el texto original, este período de caducidad iniciado el 31 de diciembre de 1959 caduca el 31 de diciembre de 1962, pero el transitorio prorrogó el término hasta el 16 de noviembre de 1965.

2.- DIEZ AÑOS

Para el impuesto originado en declaraciones de renta, según el citado artículo 868 del Código Civil.

V — Períodos 29 y 30

Con prescripción corta afectada por el transitorio I del artículo 28.

1.- CINCO AÑOS

a) Para las diferencias de impuestos establecidas por la Tributación Directa al revisar declaraciones "falsas o maliciosamente incompletas".

b) Para el impuesto fijado de oficio por la Tributación Directa al omitir el contribuyente la presentación de sus declaraciones de renta.

2.- CINCO Y CUATRO AÑOS

Para las diferencias de impuesto determinadas por la Tributación Directa al examinar declaraciones que no pueden calificarse de "falsas o maliciosamente incompletas". El cómputo de estos términos en los períodos 29 y 30 se inicia los 31 de diciembre de 1960 y 1961 respectivamente y vence el 16 de noviembre de 1965.

3.- DIEZ AÑOS

Para el impuesto originado en declaraciones de renta presentadas por los contribuyentes.

(Ver apéndice I).

TERCERA ETAPA

Mediante ley número 3063 del 14 de noviembre de 1962 se modificó la ley de la renta, en forma tal que dentro del mismo año fuera posible obtener la recaudación de dos cuotas anuales de impuesto, y atenuar así las consecuencias de un grave déficit presupuestario, que soportaba el gobierno en aquel momento. Para ese efecto se cambió la fecha de pago de impuesto y a la vez se le dio nueva redacción al artículo 28, aprovechando la coyuntura se hizo la diferencia entre el plazo concedido al Estado para la "determinación del impuesto", que la doctrina italiana denomina "Accertamento" y el término en que prescribe el crédito del estado resultante de la declaración de renta presentada por el contribuyente o de las resoluciones administrativas que lo han fijado. Los términos son los siguientes:

I — Para el Accertamento

1.- CINCO AÑOS

a) Para que Tributación Directa determine de oficio el impuesto que deben pagar quienes no han presentado su declaración de renta.

b) Para que Tributación Directa determine las diferencias que deben pagar los contribuyentes que han presentado declaraciones calificadas de hechas con evidente "mala fe".

2.- TRES AÑOS

Para determinar cualquier diferencia, en declaraciones de renta que no puedan ser calificadas como "hechas con evidente mala fe".

Todos estos términos se contarán desde la "expiración del año en que el impuesto haya debido pagarse", o sea desde el 31 de diciembre inmediato posterior al vencimiento del período Fiscal.

II — La prescripción de los créditos del Estado por razón de impuesto previamente determinados quedó regulada así:

1.- CINCO AÑOS

a) Para las diferencias de impuesto establecidas por la Tributación Directa al examinar las declaraciones de renta hechas por los contribuyentes "Con Evidente mala Fe".

b) Para el impuesto establecido de oficio por la Tributación Directa, por haber omitido el contribuyente la presentación de sus declaraciones de renta.

c) Para el impuesto resultante de las declaraciones presentadas por el contribuyente. Por vez primera en la historia del impuesto se legisló sobre el término de extinción correspondiente a impuesto fijado por el contribuyente en su declaración. Estos términos se contarán desde la expiración del año en que el impuesto haya debido pagarse si se trata de impuesto originado en las declaraciones de renta presentadas por el contribuyente, o desde la firmeza de la resolución administrativa que lo haya determinado tratándose de fijaciones o modificaciones hechas por la Tributación Directa.

2.- TRES AÑOS

Para las diferencias de impuesto establecidas por la Tributación Directa al examinar las declaraciones de renta que no puedan ser calificadas como hechas con "evidente mala fe".

CASO ESPECIAL

La sentencia de Casación dictada a las 16 horas del 5 de abril de 1966, dice en lo conducente: "...Y examinando los distintos períodos reclamados como caducos a la luz de los artículos 23, 29, 50, y 52 de la ley sobre el Impuesto de la Renta que cita el

recurso que se atiende, vemos que los plazos respectivos han transcurrido ventajosamente todos ellos, pues con respecto al número 23 (1952-1953) tomando en cuenta los diez años debió hacerse el cobro conforme al artículo 50 referido a partir del mes de mayo de 1954 para evitar que la caducidad se produjera el 1º de junio de 1964; y respecto al período 26 (1955-1956), tal como debió realizarse a partir del mes de mayo de 1957; no llevado a cabo, la caducidad se operó el primero de junio de 1962, pues el plazo era de cinco años conforme a la ley vigente en la época, reformativa del artículo 28, sea la número 1789 de 18 de setiembre de 1954. Los períodos 24 y 25, como anteriores que son al 26, deben en consecuencia quedar también comprendidos en la caducidad..."

En ella se hace el cómputo inicial de la prescripción desde el 1º de junio de cada año, lo que es enteramente novedoso, cambia totalmente la jurisprudencia anterior emanada de ese mismo alto tribunal, y no es de aplicación general, por lo que a continuación se podrá ver:

El impuesto sobre la renta se determina mediante dos procedimientos: a) Por declaración de rentas que hace el contribuyente, y b) Por resolución administrativa que lo determina, o aumenta de oficio al revisar declaraciones presentadas con anterioridad.

a) El impuesto originado en declaraciones de renta, por disposición del artículo 29 de la ley, debía ser pagado en cuanto a los períodos 32 y anteriores, en febrero y marzo de cada año; consecuentemente si no es cancelado en esa época el contribuyente se encuentra en mora y desde el primero de abril comienza a contarse el término de prescripción.

Como el artículo 50 de la ley disponía que el cobro judicial habría de iniciarse a partir del mes de mayo de cada año, es factible entender como lo hace la Sala de Casación en la sentencia citada, también que el término de prescripción debe contarse a partir del primero de junio, ya que antes de esa fecha el Estado se encuentra imposibilitado legalmente para gestionar el cobro y "al que tiene justa causa, no le corre término".

No obstante lo anterior, por ley número 2393 del 16 de julio de 1959, (ley de fiscales específicos), el referido artículo 50 fue derogado, estableciéndose en el artículo 5º la obligación para la Tributación Directa de realizar el cobro judicial tan pronto tuviera

conocimiento de que los deudores del fisco se encuentran en mora. Consecuentemente el impuesto resultante de declaraciones de renta, que debía pagarse con posterioridad a la promulgación de dicha ley, sean los períodos números 29 y 30, y 31 y 32 podían ser cobrados judicialmente desde el primero de abril respectivo y ya no le era aplicable la implícita moratoria prevista en el artículo 50 de comentario.

Como es lógico, tampoco tiene validez tal criterio para los períodos 33 y siguientes, al encontrarse amparados por la ley número 3063 que tácitamente señala como punto de partida para el cómputo de la prescripción, el vencimiento al plazo señalado para la cancelación del impuesto procedente de las declaraciones.

b) Para la caducidad de los impuestos determinados mediante resolución administrativa, rigen los plazos previstos expresamente por el artículo 28 de la ley citada.

c) En consecuencia el cómputo de la prescripción en la forma que se hace en la sentencia de Casación comentada, sólo sería factible cuando se reúnen las siguientes condiciones:

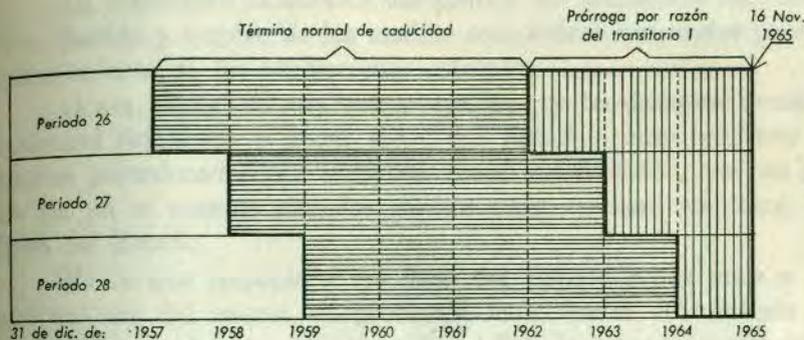
- a) que se trate de períodos anteriores al número 29,
- b) que se trate de impuesto declarado por el contribuyente.

La litis fenecida mediante esa sentencia, no reunía las condiciones antes indicadas; en consecuencia dicha resolución no constituye un antecedente ortodoxo adecuadamente ilustrativo sobre esta materia.

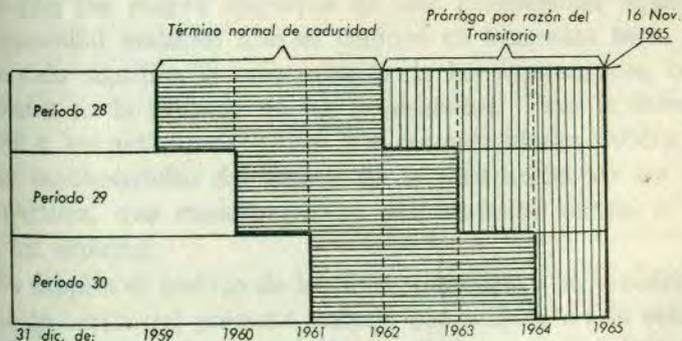
ANEXO I

CADUCIDAD DE LOS PERIODOS FISCALES AFECTADOS POR EL TRANSITORIO I DEL ARTICULO 28

Plazo largo, de cinco años



Plazo corto, de tres años



La estructura financiera comprende los elementos de obtención, gestión y empleo de los medios económicos necesarios para el cumplimiento de las atribuciones estatales.

Opera, dentro de esa estructura, lo que ha dado en llamarse actividad financiera o poder fiscal del Estado, como conjunto de medios preordenados por el Estado para sus finanzas, que no son un fin en sí mismos sino los medios para realizar sus fines, los fines del Estado.

En lo que respecta a los fines del Estado y por ende a las atribuciones del mismo, el problema halla razón vinculatoria en la clase de relaciones existentes entre el Estado y sus administrados, ya que las necesidades, en sentido amplio, son satisfechas o deben serlo, tanto por la acción estatal como por la acción particular⁽¹⁾.

El Estado, como óptima aspiración, debe estructurarse en el más hábil engranamiento de sus funciones, asegurar a todos la libertad de cuerpo y alma, cuyo límite es la libertad —o la seguridad—, de los demás y permitir que, con ese debido ordenamiento, se consigan las etapas sucesivas de una prosperidad equilibrada. La prosperidad material que se traduce en bienestar sería incompleta y sólo significa la más urgente de las aspiraciones, como la salud física es la primera de las necesidades. Pero la salud debe aplicarse a las actividades útiles y a las actividades nobles, en las energías sentimentales del arte y de la ilustración, en las fuerzas de la cultura, que constituyen su pensamiento rector, o por lo menos, su espíritu.

Es amplio el ámbito de los fines estatales y su estudio queda fuera de la órbita del presente trabajo que se refiere a la estructura financiera dentro de la cual se desarrolla la actividad financiera o poder fiscal del Estado.

(1) Gabino Fraga. Derecho Administrativo.

Como objetivos de la actividad financiera pueden indicarse, en forma resumida, los siguientes:

- a) Sostener el mecanismo administrativo fundamental del Estado;
- b) Prestar a los administrados los servicios pertinentes;
- c) Mejorar las condiciones culturales y sociales no sólo en las finalidades concretas como la educación y la salubridad, sino también en las finalidades sociales generales;
- d) Promover el desarrollo económico, ya sea por la acción directa en la actividad del gobierno como por la acción indirecta a través del efecto conjunto que su actividad ejerce sobre el sistema económico;
- e) Estabilizar la economía del Estado compensando las fluctuaciones de la actividad económica general.

—oOo—

En términos muy generales y desde un punto de vista de economía, la estructura financiera es una riqueza. Con ese criterio, el fenómeno financiero ha venido siendo considerado como perteneciente al estudio de la economía. De ahí que los tratadistas y seguidores de la ciencia económica se insinuaran en los más variados aspectos de la adecuación de la riqueza a los fines estatales. Morselli⁽²⁾ dice al respecto: "...existe un núcleo de problemas de inmediata relación con la riqueza y sus fines, en virtud de los que se origina la actividad financiera y a los que, por tanto, se aplica la teoría, constituyéndose en ciencia de las finanzas. En suma, el problema financiero, que puede ser tanto público como privado, es el problema de la **riqueza para los fines** del sujeto; el problema económico es el problema del **destino de la riqueza**. El segundo es deliberado y surge del primero; pero, aun así, la línea de unión marca también la línea distintiva de los hechos y de los conceptos. Por esto la distinción entre privado y público se presenta, desde la existente entre economía privada y economía pública, a la que hay entre los hechos financieros privados y los hechos financieros públicos. De donde lo que primeramente es una separación de

(2) Emanuele Morselli. Los presupuestos científicos de la Hacienda Pública.

hechos, independientemente de la cualidad del sujeto, ahora se reconduce a la distinción, que siempre se ha tratado de indagar y que nosotros hemos investigado, entre lo que sucede en la esfera privada y lo que tiene lugar en la pública. Financieramente, la distinción se vuelve a encontrar en la cualidad de los fines, que repite la calidad del sujeto; no, por lo tanto, y supuesto que sea únicamente el individuo el sujeto real de los hechos financieros, en la diversidad de los medios de acción, libres por una parte, coactivos por otra".

Por su parte, ha dicho Capograssi⁽³⁾:

"El Derecho se presenta frente a la Economía con su autonomía, con sus criterios, con una vida propia, con un propio e independiente desarrollo, al cual la misma Economía ha debido adaptarse, y que más bien ha dominado y domina al mismo proceso económico, obligándole a direcciones distintas de aquellas que la lógica económica requeriría".

El Derecho es uno de los intentos racionales de organización de la vida humana. De todas las actividades moralizadoras, el derecho es la más empeñada en querer discutir y comprender. Los tribunales discuten los actos; la opinión pública, las leyes. Pero el derecho aplica a las cuestiones la cautela, la duda, la discusión, la interminable discusión jurídica.

—oOo—

La actividad financiera, el poder fiscal, es ejercido, evidentemente, por órganos de carácter público que representan esferas representativas de la personalidad estatal. Además, la actividad financiera da origen a relaciones de carácter imperativo entre tales órganos, es decir, el Estado, y los administrados.

De lo anterior se deriva, de modo necesario, la necesidad de la existencia del fundamento jurídico de la actividad financiera, de la exigencia de un conjunto de normas que exterioricen tal actividad. Ese imperativo, en la mayoría de los casos, se cumple en diversidad de ordenamientos jurídicos.

Desde luego, es en la Carta Fundamental, es en la Constitución, el cuerpo legal donde debe situarse el fundamento de la actividad financiera.

(3) Citado por Narciso Amorós. Derecho Tributario.

En nuestra Constitución Política (7 de noviembre de 1949), se establecen las siguientes disposiciones:

Artículo 18. — Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y **CONTRIBUIR PARA LOS GASTOS PUBLICOS.**

Artículo 19. — Los extranjeros tienen los *mismos deberes* y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen...

Artículo 121. — Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa:

- 11) Dictar los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República.
- 13) Establecer los impuestos y contribuciones nacionales, y autorizar los municipales;
- 14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación.
- 15) Autorizar al Poder Ejecutivo para negociar empréstitos y celebrar otros convenios similares que se relacionen con el crédito público, así como aprobar o improbar los que hubieran sido concertados...
- 17) Determinar la ley de la unidad monetaria y legislar sobre la moneda, el crédito, las pesas y medidas. Para determinar la ley de la unidad monetaria, la Asamblea deberá recabar previamente la opinión del organismo técnico encargado de la regulación monetaria;

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

- 7) Disponer la recaudación e inversión de las rentas nacionales de acuerdo con las leyes;
- 15) Enviar a la Asamblea Legislativa el Proyecto de Presupuesto Nacional en la oportunidad y con los requisitos determinados en esta Constitución;

Artículo 176. — El presupuesto ordinario de la República comprende todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados de la Administración Pública, durante el año económico. En ningún caso el monto de los gastos presupuestados podrá exceder el de los ingresos probables...

Artículo 180. — El presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo...

En forma somera, dentro de los preceptos transcritos, que considero los determinantes de la estructura financiera del Estado, se aprecian los siguientes extremos:

a) Un **DEBER DE CONTRIBUIR**, tanto para costarricenses como para extranjeros, como norma constitucional básica para la imposición pecuniaria como manifestación del poder fiscal. A ese poder están sometidos⁽⁴⁾ “por vinculaciones políticas los ciudadanos que contribuyen aun cuando no residan o no desarrollen su actividad en el territorio nacional. Por relaciones sociales lo están todas las personas, incluso los extranjeros, que residen en el Estado y gozan de su protección. Por relaciones económicas están sometidos todos aquellos que desarrollan una actividad económica en el territorio nacional y gozan de los servicios del Estado, aunque residan en el extranjero. Finalmente, el poder del Estado se ejerce sobre los contribuyentes en razón de sus ventajas especiales. Además de las personas físicas, están sujetas al poder fiscal las entidades constituidas por comunidades de intereses y de personas, con personalidad jurídica o sin ella, ya que para estar sometidos a ese poder no son necesarios los requisitos que establece el Código Civil o el derecho público para reconocer las aptitudes para contraer obligaciones voluntarias”.

Es la concepción del poder de imposición,⁽⁵⁾ como la posibilidad de hecho y de derecho que tienen los entes públicos territoriales para establecer impuestos. Una especie de emanación de la soberanía territorial o sea del señorío o dominio que el Estado tiene sobre las personas y las cosas que se encuentran en su territorio o en el de los entes públicos dependientes de la autoridad estatal. Concebido el poder tributario como algo incondicional y abstracto, presenta sin embargo⁽⁶⁾ mediante la nota de territorialidad, limitaciones que no surgen de su anterior construcción conceptual, sino en razones de oportunidad y eficacia material. Es lógico que el poder de imposición, como la soberanía política, sólo sea posible en aquel territorio o en aquella nación a donde llegan o ejercen poder los agentes y los instrumentos de ejecución de esa soberanía.

Desde luego, el ideal de justicia debe satisfacerse en la materia impositiva. No entramos en estos apuntes en mayores comentarios al respecto por ser un punto que, además de no corresponder a la concreción de este trabajo, ha sido y lo será, enormemente debatido por figuras científicamente descolantes y con criterios total o parcialmente opuestos, basados en las enormes dife-

(4) Benvenuto Grizziotti. Principios de Ciencias de las Finanzas.

(5) Blumenstein. Sistema di Diritto delle Imposte.

(6) Narciso Amorós. Derecho Tributario.

rencias conceptuales de sus especulaciones. "... yo no puedo afirmar que he dado mi consentimiento por el solo hecho de haber nacido", dijo Locke; "...el hombre no solamente se hace deudor de sus contemporáneos en el transcurso de la vida, sino que lo es desde el día de su nacimiento", dijo Bourgeois. Antítesis que me permito citar a guisa de ejemplo.

Bastará simplemente, en lo que al ideal de justicia se refiere, hacer mención de los postulados de generalidad y de igualdad.

El postulado de generalidad no ofrece mayores complicaciones y puede ser formulado tanto positiva como negativamente expresándose que "si en principio todos se encuentran en la obligación de contribuir, también en principio nadie debe quedar exento de la obligación de contribuir".

El postulado de igualdad, dentro de la materia que nos ocupa y como derivación de la tradicional norma de la Constitución Política, podría formularse así: "Si en principio todo hombre es igual ante la ley, también en principio todo hombre es igual ante el deber de contribuir".

Este concepto de igualdad, que desde luego no consiste en una simple "igualdad numérica" es de profundo y apasionante interés, siendo nutrido el acervo doctrinario al respecto, así como constante la elaboración de doctrinas. Desde la existencia del conocimiento humano, el problema de la igualdad humana ha cautivado la atención de los pensadores. Resulta de particular significación, por las implicaciones que de ella pueden hacerse, la concepción aristotélica al respecto:

"Igualdad es conceder cosas iguales a los que son iguales entre sí, y cosas distintas a los que no son iguales"⁽⁷⁾.

b) Principio de LEGALIDAD. Por el cual la actividad financiera queda sometida en forma expresa a la ley fiscal, para garantizar la seguridad jurídica de los administrados a quienes afectan las normas impositivas. Es una sumisión de la actividad financiera a la ley⁽⁸⁾ de tal manera que sólo podrá hacerse lo que la Ley expresamente permite y no podrá extenderse a aquello otro aunque la Ley no lo prohíba. Se ha llegado a afirmar que la ideo-

logía y doctrina del Estado de Derecho supone una tendencia a vincular cada vez más estrechamente la actividad financiera a la Ley, haciendo de ella un simple poder de ejecución. Dentro de esta materia el principio de legalidad se justifica no sólo por las razones generales de seguridad jurídica que su aceptación supone, sino también porque con ello se logra una seguridad económica desde el punto de vista del Derecho de Propiedad que resulta el más afectado con las normas impositivas.

c) Principio de RESERVA LEGAL. Que es derivación determinada del principio de legalidad y con arreglo al cual las materias impositivas necesariamente deben regularse mediante una ley formal, de manera que se coarte a la administración la posibilidad de una amplia discrecionalidad capaz por ello de dar a la imposición alcances y derivaciones que hasta podrían alterar su propia naturaleza jurídica. Hay que considerar incluido dentro de este principio⁽⁹⁾, todas aquellas obligaciones que representen un ingreso para el Estado. Esta consideración incluiría tanto los ingresos obligatorios como los no obligatorios. Es necesario, evidentemente, que en la norma impositiva estén desarrollados los presupuestos esenciales de la obligación, de tal manera que se concrete el sujeto, el hecho imponible, el objeto, la base impositiva, el tipo de gravamen, etc. Donde no se conozca o no se respete el principio de la propiedad privada, pierde importancia por consiguiente el principio de reserva legal.

d) ENAJENACION DE BIENES PUBLICOS. Se mantiene esa posibilidad de enajenamiento de bienes públicos como un verdadero resabio de las tendencias liberales del siglo pasado, que propugnaban la enajenación de las tierras por considerarlas explotaciones impropias del Estado. Por sobre todo, debe reconocerse que la propiedad estatal es una valiosa reserva para futuros planes de colonización y de política social. En lo que se refiere a las tierras, tanto en nuestro país como en la mayoría de las naciones, es escasa su importancia desde el punto de vista del ingreso estatal. En términos generales, la enajenación de bienes públicos viene a ser un ingreso derivado del esfuerzo de las generaciones pasadas⁽¹⁰⁾ y debe tener caracteres correspondientes a la naturaleza de los gastos extraordinarios tales como la transformación de capitales, para obras

(7) Aristóteles. Política. II.

(8) Narciso Amorós. Derecho Tributario.

(9) Narciso Amorós. Ob. cit.

(10) Grizziotti. Cif.

de gran utilidad pública, para extinguir la deuda pública e históricamente, cuando eran menores los otros recursos extraordinarios.

e) EMPRESTITOS. Tienen la virtud de suministrar al Estado el dinero, tomándolo de donde se halla disponible y donde es empleado con escaso rendimiento, respetando a la vez a los contribuyentes que tienen sus bienes vinculados a inversiones provechosas o cuyas rentas son apenas suficientes para la existencia. Frente al impuesto⁽¹¹⁾ el empréstito tiene la ventaja de poder utilizar las disponibilidades de los capitales extranjeros cuando el mercado extranjero disponga de capitales abundantes y convenientes que el mercado nacional no podría ofrecer. En esta hipótesis, el gasto extraordinario sólo puede cumplirse en virtud de empréstitos extranjeros. En el ámbito nacional, los fondos que el Estado obtiene mediante empréstitos, podrían también haberse canalizado en mayores inversiones, con otra finalidad, por parte de los administrados⁽¹²⁾. Aun los préstamos que se obtienen de los bancos comerciales pueden producir como efecto la elevación del tipo de interés, si los bancos deciden restringir el crédito para dedicar los fondos al empréstito estatal.

f) INVERSION DE LAS RENTAS NACIONALES. Para el privado, tiene mucha importancia que sus desembolsos sean inferiores o, al menos, que no sobrepasen a sus ingresos, mientras que, por lo contrario, un aumento de los gastos del Estado puede ocasionar un aumento del ingreso nacional mejorando la posición fiscal del Estado. La actividad financiera del Estado no es una conclusión que se puede determinar mediante el balance económico simple de los negocios del Estado como tal. No nos indicará si las medidas fueron apropiadas y provechosas para el bienestar común. Para Alvin H. Hansen,⁽¹³⁾ el punto de vista de que las inversiones estatales son "improductivas", en tanto que las inversiones privadas son "productivas", no resiste un análisis cuidadoso. Las inversiones oficiales, como las privadas pueden ser sólo creadoras de utilidad o pueden ser también creadoras de eficacia productiva. La construcción de un parque público, de una piscina, de una sala de conciertos, etc. puede originar una corriente de ingresos reales en la misma medida que la origina la instalación de una fábrica de aparatos de radio. Las inversiones públicas en los

(11) Grizziotti. Cif.

(12) Harold M. Somers. Finanzas Públicas e Ingreso Nacional.

(13) Alvin H. Hansen. Política Fiscal y Ciclo Económico.

bosques nacionales que tratan de evitar la erosión del suelo y las inundaciones, o la construcción de escuelas públicas, pueden contribuir, en la misma medida que las inversiones privadas en mejoras de maquinaria, a incrementar la eficacia productiva del trabajo. Las inversiones públicas hechas en forma adecuada, pueden, lo mismo que las inversiones privadas, ser creadoras de utilidad o a la vez creadoras de utilidad y de eficacia".

g) EL PRESUPUESTO. Es un verdadero control preventivo ejercido sobre la actividad financiera. Un conjunto de autorizaciones y de limitaciones en cuanto a la recaudación de los recursos y de autorizaciones y limitaciones para la inversión de aquellos o egresos. Se define,⁽¹⁴⁾ como el "documento jurídico y contable en el que se indican los recursos y los gastos del Estado en su monto correspondiente a un periodo de doce meses. El presupuesto, por sí solo, no puede informar la vida social y económica del Estado. De conformidad con la concepción contemporánea, es un instrumento documental, con eficacia para coordinar la ejecución de un programa planificativo general. Muñoz Amato⁽¹⁵⁾ expresa: "En contra de lo que muchas veces se da por sentado, el presupuesto no es el principal recurso de orientación programática; debe ser gobernado por planes de más amplio alcance que incluyan todas las fases destacadas del programa y cubra un plazo más largo del tiempo. No obstante, el presupuesto es muy útil como instrumento de planificación. Exige que el plan de acción se concrete en unidades financieras y que su desarrollo se revise periódicamente. No debe desperdiciarse en ese sentido. Lo que procede es convertirlo en un verdadero programa de corto plazo cuyas cifras estén articuladas en un conjunto de decisiones bien explícitas con toda la información necesaria".

Reiteradamente se ha dicho, desde Platón hasta nuestros días, que "la razón humana es una fuerza que aspira a la unidad". Dentro de su característica de "matización económica", la estructura financiera contenida en los aspectos normativos constitucionales que hemos indicado, se presenta con un esquema simple, a saber: Egresos, Ingresos y Presupuesto.

En una forma que reconozco como muy general y empírica por basarse en una panorámica apreciación, los preceptos constitu-

(14) Grizziotti. Cif.

(15) Pedro Muñoz Amato. Introducción a la Administración Pública.

cionales comentados en los apartes a), d) y e) se refieren a los INGRESOS estatales, sean: el deber de contribuir, la enajenación de bienes públicos, los empréstitos. El precepto comentado en el aparte f) se refiere a los EGRESOS por tratarse de la genérica "inversión de las rentas nacionales". AL PRESUPUESTO se refiere el somero comentario del aparte g). Los otros apartes b) y c) sobre los principios de LEGALIDAD y de su derivado RESERVA LEGAL, comentan aspectos de relevante importancia que no son exclusivos de la actividad financiera, sino que se encuentran en las más auténticas manifestaciones del Derecho Público. Conforme a tales principios no podrá tomarse ninguna decisión estatal que no se base en una norma general anteriormente promulgada y por extensión, que no podrá tomarse decisión alguna, ante la inexistencia de norma expresa.

La actividad financiera produce fuertes repercusiones, desde un punto de vista económico, extendiendo sus efectos a todas las esferas de la producción y del consumo. A pesar de que, como ha quedado indicado, tales efectos son en su mayor parte de relevancia económica, resulta también de interés evidente un por lo menos somero conocimiento de tales efectos para el conocimiento científico y para la acción legislativa en la materia.

Dentro del esquema muy genérico que me he permitido formular, referente a la estructura financiera con su unidad formada por los Egresos, Ingresos y Presupuesto, esbozaré algunos efectos económicos derivados de la actividad financiera.

EGRESOS

Los egresos estatales, corrientemente denominados como "gastos públicos", han ido creciendo constantemente. Este movimiento ascendente, que se ha llamado "necesidad financiera del Estado" y también con cierta exageración como: "ley de los gastos crecientes", se explica simplemente por el crecimiento de la población y por el hecho de que las entidades públicas han ido atribuyéndose cada vez nuevas funciones.

El efecto económico que tales egresos tienen puede ponerse de manifiesto considerando el hipotético caso de una donación de fondos por parte del Estado.

Podría ocurrir el caso de mera donación de fondos como ayuda directa y tendríamos con ello amplias repercusiones:⁽¹⁶⁾ quien recibe

(16) Harold M. Somers. Cif.

la ayuda directa dispone de poder adquisitivo para pagar su alquiler y comprar los bienes de consumo necesarios para sí y para su familia. De tal forma, los comerciantes y los propietarios de casas sentirán los efectos de aquel egreso a través de los pedidos de mercancías y del ingreso de los dineros del alquiler. Las industrias y el comercio mayorista experimentarán algunos de tales efectos. Las importaciones de materias primas y aun de productos terminados pueden considerarse, dentro del terreno de la posibilidad, como consecuencia del egreso estatal que aquí consideramos. Con una hipotética donación como ejemplo, podemos apreciar que resulta afectado el volumen económico de que se trate.

Entre los egresos corrientes, se encuentran los destinados a remuneraciones, es decir, al sostenimiento del sector burocrático, la compra de bienes y servicios y los que constituyen transferencias, o sea aportes a entidades o personas por los cuales no existe contraprestación alguno.

Los egresos en la burocracia ocasionarán el mismo género de efectos antes descritos⁽¹⁷⁾ pero no puede pasarse por alto la repercusión en el mercado de trabajo privado. Cuando el Estado contrata los servicios de oficinistas, de obreros, de profesionales, los efectos los sentirán diversas empresas e instituciones privadas. Por supuesto que el grado en que sientan estos efectos dependerá de la situación del mercado de trabajo en cada una de las categorías implicadas. Si la oferta de trabajo es escasa, a las empresas o instituciones privadas se les colocará en una situación bastante seria, como resultado de la política ocupacional. Si la oferta de trabajo, por lo contrario, es abundante, los efectos de una política de ocupación estatal son de importancia, para evitar la baja del poder adquisitivo. Si el personal empleado hubiere estado anteriormente sin ocupación, los efectos subsecuentes serían similares a los señalados antes para el caso de hipotética donación.

Si los egresos obedecen a adquisiciones estatales o a un programa de construcciones, surge un doble efecto simultáneo de poner poder adquisitivo a disposición de vendedores y de contratistas y de competencia en el mercado para la adquisición de materiales y de servicios personales⁽¹⁸⁾. La demanda de materias primas y productos terminados requiere, a su vez, servicios de transporte,

(17) Harold M. Somers. Finanzas Públicas e Ingreso Nacional.

(18) Harold M. Somers. Cif.

por lo que los efectos se dejarán sentir asimismo entre los fabricantes y distribuidores de diversas partes del país y todo repercutirá en los mercados de trabajo.

INGRESOS:

La actividad financiera puede manifestarse por medios fiscales o indirectos, así llamados porque simplemente procuran recursos para poder cumplir los fines y atribuciones. También puede manifestarse por medios extrafiscales o directos, que reciben esa denominación dadas sus finalidades proteccionistas o prohibicionistas. Se presentan casos con un carácter mixto, es decir, fiscal y extrafiscal a la vez. Por otra parte, cada percepción con fines fiscales lleva en sí misma modificaciones de la vida económica y social que, en una buena legislación, se trata de conformar lo más posible a los fines extrafiscales que se consideran aceptables⁽¹⁹⁾.

Son ingresos ordinarios, aquellos que fluyen al fisco en forma regular y permanente. Quedan comprendidos los ingresos tributarios, aquellos provenientes del sistema impositivo en que se manifiesta la coerción estatal; los ingresos no tributarios, los que se procura el Estado de una manera directa, desarrollando una actividad, explotando una empresa estatal con la finalidad de obtener una renta. Como ingreso extraordinario y sin sumirnos en distinciones ajenas a este estudio, consideraremos el empréstito.

Los ingresos tributarios, que en esta ocasión y para mayor simplicidad denominaremos genéricamente como impuestos, recaen sobre los administrados originando reducciones del consumo o del ahorro y aumentando los costos de producción.

Pueden, sin embargo, proporcionar también beneficios económicos con la redistribución de la riqueza que se opera. Así, el productor puede aumentar más que proporcionalmente los precios de los artículos, obteniendo una renta fiscal, y el administrado puede perfeccionar la producción, removiendo así el impuesto. De esta manera, después del tributo, ambos tienen mayor utilidad.

Se hace necesario considerar los problemas de la traslación y de la incidencia de los tributos⁽²⁰⁾, o sea, cómo se realiza el

(19) Grizziotti. Cif.

(20) Benvenuto Grizziotti. Cif.

proceso para establecer si soportan la carga del impuesto los llamados por la ley a pagarlo o si lo soportan otras categorías de personas. Es oportuno también considerar las consecuencias desde el punto de vista del bienestar económico y social del país, —todo en relación con sus efectos extrafiscales y con los gastos públicos.

Desde el momento de aplicación de los impuestos, hasta las últimas consecuencias que se producen desde un punto de vista económico, se pueden observar cuatro momentos típicos en el proceso de adaptación, con los consiguientes efectos económicos, revestidos de un particular interés.

1º) Percusión o Impacto.

Conforme a Grizziotti⁽²¹⁾, es el acto por el cual el tributo cae sobre el contribuyente de derecho, o sea sobre el contribuyente que por designación y por coerción legislativa debe pagar el impuesto.

La percusión o impacto de un impuesto es el punto donde la ley impone la exacción.

El punto legal del pago del impuesto es sólo el punto de partida. Es el punto de partida de la carga tributaria.

La persona que entrega el dinero al Estado no está, necesariamente, en el punto de percusión o impacto. El único criterio certero para la determinación del impacto debe encontrarse en la misma norma tributaria. El sujeto legal del impuesto puede hacer que otro lo pague, y puede tener éxito. Generalmente, esto no es una violación de la ley, sino que ocurre en un campo que la ley no contempla. Cuando el contribuyente referido en la norma, paga efectivamente el impuesto, se dice que el contribuyente percutido es a la vez inciso y no se verifica entonces el segundo momento. La distinción entre el impacto del impuesto y su agente recaudador no siempre es lo suficientemente clara, trayendo como resultado que la discusión de la traslación (segundo momento) y la incidencia (tercer momento) se inicia a veces en falso.

2º) Repercusión o traslación.

Si el contribuyente logra transferir la carga del impuesto sobre otros, ocurre el segundo momento, sea el de traslación o repercusión,

(21) Benvenuto Grizziotti. Cif.

debiendo entonces estudiarse el proceso que de ello se deriva. La traslación de un impuesto es el proceso por medio del cual se fuerza a otra persona a pagarlo⁽²²⁾. El obrero que obtiene un aumento de salario para compensar el impuesto sobre los ingresos que tiene que pagar, trasfiere el gravamen a su patrono. El patrono, a su vez, puede aumentar el precio de la mercancía y trasladar el importe del impuesto al consumidor, que puede ser el trabajador mismo. En el caso de un impuesto que grave los salarios o los intereses y los beneficios, es posible que el contribuyente reaccione y pida: o la disminución del precio a quien le vende las mercaderías o un aumento de precio a quien compra sus servicios. Vemos así que la repercusión o traslación puede tomar varias formas. Si el contribuyente percutido consigue repercutir, es decir, transferir el peso efectivo del impuesto sobre otros⁽²³⁾, estos serán los contribuyentes incisos en el caso de que, a su vez, no puedan hacerlo recaer sobre otros. Una distinción, basada en la dirección de la repercusión o traslación, es lo que se hace al distinguir entre protraslación o repercusión hacia adelante, retrotraslación o repercusión hacia atrás y en repercusión lateral u oblicua⁽²⁴⁾. La protraslación o repercusión hacia adelante es la traslación del impuesto que se hace al cobrar más por los bienes y servicios, es decir, que para alejar de sí el peso del tributo, se aumentan los precios de las mercaderías y de los bienes. En términos generales, es el **vendedor** el que puede trasladar el impuesto hacia adelante. En la medida en que un individuo vende algo existe la posibilidad (de la que él muchas veces puede no darse cuenta) de trasladar el impuesto hacia adelante. Por lo contrario, ocurre la repercusión hacia atrás, o se retrotraslada un impuesto, cuando se paga menos por los bienes y servicios, con el objeto de transferir el peso del impuesto, total o parcialmente, sobre los proveedores. En términos también generales, la retrotraslación la lleva a cabo el **comprador**. Cualquiera que compre un bien o utilice un servicio puede retrotrasladar un impuesto que le haya sido a su vez trasladado o en cuyo punto de percusión o impacto se encuentre. Se tiene finalmente la repercusión lateral u oblicua⁽²⁵⁾ cuando el contribuyente, que produce más mercaderías y servicios, no pudiendo transferir el impuesto sobre el comprador o sobre el proveedor de las mercaderías o ser-

(22) Somers. Cif.

(23) Grizziotti. Cif.

(24) Somers. Cif.

(25) Grizziotti. Cif.

vicios gravados, consigue hacerlo recaer sobre los proveedores o los compradores de otras mercaderías o de otros servicios que no están gravados por el impuesto.

3º) Incidencia.

La incidencia de un impuesto es el último lugar donde descansa. Indica el sacrificio y peso efectivo que grava al contribuyente definitivo. Se efectúa por la vía directa cuando el contribuyente percutido es a la vez inciso y por la vía indirecta cuando se ha operado la repercusión o traslación.

Desde luego, es posible que en el primer caso apuntado, de percutido e inciso a la vez, alguien, con el tiempo, puede recibir la carga o parte de la carga del impuesto. Debe recordarse sin embargo que el análisis de la traslación se reduce a la posibilidad de variaciones en el precio de los bienes y servicios, de tal manera que el concepto de traslación debe considerarse limitado a lo expuesto.

4º) Difusión.

Mediante la difusión⁽²⁶⁾ el impuesto, después de haber incidido al contribuyente, se irradia en todo el mercado mediante lentas, sucesivas y fluctuantes variaciones tanto en la demanda y oferta de las mercaderías, cuanto en los precios.- En efecto, como consecuencia del impuesto, se verificarán variaciones en los consumos, en la producción o en el ahorro.

—oOo—

“Toda síntesis generalizadora, dice Amorós⁽²⁷⁾ reduce de forma simplista las cuestiones sin conocer matices y características específicas. Aunque estorban la labor, constituyen la realidad de la materia que se pretende resumir. Aún reconociendo las limitaciones de esta clase de síntesis, queremos destacar que en el estudio de la actividad financiera, como actividad económica, caben dos posicio-

(26) Grizziotti. Cif.

(27) Amorós. Cif.

nes. La primera, estudiar o analizar la actividad financiera bajo patrones o moldes de la actividad económica privada. La segunda pondría de manifiesto las limitaciones y la imposibilidad de hacerlo, y con ello, la justificación de una naturaleza socio-política de la actividad financiera, aunque también se trate de conseguir a través de ella el equilibrio económico de la colectividad". "Pero la actividad financiera, aunque sea económica es también actividad política. No creemos que sea diferente por su sustancia, sino que su matización se efectúa por el hecho de que en ella concurre esta doble caracterización. No vamos ahora a destacar la crisis o la insuficiencia de las teorías hedonistas, sino destacar tan sólo que hoy la actividad financiera no puede explicarse partiendo exclusivamente de cálculos económicos individuales".

Carnelutti advirtió la necesidad de andar cautos en el estudio de los poliédricos aspectos del problema financiero y aconsejaba estudiarlo según las propias tendencias y los propios métodos de estudio: "Ninguno deberá dudar —indica el insigne jurista—⁽²⁸⁾ que los esfuerzos de los estudiosos de Economía, de Política y de Derecho, deban ser reunidos con el fin de lograr que el conocimiento del fenómeno financiero sea completo. No digo con esto que deban ser realizados juntos en el sentido de que cada estudioso se halle en condiciones de considerarlo bajo cada uno de los tres puntos de vista. Ciertamente, eso sería l'optimun; pero temo que, salvo casos absolutamente excepcionales, esté fuera de nuestras posibilidades. Por otro lado, será mejor estudiarlo profundamente por un lado sólo, que no por todos los lados de su superficie, como se podría hacer con una media cultura".

Abril de 1968.

—oOo—

Los anteriores comentarios no son más que un boceto de la estructura financiera y como tal, carentes de amplitud y de profundidad.- Se han resaltado algunos temas, apenas han sido menciona-

(28) Citado por Amorós. Cif.

dos otros y hasta se han omitido algunas referencias. No quiere ello significar que se conceda mayor importancia a determinados aspectos. Simplemente, que el tema general es complejo y deviene azaroso para su concreción.

Se hace necesaria una labor plena de investigación, de análisis y de síntesis, para el desarrollo científico y armónico de la materia.

PARTICIPACIÓN CRIMINAL Y PLURALIDAD DE INFRACCIONES

Dr. GUILLERMO PADILLA CASTRO,
Titular Derecho Penal.

PRIMERA PARTE

Participación Criminal

1.- Concepto de la Participación Criminal. Generalidades. — 2.- Teoría Clásica de la Participación Criminal. — 3.- Teoría Positiva de la Participación Criminal. — 4.- Otras teorías. — 5.- La Participación Criminal vista como delito autónomo. — 6.- La codelinuencia desde los puntos de vista subjetivo y objetivo. — 7.- Distintas formas de Participación Criminal; moral y material, principal y accesoria, anterior, concomitante y posterior. — 8.- La Participación Criminal con referencia a determinadas situaciones delictuosas: hechos culposos, de omisión, preterintencionales, de ímpetu, que requieren ciertas condiciones personales del autor. — 9.- Delitos multitudinarios. — 10.- Casos especiales de codelinuencia. 11.- Delincuencia asociada. — 12.- Delitos de imprenta. — 13.- Delito Distinto cometido por uno de los codelincentes. — 14.- Desistimiento de un codelincente. — 15.- Otras consideraciones sobre la participación criminal: riña con consecuencias delictivas, participación negativa, encubrimiento, participación con un inimputable, comunicabilidad de las circunstancias. — 16.- Proposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica.

SEGUNDA PARTE

Pluralidad de Infracciones

1.- Generalidades. — 2.- Acumulación material y formal. — 3.- Delito continuado.

1.—Concepto de la Participación Criminal. Generalidades.

Ante todo, tenemos que determinar en qué consiste la participación criminal, (concursum pluriun ad idem delictum) ya que

constituye un problema jurídico complejo. En el sentido muy amplio, podemos decir que es la concurrencia de dos o más sujetos en la comisión de un hecho delictuoso. Para Manzini "consiste en el concurso de varias causas humanas, imputables y punibles, en la producción de un determinado delito, en el grado que haya llegado la ejecución de este delito y cualquiera que sea la eficiencia causal de las actividades individuales"⁽¹⁾.

En ese concepto, puede considerarse como participación criminal la efectuada: a) por dos personas, admitiéndose, en ese caso, la variación que es importante desde el punto de vista psicológico, de la pareja criminal, hombre y mujer, en la que se advierte la posición dominante de uno de sus dos componentes; b) la cuadrilla (inc. 1º, art. 273, Código Penal) que se forma "con el auxilio de dos o más malhechores", es decir, con un mínimo de tres participantes y un máximo indefinido; "los individuos de una fuerza armada o de una reunión de personas que, arrogándose la representación del pueblo, ejecutaren cualquier acto en su nombre o peticionaren en ese carácter" (art. 358 C. P.) o, por último, "cuando el delincuente sea un pueblo, un cuerpo de tropas o una porción de individuos que pase de cincuenta" (inc. 3º, art. 162 C. P.). Para ciertos autores estas no son formas de participación, precisamente por el hecho de que están tipificadas en determinados artículos de los Códigos Penales, con reglas que les son propias.

También, se excluye del concepto general a la llamada participación necesaria, que se realiza, cuando la índole misma del delito implica la colaboración de más de una persona en su ejecución, tal como en el caso del duelo, que comprende la acción no sólo de los duelistas sino también de los padrinos y del médico, este último en algunos casos. Todos tienen, de acuerdo con el artículo 213 del Código Penal, el carácter de coautores, cuando del duelo resulte muerte o lesiones y, además, son cómplices los que faciliten armas, local o terreno para el mismo. Concuerdan con el criterio de que en delitos como el duelo no se configura la participación criminal, tanto Florián⁽²⁾, como Mezger⁽³⁾ o Von Listz⁽⁴⁾.

(1) Vincenzo Manzini. Derecho Penal, Tomo III, pág. 246. Trad., Santiago Santis Meléndez. Ediac. Buenos Aires.

(2) Eugenio Florián. Parte General del Derecho Penal. Tomo II, pág. 2. Imprenta La Propagandista. La Habana, Cuba.

(3) Edmund Mezger, Derecho Penal. Parte General. Trad. de la 6ª ed. alemana por Conrado Finzi. Págs 323 - 324.

(4) Frank Von Listz. Tratado de Derecho Penal. Trad. de la 20ª ed. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado por Quintilano Saldaña. Ed. Reus, Madrid, Pág. 77.

Una de las características del delito cometido por varias personas es que, desde el punto de vista jurídico, se le ha considerado como un delito único. Todos los participantes son juzgados en un solo proceso y por un solo hecho. Y al efecto, es únicamente importante evaluar el distinto grado o intensidad de dicha participación, con el fin de establecer si se trata de coautoría o simple complicidad.

Este concepto del delito único, en materia de participación criminal, ha sido combatido por algunos autores como Massari⁽⁵⁾, para quien, en lugar de existir un concurso en el delito, hay más bien un delito de concurso, debiendo ser juzgados todos los delincuentes, de acuerdo con los resultados de la acción y no por su mayor o menor participación en ella. Consecuencia de esa teoría es que el cómplice no debe ser considerado como tal sino siempre como coautor. El Código Penal Noruego parece haber acogido ese punto de vista, ya que ni siquiera menciona la complicidad. Sin embargo, en el artículo 58, establece que debe atenuarse la pena para el delincuente cuya participación haya tenido poca importancia.

También el artículo 59 del Código Penal Francés, establece que: "los cómplices de un crimen o de un delito, serán castigados con las mismas penas que los autores del crimen o delito, salvo en los casos en que la ley lo disponga en forma distinta"⁽⁶⁾. De acuerdo con ese texto, se sanciona en forma igual a todos los que participan en un delito. Pero ello es así sólo aparentemente. Como lo dice Donnedieu de Vabres: "es indispensable precisar el verdadero sentido del artículo 59. Su texto no significa, en forma alguna, que, en una especie dada, la pena que el juez inflingirá al autor principal, será necesariamente pronunciada contra el cómplice. Si el autor principal ha sido castigado con cinco meses de prisión, no es necesario que esta pena deba aplicarse automáticamente al cómplice. Semejante resultado sería inicuo y contradictorio con las tendencias modernas de individualización de la pena. Lo que la ley quiere decir, y eso es diferente, es que la pena legal será común del mismo texto, puesto que han cometido la misma infracción. Pero la individualización judicial de la pena, puede ejercerse, en lo que a ellos se refiere, dentro de los límites previstos por la Ley"⁽⁷⁾. Abunda en el mismo sentido otro gran tratadista

(5) Massari. Il momento esecutivo del reato. Pisa, 1923. Págs. 198 y sigs.

(6) Code Penal. Ed. Dalloz, 1947. Pág. 68.

(7) H. Donnedieu de Vabres. Traité Élémentaire de Droit Criminel et de Legislation Penale Comparée. Pág. 265.

francés, Pierre Bouzat quien dice: "En consecuencia, el autor principal, puede ser condenado al máximo de la pena y el cómplice al mínimo (o inversamente) o el autor puede no beneficiarse con las circunstancias atenuantes y el cómplice sí (o inversamente)"⁽⁸⁾.

Ese criterio tiende a afirmarse en las legislaciones modernas y así vemos como el artículo 110 del actual Código Penal Italiano, establece que, "cuando varias personas concurren en el mismo delito, cada una de ellas es sancionada con la pena establecida para él"⁽⁹⁾. A pesar de esta afirmación tan absoluta, se admite atenuaciones que, individualmente, favorezcan a los participantes.

En la relación de motivos de dicho Código y para justificar esa posición, se expresa que "aún en el caso de que el hecho haya sido objeto de la actividad de varias personas, el resultado debe imputarse a todos los partícipes que contribuyeron a determinarlo con la propia acción; realmente, el ligamen que vincula la actividad de los diversos partícipes, se concreta en una asociación de causas concientes, a las que se debe el resultado y por ello, debe atribuirse la responsabilidad del total acontecimiento, a cada uno de los concurrentes". Y más adelante dice que "de la observación de los supuestos de la vida real, se deduce que la preordenada clasificación de la entidad de la aportación de cada concurrente, tiene que ser, por fuerza, arbitraria, porque un juicio de esta naturaleza, depende en concreto de una multitud de circunstancias que se hallan sustraídas a cualquier previsión y cuyo valor es diverso en las innumerables modalidades de los hechos"⁽¹⁰⁾.

Pareciera, pues, que por distintos caminos tanto el Código Penal Italiano como el Francés, arriban a la misma conclusión, en cuanto a que no cabe establecer distingos para la aplicación de la pena, en los casos de participación criminal.

2.—Teoría clásica de la participación criminal.

Carrara, máximo exponente de la teoría clásica, manifiesta que "el delito se compone de dos elementos: el elemento físico, (movimiento del cuerpo, actos externos) sin el cual la infracción

(8) Pierre Bouzat. *Traité de Droit Penale et de Criminologie*. T. I. Pág. 615. Librairie Dalloz, Paris, 1963.

(9) *Codice Penale 1930*, Pág. 109.

(10) *Relazione, Regi, decreti e testo definitivo del Codice Penale e del Codice de Procedura Penale*. Pág. 109. Ed. 1930

de la ley no es posible; el elemento moral (designio criminal, intención) sin el cual la violación material del derecho, es un infortunio accidental. Ahora bien, la participación de varios individuos, puede haber ocurrido en uno solo de estos momentos o en ambos. De aquí, surge, espontánea, la partición de esta teoría, según se considere o un concurso de acción sin concurso de voluntad, o un concurso acumulativo de acción y voluntad"⁽¹¹⁾. Dentro del primer grupo (concurso de acción sin concurso de voluntad) concibe cuatro posibilidades: **primero, cuando se ha participado en un delito, con una intención inocentemente distinta**; el ejemplo es el de un delincuente que se aprovecha de la acción de una persona cuando esta creía realizar un acto lícito; **segundo, cuando existe una acción criminosamente distinta**, es decir, cuando el partícipe al coadyuvar en el delito, creía cometer uno más leve; cita como ejemplo, una sentencia de los tribunales franceses del año pluvioso, año XIII, que condenó a un muchacho y le aplicó la pena de muerte, porque habiéndole prestado un bastón a un compañero, éste se sirvió de dicho objeto para ultimar a un enemigo, a pesar de que le había jurado no hacerlo. En este caso, el ajusticiado colaboró con el delincuente principal, pero con una intención inocentemente distinta. **El tercero se presenta, cuando concurre una intención indirecta negativamente, como ocurre en los hechos culposos, en los que no cabe la participación criminal.**

El último, la intención imperfecta, se concreta en los delitos llamados de ímpetu.

Concluye Carrara manifestando, que, "el concurso material al delito ajeno, por eficiente que sea, no vuelve nunca partícipe del delito, si no hubo intención determinada en coadyuvar".

Un segundo grupo es aquel, en donde existe concurso de voluntad, sin concurrencia de acción. Se trata de la participación moral y considera Carrara, que se presenta únicamente cuando el hecho se haya realizado y que la influencia ha sido decisiva por parte de quien ha impelido a otro a cometer un delito. De esta forma de participación moral, surgen, según dicho autor, cinco figuras distintas: el mandato, la orden, la coacción, el consejo y la sociedad para delinquir.

(11) Francisco Carrara. *Programa de Derecho Criminal*. Editorial di Palma. Buenos Aires. Pág. 283.

El mandato, se verifica cuando se realiza una compulsión sobre otro con el objeto de que ejecute un delito en el que tiene interés el mandante; la orden reviste el mismo carácter, pero se da con abuso de autoridad; la coacción, es un mandato a delinquir realizado con amenaza grave; el consejo, es la instigación dirigida a alguien, con el fin de inducirlo a cometer un delito por su exclusiva utilidad y cuenta y, por último, la sociedad, es un pacto realizado entre varias personas con el fin de consumir un delito para utilidad común o respectiva de todos los asociados. Carrara insiste en que en todos estos casos, debe existir un principio de ejecución, ya que "se puede ser cómplice de una tentativa, pero no se admite tentativa de complicidad".

El tercero, está constituido por aquel grupo de delitos en los que existe, concurso de voluntad y concurso de acción y que, a su vez, Carrara divide en tres casos: cuando son anteriores al momento de la consumación, cuando son concomitantes con ésta y cuando son subsiguientes. En el primer caso hay auxilio, en el segundo codelincuencia y en el tercero, encubrimiento. Este edificio de tres pisos con sus distintos compartimientos, es una de las tantas construcciones que son típicas del orden lógico que imprime Carrara a toda su monumental obra. Exposición fría, metódica, ordenada. Y, por lo mismo, difícil de superar.

3.—Teoría positiva de la participación criminal.

La posición de la Escuela Positiva, en cuanto a la participación criminal, ha sido concretada por Enrique Ferri, en su malogrado Proyecto de Código Penal, cuyo artículo 17 expresa: "Todo el que como autor, coautor o cómplice, concorra material o moralmente, de cualquier modo al delito, estará sometido a la sanción prescrita por éste. La sanción podrá ser atenuada, con arreglo a las normas del artículo 76, para el que haya participado, mediante una acción, que revele una menor peligrosidad. En los casos del mandato aceptado, se aplicarán, según los casos, las disposiciones del artículo 16"⁽¹²⁾. Este artículo expresa que cuando la consumación del delito no ha tenido lugar, por circunstancias accidentales, el Juez, teniendo en cuenta las modalidades del hecho y la acción realizada, puede imponer la sanción establecida para el delito consumado.

(12) Enrique Ferri. Derecho Criminal. Pág. 738.

En el pensamiento de Ferri, privan dos consideraciones: en primer lugar, su íntima convicción de que la participación criminal en sí, revela una mayor peligrosidad por parte de todos los que en ella actúan ya que todos tienen que haber calculado que al actuar conjuntamente, el riesgo que se corre es menor y la seguridad del resultado, mayor. En segundo lugar piensa que la participación criminal da una medida precisamente de esa menor o mayor peligrosidad; unos se manifiestan como especialmente crueles, en otros se revela más bien repugnancia por los excesos a que esa acción conjunta haya dado lugar. Esa distinta personalidad del delincuente, que se revela en el momento de la acción, tiene, para Ferri, mayor interés que su resultado.

Escipión Sighele expone que el principio de la participación criminal, "debe ser enunciado en su forma más simple y aplicado en toda su extensión. O, lo que es igual, debe decirse: el delito de varios delincuentes es más peligroso que el delito de uno solo, y, por lo tanto, el concurso de varias personas en un mismo delito es siempre una circunstancia agravante. Ciertamente, deberán graduarse los efectos penales de esta circunstancia agravante según que el concurso sea de pocas o de muchas personas, según que el propósito criminoso vaya encaminado a uno solo o a muchos delitos, a un delito grave o a uno leve, y según la temibilidad de cada uno de los delincuentes; pero todo esto serán modalidades de aplicación del mismo principio, el cual debe permanecer firme e invariable en su expresión más general, invocándose en todos los casos, y no sólo en los más extremos"⁽¹³⁾.

Ferri parece coincidir parcialmente con la posición adoptada por Sighele y piensa que la participación criminal debe ser regulada, no en razón de su resultado material, sino, sobre todo tomando en cuenta la peligrosidad revelada por cada uno de los agentes en el momento de la acción. En apoyo de su tesis, dice: "la diversidad de los actos de participación en el delito, no sólo tiene un valor objetivo o causal sino también un valor sintomático, y, por tanto, debe ser siempre destacado ya que concurre en los motivos determinantes y la personalidad del delincuente a precisar el grado de peligrosidad. Consumar el acto homicida directamente sobre la víctima o limitarse a instigar o a suministrar el arma o a abrir la

(13) Escipión Sighele. La teoría positiva de la complicidad. Págs. 23 - 24. Trad. de P. Dorado. Ediciones de España - Moderna.

puerta, indican, de ordinario, una diversa potencia ofensiva derivada de una diferente repugnancia al delito⁽¹⁴⁾.

4.—Otras teorías.

En el campo puramente teórico, han surgido modernamente otras teorías y entre ellas, por haber sido muy discutida, citaremos la que atribuye una importancia decisiva a la causa como determinativa del fenómeno de la participación criminal, de la que se desprenden a su vez, varias derivaciones; una de ellas, es la de equivalencia de condiciones que "parte del supuesto de comprobar si suprimiendo mentalmente alguno de los múltiples factores y condiciones que concurren a determinar un resultado cualquiera, este se hubiera materializado en la forma en que realmente se dio"⁽¹⁵⁾. Esa teoría, fue adoptada por el Código Penal Brasileño, que en su artículo 11 dice que "el resultado del cual depende la existencia del delito solamente es imputable a quien lo causó. Se considera causa, la acción u omisión sin la cual el resultado no hubiera existido"⁽¹⁶⁾.

En la respectiva exposición de motivos se expresa que "el proyecto adopta la teoría llamada de la equivalencia de las condiciones o de la "conditio sine qua non". No distingue entre causa y condición: todo cuanto contribuya, en concreto, para el resultado, es causa. No deja de ser imputable al agente, aún cuando la pretensión de éste se haya aliado a su acción u omisión una concausa, esto es, otra causa preexistente, concomitante o sobreviniente. Solamente en el caso en que se verifique una interrupción de causalidad, o sea, cuando sobreviene una causa que, sin cooperar propiamente con la acción u omisión, o representando una cadena causal autónoma, que produce por sí sola el resultado y que este no puede ser atribuido al agente, le será imputado a éste tan solo el resultado que se verifique por efecto exclusivo de su acción u omisión"⁽¹⁷⁾.

Estima don Luis Jiménez de Asúa que la equivalencia de condiciones es la única correcta para resolver este y otros proble-

(14) Ob. cit. Pág. 517.

(15) Guillermo J. Fierro. Teoría de la Participación Criminal. Pág. 173. Editorial EDIAR. Buenos Aires. 1964.

(16) Código Penal Brasileño. Códigos Penales Ibero-Americanos, según los textos oficiales. Pág. 606. Editorial Andrés Bello. Caracas.

(17) Código Penal Anotado. Vol. I. Págs. 63-73. Sao Paulo. Cia Edit. Nacional. 1943.

mas penales, ya que "el principio de conditio sine qua non, ya formulado, es absolutamente indispensable para decidir sobre el nexo causal entre la acción humana y el resultado concreto. Cuando se contempla, pues, la relación de causa en su aspecto filosófico y en su aplicación causal al Derecho punitivo, no hay más teoría correcta que la equivalencia de las condiciones"⁽¹⁸⁾. A pesar de ello, dicho autor critica severamente esa doctrina en sus aplicaciones extremas, apoyándose en Carlos Binding, quien afirma, que, de aplicarse en forma extensiva, conduciría al absurdo de considerar como coautores en el delito de adulterio no solo a la mujer que yace con varón que no es su marido sino al carpintero que fabricó la cama.

La solución definitiva para Jiménez de Asúa, estriba en la concurrencia de tres elementos: primero, la relación causal entre la conducta voluntaria y el resultado, según la teoría de la equivalencia de condiciones; segundo, la relevancia jurídica de la conexión causal que ha de determinarse en cada tipo (descripciones típicas de la parte especial de los Códigos) y tercero, la culpabilidad del sujeto en orden al resultado.

Para ciertos autores alemanes, que cita Guarneri⁽¹⁹⁾, el eje de la participación es su naturaleza accesoria, ya que en el delito hay siempre una acción principal, que se distingue netamente de las que tienen carácter secundario y que llevan a cabo tanto los que instigan como los que ayudan a la comisión del delito. Estas no son causas del hecho ilícito y no tienen significado sino en relación con el delito al cual pertenecen.

Las acciones que ejecutan los cooperadores no son delictuosas en sí sino en relación con el hecho principal y en virtud del principio que pena la complicidad en el hecho intentado o consumado.

Esta teoría no tiene gran validez jurídica, pues, no solo deben ser sancionados los hechos delictuosos en su materialidad, sino que, en esto estamos de acuerdo con la Escuela Positiva, por la mayor o menor peligrosidad revelada por los autores principales y sus cooperadores y es tan peligroso quien instiga a la comisión de un delito como quien lo comete.

(18) Luis Jiménez de Asúa. La Ley y el delito. Pág. 279. Editorial Sub-Americana. Alsina 500 Buenos Aires. Rep. Argentina.

(19) Guarneri. Il concorso di piu persone nel reato secondo la dottrina della causalità e dell'accessorieta. Scienza Positiva. 1936. Pág. 31.

El principio de causalidad ha sido acogido por el artículo 41 del Código Penal Italiano ⁽²⁰⁾ que dice: "el concurso de causas preexistentes o simultáneas o sobrevinientes, aunque sean independientes de la acción o de la omisión del culpable, no excluyen la relación de causalidad de la acción u omisión del hecho". De donde se deduce que todos los que participan en un hecho punible son sus causantes y, en consecuencia, este puede imputarse individualmente a los que en él hayan participado. De todas maneras, la particularización de la pena se opera en el momento en que algunos de los participantes gocen de circunstancias que la atenuan y otros de circunstancias que la agravan.

Para Antolisei "la verdadera esencia de la participación criminal, resulta aclarada, si se considera que no es más que una manifestación del general fenómeno humano que se denomina asociación"⁽²¹⁾.

Recordemos la vieja teoría de Von Buri para quien todos los participantes de un delito deben ser penados por igual ya que este es un conjunto de causas y son ellas las que lo determinan; si alguna falta, el delito no se realiza y si un eventual participante no concurre a la acción delictuosa esta se dificulta o se imposibilita.

Angiolini concreta esa posición al afirmar que "la responsabilidad de los diversos participantes encuentra su justificación precisamente en el hecho de que todos son autores de él, por pertenecer a cada uno de ellos la operación conjunta que ha dado origen al delito mismo"⁽²²⁾.

Sin embargo, cabe destacar, que ello no excluye la diferencia entre autor y partícipe. Ella sigue manteniéndose y ha sido determinada por el autor alemán Birkmeyer, citado por el propio Antolisei, así: el autor pone la causa del resultado mientras que el participante realiza una simple condición de él; dicha participación puede ser psíquica o moral. En nuestro Código Penal esta última puede ser decisiva como en el caso del instigador (artículo 43 del Código Penal) o simplemente estimulativa del deseo criminal (artículo 44 del mismo Código).

(20) Código Penal Italiano Edición citada, página 28.

(21) F. Antolisei. Manual de Derecho Penal. Pág. 396. Ed. Utea. Buenos Aires.

(22) Angiolini. Ob. citada. Pág. 397.

5.—La participación criminal vista como delito autónomo.

La teoría de que la complicidad criminal, constituye un delito "per sé", fue desarrollada por Massari, quien vé "en la participación individual de los delincuentes un delito distinto"⁽²³⁾. Cita como ejemplo un principio análogo que existe en el Código Penal Argentino (art. 45) y en el nuestro (art. 43) y que sanciona como autores del hecho punible a quienes "determinaren a otro de modo bastante a cometerlo"; es indudable que esta participación es anterior al delito. Además, los llamados cómplices realizan a veces una serie de actos que, aislados, no constituyen delito alguno; el hecho de que uno de ellos compre un revólver para cooperar en un homicidio, considerando aisladamente, no constituye en sí un hecho punible; este se concreta cuando el ejecutor hace uso del arma.

Contra esa ingeniosa teoría, que tiene apariencia de exactitud, se pronuncia Sebastián Soler quien dice: "Menos aceptable parece aún la tesis de Massari, cuando concibe a la participación como delito autónomo, al que llama delito de concurso. Es manifiesta la necesidad de que la gravedad de ese pretendido delito autónomo dependa de la gravedad del delito a que concurre, ya que muy distinto es concurrir a un homicidio alevoso o a un modesto hurto y entonces los problemas de la participación quedan subsistentes en su integridad, pues la figura autónoma no funciona nunca sino con relación a otra principal, y esta es aplicable en cuanto a ella se vincule la fragmentaria acción del partícipe"⁽²⁴⁾.

Citamos la teoría pluralista de la participación porque a ella se refieren muchos autores, pero eso no quiere decir que la aceptemos, ya que se separa abiertamente de la técnica pura que debe prevalecer en el Derecho Penal, como en todo el Derecho, pues no puede admitirse la autonomía de la acción, máxime, en el caso frecuente de que la voluntad conjunta, generalmente está dirigida por un solo delincuente y ese fenómeno real no puede ser desconocido.

A pesar de ello dicha fórmula ha sido acogida por el Código Penal Noruego al abolir la complicidad y considerar que el cómplice es siempre un autor mediato del delito; la única atenuación que admite es para aquél que ha tenido una participación insignificante o de poca importancia en el hecho principal.

(23) Massari. El momento ejecutivo del reato. 70 y sigs.

(24) Sebastián Soler. Ob. cit. T. II. Pág. 270.

Debemos apuntar también el antecedente establecido por el Congreso de Derecho Penal de Linz, que se celebró en 1895 y cuya resolución relativa a la complicidad, abandona la vieja tendencia de subordinación del cómplice al autor principal y castiga a cada uno de los participantes en el hecho como autores de un delito especial, individualizando la represión.

Una doctrina más actual, desarrolla con amplitud Carnelutti al manifestar que “el delito concursal es, no solo una suma, sino, ante todo, una suma de delitos singulares. Cada uno de estos puede llamarse delito en concurso” que consiste, “en no ser un delito autónomo sino un elemento del delito complejo. Entre el delito en concurso y el concursal hay la misma diferencia que entre la parte y el todo”. Manifiesta, en apoyo de sus tesis, que “en el concurso hay algo menos que en el delito autónomo ya que los participantes se dividen la tarea que habría realizado el autor único y algo más, que es la suma de voluntades conjuntas que concurren a realizar el delito”⁽²⁵⁾.

6.—La codelinuencia desde los puntos de vista subjetivo y objetivo.

La teoría subjetiva trata de diferenciar la distinta responsabilidad de los autores en relación con los cómplices; según hemos visto, para los partidarios de la “equivalencia de condiciones”, esa responsabilidad es la misma en tanto ambos han sido la causa original del hecho delictuoso, es decir cuando los participantes están movidos por la resolución de ser coautores del mismo, pero si se trata de una simple contribución a este, entonces y solo entonces, nos encontraremos la figura del cómplice. Aplicando ese principio a nuestra Ley, tendríamos que es coautor del delito quien instigare o forzare su comisión (art. 43) y en cambio es cómplice quien alentare o animare a otro a realizarlo (art. 44). Se adivina, en esa participación de orden moral, el designio del autor en activar la realización del delito; en cambio, en el cómplice, ese interés es secundario, casi podemos decir circunstancial. Dentro de la teoría subjetiva hay, pues, una diferencia bien determinada por la mayor o menor intención de participar en el delito.

(25) Francesco Carnelutti. Teoría General del Delito. Págs. 262 y sigs.. Traducción de Victor Conde. Editorial Revista de Derecho Privado.

La teoría objetiva, en cambio, fija la responsabilidad en relación con el aporte de cada partícipe a esa especie de sociedad de responsabilidad limitada que constituye el delito en participación. Serían autores los que hayan realizado el hecho conjuntamente; también podrían serlo quienes se han servido de un inimputable o inculpable para conseguir su fin doloso, o el instigador que ha convertido al ejecutor en un simple instrumento de su voluntad; todos los demás vienen a ser simples cómplices, con mayor o menor responsabilidad, de acuerdo con los elementos objetivos, que no lo son sino como consecuencia de su intención de colaborar en la realización delictuosa pero que por lo mismo la determinan. Cabe, pues, diferenciar la acción de los cooperadores secundarios y determinarla de acuerdo con esos elementos objetivos, que no son sino un retrato fiel de la intención que los anima. De allí la importancia de la teoría objetiva.

7.—Distintas formas de participación criminal: moral y material, principal y accesoria, anterior, concomitante y posterior.

La participación moral puede dividirse en principal y accesoria; la primera, que se configura en la coautoria, aparece nítidamente tipificada en nuestro Código en aquellos que “instigaren, forzaren o determinaren a otro de modo bastante a cometer” el hecho delictuoso; en cambio la secundaria, constitutiva de complicidad, en aquellos que “animaren o alentaren a otro en su resolución de cometer un delito”. La primera figura está en el artículo 43; la segunda en el artículo 44 y en ese mismo hay otra forma de alentar al delincuente principal, que es prometiendo ayuda y cooperación para después de realizado este.

Carrara, como lo hemos visto, particulariza los distintos casos de participación moral, pero involucra algunos que no lo son, ya que en ellos la acción delictuosa se traslada del ejecutor del hecho material, al supuesto coautor; si una persona, con intención dolosa, empuja a otra contra una ventana y esta se despeza, de esa acción de daños no responde el empujado; esa fuerza, desplazada al campo moral, también puede anular la voluntad del que actúa, como por ejemplo, en el caso de la obediencia explicable por las circunstancias del hecho; si un centinela ignorante, recibe la orden del superior jerárquico de disparar contra gentes que se dirigen pacíficamente hacia el cuartel, de las consecuencias respon-

de este último. También resulta claro, que el inimputable que actúa instigado, sigue siendo inimputable y de sus actos responde el instigador; todos estos casos de participación física o moral excluyen la responsabilidad del autor material del hecho.

Indiquemos, ahora, el texto de nuestro Código en cuanto a la determinación de los autores y cómplices; el artículo 43 establece que son autores del hecho punible, los que lo realizaren por sí mismos, es decir quienes hayan participado en todas las fases del "iter criminis" o por lo menos en sus etapas finales de ejecución y consumación; también quienes tomaren parte en la ejecución; los que coadyuvaren con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido ejecutarse o se habría dificultado notablemente. El Código Penal español establece el principio en forma tajante y clara, en su artículo 13⁽²⁶⁾ que dice: "los que cooperaren a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiere efectuado".

Por lo mismo es interesante anotar algunos casos resueltos por la jurisprudencia española y que se refiere a la cooperación. Se estima que son autores, por ejemplo, los que vigilan la casa en donde se comete un robo (S. de 4 febrero 1931) y también quien facilita la entrada en el local (S. de 3 de marzo 1950) o quien sujeta a una persona para que lo hieran (S. 19 de diciembre 1905). Es evidente que, sin ese auxilio, el delito no habría podido ejecutarse y por lo mismo, como lo quiere nuestra ley, se habría dificultado notablemente, que es un aspecto menos saliente de la cooperación.

Sigue nuestro Código enumerando los casos de coautoría y establece, por fin, que también son sancionados como autores del hecho punible los que instigaren, forzaren o determinaren a otro de modo bastante a cometerlo. En cuanto a estas formas de participación moral, se determinan tres tipos distintos: la inducción, en primer lugar. Para que la inducción pueda operarse se estima que debe ser directa y eficaz, es decir que se actúe sobre la voluntad del inducido con el propósito de que cometa un acto determinado y que por otro lado, su influencia sobre este sea decisiva ya sea por las condiciones de predominio, influencia o parentesco o por la débil voluntad del ejecutor material del hecho.

En cuanto al forzamiento, debemos eliminar como tal, la fuerza física que se ejerza sobre el autor material del hecho, con el fin de que lo cometa; ya lo veremos mas adelante. Debemos estimar que el texto se refiere más bien a una presión acentuada

(26) El Nuevo Código Penal, comentado por Manuel López Rey y Félix Alvarez Valdés, pág. 74. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

sobre la voluntad del sujeto de quien se sirve el autor moral. Pensamos y con el fin de evitar confusiones por parte de los tribunales, que es aconsejable la eliminación de las formas de expresión referentes a fuerza o instigación; basta, como lo hace el Proyecto de Código Penal Guatemalteco en su artículo 28, indicar que tiene la calidad de autor quien "intencionalmente ha determinado a otro a cometer el hecho"⁽²⁷⁾.

El Código Penal Soviético en su artículo 17 considera "copartícipes a las personas que han determinado la ejecución del delito" y aplica medidas de defensa social, atendiendo al grado de su participación en el hecho y de la peligrosidad de los sujetos que en él han participado⁽²⁸⁾.

El Código Penal Italiano en su artículo 115, declara no punible el simple acuerdo para cometer un delito si este no se ha llevado a cabo; sin embargo, considera que puede aplicarse una medida de seguridad a los posibles partícipes, lo mismo que al instigador, cuando el resultado querido no se ha producido.

En cuanto a la clasificación que se hace de la participación en principal y accesoria, ella se deduce de sus términos, siendo principal la de los coautores y accesoria la de los cómplices.

La participación puede ser también anterior, concomitante o posterior al hecho; anterior es la del instigador, concomitante, la del que concurre en el mismo y posterior la de los que prometieren su ayuda o cooperación para después de cometido; estos son simples cómplices siempre que no se trate de inductores ya que actúan mediante una promesa previa aunque la ayuda sea posterior. A estos participantes se les ha llamado cómplices secundarios, cuando esa ayuda se ha realizado.

8—La participación criminal con referencia a determinadas situaciones delictuosas: hechos culposos, de omisión, preterintencionales, de ímpetu, que requieren ciertas condiciones personales del autor.

a) Hechos culposos.

Uno de los puntos más debatidos, desde el punto de vista de la participación criminal es el de determinar si ella puede existir

(27) Anteproyecto de Código Penal. Guatemala. 1960.

(28) Legislación Soviética Moderna. Pág. 265. Unión Tipográfica Hispano Americana, México. Trad. de Miguel Lubán.

en cuanto a los hechos culposos. Antolisei estima que aunque en los delitos culposos puede ocurrir cierta cooperación, "sin embargo, debe reflexionarse en que la cooperación que puede presentarse en el delito culposo no es nunca completa. Se limita siempre a la conducta exterior, sin afectar nunca al resultado, puesto que es característico de esta clase de delitos, que el resultado no sea querido. La convergencia de la voluntad, afecta, a una parte solamente del hecho que constituye el delito. Se deduce de ello que en los delitos culposos no se presentan todos los requisitos de la participación delictiva que, como se ha visto, implica, además del conocimiento de la acción ajena, la voluntad de contribuir, con la propia actividad, a la realización del crimen. En consecuencia, entendemos que una verdadera participación criminal no puede ser configurada en el delito culposo"⁽²⁹⁾.

Contra ese criterio se pronuncian autores como Eusebio Gómez, quien dice: "La participación en los delitos culposos no puede ser negada. Si varias personas, procediendo en cualquiera de las hipótesis que definen a la culpa penal, intervienen en un acto al que concurre la voluntad de todas ellas, la circunstancia de que no hayan querido ni previsto el efecto dañoso que de tal acto deriva, no borra la realidad del acuerdo para llevarlo a cabo; y esta realidad es la que conduce a sostener la afirmativa en la cuestión propuesta. Ejemplo, entre cientos, de participación en la culpa, podemos encontrar en el hecho de los que, viajando en un automóvil, instigan al conductor a desarrollar una velocidad excesiva, ocasionando el atropello de un transeúnte y la muerte del mismo, como consecuencia"⁽³⁰⁾.

Para Guillermo J. Fierro la mejor posición consiste en no pronunciarse ni por una ni otra tesis y concluye diciendo: "Desgraciadamente, constituye todo un problema . . ." ⁽³¹⁾

No es esa nuestra posición, decididamente adversa a la posibilidad de que exista participación criminal en los hechos culposos. Por una razón muy simple. Porque la fundamentación de la culpa, según lo vimos, está en que el resultado aún cuando haya sido previsto no ha sido querido; no hay voluntad ni deseo de cometer un daño y éste surge, únicamente por imprudencia, negligencia o im-

(29) Ob. citada. Pág. 419.

(30) Eusebio Gómez. Ob. cit. II. Pág. 494.

(31) Guillermo Fierro. Ob. cit. Pág. 64.

pericia de su autor. En la pretendida participación criminal culposa, esa acción conjunta que caracteriza el fenómeno, se esfuma, ya que falta la voluntad dirigida a la comisión de un acto y la imprudencia no puede compartirse. En el ejemplo del conductor, a quien se le pide que marche a una velocidad excesiva, tanto este como el que determina la imprudencia, responden cada uno por su propia culpa. No hay participación porque a ello se oponen los elementos estructurales de la culpa.

De todos modos, hay que dejar constancia de que tanto una tesis como la otra, han tenido brillantes sostenedores, como lo hemos visto en el caso de los autores citados. De un lado además, Ferri, Gómez, Altavilla y en el otro, no admitiendo la codelincuencia en la culpa, Jiménez de Asúa, Carrara, Pessina, Florián.

Nuestro Código en el artículo 43, in fine, establece que "en el cuasidelito que proviniera de la acción u omisión de más de un agente, todos tendrán la responsabilidad de autores"; no se trata, pues, de una responsabilidad conjunta sino individual y de carácter de autoría para todos los participantes.

b) Hechos de omisión.

Se puede delinquir no solo actuando sino dejando de actuar; esta última forma corresponde a los delitos por omisión cuando esta es un fin en sí; en cambio cuando la omisión es un medio, tenemos la figura de omisión por comisión, según lo vimos oportunamente; en el primer caso hay inobservancia de un precepto obligatorio, como en el artículo 393 de nuestro Código; sanciona al funcionario público que, faltando a las obligaciones de su cargo, deja de promover la persecución de delincuentes; en el segundo, se trata de una omisión como fin, como en el caso de la madre que no dá su pecho al hijo con el objeto de que muera por inanición.

En ambas posibilidades, puede darse la participación criminal ya que el acuerdo de voluntades no está excluido; supongamos, en el primer caso, que la omisión no solo la hace el juez sino que en ella ha convenido también el secretario del juzgado y en el segundo caso que para eliminar al niño haya un compromiso entre el padre y la madre de éste y el primero sea instigador del hecho. Podría suponerse también la posibilidad de que en este último ejemplo, surgiera un cómplice: aquel que se comprometiera a enterrar el cadáver de la víctima en su finca.

c) Delitos preterintencionales.

Ya hemos visto en qué consiste el delito preterintencional, y que está constituido por la realización de un hecho que ha sido previsto pero no querido. Es una combinación de dolo y culpa. Es precisamente en razón de este último elemento y para ser consecuentes con nuestra posición adversa a la participación culposa, que la negamos también en los delitos preterintencionales, sobre todo tomando en cuenta que la acción física inicial es mucho más grave en tratándose de una actuación conjunta y que del mayor daño eventual, que es su consecuencia, deben responder individualmente quienes participan en el hecho delictuoso.

d) De ímpetu.

La participación impetuosa es admitida por Carrara⁽³²⁾ en el ejemplo de dos personas que atacan a una mujer en estado de embarazo "por ímpetu súbito". Esa posibilidad es clara; suponemos también que dos hermanos montan en cólera ante ofensas que se la infieren a su padre y atacan al ofensor, produciéndose un hecho de lesiones; de él responden ambos, sin que pueda determinarse cuál de ellos produjo las de mayores consecuencias; ambos son culpables del resultado y han actuado en un momento de ímpetu.

e) Qué requieren ciertas condiciones especiales del autor.

Hay delitos que no pueden ser cometidos sino específicamente por cierta categoría de personas, como por ejemplo los funcionarios públicos, en el caso de los delitos contra la administración pública; pero también se contempla la participación de una persona que no tiene dicha calidad. El artículo 386 expresa que "el funcionario o empleado público que, abusando de su cargo, reclamare un servicio indebido, o exigiere o hiciere pagar, por sí o por interpuesta persona, un impuesto, contribución o derecho que legalmente no se deba, será castigado con inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios

(32) Ob. citada, T. I. pág. 331.

públicos de seis meses a dos años"; aunque la sanción no cubre al posible intermediario, es evidente que éste ha tenido participación en el hecho y que debió haber sido previsto en la ley; más claro es el caso del agente de la fuerza pública que rehusare, sin causa justificada, la prestación de un auxilio requerido por autoridad competente, en el ejercicio de sus atribuciones; ese rechazo de auxilio puede ser cometido por parte de varios agentes obligados a suministrarlo. (Art. 375 C. P.).

9.—Delitos multitudinarios.

El fenómeno de la multitud delincuente ha sido estudiado, sobre todo por Gustavo Le Bon y por Escipión Sighele. Concluyen ambos autores en que la multitud delincuente tiene una psicología propia y diferente de la individual; personas de vida correcta e incapaces de cometer hechos reprensibles o dolosos, poseídos del delirio colectivo, descienden a la categoría de delincuentes comunes. No son ellos los que han actuado, según dichos autores, sino algo superior a su voluntad, que los arrastra incontinentemente. Para Sighele esa circunstancia debe tomarse en cuenta en el sentido de considerar que los delitos de la muchedumbre, deben estimarse en forma atenuada, para los que son simples instrumentos de quienes han incitado o dirigido la acción y dice: "la opinión de la muchedumbre, bien se haya formado instantáneamente, bien poco a poco en el tiempo, deriva siempre de la opinión de un solo hombre o de pocos. Se verá propagarse la sugestión con la velocidad del rayo o de una manera lenta y regular, y habrá que convenir en que la voluntad de la mayoría no es jamás la suma de las voluntades de los que la componen sino el reflejo y, por decirlo así, la reproducción inconsciente de la voluntad de un solo individuo"⁽³³⁾. Sighele esboza, pues, la teoría de que debe tratarse en forma diferente a los conductores (ménéurs) y a los conducidos (ménés) los cuales son víctimas de un fenómeno de sugestión colectiva. Florián, no acepta la posición de Sighele cuyas observaciones psicológicas le parecen de más interés que las jurídicas. Estima "que el delito en participación" es el producto de la obra colectiva

(33) Escipión Sighele. Psicología de las multitudes. Pág. 171. Trad. de J. M. Navarro de Palencia. Daniel Jorro, Editor. Madrid 1903.

de diversas personas, no tan solo de actividades externas diversas sino también de voluntades distintas, las cuales difícilmente actúan obedeciendo al mismo impulso o persiguiendo el mismo fin. Así conviene medir la temibilidad de cada uno de los partícipes, no solo en el concurso prestado por él en la obra delictuosa, de acuerdo con la relación de causalidad entre la actividad individual suya y el resultado colectivo, sino también y principalmente, sobre su "mens" dirigida al delito, sobre los motivos que lo impulsaron a realizarlo, de acuerdo con la mayor o menor condición antisocial o lícita de los mismos"⁽³⁴⁾.

Gustavo Le Bon, en un estudio más completo del fenómeno multitudinario, arriba a una serie de conclusiones y entre ellas, la de considerar que un individuo que comete un delito, influenciado por la multitud, incurre en responsabilidad legal, aunque psicológicamente no pueda imputársele su comisión. Agrega que "los caracteres generales de las muchedumbres llamadas criminales, son exactamente las que hemos observado en todas las multitudes: sugestionabilidad, credulidad, movilidad, exageración de los sentimientos buenos o malos, manifestación de ciertas formas de moralidad"⁽³⁵⁾. La multitud delincuente es, en nuestro sentir, como un niño, poseído de instintos contradictorios, capaz de grandes sacrificios o de actos de crueldad. Pero hay que desligar de esa característica de inimpulabilidad, la acción de los instigadores y la de los verdaderos criminales que surgen en el delirio de la acción delictiva.

X 10.—Casos especiales de codelinuencia.

La participación criminal no es considerada como tal, en algunos delitos ya que, gracias a la tipificación, se configuran precisamente porque en ellos concurren dos o más delincuentes.

En nuestro Código Penal está contemplada la asociación para delinquir en el artículo 332 y se sanciona el simple hecho de ser miembro de la misma; en realidad se trata de un acuerdo de voluntades para cometer delitos, en forma indeterminada. Puede ser de dos o más personas. Otra característica es que se trata de un delito formal constituido por actos preparatorios.

También se sanciona como delito consumado la simple conspiración, forzosamente realizada por varios participantes, en los

delitos contra la seguridad de la nación (art. 342) o contra los poderes y el orden constitucional (art. 359).

En un campo más restringido, nuestro Código enfoca el caso de la cuadrilla y la define el artículo 273, cuando un robo, se comete con el auxilio de dos o más malhechores (art. 273).

Otro delito que implica la participación de varias personas es el de duelo; nuestro Código en su artículo 213, considera como delitos comunes los que resulten con motivo de su comisión, coautores los que lo hubieren concertado y cómplices los que faciliten armas, local o terreno para el mismo. Lo mencionamos anteriormente y dijimos que el duelo es considerado como un delito de participación necesaria.

También lo es la instigación o ayuda al suicidio, cuando este se consuma inmediatamente y como su consecuencia, con la particularidad de que se sanciona al instigador y no al que ha intentado cometer el suicidio; cabe preguntarse si es posible la participación también en el caso de la eutanasia, cuando alguien da muerte a otro, accediendo a expreso y formal ruego suyo. (art. 189), o en el caso de quien con anuencia de la mujer y sin seguirse la muerte de ésta causare su aborto (art. 194).

El párrafo 2º del artículo 223 considera como delito de raptó, la sustracción de una mujer honesta, mayor de doce años, pero menor de dieciocho con miras deshonestas o matrimoniales y con anuencia de la raptada y el artículo 227 sanciona como autores a los parientes inmediatos de la víctima, que cooperaren por cualquier acto directo a la perpetración de delitos contra la honestidad.

Lo mismo en el inciso segundo del artículo 230 hay un eventual caso de participación, cuando se sanciona al que reclute o enganche mujeres con su consentimiento, para ejercer la prostitución dentro o fuera de la República.

El artículo 235 sanciona a los que contrajeran matrimonio, sabiendo el varón y la mujer que existe impedimento que lo hace legalmente imposible, según el Código Civil, (art. 235) lo mismo que al funcionario que a sabiendas autorice dicho matrimonio.

El artículo 240 que trata de la supresión y suposición de estado civil sanciona como coautores al médico y a la partera que cooperen en la ejecución de los delitos dichos.

Los artículos 292 y 297 consideran como cómplices de quiebra o insolvencia fraudulenta a todos los que hayan participado en forma dolosa en la consecución de esos hechos.

(34) Eugenio Florián. Obra citada. Tomo Segundo. Pág. 22.

(35) Gustavo Le Bon. Psicología de las multitudes. Pág. 191. Trad. de J. M. Navarro de Palencia. Daniel Jorro Editor. Madrid 1903.

Por último, el artículo 406 sanciona al que proporcione o ayude la evasión de un detenido o penado y muy especialmente si quien lo hace es un funcionario o empleado público.

Estos casos están tipificados como figuras independientes en el Código Penal y aunque, en principio conllevan la participación criminal están fuera del campo que estudiamos. Los citamos simplemente en un afán aclaratorio.

11.—Delincuencia asociada.

Como hemos dicho al inicio de este capítulo, el delito puede ser cometido por una sola persona, por dos, presupuestos de la cuadrilla, por una multitud delincuente o por un pueblo, como en el famoso caso de Fuente Ovejuna en donde no se supo quien había matado al comendador ya que fueron "todos a una" y por último, cabe citar las formas modernas de delincuencia asociada y los crímenes contra la humanidad que surgieron con motivo de las guerras mundiales que culminaron, en la última, con el juzgamiento de los criminales nazis y japoneses y la adopción de medidas drásticas contra organizaciones enteras como los S. S., la Gestapo y el cuerpo de dirigentes políticos del Reich. Tanto el gangsterismo, como las represiones raciales cuyo síntoma más siniestro es la famosa organización del Ku Klux Kan o la destrucción masiva de ciudades enteras con la pérdida de miles de vidas que trajo consigo la última catástrofe mundial, son síntomas ya no de participación criminal, sino de algo más, que sobrepasa sus límites y que ha sido estudiado y analizado exclusivamente en muchas obras especializadas como la Sociología del Delito de Wolf Middendorf⁽³⁶⁾ en cuanto a los grupos minoritarios y raciales.

12.—Delitos de imprenta.

Los llamados delitos de imprenta o de prensa, otros delitos "sui generis", se derivan de la infracción al principio constitucional de que "todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura pero serán responsables

(36) Wolf Middendorf. Sociología del Delito. Traducción de José María Rodríguez Devesa. Págs. 301 a 316. Revista de Occidente. Madrid.

de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca (art. 29 Const. Política). El artículo 48 del Código Penal establece que tienen la calidad de autores, conjuntamente con el que ha escrito un artículo u obra difamatoria, los editores o impresores de ella o, en su defecto, los dueños de la Imprenta; exime de toda responsabilidad a los impresores y demás obreros que solo prestaren su participación material.

En otros países, como Argentina, solo responden de las injurias o calumnias propaladas por medio de la prensa, sus autores y se exime expresamente a los editores. Nuestra ley ha querido, en materia tan delicada, extender la responsabilidad, a fin de que no se haga efímera y nos parece que lo ha hecho acertadamente. Es también lógico que los delitos de injuria, calumnia, difamación u ofensas a una nación amiga o su gobernante, ameritan tratamiento especial, ya que la publicidad que de ellos se haga, resulta muchísimo más perjudicial para el país puesto que puede afectar sus intereses políticos de carácter internacional.

Además de las disposiciones del Código Penal, los delitos de imprenta se encuentran regulados por la Ley respectiva, de fecha 18 de diciembre de 1934, en la cual se establece que la Procuraduría de la República, cuando es requerida, deberá actuar en el caso mencionado de ofensas a una nación amiga, o un gobernante o sus representantes diplomáticos.

Esa ley, promulgada en circunstancias un tanto difíciles para nuestras relaciones internacionales, ya que nos encontrábamos bajo la presión de un reclamo proveniente de una de las tantas dictaduras militares que han azotado a la América Central, ha sido tachada, con justicia, de opresiva para nuestro régimen democrático.

13.—Delito distinto cometido por uno de los codelincuentes.

El artículo 46 del Código Penal, establece que "si al ejecutar el delito encargado o concertado, se cometiere uno distinto por alguno de los codelincuentes sin previo acuerdo, de esta otra infracción responderán los partícipes sólo cuando haya servido de medio necesario para ejecutar el concertado o haya sido su consecuencia natural".

Ese artículo plantea un problema difícil, como es el de determinar cuando el delito distinto ha servido de medio necesario para ejecutar el concertado.

Únicamente resolviendo casos concretos pueden solucionarse las distintas situaciones que, eventualmente, plantea dicho artículo.

Si A, para su propio beneficio, contrata los servicios de B para que este raptar a una mujer y al hacerlo, el segundo, además de raptarla, la viola, es evidente que de este segundo hecho no responde sino el violador; pero si con ocasión del rapto le causa alguna lesión, de ella responden ambos, pues aunque no se hayan puesto de acuerdo para causarla, esta ha sido un medio necesario para realizarlo o ha sido su consecuencia.

En la relación que hizo la Comisión Parlamentaria relativa al texto del artículo 116 del Código Penal Italiano manifestó "ser difícil la comprobación concreta de la condición a la cual está subordinada la punibilidad del copartícipe que disiente, esto es, si el evento es consecuencia de su acción u omisión. Si Ticio, pregunta ella, dá mandato de robar y el mandatario mata, existe la relación de causalidad entre el mandato y el homicidio? Se trata aquí solamente de una cuestión de prueba. Un principio y una disposición conveniente no pueden ser abandonados solo porque, en su aplicación, la prueba se prevé difícil. Esta se recoge y se valora en el proceso, y de ella el Derecho Penal material no debe ocuparse, fuera de los casos en los que, por la absoluta imposibilidad de la misma, una disposición aparezca como totalmente inaplicable. Por eso la cuestión no podrá ser resuelta doctrinariamente, siendo indispensable valorar todas las modalidades del mandato, que puede ser genérico o específico, con o sin prohibición de herir o de matar y así sucesivamente⁽³⁷⁾.

Al principio establecido en nuestro Código, el italiano agrega una modalidad que no existe en el costarricense: "si el delito cometido es más grave que el querido, la pena se disminuirá con respecto a aquel que ha querido el delito menor". Entendemos que ese aditamento, complica más un problema de suyo difícil en su aplicación y en la que deben ser muy cautos los tribunales.

14.—Desestimamiento de un codelincuente.

Tanto el artículo 47 de nuestro Código que declara irresponsable al codelincuente que ha desistido de su acción punible, como

(37) Ob. citada Códice Penale Italiano. Pág. 46.

el artículo 39 que establece la misma regla para quien de modo espontáneo desiste de la ejecución del delito o imposibilita su ejecución, contemplan hechos que don Luis Jiménez de Asúa considera que deberían fijarse en las legislaciones como excusas legales absolutorias y que algunos autores llaman causas de impunidad. Dice el citado autor: "Esperemos que el día en que la dogmática llegue a mayores finuras que las que hoy ha logrado, el denominado arrepentimiento eficaz adquirirá rango propio, o podrá situarse junto a otras causas que excluyen la pena"⁽³⁸⁾. Para dicho autor "el arrepentimiento eficaz" es, más bien, una causa de impunidad.

Consideramos nosotros que la medida se inspira en un sentido utilitario de la ley: estimular por todos los medios posibles a los delincuentes para que no lleven a cabo su delito.

En el caso de la participación, el artículo 47 habla del desestimiento en el hecho punible consumado; ello implica que el hecho no ha podido evitarse, pero que, quien desistió, comunicó su determinación a los colaboradores en tiempo oportuno para obstaculizar o evitar su ejecución. Hay una actitud subjetiva de arrepentimiento que debe haberse exteriorizado en forma sino eficaz, por lo menos tan evidente, que pueda ser ampliamente reconocida en el momento del proceso y que, por lo mismo, justifique el que se le libre de responsabilidad.

Sanciones en materia de participación criminal.

El artículo 45 establece una serie de reglas para la punición de los cómplices, disminuyendo la pena respectiva de uno a dos tercios y en el caso de tentativa aplica una pena no mayor de la mitad de la ordinaria ni menor de una sexta parte de la misma. Dentro de esos límites el juez puede aplicar la pena respectiva, tomando en cuenta la importancia de la participación del agente y las circunstancias modificativas de la responsabilidad. El arbitrio del juez queda circunscrito a límites definidos, que, aunque suficientemente amplios, no por eso pierden su efecto restrictivo. Tanto en materia de tentativa como de complicidad, somos partidarios de dejar a los jueces, en forma amplia, la determinación de las penas respectivas.

(38) Ob. citada (La Ley y el Delito). Pág. 546.

15.—Otras consideraciones sobre la participación criminal.

La riña con consecuencias delictivas.

Si varias personas concurren, cada una por su cuenta, a la comisión de un acto delictivo, es lógico que a cada una se impone la sanción correspondiente a su propio hecho. Pero, puede suceder, como en el caso de la riña, que esa independencia de hechos, se convierta en una interdependencia y no se sepa, entre muchos que han luchado, quien es, por ejemplo el autor de un homicidio que se ha producido. La regla aplicable es la del artículo 211 del Código Penal que sanciona a todos los que hubieren ejercido violencia sobre la víctima, con la pena correspondiente al resultado, pero en forma atenuada. Se aplica, en parte, el viejo axioma de que eventualmente pagan justos por pecadores. Este es otro delito en los que no cabe hablar de participación por estar tipificados.

Participación negativa.

La participación negativa puede producirse cuando una persona ha tenido conocimiento de la comisión de un acto delictuoso y, estando obligado a iniciar los respectivos procedimientos, como en el caso del juez penal, no lo hace. El artículo aplicable es el 374 del Código que sanciona al funcionario o empleado público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare, algún acto de su cargo. Aparentemente este artículo contradice al 256 que castiga la revelación de un secreto cuya divulgación pueda causar daño y que no consista en un plan o conspiración para delinquir; esa divulgación puede eventualmente realizarla alguien que tenga un empleo. Decimos aparentemente, porque el artículo 147 del Código de Procedimientos Penales, taxativamente obliga a denunciar todo delito "a los empleados públicos que en el ejercicio de sus funciones tuvieren conocimiento de un delito". Hemos analizado estas formas de actuación negativa porque lógicamente constituyen actos de encubrimiento que no están comprendidos ni tipificados en nuestro Código Penal en esa forma, ni tampoco sancionados en el de Policía en las faltas que consisten en la omisión de dar parte a la autoridad sobre un delito cometido. La situación resulta un tanto confusa y falta un texto concreto que la aclare. Pero la verdadera complicidad por actos omisivos se produce, cuando con anterioridad al acto delictuoso, se pro-

mete guardar silencio en cuanto a su comisión, o, en el caso de una autoridad que tiene el deber de perseguir a un delincuente y que le promete no hacerlo, si este comete un determinado delito. Es claro, que el caso citado está perfectamente enmarcado en la complicidad y en el artículo 44 inciso 2º de nuestro Código ya que esa promesa constituye una cooperación en el delito; pero el caso se complica, cuando sin mediar promesa alguna, un agente de policía no actúa para defender a una persona atacada porque dolosamente desea que el acto criminal se produzca. Guillermo J. Fierro estima que considerar a este agente "como incurso en una simple omisión de los deberes de su cargo, cuando él ha tenido un pleno dominio mental de la situación, ha participado en ella, y dolosamente se ha abstenido de obrar para que el resultado por él querido se produzca, nos parece una enormidad y sería, a todas luces, una solución injusta"⁽³⁹⁾. Coincidimos con dicho autor en que, por lo menos, esa omisión del agente, debería estimarse como una forma de alentar a los autores en su resolución de cometer el delito, es decir, como una forma de complicidad. (Inc. 1º, Art. 44 C. P.)

El encubrimiento.

Nuestra legislación penal, como todas las que siguen las corrientes modernas, ha eliminado los casos de encubrimiento como constitutivos de participación criminal, puesto que, en realidad, en ellos no hay colaboración en el acto criminoso en sí. Por eso el artículo 401 que considera el encubrimiento como un acto contrario al régimen de justicia lo tipifica claramente como realizado "sin promesa anterior al delito". Si hubiere una promesa anterior de ayuda en su comisión, el hecho sería de complicidad y está configurado en el inciso 2º del artículo 44 del Código Penal. Esa ayuda bien puede no haberse materializado y sin embargo configurar el hecho.

Participación de un inimputable en un acto delictuoso.

Si se trata del caso en que un inimputable es utilizado en la comisión de un delito, hay que distinguir si la persona utilizada

(39) Ob. citada. Pág. 304.

es un enajenado mental, o un sordomudo de nacimiento o desde la infancia no educado; en esos casos, del hecho, responde únicamente el instigador. Pero si hay participación de un menor de diecisiete años y de un mayor de esa edad, al primero son aplicables las reglas de la jurisdicción tutelar de menores y al segundo las del Código Penal, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley respectiva; establece que "cuando en una misma infracción a la ley interviniere conjuntamente mayores y menores de diecisiete años sea como autores, cómplices o encubridores, el Juez Tutelar conocerá únicamente en lo relativo a éstos últimos. Los otros serán juzgados por los Tribunales Ordinarios"⁽⁴⁰⁾. De acuerdo con esa disposición puede darse el absurdo de que dos participantes, uno con diecisiete años y un día sea juzgado como delincuente por los tribunales comunes y otro con diecisiete años menos un día, sea amparado por la justicia tutelar y considerado como inimputable. El criterio cronológico debería flexibilizarse y tomarse en cuenta, sobre todo la edad mental. A los diecisiete años se puede tener una mentalidad infantil o de gran precocidad.

Comunicabilidad de las circunstancias.

En el Código Penal Argentino este problema es abordado en el artículo 48 al establecer que "las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes corresponda. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe". Nuestro Código aborda el problema en el artículo 31 referente a las causas que atenuan o agravan la responsabilidad y manifiesta que "las que consistan en la índole o disposición moral del delincuente, en sus relaciones personales con el ofendido, o, en otra causa personal, no se comunican a los codelincuentes en quienes no ocurran. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de solo aquellos partícipes que de ellas tuvieren conocimiento antes o en el momento de la acción".

(40) Código Penal y de Policía y Leyes Conexas. Edición 1965. Pág. 195.

De acuerdo con nuestra ley, el problema de la índole o disposición moral del delincuente se plantearía cuando un delincuente primario concurre a un delito con un reincidente; esta circunstancia agrava la pena solo del último; tampoco se comunica la causa personal: si un homicidio es cometido por el hijo de la víctima y por un extraño, el primero es autor de homicidio calificado y el segundo de homicidio simple.

En cambio se comunican los efectos de la ejecución material o las que se deriven de los medios empleados, pero solo en aquellos partícipes que de ellas tuvieren conocimiento antes o en el momento de la acción. Si dos delincuentes se ponen de acuerdo para realizar un asalto y se conviene en que no matarán al guarda del establecimiento pero uno de ellos vá armado de un puñal y su compañero lo sabe; si como consecuencia del asalto se produce una lucha entre este compañero armado y el guarda y como consecuencia muere este último, es claro que tanto del robo como del homicidio responden ambos; la circunstancia del arma era conocida del que no la portaba. Además, en el caso indicado, existe el principio establecido en el artículo 270 del Código Penal que condena hasta con la máxima pena de prisión (treinta años) si con motivo u ocasión del robo, resultare la muerte de una persona.

El problema de la comunicabilidad de las circunstancias ha sido tratado a fondo por R. Garraud⁽⁴¹⁾ quien divide las circunstancias agravantes en objetivas o reales y en subjetivas o personales; sin embargo en muchos casos, esas circunstancias de carácter personal, que generalmente no se comunican, pueden serlo excepcionalmente. Cuando un sirviente suministra las llaves de la casa de su patrón para que ésta sea robada, es evidente que nos encontramos ante un caso de coautoría, agravado el robo, en cuanto al sirviente, por el hecho de que viola las relaciones de dependencia que lo ligan a su patrón. Pero si los otros participantes han tenido conocimiento de esa circunstancia y precisamente se han aprovechado de ella para cometer el delito mencionado, esa circunstancia, de acuerdo con el artículo 31, ¿será comunicable? Aquí la calidad personal se transforma en material y por lo mismo, en ese último concepto, se comunica a los demás autores del hecho delictuoso, ya que se trata de un medio empleado en su realización.

(41) R. Garraud. *Traité Theorique et Practique du Droit Penal Francais*, T. II. Págs. 711 y sigs. Deuxieme Edition. 1898.

De la exposición realizada se vé que la participación criminal ofrece múltiples aspectos, algunos de ellos sumamente intrincados y de difícil solución. Sin embargo esta materia, teóricamente extensa, ha sido reducida a términos muy simples en el Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina e incluso se propuso, por parte de la comisión chilena, que se eliminara todo lo relativo a los delitos de imprenta, con el fin de que formaran parte de una ley concreta sobre la materia.

16.—Proposiciones del Código Penal Tipo para Latinoamérica.

Puesto que mencionamos el Proyecto del Código Penal Tipo, redactado por los más eminentes penalistas de América Latina, creemos necesario referirnos a las recomendaciones en materia de autoría y participación que redactó la comisión argentina, presidida por el Doctor Sebastián Soler y que dice:

a) **Autores y coautores.** Tanto el que ejecutare por sí solo el hecho como los que lo ejecutaren en común, serán reprimidos, como autores, con la pena establecida para el delito.

b) **Autor mediato.** Con la misma pena será reprimido, como autor mediato, el que ejecutare el hecho sirviéndose como instrumento de una persona inimputable o inculpable. Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor mediato.

c) **Instigador.** Con la misma pena será reprimido el que intencionalmente hubiere determinado a otro a ejecutar el hecho.

d) **Cómplice primario.** La misma pena corresponderá al autor o autores una cooperación sin la cual el hecho no habría podido ser cometido.

e) **Cómplice secundario.** El que cooperare de cualquier otro modo a la ejecución del hecho, aún mediante promesa de ayuda posterior a la consumación de aquel, será reprimido con la pena del delito disminuida de conformidad a lo dispuesto por el artículo...

f) **Comienzo y alcance de la responsabilidad de los partícipes.** Los partícipes serán punibles si el hecho ha tenido comienzo de ejecución.

Cuando el delito cometido fuere más grave que aquél al que entendieron contribuir, los partícipes sólo responderán por él si lo hubieren admitido como una posible derivación de la acción emprendida.

g) **Comunicabilidad de las circunstancias.** Las calidades personales y circunstancias de carácter subjetivo constitutivas de la infracción se comunicarán a los partícipes que no las posean, pero cuando su efecto sea agravante, la agravación sólo se comunicará al partícipe que las conozca.

Las circunstancias y calidades personales no constitutivas de la infracción cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto a los partícipes a quienes correspondan.

h) **Delitos cometidos mediante órganos de difusión.** No se considerará partícipe en los delitos cometidos por medio de la prensa, radio, televisión u otros órganos similares de difusión, a las personas que solamente prestaron una cooperación material necesaria.

Si el autor o autores de un hecho delictuoso cometido mediante un órgano de difusión no fuere conocido o no se hallare en el país, será responsable el director o editor del órgano de difusión empleado.

Hasta allí la proposición argentina; algunas objeciones fueron hechas, especialmente por la delegación chilena y entre ellas las siguientes: no hacer del autor mediato una entidad distinta de la del ejecutor o autor inmediato, refundir ambos conceptos en uno solo que los englobe a los dos; con respecto al artículo c), excluir toda posibilidad de que en virtud de su redacción pueda interpretarse en el sentido de que exista la posibilidad de sancionar la instigación a un hecho culposo, la cual, resulta inadmisibles. Para aclarar debidamente el punto la comisión pide que el término "intencionalmente" sea suplido por el "dolosamente", con lo cual se declara la posible duda; también se opone la comisión chilena a la diferencia entre cómplices primarios y secundarios y dice que "el criterio de la supresión mental hipotética empleado por el proyecto para diferenciar la complicidad primaria de la secundaria no sería el más adecuado para establecer las diferencias entre ambos conceptos, ya que en ciertas hipótesis, de hecho resulta muy difícil precisar la eficacia determinante de una conducta de auxilio; también se pide aclarar el texto un tanto ambiguo en cuanto a la comuni-

cabilidad de las circunstancias y, por último, pide que la delincuencia cometida por medio de los órganos de difusión no figure en los códigos penales sino en leyes de carácter especial que tienen, por su índole propia, mayor elasticidad.

Muchas de las observaciones nos parecen atinadas, especialmente las que se refieren a excluir los delitos cometidos por medio de los órganos de difusión del Código Penal y la que establece dos categorías innecesarias de complicidad; nuestro Código considera que es autor del hecho punible no solo quien lo ha realizado por sí mismo, quien hubiere tomado parte de la ejecución, sino también los que coadyuvaren con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido ejecutarse o se habría dificultado notablemente, que es la categoría de cómplices primarios que trata de introducir en las legislaciones el señor Soler.

SEGUNDA PARTE

Pluralidad de Infracciones

1.- Generalidades. — 2.- Acumulación material y formal. — 3.- Delito continuado.

169.—Generalidades.

El artículo 49 de nuestro Código Penal establece que habrá un solo hecho punible, cuando una sola acción u omisión produzca la infracción de dos o más leyes penales, o cuando diversas acciones u omisiones se hallen enlazadas en la relación de medio a fin y que en este caso se aplicará como pena ordinaria y en el máximum, la del hecho que tenga sanción mayor.

Cuando un individuo viola dos o más normas penales, pueden ocurrir dos fenómenos jurídicos: o los delitos han sido cometidos en distintos momentos y entonces se opera la llamada acumulación material, contemplada en el artículo 51 de nuestro Código; se le imponen todas las penas que correspondan a las distintas infracciones y estas se cumplirán sucesivamente, siguiendo el orden de su gravedad. Esa regla tiene una doble limitación en el sentido de que dicha pena no podrá exceder del triple de la de mayor duración o cuantía impuesta y en ningún caso del límite legal mayor de la especie de pena de que se trate, más una mitad. Con dos ejemplos

queda clara la excepción. Suponiendo que un delincuente ha cometido tres hurtos, cada uno de los cuales ha sido sancionado con una pena de tres años y un robo al que se le han impuesto cuatro años, la pena total no podrá pasar de doce años, aunque la suma real sea de trece años, nueve por los tres hurtos y cuatro por el robo. En cuanto a la segunda regla se cita el ejemplo de un delincuente nacional que cometió tres homicidios a cada uno de los cuales le correspondía una pena de treinta años; sumándolos, daban noventa años. Sin embargo la pena definitiva fue de cuarenta y cinco años, es decir, el límite mayor de la especie de pena de que se trate (especie de pena, prisión; límite mayor, treinta años) más una mitad (quince años), es decir, cuarenta y cinco años. En la sentencia de las 15.40 horas del 7 de Abril de 1959, el Juzgado Segundo Penal de San José, aplicó correctamente la regla anterior. Hasta aquí, hemos seguido en nuestra legislación la llamada acumulación jurídica, que consiste en aplicar la pena principal aumentada en un tanto correspondiente a las penas de los otros delitos.

170.—Acumulación material y formal.

En cambio hay otros dos sistemas, el de la absorción, en que la pena del delito más grave absorbe a los demás y el de la acumulación material en que se sanciona al delincuente con todas las penas correspondientes a los distintos delitos. Nos parece que nuestro sistema es bueno, ya que no llega ni a la severidad excesiva de uno ni a la blandura del otro. La verdad nunca se encuentra en los extremos.

Además de la acumulación material, existe el concurso formal, al que se ha llamado también concurso ideal y es el contenido en el artículo 49 del Código Penal que pasaremos a analizar.

En dicho artículo se contemplan dos situaciones distintas: por un lado, cuando con una sola acción u omisión se produzca la violación de dos o más leyes penales.

Es evidente, ante todo, excluir de la acumulación formal la realización de delitos en los cuales ambos elementos delictivos se encuentren confundidos para formar la esencia del hecho: la violación implica, en algunos casos la realización de lesiones o puede

tener como consecuencia la muerte de la víctima. Con el mismo hecho, se han lesionado dos bienes jurídicos como son, la integridad personal en el primero y la vida en el segundo. Pero en ambos casos se trata de un delito de violación, que se agrava expresamente en el Código Penal precisamente por las consecuencias sobrevenidas ya que ha ocurrido como su consecuencia la muerte de la víctima y lo que se propuso el delincuente fue violarla y no matarla Art. 221 del Código Penal). Lo mismo puede decirse de otros delitos como el de robo, que implica en algunos casos el de daños, como cuando se emplea fuerza para destruir un mueble con el objeto de apoderarse de su contenido o el de allanamiento cuando se penetra en una casa empleando medios no destinados al efecto.

El concurso formal se dá en el ejemplo clásico del individuo que, al robar los hilos telegráficos que comunican a dos poblaciones, las deja aisladas. Con una sola acción, la de robar unos hilos telegráficos, se infringe también el artículo 317 que sanciona al que destruye las obras destinadas a la comunicación pública por tierra. En este caso, cabría aplicar como pena única la correspondiente al delito que tenga mayor sanción. Si, por ejemplo, el valor del objeto robado fuere inferior a cien colones, la pena para el robo podría ir hasta dos años de prisión, pero no sería esta la aplicable sino la correspondiente al artículo 317, por ser un delito contra la seguridad de los medios de transporte, cuyo máximun llega a cinco años sanción mas grave.

Las tres características del concurso ideal, que es la otra manera de llamar al formal, son tres: unidad de hecho, violación de varias disposiciones legales y unidad de resolución; los dos primeros están claramente establecidos en el texto, no así el último, que es de gran importancia. Como muy bien lo afirma Soler: "Es perfectamente comprensible que —según la regla de Alimena— se haga responsable de un solo delito a aquél que con un solo hecho tenga necesariamente —por necesidad natural o jurídica— que violar dos normas penales, las cuales igualmente serían violadas si el autor quisiera violar una sola; pero no vemos la racionalidad del sistema que consiste en allanar el camino de un delincuente, declarando la impunidad de los delitos medios solo porque se propone al final de todos ellos, no una noble acción, sino precisamente otro delito"⁽⁴²⁾.

(42) S. Soler. Ob. Cit. T. II. Págs. 335.

Lo que nos lleva a considerar el caso de los delitos conexos, especialmente determinados en el artículo 154 de nuestro Código Penal, cuando estima que son los comunes que han servido de medio para perpetrar el atentado político o fueren su consecuencia natural. La justificación de la conexidad que convierte los delitos comunes en políticos, es la finalidad idealista que los une. Pero, en el texto de nuestro Artículo 49 se equipara al concurso ideal la conexidad simple ya que la ley habla de diversas acciones u omisiones enlazadas en la relación de medio a fin, en cuyo caso no es admisible que se confunda dicho caso con el del concurso ideal, que implica simplemente el hecho de que una sola acción u omisión produzca la infracción de dos o más leyes penales y lleva implícito, por sus elementos estructurales, la equiparación a un solo delito; repitiendo la afirmación de Soler, lo que hace nuestra ley es premiar al delincuente porque se ha valido de un delito para cometer otro tan ruin como el primero. Ello nos induce a pensar que al redactar el artículo 49, involucramos en su contenido y en forma errónea, un concepto distinto al del concurso ideal.

171.—Delito continuado.

Dice el artículo 50 de nuestro Código Penal que "se considerará también como un solo delito, la infracción repetida de la misma ley penal, cuando revelare ser ejecución de un designio único, y tal repetición podrá ser apreciada como circunstancia agravante".

La figura que se describe es la del delito continuado que vimos anteriormente y ha sido objeto de algunas discrepancias. Dijimos que fue analizado prolijamente por un distinguido alumno de nuestra Facultad, en la Tesis de incorporación⁽⁴³⁾.

Su fundamento data de los albores del Derecho Penal y se origina en el hecho de que, varios actos dolosos, unidos psicológicamente aunque separados por una pluralidad de acciones, pueden producir un resultado injusto, como es el de que se sancione con una pena desproporcionadamente más grave.

El caso que se cita más frecuentemente es el del cajero que, en lugar de sustraer mil diez colones de una sola vez, lo hace en porciones iguales de ciento un colones durante diez días más o

(43) El delito continuado. Tesis presentada por Ernesto Guardia Híne para optar el título de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. 1961.

menos seguidos. De no existir la figura que comentamos, la pena, aplicada en su mínimum sería de siete años y cinco meses; en cambio, considerando el hecho como un solo delito y en las mismas condiciones, podría llegar únicamente a tres años de prisión, de acuerdo con nuestra ley.

Tres son los elementos del delito continuado: violación de la misma disposición legal, pluralidad de hechos en fechas distintas y unidad de resolución, siendo indiferente que el sujeto pasivo sea el mismo.

En cuanto al primer punto, cabe observar que no se trata de violación del mismo artículo de la ley, ya que hay delitos que se encuentran configurados en distintas partes del Código; tampoco la violación del precepto en distintos grados, como sería la concurrencia de un hurto simple con uno agravado o de un delito intentado con uno consumado; ese es, por lo menos, nuestro criterio, no sin advertir que ha sido sumamente discutido. Se base en el hecho de que no es igual la disposición de quien sustrae quietamente diez billetes de cien colones, de quien lo hace primero en forma furtiva y luego se aprovecha de una calamidad para rematar su acción delictuosa, ni tampoco pueden equipararse dos figuras tan disímiles como la tentativa y la consumación.

Nuestro Código emplea erróneamente el concepto de que debe tratarse de "infracción repetida de la misma ley penal", fórmula que empleó desafortunadamente el Código Toscano y que ha sido sustituida en el Italiano de 1930 por la de "disposición legal"; dice su artículo 81: "Quien con una acción u omisión, viola diversas disposiciones legales o comete varias violaciones de la misma disposición legal, es castigado según las normas de los artículos precedentes". (Concurso Material). Las disposiciones de los artículos precedentes no se aplican a quien, con varias acciones u omisiones ejecutivas de un mismo propósito criminal, comete, en tiempos distintos, varias violaciones de la misma disposición legal aunque sean de diversa gravedad. En tal caso las diversas violaciones se consideran como un solo delito y se aplica la pena que debería infligirse por la más grave de las violaciones cometidas, aumentada hasta el triple".

En cuanto al segundo elemento del delito continuado, que es el de haber ocurrido en distintos momentos, se explica por sí mismo, pues de otra manera nos encontraríamos ante una infracción simple o ante un concurso ideal.

La unidad de intención es, acaso, el elemento que distingue con mayor precisión al delito continuado, que ha sido llamado por algunos autores como Antolisei⁽⁴⁴⁾ identidad del designio delictivo. En el ejemplo que pusimos anteriormente, la persona que hurta se ha fijado como límite la suma de mil diez colones; pero la ha sustraído en diez momentos distintos; esos diez momentos están enlazados psicológicamente y por esa razón únicamente, deben considerarse como un solo delito. Si este cajero ha dejado pasar un año entre estos diez hurtos continuados y un último hurto de mil colones que es el que ha sido descubierto, estaríamos ante un delito continuado de hurto (los primeros diez actos) y un hurto simple (el último realizado, pero después de un año). La continuidad consiste en lo que la palabra misma expresa: actos más o menos seguidos. En cuanto a que pueden ser sujetos pasivos del delito continuado una o varias personas, ello es perfectamente posible ya que la ley no establece ningún distingo al respecto; lo que importa es la unidad de la intención criminal, como muy bien lo afirma Florián⁽⁴⁵⁾.

Por último el artículo 52 de nuestro Código es de tipo procesal y, por lo mismo mal ubicado en las disposiciones sustantivas. Dice que "cuando por cualquier evento no se formare un solo proceso y el delincuente fuere condenado por diversas infracciones en distintos juicios, cualquiera de los jueces que han conocido de los delitos mas graves, procederá a solicitud de parte y aún de oficio, a aplicar la regla consignada en el artículo anterior, (art. 51) a fin de que el procesado no resulte en definitiva más severamente penado que como lo habría sido, si las diversas infracciones hubieran sido objeto de un solo fallo". El artículo no necesita comentario.

(44) Antolisei. Ob. cit. Pág. 379.

(45) Florián. Ob. cit. T. II. Pág. 71.

EL SECRETO PROFESIONAL EN LA ABOGACÍA

Titular Introducción al Derecho

Lic. MARIO GOMEZ CALVO

El secreto natural.

Se entiende por secreto lo que se tiene cuidadosamente reservado u oculto; lo que no se manifiesta exteriormente. También equivale a confidencia o manifestación reservada hecha a una persona, en la confianza de que no la revelará, de que “guardará el secreto” sin comunicárselo a otra persona.

Los moralistas distinguen en este orden de ideas: el secreto de confesión o declaración del pecador ante el sacerdote; el secreto “commiso” o sea la confidencia hecha bajo promesa de silencio; el secreto “promiso”, que el confidente mantiene en reserva después de haberle sido revelado; y por último el secreto natural, cuya reserva debe mantenerse por caridad y por justicia si su divulgación puede producir daño a alguien en su persona, prestigio, ya en sus bienes.

El secreto pues, se basa en la confianza y los atentados al mismo constituyen un “abuso de confianza”. En términos generales la violación del secreto es siempre una infidencia, pues a la confianza debe corresponderse con la lealtad. “De derecho natural, todos deben guardar secreto, como quieran que lo hayan sabido, no sólo del secreto de que se hizo confianza en que cae obligación tácita o expresa, sino también en el secreto que se supo de persona diferente que la del interesado, pues el mismo derecho natural prohíbe el perjuicio y daño del prójimo” (Doctrina de Santo Tomás).

Cuando estas infracciones a los deberes de lealtad se realizan con propósito de dañar, pueden convertirse en acciones antijurídicas, punibles, como atentatorias al “alterum nom laedere”, que es uno de los postulados supremos de la justicia.

El Secreto profesional

Aparejado a este deber, la lealtad, de carácter general, fundado en el principio supremo del Derecho, de no hacer daño a otro, existe el más específico que imponen determinadas funciones de confianza. Este deber que se confía a otra persona por razón de la misión o profesión que se le encomienda o ejerce, es el secreto profesional y constituye una variedad del secreto "commiso".

Los administradores, criados, dependientes, empleados y obreros están obligados en el cumplimiento de sus respectivas funciones, a guardar secreto sobre aquello que lleguen a saber por razón de su especial cometido y que pudiera causar daño a quien le confió el servicio. Los funcionarios públicos están en la misma forma obligados al secreto por lo que con tal carácter supieran a causa o motivo del ejercicio de su cargo.

Las leyes penales contienen sanciones para unos y otros, cuando con olvido de las obligaciones que les han sido encomendadas, violen los secretos que les fueron confiados. (Artículos 253 a 256 del Código Penal de Costa Rica).

En lo que respecta a las profesiones liberales, el deber de guardar el secreto es inherente a la naturaleza de los servicios de confianza que prestan, y, por ello tradicionalmente, viene manteniéndose entre sus miembros este sagrado deber.

En cuanto al secreto profesional de los abogados, tiene una larga tradición y a él se refiere el presente estudio.

Fundamento del secreto profesional del abogado.

Se refiere al ineludible deber que tiene el abogado de guardar el secreto de las confidencias que reciba de sus clientes por razón de su oficio, basado en la confianza que les inspira y a fin de poder aconsejarlos y defenderlos mejor. El secreto profesional obliga al abogado sin necesidad de previo acuerdo o declaración con el cliente. "Existe un pacto tácito entre abogado y cliente, por haberle fiado los fundamentos de su justicia y participándole sus papeles" (Molina: *Trat. de Just et Jure*).

Para que haya posibilidad de una defensa eficiente, es menester la confidencia amplia y sin reservas del cliente al abogado

y la confidencia para que se produzca ha de estar amparada y garantizada por la inviolabilidad del secreto profesional. Sólo así el cliente no tendrá temor alguno de dirigirse al abogado. Por lo consiguiente el deber del secreto profesional y su inviolabilidad es esencial al derecho de defensa y una consecuencia del mismo.

Dice el ilustre abogado español don Antonio Fernández Serrano lo siguiente:

"El abogado es hombre de confidencias. Amparados no sólo en su ciencia, sino también en su probidad y en "su secreto", acuden a él, confiadamente, los que necesitan de su consejo y de su patrocinio; a él le abrirán sus clientes las puertas de sus almas, seguras de que nada, ni nadie, le hará revelar los secretos que se le confían, así podrá penetrar en lo más íntimo de las conciencias de aquéllos para aconsejarles, según los dictados de la recta razón y de la justicia. Los secretos del honor, de los que depende a veces la tranquilidad de las familias, les serán revelados sin temor, aquellas confidencias en las que juegan, no sólo los intereses, sino la honra y la libertad e incluso la vida, le serán hechas sin reservas. Conocerá así, el abogado, los errores —y a veces los horrores— de los hombres, sus pasiones íntimas, los motivos tentadores, las flaquezas del alma, los egoísmos, las concupiscencias, la codicia humana; y también los callados sacrificios heroicos, los dolores que atenazan el alma, los afectos sinceros y, en fin, cuanto hay de abyecto y de sublime en el alma de sus confidentes, al volcar en la de él sus amarguras y pesares, sus zozobras y sus temores, seguros de discreción absoluta, en demanda de consejo, orientación y defensa. El abogado salvando las diferencias teleológicas, es como el confesor: si éste es confidente e intermediario ante el tribunal de la justicia divina, aquél lo es ante el de la justicia de los hombres, que aspira, en sus ansias de perfección, a inspirarse en aquella".

Por eso tradicionalmente, en todos los pueblos y en todas las épocas, desde que fue reconocido el derecho de defensa, que arranca del Derecho natural, el secreto profesional del abogado le fue impuesto, como uno de sus más sagrados deberes, y se respeta siempre en la ley considerándolo como inviolable. Es de tal importancia dice el Dr. Cisneros, decano del Colegio de Abogados de Lima, Perú, en su memoria del año 1950, — "que si desapareciera, la profesión estaría destinada a perecer".

Naturaleza jurídica.

En cuanto a la naturaleza jurídica del secreto profesional, que puede servirnos de pauta para su mejor interpretación, ha sido

objeto de arduas discusiones. La materia del secreto profesional del abogado ¿pertenece al Derecho público o al privado? ¿Se trata de un contrato o su regulación está por encima de la voluntad pactada? Aún cuando el estudio de los tratadistas, en este particular, se presenta en forma confusa y, por tanto, se manifiesta en conclusiones diversas. De las soluciones que se adopten al dar respuesta a aquellas preguntas depende la calificación que ha de merecer la naturaleza jurídica del secreto profesional. Dos teorías existen al respecto: la que sostiene que en el secreto profesional juegan principalmente los intereses privados del confidente y la del interés social, en la que, si bien se reconoce la existencia de aquellos, se hace jugar el carácter público de modo preferencial. Los que sostienen la primera teoría califican el secreto profesional como un contrato. Así algunos intentan resolver el problema aplicando la doctrina del depósito, otros considerándolo como un arrendamiento de servicios; y, para otros, en fin se trata de un contrato innominado. Los que así piensan confunden el deber del secreto profesional con la relación jurídica privada entre el abogado y el cliente en la cual puede tener origen, sin tener en cuenta que es cosa distinta de aquella relación jurídica y las obligaciones que, a consecuencia de ella puedan nacer.

Si aceptáramos que la materia del secreto profesional no tuviera otro fundamento o razón de ser que la simple voluntad contractual y el interés privado de los contratantes seguiría las mismas vicisitudes que las de los contratos en donde pudo nacer; cesarían sus efectos en caso de resolución; podría ser objeto de novación y de transacción; sería susceptible de rescisión y de anulación y, en todo caso, quedaría supeditada al interés público ante el cual cedería siempre.

Los que sostienen que en el secreto profesional juegan factores de interés social, sin olvidar a los de carácter privado del confidente, atribuyéndole una doble naturaleza jurídica, titubean en sus conclusiones. Así Florian dice “que si se tratase de una materia perteneciente al Derecho Público, no le sería permitido al confidente relevar al abogado de la obligación del secreto, lo que parece excesivo; los que como Savatier y Bielsa, tratan de armonizar ambos factores, concluyen diciendo que el secreto profesional es relativo y debe ceder ante el interés social”. Appleton, apoyándose en la Jurisprudencia y en las prácticas del Foro Francés, afirma que el Secreto Profesional sirve los intereses privados del cliente y aún los de terceros; pero por

ser materia perteneciente al orden público mantiene el principio de la inviolabilidad, inspirada en la doctrina tradicional que se remonta a los antiguos criminalistas de Francia.

Don Eugenio Cuello y Calón expone: “que la razón del castigo de la violación del secreto profesional del abogado, es la necesidad en que se encuentra el hombre de acudir al consejo o a la obra de otros. El mantenimiento de este secreto, añade, tiene por base el interés social. Su violación causa también perjuicio a los particulares, pero este perjuicio no es bastante para justificar la intervención de la Ley, pues esta pena solamente lo que el interés general exige”.

Actualmente se acepta en contra de la opinión contractualista, la teoría que funda el secreto profesional en un interés de orden público, por cuanto se entiende que el profesional, confidente necesario de un hecho, está obligado a la reserva del mismo porque la sociedad exige la discreción por parte de aquellas personas cuyos servicios son necesitados por todos. Los profesionales, dice el eminente tratadista argentino, don Eusebio Gómez: “tienen la obligación moral del secreto; la ley recoge esa norma ética y, de tal modo, impone su obligatoriedad y estatuye, naturalmente, la sanción respectiva, para que se mantenga la confianza en los profesionales, ya que, desaparecida esta, a todos asaltaría el temor de requerir a los únicos que la pueden dispensar, la asistencia de sus intereses morales y materiales”. A esta teoría que hace descansar el fundamento del secreto en razones sociales dignas de la mayor consideración, se adhiere don Juan Baldana en su tratado de Derecho Notarial, al afirmar que “la obligación de guardar un secreto es consecuencia del correcto cumplimiento de la función o empleo que se ejerce”. Se ve en estas palabras la necesidad de implantar y respetar el secreto en defensa y prestigio de las propias profesiones, que, entendemos, es la base de la institución.

La doble faceta del secreto del abogado.

Claramente se advierte, de cuanto se ha dicho que el secreto profesional del abogado constituye a la vez un derecho y un deber; comporta un deber, en relación con el cliente, en cuanto afecta a su defensa, y un derecho, respecto de los jueces, en virtud del cual no puede obligarse al abogado a revelarlo.

PRIMERO: El secreto como deber del abogado.

a) Es fundamental a la defensa. La reserva del secreto es uno de los más sagrados deberes del abogado, quien viene obligado a cumplirlo, no sólo por mandato de la ley, sino por mandatos ineludibles de la conciencia, según lo exige la naturaleza de su delicada misión, y conforme prometiera al iniciar el ejercicio de su profesión. El mantenimiento del secreto por el abogado es, pues, un imperativo superior a su voluntad, y por nada, ni por nadie, estará obligado a quebrantarlo en todo lo que pueda atentar al derecho de defensa.

b) Area del secreto profesional. Según se ha dicho, al abogado se le impone, por razón del ministerio de la defensa, el secreto de la confidencia, que debe ser guardado celosamente por él, y, su inviolabilidad, ser amparada por la ley, dentro de los límites que la defensa exija. El área del secreto profesional queda delimitada en todo cuanto sirva a la defensa. Sin embargo el secreto profesional no comprende solamente la confidencia estricta del cliente, sino que debe extenderse a todo cuanto el abogado conozca por razón de su ministerio de defensa y en cuanto pueda perjudicar a ésta. Tomo de la "Casuística de Salsmans" lo siguiente: "Abarca, para los hombres de leyes, absolutamente todo lo que por razón de su cargo o profesión han sabido de sus clientes, bajo condición de no revelarlo y de no hacer uso de ello, contra la voluntad razonable de los mismos".

El Código de Etica profesional de los abogados de Lima, Perú, dice en su artículo 15, lo siguiente: "La obligación de guardar el secreto profesional se extiende a las confidencias hechas por terceros al abogado, en razón de su ministerio y a las derivadas de pláticas para realizar una transacción que fracasó. El secreto debe también comprender las confidencias de los colegas".

c) Limitaciones del deber del secreto. Nos preguntamos: ¿el deber de guardar el secreto profesional es tan absoluto que ni por nada ni por nadie podrá quebrantarse?

Hay que tener presente para contestar esa pregunta que el mantenimiento del secreto no es sólo en razón a los intereses privados del cliente, sino en consideración al derecho de defensa, que es de interés público también.

Y, siendo esto así, sin violar el principio establecido, no habrá otro modo de resolver el problema que acudiendo a las soluciones que la ley natural establece, según lo dictados de la recta razón; cuando surge un conflicto entre normas de igual rango se impondrá siempre la que ampara un derecho más noble, la que protege valores más esenciales de la comunidad, cuyo bienestar es el fin supremo de la ley.

"El derecho de defensa es una institución noble, excelsa y esencial, en orden a la colectividad; pero lo son más el derecho a la vida, el del honor y los que afectan a la defensa de la Patria en aras de la cual se inmola la vida misma" (Antonio Fernández Serrano).

En consecuencia: "si por revelar un secreto profesional alguien puede perecer; si por mantener su inviolabilidad, puede mancillarse el honor de alguien; si por callar una confidencia corre peligro la Patria, deberes más fuertes y elevados imponen quebrantar el sigilo, y faltaría gravemente a la ley y a la moral quien, ante tales conflictos permaneciese en silencio y no actuase conforme a los dictados de una conciencia honrada. Pero adviértase que aquí la ley y la moral se identifican; que no hay, que no puede haber precepto alguno escrito que regule la materia y la exigibilidad solo pertenece al fuero interno, sin posibilidad de coacción externa y, por tanto sin mengua del principio de inviolabilidad" (del mismo autor).

d) La doctrina de los moralistas. En la resolución de tan delicados problemas el abogado no puede tener otro árbitro que su conciencia de hombre honrado, pero en muchas oportunidades será conveniente y necesario acudir al estudio de la Deontología o ciencia del deber, y aún buscar en la Casuística, para que, guiado por la autoridad de los moralistas, las decisiones que adopte en los delicados problemas que se le presenten, tengan las mayores garantías de acierto.

La casuística de Salsmans.

José Salsmans S. J., profesor de Moral del Colegio Internacional que la Compañía de Jesús tiene en Lovaina, Bélgica, falleció el 19 de enero de 1944; su autoridad es unánimemente reconocida en el mundo católico. Por el indiscutible prestigio de este insigne profesor y por el valor de sus doctrinas publicadas en los momentos

actuales, en medio de un mundo que se desquicia y de una relajación de los principios morales, eternos e inmutables, es oportuno destacar su opinión, en apoyo de la delicada materia que ahora se trata.

Confirma Salsmans que la obligación de guardar escrupulosamente el secreto profesional constituye uno de los principales deberes de los abogados, procuradores, notarios, etc., y agrega que la violación del secreto profesional es una grave infracción moral contra la Justicia.

Ciertas circunstancias pueden hacer más monstruoso semejante abuso de confianza, y cita los casos como el del abogado que comunica los secretos de su cliente al abogado de la parte contraria; o aquél que divulga la deshonra de toda una familia, que él ha conocido por la consulta de un miembro de la misma.

No contempla dentro del área del secreto profesional aquello que el abogado no lo ha sabido en virtud de su profesión, sino por azar y como incidentalmente; si bien estima que queda ligado en conciencia al "secreto natural" que impide perjudicar al prójimo.

Y, en cuanto a la limitación del deber del secreto profesional, dice que "concurren circunstancias extraordinarias en que la conciencia permite revelar los secretos, por lo menos a personas determinadas".

En tales casos extraordinarios, establece como regla para resolverlos la siguiente: "respecto de tu cliente cesa tu obligación de guardar el secreto en la medida en que consienta o al menos deba consentir razonablemente el cliente. Es decir, cuando le sea menos perniciosa la revelación y evite un daño mayor.

Sin embargo advierte el citado autor: "evítese con cuidado todo laxismo en esta materia".

Y termina diciendo: que "es muy de alabar, por un sentimiento muy bien entendido de honor y caballerosidad, mantener sistemáticamente todo el rigor y la santidad de este secreto y resistirse 'a priori' a todo uso, aunque se cuente con el consentimiento explícito del cliente". Y aún en los casos, sumamente raros, en que parezca obligatorio el hablar, a consejo se ponderen primero, con suma prudencia, las circunstancias.

e) Aplicaciones de la anterior doctrina a la actuación judicial del abogado: conflicto, veracidad y secreto.

Existe divergencia en el criterio de algunos autores si al abogado le está impuesto el deber de veracidad, respecto del Juez

y el del secreto de las confidencias recibidas, en razón de la defensa si debiera quebrantar el secreto en aras de la verdad o si deberá faltar a ésta por mantener aquél. ¿Cómo armonizar ambos deberes?

Es cierto que están en pugna el deber de defensa y las exigencias de la Justicia, pero sólo de un modo aparente porque aquel deber es esencial a la administración de justicia. Para que la justicia se realice es preciso una parte que accione o acuse otra que excepcione o se defienda y un Juez o tribunal que dicte la sentencia o Juzgue.

El abogado tiene como obligación en las causas criminales a aceptar la defensa del reo, de no existir causas muy justificadas, pero nunca atinentes a la culpabilidad o inocencia de éste; y en los pleitos civiles, aceptada la defensa de un cliente por considerar justa su pretensión, el abogado deberá cumplir su cometido hasta el fin.

En uno u otro caso durante su actuación ha recibido de su cliente confidencias que le han sido hechas, amparándose en su probidad, en que cumplirá su deber de guardar el secreto, en las garantías de inviolabilidad con que la ley lo protege, seguro de que no serán reveladas. ¿Cómo pues admitir que el abogado pueda quebrantar el secreto en aras de la verdad?

Los autores a que se ha hecho referencia agregan: "el abogado debe servir los intereses del cliente, mas sólo en el caso de que ello no viole las obligaciones de orden público que le impone su misión social. Y es lo cierto que el abogado al mantener su secreto incluso frente a los jueces, no lo hace por servir los intereses privados de su cliente, sino en razón a los deberes que le impone su misión de defensa, que tiene el carácter de servicio público.

El abogado, dice Savatier: "tiene por misión aclarar el caso al Juez, no engañarlo". El abogado, en las causas criminales, tiene por misión defender al acusado, aunque fuese culpable; la Ley se lo manda, con el propósito de aliviar en lo posible, la triste situación en que se encuentra, y, en los pleitos civiles, se adelanta en su juicio al del Juez, y, si consideró justas las pretensiones de su cliente, en tanto descanse en su juicio, lo defenderá.

A los Jueces les corresponde indagar, buscar la verdad, averiguar los hechos a través de todos los medios que la ley pone en sus manos; pero deben respetar la profesión del abogado, como la del confesor, por razón a la misma justicia. El abogado no puede

ser delator; no está obligado a servir a la Justicia más que a través de su defensa; y sostener otra cosa es atentatorio al derecho de ésta que es una función esencial en la administración de Justicia. El día en que se obligara al abogado a revelar el secreto profesional la abogacía no tendría razón de ser, y el derecho de defensa habría quedado anulado. Por eso, la Ley no sólo exime a los abogados de la obligación de declarar en Juicio contra sus defendidos, sino que lo sanciona penalmente cuando revelan el secreto profesional.

Y agrega don Antonio Fernández Serrano: "Podrán, excepcionalmente, producirse situaciones delicadas en las que estén en pugna ambos deberes —el de veracidad y el del secreto— y en las que el quebrantamiento de ésta tenga cumplida justificación, en razón a la existencia de deberes más fuertes y en evitación de males mayores; mas estas situaciones, de extrema gravedad, serían excepcionales que no quebrantarían el principio de la inviolabilidad y que, lógicamente, serían resueltas conforme a los dictados de la conciencia del varón justo, título que al abogado no podría negársele. Fuera de estos casos y siempre que el secreto profesional se mantenga en su marco, esto es, para servir a la defensa, será inviolable, y el abogado deberá guardarlo hasta la tumba".

f) La revelación autorizada del secreto. Quienes consideran esta materia sólo en el área del derecho privado y no ven en ella más que las relaciones contractuales entre abogado y cliente, concluyen afirmando que éste puede autorizar a aquél para hacer uso del secreto, revelándolo en vez de mantenerlo.

Los que como don Rafael Bielsa y la Escuela Francesa sostienen el asunto como de derecho público, llegan a la conclusión de que el abogado no puede revelar el secreto, ni aún con la autorización de su cliente.

Estos últimos aducen en apoyo de sus aseveraciones un argumento en pro del cliente diciendo que, "el consentimiento de éste sería casi siempre forzado por el temor de la sospecha que produciría una negativa".

Don Antonio Fernández Serrano considera, sin embargo, que este argumento no es de gran peso, y, reiterando cuanto se lleva dicho, en orden al fundamento y naturaleza del secreto profesional del abogado, podría fundamentalmente resolverse la cuestión así: la autorización del cliente al abogado para que éste pueda revelar el secreto que le confió, no tiene más alcance que eximirle de tal

deber en relación con el cliente; pero el abogado hará uso de esta autorización o no, según estime que pueda beneficiar o perjudicar a la defensa de aquél; pues, esencialmente, para servir al derecho de defensa, y sólo en razón de éste, se instituye el secreto profesional.

De este modo se desvanecen aquellos temores y se mantiene el secreto del abogado dentro de sus justos límites.

SEGUNDO: El secreto como derecho del abogado.

Ante la doble faceta del secreto de los abogados, considerado como deber y como derecho, según se ha indicado, corresponde ahora, analizar este segundo acto.

Si el abogado tiene el imperioso deber de guardar su secreto, le corresponde también el indiscutible derecho de mantenerlo.

a) Inviolabilidad del secreto. Ya se dijo anteriormente que el secreto profesional del abogado es inviolable. Con ello se quiere decir que ni el Juez, ni ninguna otra autoridad tiene facultad para exigir del abogado la revelación de su secreto profesional.

Porque como también se ha dicho, este secreto no se ha instituido en interés particular del cliente, sino en interés general, para servir al derecho de defensa, que es de Derecho natural y de carácter público. Por eso la violación del secreto no sólo heriría al cliente, sino a la sociedad entera; no sólo porque quitaría a los profesionales la confianza, que es esencial en su Ministerio, sino porque aniquilaría el derecho de defensa, del cual el secreto es la piedra angular.

Tampoco se trata de defender un atributo excepcional del abogado, en su carácter personal, sino de mantener un principio esencial de interés público, en consideración a una función de ese tipo.

b) Extensión de la inviolabilidad del secreto. Admitido el principio de la inviolabilidad del secreto del abogado, hay que admitir que dicha garantía no puede quedar reducida a la simple confidencia o manifestación verbal, sino también a los escritos: documentos, cartas, notas confidenciales, elementos de prueba, etc., que el abogado hubiera recibido de su cliente, o que el mismo se ha visto obligado a recoger y transcribir.

Y si son inviolables la correspondencia y los documentos profesionales de los que el abogado es depositario, en cierto modo lo es también su despacho o bufete, que, en este aspecto, debe ser respetado.

Sostiene la Escuela Francesa en cuanto al bufete del abogado que no deben hacerse registros para buscar e incautarse de las pruebas de un crimen o delito, a no ser que el abogado fuera acusado como autor principal o como cómplice. Agrega Molot, que si el abogado es acusado la regla no se viola puesto que estaría obligado, como todo ciudadano, a someterse en este caso a los derechos de investigación de la Justicia. A fin de evitar excesos en tales investigaciones el derecho francés hace intervenir al Colegio de Abogados de modo que las diligencias de investigación se lleven a efecto con las garantías que deben adoptarse para que los secretos de que el abogado es depositario sean respetados y que el registro sea practicado en presencia del propio Juez de instrucción, y no por el delegado de éste.

De todos modos dice don Antonio Fernández Serrano: "cuando las necesidades de la Justicia impongan la práctica de determinadas diligencias en el estudio de un abogado, por dirigir un procedimiento criminal contra éste, deberán ser acordadas con motivación suficiente limitándolas estrictamente a lo que afecte a la supuesta culpabilidad del abogado, y adoptando las necesarias garantías para salvar el secreto profesional, en cuyo mantenimiento debe tener especial interés la Administración de Justicia".

Responsabilidad en caso de revelación

Fuera de los casos de excepción, la revelación injustificada del secreto por parte del abogado da lugar a sanciones, ya de orden penal o disciplinario, según las circunstancias que concurran en cada caso, y, además, responsabilidades pecuniarias para resarcir los perjuicios a que hubieren dado lugar con su indiscreción dolosa o negligente.

Defensa contra los ataques a la inviolabilidad

Considerando el secreto profesional del abogado inviolable, no le será permitido a los Jueces y demás autoridades obligar al

abogado a que lo quebrante, y quien actuare en tal sentido cometería un ataque a la inviolabilidad del secreto, con grave infracción de la ley.

El Secreto Profesional del Abogado en Nuestro Derecho

El Código de Moral Profesional del Colegio de Abogados de Costa Rica establece disposiciones sobre el particular en sus artículos 13, 14 y 15, como sigue:

Artículo 13. — El secreto profesional constituye a la vez de un deber, un derecho del profesional en leyes. Es respecto de los clientes un deber de cuyo cumplimiento ni ellos mismos pueden eximirle; es un derecho con respecto a los jueces, pues no podría escuchar expresiones confidenciales si supiese que podía ser obligado a revelarlas. Y llamado el profesional en derecho a declarar como testigo, debe concurrir a la citación, pero en el acto y procediendo con absoluta independencia de criterio, deberá negarse a contestar aquellas preguntas cuya respuesta, a su juicio, sea susceptible de violar el secreto profesional.

Artículo 14. — La obligación del secreto se extiende a las confidencias efectuadas por terceros al profesional en derecho en razón de su ministerio. Por eso debe guardar reserva acerca de las conversaciones llevadas a cabo para realizar una transacción que fracasó, y respecto de los hechos que ha conocido sólo por tal medio. El secreto cubre también las confidencias intempestivas de los colegas.

Artículo 15. — La obligación del secreto cede a las necesidades de la defensa personal del profesional en derecho, cuando es objeto de persecuciones de ese cliente. Puede revelar entonces lo que sea indispensable para su defensa y exhibir, con el mismo objeto, los documentos que aquel le haya confiado.

En el capítulo segundo del citado Código, artículo 13, se castiga con:

Suspensión de 1 a 6 meses si divulgaren, violando el secreto profesional, cualquier confidencia que el cliente o terceros les hagan, salvo que la Ley, la Doctrina o este Código lo autoricen; o divulgar detalles del negocio que en alguna forma puedan perjudicar al cliente, aún en el caso de disgusto personal con él o de separación del asunto.

Quiero terminar este estudio con las siguientes palabras del ilustre ex decano del Colegio de Abogados de Madrid, don Angel Ossorio Gallardo: "Baste saber que la materia referente al secreto profesional de los abogados es gravísima; que aparecen en pugna

constante el derecho del cliente a la reserva y el derecho de la Justicia a buscar la verdad; que el abogado puede ser un sacerdote o un encubridor; y que cada caso ofrece matices, sutilezas y detalles que son imposibles de prevenir. Los Códigos mismos indican la gravedad de la función. El Código Argentino impide la revelación del secreto sin justa causa. El Código español trata de que el abuso sea malicioso, negligente o de ignorancia. ¿Quién gradúa la justa causa? ¿Quién determina lo que es malicia, ignorancia o negligencia? ¿Dónde acaban los deberes con el cliente y empiezan las obligaciones con la Justicia? ¿Dónde puede existir un verdadero perjuicio y dónde puede no haberlo?

Todo esto envuelve una gama de peculiaridades de la conducta que no pueden entrar en las definiciones de los autores ni en los textos de los Códigos. Sólo la conciencia del abogado puede resolverlas con acierto. A ésta le incumbe recordar a toda hora que los abogados no son sólo hombres independientes, sino los más independientes de los hombres. Y para responder dignamente a calidad tan alta, hay que extremar las preocupaciones, los miramientos y los escrúpulos”.

MARIO GOMEZ CALVO

Profesor de Introducción al Estudio del
Derecho de la Escuela de Derecho.

BIBLIOGRAFIA

- EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS, por Antonio Fernández Serrano.
- EL ABOGADO, por Angel Ossorio y Gallardo.
- CODIGO DE MORAL PROFESIONAL, del Colegio de Abogados de Costa Rica.
- CODIGO PENAL DE COSTA RICA.
- LA ABOGACIA, de Rafael Bielsa.
- VIDA DEL ABOGADO, de P. Erizzo.
- CODIGO DE MORAL PROFESIONAL, del Colegio de Abogados de Lima, Perú.
- DEONTOLOGIA JURIDICA, MORAL PROFESIONAL DEL ABOGADO, de José Salsmans.
- SUMMA TEOLOGIA, Santo Tomás.
- TRACTUS DE JUSTITIA ET JURE, Molina.
- TRATADO DE LA PROFESION DEL ABOGADO, Appleton .
- LA PROFESION LIBERAL, Savatier.
- DEL DERECHO Y DE LA PENA EN GENERAL, Florian.
- COMENTARIOS AL CODIGO PENAL, Cuello y Calón.
- REGLAS SOBRE LA PROFESION DEL ABOGADO, Molot.
- S. S. Pío XII, Alocución a los juristas italianos con motivo del primer Congreso Nacional.

SOCIEDAD Y EMPRESA

Por: Dr. LAUREANO F. GUTIERREZ

1.—El proceso integracionista centroamericano ha llegado al momento en que requiere de la unificación de ciertas leyes básicas.

A esos efectos, se aprobó un Proyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores⁽¹⁾ y, en reciente Seminario celebrado a nivel regional en la ciudad de San José, Costa Rica⁽²⁾, se discutieron las Bases para una Ley Uniforme de Sociedades Anónimas.

Es con vista a este último proyecto que deseamos analizar el interjuego entre sociedad y empresa en la legislación vigente en Honduras, cuyo Código de Comercio ha servido de fuente para la redacción de las nuevas leyes y proyectos del área⁽³⁾.

La importancia de este interjuego no requiere mayor explicación. Del concepto que se tenga del mismo surgirán las líneas directrices para determinar tan importantes y complejos problemas como son, para solo citar dos casos: la participación de los obreros en la administración y la posición a tomar frente al conflicto:

(1) La Ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores fue aprobada, como proyecto definitivo en sesión celebrada en Tegucigalpa, D. C. los días 16 y 17 de octubre de 1965, con la asistencia de juristas de las cinco naciones centroamericanas, y está en la actualidad en la SIECA a los efectos de su definitiva promulgación.

Con posterioridad fue sometida como Proyecto de Ley Uniforme Latinoamericana de Títulos Valores a la Reunión de Especialistas a nivel continental, celebrada en Buenos Aires, Argentina, los días 13 al 15 de octubre de 1966, bajo el patrocinio del INTAL, siendo aprobada como documento de trabajo y posteriormente, en 1967, como recomendación a los Gobiernos, por el Parlamento Latinoamericano.

(2) Los días 20 al 22 de junio de 1967.

(3) Tanto Honduras (1950) como Costa Rica (1964) han promulgado nuevos Códigos de Comercio, estando El Salvador y Guatemala en el proceso de aprobar, en sus respectivos Congresos, Proyectos de Códigos muy similares a los dos antes citados. No debe descartarse, así mismo, la profunda influencia del C. C. Italiano y la doctrina y jurisprudencia de dicha nación sobre la legislación del área, influencia que no sólo se nota de la lectura de los artículos de los Códigos citados, en muchos casos textualmente idénticos al Italiano, sino de las siguientes palabras de la Exposición de Motivos al Cód. de Com. vigente de Honduras (Tegucigalpa, D. C. 1962): "También debe mencionarse la influencia amplia que ha ejercido en la redacción de este Proyecto al C. C. Italiano (1942)".

declaración de dividendo-autofinanciamiento, que a su vez entraña el determinar la prioridad de los accionistas o de la empresa frente al patrimonio social.

Más, antes de entrar propiamente en materia, quisiéramos señalar que, a los efectos de la unificación legislativa, el cuadro centroamericano es distinto del europeo.

En Centroamérica, en contra de la problemática presentada en el Mercado Común Europeo, cuyas divergencias en materia societaria recomendaron una solución paulatina y progresiva a través del sistema de las directrices⁽⁴⁾, sí puede y debe contemplarse una unificación total y de inicio de las legislaciones bases en materias de sociedades anónimas⁽⁵⁾.

Basamos la anterior afirmación en los siguientes razonamientos:

Desde un punto de vista jurídico, tanto las nuevas leyes comerciales del área, como los proyectos en elaboración, buscan

(4) Véanse, entre otros: Lanza: *Attivita e tendenza della Comunita Economica europea in tema Societa* (Riv. Soc. 1966 pág. 1054 y ss.); Minervini: *Alcuni problema connessi alla creazioni in una societa di tipo europea* (Riv. Soc. 1966 pág. 984 y ss.); y Verrucoli.

(5) Quisiéramos recalcar que no nos estamos refiriendo a la creación de una ley de sociedades multinacionales, ni a un proyecto de ley de sociedad anónima centroamericana.

En el plano personal, consideramos que en Centroamérica debe comenzarse por tratar de unificar la legislación base, para después enfocar el problema de la sociedad anónima multinacional. entre otras razones, porque, como bien indica Minervini (*Alcuni Problema connessi alla creazioni de una Societa di tipo Europeo - Riv. Soc. 1966 pág. 984 y ss.*) debe existir un derecho subsidiario uniforme que cubra las lagunas.

Basado en lo anterior es que pudiéramos hacer algunas objeciones a las conclusiones del grupo de trabajo reunido en Costa Rica para tratar del Proyecto de Bases y Comentarios sobre la Sociedad Anónima Multinacional. En dicho meritorio trabajo, se trató de encuadrar las bases redactadas para una ley uniforme de sociedades anónimas centroamericana, que fueron discutidas en San José los días 20 al 22 de junio, dentro del concepto de una sociedad multinacional.

El estudio afronta, a nuestro entender, dos problemas fundamentales:

a) Uno de orden práctico, ya que sugiere, como a nuestro entender necesariamente debía hacerse, la creación de un organismo supranacional supervisor de dichas sociedades.

Aunque compartimos plenamente la tesis, consideramos que su creación, en esta etapa integracionista, sería de muy difícil logro.

b) Uno de orden técnico, consistente en tratar de amoldar bases para un proyecto de sociedad anónimas redactadas con el objeto de unificar la legislación societaria a nivel nacional, para resolver los problemas de una sociedad multinacional que presenta matices sui-generis y que requiere de soluciones de otra naturaleza, entre las cuales podemos mencionar: la necesidad de uniformidad previa en cuanto a las disposiciones nacionales de carácter fiscal; necesidad de jurisprudencia uniforme; necesidad de regulación especial para el caso de fusiones o consolidaciones internacionales; tratamiento de compañías subsidiarias, etc. (para un interesante enfoque sobre estos problemas véase el memorándum de la Commission de la Communauté Européenne sur la Creation d'une Societé Commerciale Européenne. Riv. Soc. 1966, pág. 1095 y ss.).

las mismas soluciones y utilizan fuentes y doctrinas similares, por lo que hablar de una ley uniforme de sociedades anónimas aplicable en cada una de las cinco repúblicas no entraña una modificación substancial de principios arraigados en el pensamiento jurídico del área⁽⁶⁾.

En adición, el desenvolvimiento socio-político de la región es similar, siendo a su vez, parecidas, las necesidades y soluciones económicas, por lo que existe suficiente uniformidad en la base humano-económica.

Dáse por tanto, en Centroamérica, no sólo la necesaria unidad jurídico-doctrinal para poder aspirar a una ley uniforme de sociedades anónimas, sino la unidad funcional de que habla Fontanarrosa⁽⁷⁾ cuando determina: "la unificación, para ser real, debe concernir el derecho y no el texto legislativo, debe ser realizada desde un punto de vista funcional y no formal, siendo por ello preferible, precisamente en interés de la unificación, la existencia en los diversos derechos, de instituciones funcionalmente análogas, aunque estructuralmente distintas, y no de instituciones estructuralmente análogas, pero funcionalmente distintas".

Antes de entrar propiamente en materia quisiéramos analizar brevemente tres conceptos previos, ineludibles, para poder estudiar el tema propuesto, ellos son: el concepto de empresa; la naturaleza jurídica del acto creador de la sociedad; y el fundamento socio-económico del mismo.

2.—Determina el Art. 644 del Código de Comercio vigente en Honduras:

"Art. 644.- Se entiende por empresa mercantil el conjunto coordinado de trabajo, de elementos materiales y de valores incorpóreos, para ofrecer al público, con propósito de lucro y de manera sistemática, bienes o servicios".

De dicha descripción pueden deducirse dos conceptos fundamentales:

(6) Si bien es cierto que en la actualidad existen importantes diferencias entre las regulaciones de digamos Honduras y El Salvador, no es menos cierto que el Proyecto de Cod. de Com. de dicha nación sigue muy de cerca las directrices del hondureño.

(7) Consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley Uniforme Centroamericana de Títulos Valores y sobre la posibilidad y conveniencia de dictar una Ley Uniforme Latinoamericana sobre Títulos Valores (Informe preparado por el INTAL, julio 1966, pág. 8).

a) Concepto económico de la empresa⁽⁸⁾.

Es sobre todo en la regulación de la empresa, en que puede señalarse la influencia del método económico en la legislación hondureña⁽⁹⁾, ya que ésta es analizada en el Código de Comercio, como un fenómeno esencialmente económico y contable: el instrumento para realizar en forma profesional actos en masa⁽¹⁰⁾.

Solo a través de esta apreciación pueden interpretarse las regulaciones de la ley mercantil en protección de la unidad de destino de los bienes de la empresa⁽¹¹⁾, porque el quebranto de dicha unidad acarrearía el descalabro de la unidad económico-productora; inspirado en el mismo principio económico, se norma el derecho de quiebra, exigiéndose, siempre que sea posible, aun dentro del proceso falimentario, la continuidad de la empresa como unidad⁽¹²⁾; y, a través de dicho principio puede analizarse el articulado sobre arrendamiento y usufructo de la empresa, que demuestran las tajantes diferencias que existen, en derecho hondureño, entre el dueño de los elementos y el titular de la empresa que los explota⁽¹³⁾.

Más, es sobre todo esencial, tener en cuenta el fenómeno económico para poder apreciar la estructuración de los términos empresario y empresa.

(8) Bien afirmó Ramírez (Contenido de Derecho Mercantil - Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, Nos. 1-2, 1963, pág. 89). "la empresa es un tratamiento legal... si la empresa es un instituto de carácter económico, lo único que tiene en el mundo jurídico es un tratamiento, porque el Derecho Mercantil no ha creado la empresa, la creó la economía..."

(9) Son perfectamente aplicables al Cód. de Com. de Honduras, las siguientes palabras de Santoro-Passarelli (L'impresa nel sistema del Diritto Civile. RDC. 1942, I pág. 377 y ss.): La aparición en el horizonte del derecho civil de la nueva constelación de la empresa... es el más significativo triunfo del... método de la economía; afirmando con posterioridad que: el método económico de la disciplina jurídica, exige que el operador jurídico, legislador o intérprete, labore con plenos conocimientos de aquella a los fines de unirlos.

(10) Siguiendo muy de cerca a Rotondi - Diritto Industriale (5ª Ed. Padova, pág. 38 y ss.). la Exposición de Motivos del Cód. de Com. (pág. 41) determina: "La empresa mercantil nos es presentada por la experiencia como un conjunto unitario de elementos que sirven al comerciante para desarrollar su actividad profesional". Este concepto empírico, que responde a la unidad económica de la empresa, se completa si se tiene en cuenta que las operaciones que resultan de esa pluralidad de elementos se refieren siempre a un mismo sujeto económico, lo que determina la concepción de la empresa como unidad desde el punto de vista contable.

(11) Artículo 647 - Cód. Com.

(12) Artículo 1479 (IV); Artículo 1482 y ss. - Cód. Com.

(13) Artículo 654, Cód. Com. - Como bien indica Casanova (Rivendicazione di azienda nel sistema del nuovo Codice - RDC 1942 II 327): Para usar de este instrumento (la hacienda) no ocurre, y en cierto sentido no basta ser el dueño; ocurre y es suficiente, a veces, tener el disfrute. El ejercicio, no la propiedad de la hacienda es, en breve, el presupuesto de la titularidad de la empresa.

Para la ley comercial, el empresario es el sujeto titular y la empresa el objeto, la conclusión era ineludible interpretando el fenómeno económico en la forma llevada a cabo por el legislador.

Informa el Código de Comercio⁽¹⁴⁾ que comerciante es aquél que legalmente realice, en forma profesional, actos de comercio; la persona que lleve a cabo la actividad de coordinación necesaria para ofrecer al público, en forma sistemática, bienes o servicios.

De ahí que se clasifiquen como actos de comercio⁽¹⁵⁾, no los que sean realizados por una empresa, por lo mismo que ésta es un objeto, sino aquella actividad del empresario que tenga como fin, según reza el Art. 3 del Código de Comercio "... explotar, traspasar o liquidar una empresa..."

Tal razonamiento obliga tipificar al empresario como el verdadero creador de riquezas⁽¹⁶⁾ siendo, por tanto, suyos los riesgos de la ventura y, consecuentemente, las utilidades y facultades de administración⁽¹⁷⁾; más como el empresario es el elemento subjetivo y la empresa el objetivo⁽¹⁸⁾ priva el interés del primero sobre el segundo, ya que si bien es cierto que el derecho de propiedad queda limitado dentro del marco de su función social⁽¹⁹⁾, la empresa, como cosa, no puede tener derechos⁽²⁰⁾.

(14) Artículo 2.

(15) Artículo 3.

(16) Véase Asquini (Profili dell'impresa - RDC 1943 I, pág. 2 y ss.)

(17) Esta es a su vez, una de las transformaciones más grandes que han sufrido las doctrinas económicas y uno de los problemas neurálgicos en la regulación de las grandes empresas. La doctrina clásica postulaba que el control efectivo de una empresa estaba en su propietario, ergo, la relación era: riesgo de pérdida-control. Hoy, en las grandes sociedades anónimas, esta premisa es falsa, ya que el control efectivo de la sociedad está divorciado de la propiedad de las acciones (piénsese por ejemplo, en el elevadísimo número de accionistas ahorristas de digamos la American Tel. and Tel. que si bien son dueños, en nada intervienen en la administración. Véanse Ferri: La Tutela dell'azionista in una prospettiva di riforma. Riv. Soc. 1961 pág. 177 y ss. y oppo. Prospettiva di riforma e tutela delle Soc. perazioni, Riv. Soc. 1961, pág. 361, y ss.). De ahí que, como correctamente mantiene Mengoni (Recenti mutamento nella struttura e nella gerarchia dell'impresa, Riv. Soc. 1958, pág. 692 y ss.) se vengán abajo los postulados esenciales de la doctrina Marxista, basada justamente en el binomio propiedad-control. No obstante, el Cód. de Com. hondureño se basa en la afirmación expuesta en el texto que es, a su vez, la realidad económica de Centroamérica.

(18) Forzoso es llegar a esta conclusión si se tiene en cuenta que para la legislación hondureña si no existe la actividad del empresario, o de paralizarse ésta, desaparece la empresa para convertirse, cuando más, en una hacienda sin empresa (véase sobre este particular De Martini - Rilevanza dell'attività dell'imprenditore e dell'avviamento nell'configurazione dell'azienda. RDC 1953 II pág. 100 y ss.) En apoyo de la tesis aquí expuesta, véanse los artículos 2, 644 y 652 del Código de Comercio.

(19) Art. 97 de la Constitución Política. Sobre la diferencia entre sociedad y empresa véase Herschel RDC. 1943 I. 91/2; Bigiavi La professionalità dell'imprenditore, Padova 1948, pág. 10.

(20) Resulta interesante en este sentido la tesis de Vigiavi (ob. cit., pág. 3, nota 1). De que la empresa no se definió en el C. C. Italiano porque ésa (la empresa) no es sujeto de derecho.

Es por este mismo razonamiento que el legislador vióse precisado a tipificar la empresa como un bien⁽²¹⁾, compuesto de un conjunto de elementos materiales, incorpóreos y relaciones de trabajo puestos en marcha por el empresario; el "crisol" de que habla Rebound⁽²²⁾.

Si, para el mundo comercial, la empresa puede comprarse, venderse, hipotecarse, arrendarse o usufructuarse, lógicamente, para el comerciante, no puede considerarse, como la sociedad, un sujeto de derecho, sino, muy por el contrario un objeto del tráfico y, por ende, una cosa mercantil⁽²³⁾.

3.—b) Concepto Jurídico⁽²⁴⁾.

Desde el punto de vista jurídico, la empresa es un bien, una cosa mercantil de naturaleza compleja.

Más, para la ley hondureña, si bien es cierto que la empresa se compone de un conjunto de elementos, éstos, por sí solos, no tipifican la institución. El concepto de la empresa requiere del complemento de la actividad⁽²⁵⁾.

Por ende, para poder interpretar el Art. 644 del Cód. de Com. citado en texto, es necesario tener en cuenta dos factores diferentes: el uno de naturaleza dinámica; el otro estático.

Factores Dinámicos.

Los factores dinámicos de la empresa, que reúnen el concepto de actividad requerida por la legislación vigente, quedan comprendidos bajo dos aspectos diferentes en las palabras "coordinado" y "sistemática" del Artículo 644 citado.

En cuanto al primero, es necesario señalar que no se refiere el Código a aquellas operaciones realizadas a los efectos de organizar los elementos materiales e incorpóreos de la empresa con miras a su futuro desenvolvimiento en el mundo económico, sino, muy por el contrario, a aquella serie de actos llevados a cabo con posterioridad a la creación de la empresa⁽²⁶⁾, que tiene por objeto aunar en la forma más eficiente posible, la explotación, como unidad de los mismos⁽²⁷⁾.

Actividad coordinadora no significa pues, para el Código Hondureño, actividad promocional, sino, muy por el contrario, entraña el concepto de administración⁽²⁸⁾, de un núcleo productivo en marcha.

El término "sistemático", por el contrario, equivale, en legislación hondureña, a la profesionalidad de la doctrina italiana⁽²⁹⁾.

La mera realización de actos aislados, aun cuando entrañan repetición, no puede tipificar actividad empresarial, ya que ésta requiere de la organización, de la coordinación suficiente para atribuir a los mismos cierta estabilidad⁽³⁰⁾.

(21) Informa Santoro - Passarelli (Ob. cit. pág. 401): la inclusión... de la empresa en la categoría de los sujetos de derecho es no solo jurídicamente insostenible, sino más aún, contraria a la realidad económica de la empresa. Por cuanto es requerido por todas las razones de orden técnicas y socio-políticas, a convertirse siempre más en un centro autónomo de actividad objeto de derecho, tener un titular, mientras la economía se fundamente en la iniciativa privada y la empresa permanezca siendo lo que hoy característicamente es un instrumento de provecho.

(22) *Precis d'économie Politique*, 1939 I pág. 197.

(23) Concordamos plenamente con Rotondi (*Diritto Industriale* cit. pág. 54 y ss.) en que esta cosa mercantil que es la hacienda, constituye una *Universitas* y concordamos así mismo con el Profesor Italiano en que poco importa su clasificación como *Universitas facti* o *juris*: "(ya que) la dicha distinción no tiene relevancia práctica alguna" (pág. 58). Para las distintas doctrinas hoy imperantes sobre el particular nos remitimos a la citada obra del autor mentado.

(24) A los efectos de claridad de exposición hemos enfocado el concepto de la empresa, en estos párrafos iniciales, desde el punto de vista del empresario individual, para tratar, posteriormente, del caso del empresario social.

(25) No es necesario referir la gran cantidad de tratadistas que abogan por este concepto dinámico de la empresa, bástanos mencionar: Franceschelli (*L'Imprenditore nel nuovo C. C.*, Torino 1943); Casanova (ob. cit. pág. 327); Ferrara (*Teoría Jurídica de la Hacienda*, Madrid 1950); Verrucoli (*La Sociedad Comercial, Empresa, Sociedad y Asociación - Boletín del Inst. Cent. Der. Comp.* N° 5/6, pág. 259); Carnelutti (*Sulle Nuove Posizioni del Diritto Commerciale - RDC* 1942. I, pág. 68); Barrera Graf (*Estudios de Derecho Mercantil*, México 1958, pág. 245).

(26) En otras palabras, siguiendo la terminología de Franceschelli (ob. cit.) son necesarios actos de la organización y no actos de organización. Para un amplio tratamiento de esta cuestión véase Jaeger (*Note Critiche sull'inizio dell' impresa commerciale - Riv. Soc.* 1966 pág. 756 y ss.) y Martini (ob. cit. pág. 100 y ss.) con profusas citas jurisprudenciales al respecto.

(27) El término coordinado, del legislador hondureño, es, a nuestro entender, sinónimo del término "organización" utilizado por Ferrara (ob. cit. pág. 132) quien lo define al afirmar que: el elemento nuevo encontrado (en la empresa) radica cabalmente en la organización. Explicando posteriormente el término al afirmar que éste significa el conjunto de vínculos y tejidos funcionales que existen entre los elementos de la empresa, no tratándose de un simple modo de ser o de una posición de éstos entre sí, sino de algo muy distinto que está por encima de ellos, ligándolos y dominándolos.

(28) Usamos el término en el sentido comercial y no jurídico, de la palabra, en el sentido de coordinar en la forma más eficiente posible los distintos elementos y factores de la producción, de forma de reducir al mínimo los costos y vender al precio máximo los productos o servicios.

(29) Véase en tal sentido Messineo (ob. Tom. cit. pág. 195), en cuyo concepto de empresario identifica ambos términos, y el Art. 2 del Cód. de Com. de Honduras, (Art. 2: Son comerciantes: I—Las personas naturales titulares de una empresa mercantil... Se presumirá legalmente que se realizan profesionalmente actos de comercio...') que nos lleva a la misma conclusión.

(30) Cfr. Candian. - *Instituciones de Derecho Privado - 1ª Edición - México 1961 - pág. 72.*

Ambos factores dinámicos quedan, a su vez, calificados por el legislador cuando exige que la realización masiva de actos organizados se lleven a cabo con el fin de ofrecer al público, con ánimo de lucro⁽³¹⁾, bienes o servicios.

Con dichas palabras, determina la ley que la actividad desplegada sea:

- a) Realmente comercial: "organizada a los fines de la producción o del cambio de bienes o servicios"⁽³²⁾;
- b) Que exista ánimo de ganancia⁽³³⁾.

Más, es importante ubicar en quien debe estar este ánimo de lucro.

A nuestro entender, no solo por el carácter de cosa de la empresa mercantil, sino por el interjuego de los artículos 2, 3 y 691 del Cód. de Com., en relación con el 1782 del C. C., para el caso de empresario social.

Para la ley comercial, según antes apuntamos, comerciante es el titular de una empresa mercantil, el que: "realiza profesionalmente actos de comercio", siendo éstos, a los efectos del caso en estudio, los que tienen por objeto explotar, traspasar o liquidar una empresa.

Más, como para el Código toda obligación mercantil debe hacerse necesariamente con ánimo de lucro, la actividad desplegada

(31) Nótese bien que la regla hondureña difiere, en este caso, del Art. 1082 del C. C. italiano, donde, como bien informa Benvenuti (Profili giuridici dell'organizzazione economica pubblica - Riv. Soc. 1962, pág. 207) la ley no prevee el fin de lucro para definir la empresa. Para un amplio estudio sobre este particular en el C. C. italiano, con citas de las doctrinas ahí imperantes, véase Bracco (L'impresa nel sistema del Diritto Commerciale, Padova 1966, pág. 192 y ss.), llegando el autor a concluir (pág. 197) que la ley no exige el ánimo de lucro como requisito esencial de la empresa, sino la intención de perseguir un resultado económico positivo que él cataloga como rentabilidad de la empresa; y Bigiavi. (La professionalita dell'imprenditore Padova 1948, pág. 44 y ss.) quien concluye que lo necesario es un fin egoísta si bien no lucrativo (pág. 77).

(32) Asquini: II Diritto Commerciale nel sistema della nuova codificazione (RDC 1941 I pág. 429 y ss.)

(33) Por ende quedarían excluidos de la titularidad de una empresa mercantil las asociaciones, ya se aplicase el tradicional criterio del ánimo de lucro (véase Ascarelli - Saggi di diritto commerciale, Milano 1955 pág. 272 ss.) o el muy interesante criterio del objeto mantenido por Zanelli (Oggetto sociale e attività economica nella società e nell'associazione - Riv. Soc. 1961 pág. 385 y ss.)

Por el contrario, sí serían empresarias las cooperativas. Véanse Ferri (La cooperativa como società - Riv. Soc. 1957 pág. 252), quien mantiene que la persecución de ganancias de parte de la organización colectiva y su distribución entre los socios son características de la cooperativa y de las sociedades; y Ascarelli (Cooperativa e Società - Riv. Soc. 1957 pág. 399), quien mantiene, para nosotros acertadamente, la tesis afirmativa (pág. 423) aunque separando netamente los términos sociedad y cooperativa.

por el comerciante en relación con la empresa de la que es titular, la explotación, traspaso o liquidación de la misma, forzosamente habrá de llevarse a cabo con dicha intención.

Ergo, el ánimo de lucro es elemento subjetivo esencial del titular de la empresa⁽³⁴⁾, ya que, como informa la Exposición de Motivos⁽³⁵⁾, "si la empresa mercantil determina el campo de aplicación del derecho mercantil, quien adquiere los derechos y obligaciones que surgen a consecuencia de la actividad así desarrollada, quien asume la tarea de organización de la empresa y sobre quien repercute el riesgo de la misma, que lo enriquece o arruina, es siempre un sujeto jurídico individual o social..."

Factores Estáticos.

Los factores estáticos de la empresa quedan comprendidos en los términos "trabajo, bienes materiales e incorpóreos" del ya citado Art. 644.

Dichos elementos, relacionados en el Art. 648 del Código de Comercio componen, junto con el aviamiento⁽³⁶⁾, la hacienda mercantil.

(34) De ahí que el fin de todo contrato de sociedad sea, justamente, el que las partes lucren con la explotación de los bienes aportados (Art. 1782 del C. C.).

(35) Pág. 10.

(36) Si bien es cierto que la Exposición de Motivos (pág. 41) define aviamiento como "La aptitud de la empresa para el cumplimiento del fin para el que fue creada". Acercándose, por tanto, a la tesis italo-mexicana que la considera como una cualidad (Véase Barrera Graf ob. cit.; Brunetti - Tratado de Derecho de Sociedades, Buenos Aires, 1960 T. II pág. 271; Ascarelli - Panorama de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1949 pág. 140 etc.), no es menos cierto que el legislador se abstuvo de definir la institución, motivo por el cual un análisis de los preceptos aislados del Código pudieran llevar al intérprete a errores.

Así, mientras el Art. 648 inciso II del Código, al hablar de los elementos de la hacienda menciona la clientela y fama comercial, lo que pudiera hacer pensar que era de aplicación la tesis franco-vivandiana de clientela igual aviamiento (véase Vivante - La proprietà commerciale della clientela RDC 1928 I pág. 487 ss. y Hamel Lagarde et Jaufret - Traité de Droit Commercial, Paris, 1966, T. II pág. 102 y ss.) el Art. 1479 inciso IV, último párrafo determina: "Se procurará la continuación de la empresa (caso de quiebra) siempre que la interrupción pueda ocasionar grave daño a los acreedores, por la disminución de valor que supone la disgregación de los elementos que la componen..." que mucho recuerda el "mayor valor peculiar a un conjunto de elementos organizados para la consecución de un fin" de que habla Ascarelli (ob. loc. cit.) y que parece contemplar, a su vez, el Art. 1323 (e) del Cód. de Com. cuando exige, en caso de quiebra, no sólo la presentación de un balance (inciso b) y el inventario y evaluación de los bienes (inciso d) sino además: "e) la valoración razonada de su empresa". En nuestro criterio, es aplicable al Código la tesis mantenida por Rotondi (Studi sull' aviamiento RDC 1928 I pág. 289 y ss.) de que debe desdoblarse el concepto en aviamiento

Tomando en cuenta todos estos factores, podemos concluir que la empresa es, para el Código de Comercio, una cosa mercantil, compuesta de un conjunto de elementos materiales, incorpóreos y de trabajo que, debidamente unidos y coordinados en forma estable, por la actividad continuada del empresario, tiene como fin ofrecer al público, en forma sistemática, para el beneficio de su titular, los bienes o servicios producidos por la misma⁽³⁷⁾.

4.—La Sociedad, por el contrario, es para la legislación hondureña una persona jurídica, un sujeto de derecho, hija de un negocio jurídico cuyas características esenciales tipifican un contrato plurilateral, de organización con efectos constitutivos.

La naturaleza contractual del pacto creativo de la sociedad no ofrece dudas en la ley mercantil⁽³⁸⁾, conclusión a la que forzosa-mente debe llegarse en adición, por los postulados del C. C. que habrán de aplicarse en subsidio⁽³⁹⁾.

objetivo, que él explica como real, inherente al elemento singular de la hacienda, a su cualidad, a su organización y aun a la actividad del fundador en cuanto permanentemente es transferida y objetivada en la hacienda; y el aviamiento subjetivo o personal, que deriva de la persona y de la actividad del titular y está a él indisolublemente unida.

La expresión legislativa de este doble concepto podemos encontrarla, en cuanto al aviamiento objetivo, en la protección de la unidad de destino de los elementos de la empresa mantenida en Artículos como el 647 y 1479 del Código y, en cuanto al aviamiento subjetivo, en el principio inspirativo del Art. 653 que prohíbe al enajenante o a quien da en arrendamiento o usufructo una empresa, iniciar otra que le haga competencia.

(37) Nótese bien que para la legislación hondureña la empresa: ni es sólo actividad, ni es sólo un conjunto de elementos: es una cosa compuesta del interjuego de ambos, sometida a la disposición, lucro y administración de su titular. Por ende, y sin confundir los términos, será imposible entender el concepto de empresa para el Código, si no se incluye el de hacienda, nuevamente debido a la influencia del método económico seguido por el legislador.

(38) Véanse, entre otros, los Artículos 17 párrafo segundo y 1707 del Cód. Com. Es interesante señalar que no sólo es en legislaciones como la italiana, la nueva ley peruana de 1966 y la francesa, en que considera la sociedad como contrato, sino en la misma legislación alemana; véanse, entre otros, J. Von Giarke, Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires 1957) y la Sentencia de la Corte Suprema Federal Alemana (BGH 2, 11, 190) Schilling (ob cit. pág. 184).

(39) El Art. 1 del Cód. de Com. determina: "los comerciantes, los actos de comercio y las cosas mercantiles se regirán por las disposiciones de este Código y demás leyes mercantiles, en su defecto por los usos y costumbres mercantiles, y a falta de estos por las normas del Código Civil..."

Debe recalarse la gran influencia que tiene el C. C. sobre esta materia mercantil. El Art. 712 del Cód. de Com. hace aplicable las disposiciones legales sobre los contratos (y la sociedad nace de un contrato): "a los negocios y actos jurídicos en general..."; explicando el Art. 715 que: "Los contratos mercantiles que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales y por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentos en este ordenamiento o en el Código Civil".

Por tanto, como bien apunta Manara (Delle Società e Delle Associazioni Commerciali, Torino 1902 T. I. pág. 1): Quien se propone hacer un estudio completo de la Sociedad

Así, informa el Artículo 1782 del C. C.: "la sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital o algo en común con el objeto de repartir entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación"⁽⁴⁰⁾

Más, como bien indica la Exposición de Motivos del Código de Comercio⁽⁴¹⁾: "la sociedad mercantil nace de un contrato que tiene por características las de ser de organización y plurilateralidad".

Es pues un contrato con notas tipificantes propias⁽⁴²⁾ traído

y de la Asociación Comercial, no puede, ni por un instante, pensar en limitarse a exponer las disposiciones legislativas que, en torno a la sociedad y a la asociación comercial, estén contenidas en el Código de Comercio... porque estas disposiciones... tienen su necesario fundamento, su base natural, en otras disposiciones, y precisamente en las disposiciones contenidas en el C. C. bajo el título del Contrato de Sociedad.

La aplicabilidad de esta doctrina del antiguo maestro italiano en derecho hondureño moderno, puede comprobarse con solo citar dos ejemplos: tanto la imposibilidad de la creación de sociedades unipersonales, como la leonidad del pacto de exclusión de pérdidas a un socio, deben buscarse en el Art. 1782 y sus concordantes del C. C.

(40) El artículo citado tiene sus antecedentes en el Art. 1832 del C. C. francés; en ambos se comete el error, en que también incurrió la vieja fórmula italiana (compárese sin embargo con el Art. 2247 del C. C. hoy vigente en dicha nación: "con el contrato de sociedad dos o más personas aportan bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica, al objeto de dividir las utilidades") de considerar la sociedad un contrato.

La sociedad no es un contrato, sino un sujeto de derecho que nace de un contrato. El propio C. C. hondureño demuestra esta afirmación en sus artículos 56 (2) y 57, al determinar en el primero que las sociedades son personas jurídicas explicando en el último que dichas personas jurídicas "... se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad..."

Ergo, una cosa es la sociedad, persona jurídica, y otra el contrato del que surge el negocio jurídico. Concordamos pues, con Ferri (De la Società, Commentario al Co. Civile a cura de A. Scialoja y G. Branca, Roma 1955, pág. 14) que la fórmula sociedad-contrato: representa inexactamente el fenómeno de la sociedad ya que omite el elemento organizativo que se une y sobrepasa a aquel negocial".

(41) Pág. 11.- Aunque la mayoría de los tratadistas italianos modernos admiten la existencia del contrato plurilateral (véanse, entre otros, Ferri - ob. cit. - nota Ascarelli - ob. cit. - nota Branca: Istituzioni di Diritto Privato.- 2ª Ed. Bologna 1956 pág. 617; Grecco - La società di comodo e il negozio indiretto RDC 1952 I, 757; Betti - Teoría del Negocio Jurídico, Madrid; y Cariota Ferrara El Negocio Jurídico, Madrid 1956) Messineo, en varias de sus obras, lo niega. Así, en su doctrina General del Contrato (Buenos Aires 1952 T. I. pág. 77), expone que: "el carácter efectivo del llamado contrato plurilateral se manifiesta en realidad como un acto colectivo, el cual es, sí de tipo negocial, pero no figura contractual..."

(42) La individualidad propia del contrato de sociedad queda definida por Mossa (Trattato del Nuovo Diritto Commerciale, Padova, 1951 T. II pág. 17) cuando determina: aquel acto que primero fue un contrato, por el solo y esencial hecho de la presencia de diversas voluntades colegiadas, aquel negocio que había en el siglo, recibido el bautismo de contrato, porque la noción de contrato era tan amplia y generosa que abarcaba cualquier otro, se devela el momento crítico de la doctrina, cual acto dotado de características que lo distinguen frente a y sutilmente del tipo contrato puro; y posteriormente (pág. 184): si la tradición había hablado y aún se habla de contrato... es también cierto que el contrato de sociedad no se confunde, ni en su estructura, ni por su ordenamiento, con los otros contratos, ni ningún escritor supone que sea un contrato común".

a la legislación hondureña a través de la elaboración doctrinal de los tratadistas italianos y, especialmente, de la obra de Ascarelli⁽⁴³⁾.

La Exposición de Motivos lo describe en la forma siguiente: Como contrato plurilateral, el de sociedad se caracteriza por la posibilidad de que en él intervengan no dos, sino tres o más personas, de manera que cada uno de los contratantes tenga frente a sí, simultáneamente, tantos contratos como personas, menos él mismo interviene en el contrato".

De la lectura del párrafo citado, así como de las reglas contenidas en los Arts. 746 y 15 del Código de Comercio, puede concebirse este negocio jurídico, para la legislación hondureña, como aquel contrato en que, participando un número indeterminado de partes, tienen todas sus voluntades encaminadas al cumplimiento de un fin común⁽⁴⁴⁾.

La segunda característica impuesta por la Exposición de Motivos es la de señalar que el contrato de sociedad constituye un contrato de organización⁽⁴⁵⁾ conclusión a la que arriba el expositor por el hecho de que las prestaciones de las partes integran un fondo común, que se atribuye al nuevo sujeto de derecho.

La sociedad nace, para el legislador, de un contrato de organización, porque tiene por objeto integrar al sujeto que va a ejercer una actividad económica⁽⁴⁶⁾.

(43) Véanse, entre otras sus "Sociedades y Asociaciones" (Buenos Aires, 1947, pág. 22 y ss.) *Noterelle Critiche in Tema de Contrato Plurilaterale* (RDC 1950 y I 265) y *Occhio ai Conetti* (RDC 1951 I 71). Es importante recalcar la marcada influencia que las obras de Ascarelli tienen sobre el legislador hondureño en este particular.

(44) Ascarelli (Sociedades y Asociaciones cit, pág. 24) lo describe en la forma siguiente: "Puede decirse que la sociedad constituye el ejemplo característico y tradicional (del contrato plurilateral), en cuanto participan en él varias partes, y varias partes adquieren como consecuencia del mismo, obligaciones y derechos, todos de idéntica naturaleza jurídica. Cada socio no se encuentra frente a todos los socios y, por consiguiente, bien se puede hablar de pluraliterabilidad, a diferencia de cuanto tiene lugar en el contrato de cambio".

(45) Pág. 11. En igual sentido Schumann (*Gesellschafts*, Berlín, N° 8); 'Auletta, (*Il Contrato di societa Commerciale*, Milano - 1937, pág. 31 y ss.) concordamos plenamente con Fre (*Societa Per Azioni - Comentario al Cod. Civile a cura Scialoja y Branca*, Bologna 1951 pág. 10) de que la categoría de contrato de organización y contrato plurilateral" coinciden sustancialmente", señalando Langle (*Manual de Derecho Mercantil Español*, Barcelona, 1950 T. I, pág. 396) para él los términos contratos de organización y de asociación son sinónimos.

(46) A los efectos de los párrafos posteriores de esta investigación, quisiéramos señalar que concordamos plenamente con Bolaffio (*La Societa Simplicis*, Milano 1947 pág. 116 y ss.) en que distinta es la organización de la empresa social y la organización del sujeto que ejerce dicha actividad.

Y, por fin, el contrato de sociedad es constitutivo, porque de su perfeccionamiento nace una persona jurídica⁽⁴⁷⁾.

5.—Siguiendo los clásicos patrones en materia contractual, la legislación hondureña exige que todo contrato tenga causa⁽⁴⁸⁾; en tal sentido el número 3, del Art. 1782 del C. C.; pareciendo indicar el propio ordenamiento, en su Artículo 1782 que la causa del contrato social es la puesta en común de bienes o servicios para repartirse las utilidades que provengan de la especulación.

Tal concepto de causa incluye, a nuestro entender, la denominada "affectio societatis" de las legislaciones comparadas⁽⁴⁹⁾.

El término queda descrito por Pic⁽⁵⁰⁾ cuando informó: "todo contrato de sociedad presupone, no solo la intención de realizar beneficios por un agrupamiento de capitales, intención que podemos descubrir en el simple préstamo, acompañado de una cláusula de participación, sino la voluntad bien dispuesta de todos los asociados de cooperar activamente a la obra común. Uno discierne, en otros términos, en toda sociedad, un pensamiento de cooperación económica, o más exactamente, una voluntad de cooperación activa en vista de un objeto común, que es la realización de un enriquecimiento por la puesta en común de capitales y de actividad de los asociados."

(47) Para nosotros el contrato de sociedad es en adición un contrato consensual; en tal sentido el Art. 1550 C. C. y sus concomitantes.

Siguiendo el criterio ya mantenido en el derecho romano (Véase Gorla, *El Contrato*, Barcelona 1959 T. I, pág. 30), este se perfecciona desde el momento del acuerdo de voluntades, de ahí el hecho de la obligatoriedad del cumplimiento de las obligaciones de aportación aun cuando la sociedad no esté constituida legalmente; el otorgamiento de personalidad jurídica a las sociedades irregulares (Art. 17 del Cód. de Com.) y la necesidad de la disolución de las sociedades de hecho contempladas en el Art. 1802 del C. C.

En este sentido está orientada, a su vez, la moderna doctrina italiana, que considera que los requisitos formales del acto constitutivo no son prescritos "adsubstantiam" sino a los solos efectos de la inscripción (aunque el autor mantiene la tesis contraria, véase la amplia bibliografía citada por Cottino: *Considerazioni Sulla forma de contratto di societa.* Riv. Soc. 1963 pág. 284, pág. 300, nota 1).

(48) No es nuestra intención entrar, en esta oportunidad, dentro del nebuloso campo de la causa contractual; solo queremos indicar que si bien el C. C. determina en su Art. 1569 que: "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra..." consideramos aplicable al Cód. de Com. la tendencia mantenida por Ruggiero (*Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1931 T. I, pág. 280) y Betti (*Teoría del Negocio Jurídico - Madrid - sin fecha*, pág. 141) que identifican la causa con la función económico-social protegida por el derecho.

(49) Véase en tal sentido el siguiente pronunciamiento de la Corte de Casación Italiana (Sent. 10 de mayo 1960, N° 1078. Dir. Fall 1960 II 477) por affectio societatis debe entenderse la voluntad de desarrollar en común una actividad económica de forma de dividirse las utilidades.

(50) *Des Societes Commerciales - París 1940 - T. I, N° 72.*

Necesario es recalcar, como bien indica Pic, que el reparto de utilidades por sí solo, no configura la causa⁽⁵¹⁾ ya que si bien es cierto, dado el carácter mercantil del contrato social, que el ánimo de lucro es elemento esencial del mismo⁽⁵²⁾ no es menos cierto que analizar la causa desde ese único aspecto lleva a una visión limitada de la realidad económico-social protegida por el legislador.

A nuestro entender, aún cuando se enfoque el concepto de causa dentro del estrecho marco del Art. 1569 del C. C.⁽⁵³⁾, la causa del contrato social no queda limitada al reparto de utilidades o pérdidas mencionadas en el Art. 1782 del C. C., sino además a todo aquel complejo de "ventajas"⁽⁵⁴⁾ que persigue el socio al celebrar el contrato social.

Esta participación o cooperación activa, no solo entraña elementos que pudiéramos denominar patrimoniales, y que incluirían, en adición al reparto de utilidades habidas, el de la cuota de liquidación o cualquier otro enriquecimiento que hubiese tenido la sociedad⁽⁵⁵⁾, sino además, otra serie de ventajas de índole no patrimoniales, como son el derecho del voto, de información, etc.⁽⁵⁶⁾

(51) Véase Rodríguez y Rodríguez (Tratado de Sociedades Mercantiles, 3ª Ed., México 1965, T. I. pág. 48 y ss.)

(52) Véase Art. 691 del Cód. de Com. De ahí que pueda afirmarse que el fin de la sociedad constituida sea el lucro, ya que como bien mantiene Auletta (ob. cit.) "la consecución del fin social crea el supuesto para la satisfacción del interés a la conclusión del Contrato". No obstante debe tenerse en cuenta que este ánimo de lucro, elemento tipificante de la causa del contrato social, presenta una doble lucratividad (usando el término de Ascarelli Cooperativa y Sociedad. Riv. Soc. 1957, pág. 417) ya que la ventaja perseguida por el socio es la de participar en las utilidades habidas por la sociedad. De ahí que con acierto mantenga Rossi (Diritto agli Utile Riv. Soc. 1957 pág. 281): a la obligación de la sociedad de perseguir el fin de lucro corresponde al derecho del accionista, de diverso contenido, a las utilidades y a la cuota de liquidación.

(53) Que por el propio carácter de contrato plurilateral en que no se contempla la relación causa-efecto entre las prestaciones de las partes, resulta de difícil aplicación al caso (cfr. Rdez y Rdez, ob. loc. cit.).

(54) Usando la terminología de Simonetto (Societta, contrato a prestazioni corrispettiva, Banca Borsa e Tit. Cred. 1962 I 487).

(55) Este derecho patrimonial quedó definido por Rivolta (La Partecipazione Sociale, Milano, 1964 pág. 176) como: "el derecho a percibir en proporción determinada y constante y en cualquier forma y momento en que venga distribuida a los socios la utilidad económica (riqueza) adquirida por el ente social en función, o en el ejercicio de la actividad que se haya propuesto, o bien percibida por ésta, de cualquier otra fuente", razón por la cual mantiene (pág. 177, 178) que el contenido de este derecho no es solamente participar en las utilidades, en la cuota de liquidación y en la opción de compra de acciones, sino también a percibir, en otra forma, la riqueza acumulada por el ente.

(56) Esta realidad queda brillantemente destacada por Ferri (la Tutela dell'azionista in una prospettiva di Riforma.- Riv. delle Soc. 1961, pág. 185) cuando determina: "el grupo accionario no es más un grupo homogéneo compuesto de personas que persiguen un mismo interés; estos se fraccionan en dos grupos distintos y por lo menos en cierto sentido, contra-

En otras palabras, el fin económico-social protegido por el derecho al tipificar el contrato social, sobre todo en el caso de sociedades anónimas, no pudo ser de índole puramente patrimonial, ya que la esencia misma de la sociedad anónima como vehículo titular de las grandes empresas, obliga al legislador a contemplar, como efectivamente lo hizo en artículos como los 127, 147 y 155 del Código de Comercio elementos no patrimoniales de la causa.

Por ende si bien... a primera vista, observando la definición del Art. 2247 (del C. C. italiano, equivalente al 1782 del C. C. de Honduras), pudiera parecer que el socio, en cambio de la participación a la formación del patrimonio común, recibe la utilidad social... Se debe decir, en vez, que en cambio de aquello que promete y da, el socio recibe un complejo de ventajas que juntas forman la reacción singular en su lado activo, o sea la participación activa que teniendo una naturaleza compleja y una composición compleja, está constituida por varios derechos y (en general) situaciones jurídicas activas que forman la situación total, compleja, del socio, llamada participación social⁽⁵⁷⁾.

Toda la estructura de la mercantilidad o no de un acto está basado, para el Cód. de Com. de Honduras, en el concepto de empresa⁽⁵⁸⁾; un acto es o no mercantil según sea o no acto de empresa,

puestos, el grupo de todos los que participan en la sociedad para realizar una ganancia a través del ejercicio de la empresa (los denominados accionistas empresarios) y el grupo de todos los que participan en la sociedad para el logro de una inversión lucrativa de sus ahorros (los denominados pequeños accionistas o accionistas ahorristas).

El interés que cada uno de estos grupos persigue no es idéntico: el acento tónico gravita, para los primeros, en el poder social como medio de realizar sus fines individuales; para los segundos, por el contrario, gravita esencialmente sobre los derechos patrimoniales, los únicos que, en definitiva, asumen relevancia a los fines de valorar la bondad de su inversión". cfr. Ghindi - (Contributo agli Studi per la Riforma della società per Azioni Riv. Soc. 1963 - pág. 627 y ss.) quien acertadamente señala que este es el motivo por el cual los grandes accionistas abogan por la máxima reinversión de las utilidades y fortalecimiento de las reservas, mientras que los pequeños a la máxima e inmediata distribución de utilidades.

(57) Simonetto (ob. cit. pág. 542) Lo antedicho no significa, sin embargo, que para la ley hondureña la causa de la sociedad se base exclusivamente en un fenómeno subjetivo. Si bien es ciertamente indispensable la voluntad de las partes de desarrollar en común una actividad a efecto de lograr una utilidad económica, no es menos cierto que se exige un elemento objetivo, constituido por las aportaciones de bienes al fondo común.

De tal importancia es este último, que a través de su cumplimiento puede deducirse la *affectio societatis*, aún cuando los socios no hayan manifestado en forma expresa, su voluntad de unirse en sociedad. Véanse en tal sentido sentencias de la Corte de Casación de Italia, cuya doctrina es mantenida en Honduras del 24 enero 1962 y febrero del propio año (Riv. Soc. 1962, pág. 1134 y ss.)

(58) Véanse, por ejemplo, las siguientes palabras de la Exposición de Motivos (pág. 9): "El Poder Ejecutivo ha entendido que, sin que se ignore la unidad fundamental y substancial del Derecho Privado, debe acotarse en el campo del mismo un sector especial caracterizado por la existencia de la empresa mercantil y por la realización de actos en masa, notas

y una persona natural es o no comerciante según realice o no los actos de comercio orgánicos⁽⁵⁹⁾ que para el Código tipifican las actividades empresariales.

¿Son las sociedades excepciones a este principio, o por el contrario, deben considerarse empresarios de derecho?

Que la sociedad es comerciante, claramente queda expuesto en la fracción II del Art. 2 del Cód. de Com. y en el primer párrafo del Art. 13 de dicho cuerpo legal; más, el que sean o no titulares de una empresa mercantil está, para nosotros, íntimamente relacionado con la aplicabilidad o no del Art. 644 del Cód. de Com., citado en texto, al caso del comerciante social⁽⁶⁰⁾.

Fundamentalmente, la respuesta gira en derredor de la exigencia del requisito de la profesionalidad en las sociedades mercantiles, lo que, a su vez entraña, analizar dos aspectos diferentes:

a) ¿Puede existir como sociedad una persona jurídica que no se dedique profesionalmente, en forma sistemática, a ofrecer bienes o servicios al público?

En la legislación hondureña, debe mantenerse, a nuestro entender, la respuesta afirmativa⁽⁶¹⁾, ya que si bien es principio rector

ambas que determinan la existencia de relaciones que requieren una regulación especial". Explicando en párrafos posteriores, que la única excepción a esta regla es la de los títulos valores que si bien, en el caso de la letra de cambio y el pagaré, no son necesariamente actos de empresa. "... se han conservado en el ámbito mercantil... por razones de tradición jurídica y no por romper la unidad del sistema de los títulos valores".

(59) Definidos por Ramírez (Contenido del Derecho Mercantil Centroamericano, La Empresa y los Sistemas Legislativos del Derecho Mercantil-Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado N° 1-2, 1963, pág. 87) como: "el acto de comercio... realizado en forma masiva por un titular que se llama la empresa..."

(60) En derecho hondureño, la tesis contraria a la aquí expuesta es mantenida por Ramírez (Conferencias de clase, Curso de Derecho Mercantil 1967 - Universidad Autónoma de Honduras) quien afirma que la sociedad es un empresario de derecho y, por tanto, no le son de aplicación, a los efectos de analizar su contenido, las reglas del Art. 644, que solo rige para los comerciantes individuales. La tesis se basa esencialmente en la característica organizativa de toda sociedad comercial que, de acuerdo con el profesor hondureño, obliga a calificar como empresarios a todas las compañías constituidas de acuerdo con el Código de Comercio. Véanse nota 69.

(61) Interesante resulta sobre este particular la polémica que se ha suscitado en Italia sobre todo en relación con las sociedades ocasionales, ejemplo típico del caso en estudio; véanse, entre otros, para la tesis negativa, Ferri (Comentario del Cod. Civile a cura de A. Scialoja e G. Branca, Libro de la Societa Roma 1955, pág. 22 ss.) quien mantiene que el ejercicio de la actividad económica exigida por el Art. 2247 (C. C. It) entraña la realización de más de un acto; que la sociedad, por su propia naturaleza, es un organismo destinado a operar durablemente en el mercado; que la consideración de sociedad como organización entraña la de una institución que se propone ejercer una actividad profesional; y que "... en realidad, la voluntad de los contratantes (en el caso de la sociedad ocasional) está dirigida a considerar el acto realizado, en interés común, y, por

del Código de Comercio, según informa la Exposición de Motivos, que el carácter de comerciante se desprende de la titularidad de una empresa, entendiéndose por actos de comercio: "los que tengan por fin explotar, traspasar o liquidar una empresa..."⁽⁶²⁾; no es menos cierto que en la ley comercial se aplica otro sistema en relación con los comerciantes sociales.

Así, el Art. 13 del Cód. de Comercio comienza afirmando: "Son mercantiles, independientemente de su finalidad..."

Dicho artículo, que consagra la técnica formalista en lo que a la mercantilidad de las sociedades se refiere, indica que cualquier sociedad que se constituya utilizando una de las formas expuestas en el Código de Comercio será mercantil, sea cual fuere su objeto⁽⁶³⁾, habiendo dejado de existir, en Honduras, la sociedad civil constituida de acuerdo con las formas expuestas en la ley mercantil.

Ergo, aún cuando el objeto social no sea compatible con la actividad requerida para tipificar un comerciante individual⁽⁶⁴⁾, será mercantil y como tal, comerciante.

Apoya aún más esta interpretación el hecho de que el Código de Comercio únicamente regula, en forma expresa, el requisito del objeto de la sociedad en el Art. 16, al declarar que serán nulas las sociedades que tengan por objeto fines ilícitos, no existiendo disposición alguna, dentro del ordenamiento mercantil, que ordene

tanto, a beneficiarse de las utilidades y soportar las pérdidas que del mismo deriven, no estando, por tanto, dirigida a la constitución de un fondo social..." Mantienen, en cambio, la tesis contraria: Ascarelli (Sociedades y Asociaciones Comerciales, Buenos Aires, 1947, pág. 22; iniciación cit. pág. 176 y ss.) y Brunetti (Tratado del Derecho de Sociedades, Buenos Aires 1960 T. I. - pág. 256).

(62) Determina el Art. 3. del Cód. de Com.: "Art. 3.- Son actos de comercio, salvo que sean de naturaleza esencialmente civil, los que tengan por fin explotar, traspasar o liquidar una empresa, y los que sean análogos".

(63) Compárese con el Art. 1798 del C. C. que queda de hecho derogado cuando determina: "Las sociedades son civiles o comerciales; son comerciales las que se formen para negocios que la ley califica de actos de comercio; las demás son civiles".

(64) Obviamente dicho precepto debe interpretarse en contexto con el resto de las normas que regulan la institución en estudio, ya que si bien fue intención legislativa el dar fin a los problemas suscitados en cuanto a la clasificación civil o mercantil de las sociedades, no es menos cierto que el concepto mismo de sociedad entraña la necesidad de que el objeto perseguido sea la realización de actos; aunque no necesariamente actividad comercial. Por ende, si bien concordamos con Zanelli (ob. cit. pág. 394) en que "... no puede concebirse una asociación en sentido estricto, que tenga por objeto exclusivo o fundamental el desarrollo de una actividad económica", no es menos cierto que resulta jurídicamente inconcebible una sociedad que tenga por objeto actividad altruísticas o de beneficencia. Para la tesis contraria véase J. Von Gierke.

categoricamente que el objeto de la sociedad sea, necesariamente, el de realizar actos de comercio orgánicos⁽⁶⁵⁾.

Más no es solo en estas disposiciones donde encontramos dicha tendencia legislativa; la lectura del Art. 2 del Código de Comercio confirma la tesis expuesta⁽⁶⁶⁾.

Dicho precepto, que comienza afirmando en sus dos primeros incisos que serán comerciantes individuales: "las personas naturales titulares de una empresa mercantil", y comerciales sociales: "las sociedades constituidas en forma mercantil", crea una presunción, en su tercer párrafo, que expresa en la forma siguiente: "se presumirá legalmente que se realizan profesionalmente actos de comercio, o que la sociedad quedó constituida en forma mercantil, cuando de uno o de otro hecho se realice una publicidad suficiente para llevar ese convencimiento al ánimo de un comerciante prudente, y cuando se abra un establecimiento al público"⁽⁶⁷⁾.

Nótese bien que el legislador hondureño tipifica la figura del comerciante utilizando dos sistemas diferentes: la de ejercicio profesional del comercio, para el caso de comerciantes individuales; y la de la forma para el comerciante social. Por ende, si bien la profesionalidad es elemento esencial para tipificar el hombre natural comerciante, no lo es a los efectos de la persona jurídica, debiéndose considerar sociedades mercantiles, no solo las que se dediquen, en forma sistemática, a ofrecer al público bienes o servicios, sino tam-

(65) Véase, en cambio, el Art. 1 del Proyecto Italiano de Sociedades por Acciones que exige que el objeto social sea una actividad de empresa, requisito éste que lleva a Lanza (Questioni non di fondo e di fondo nel progetto di riforma della società, Riv. Soc. 1966, pág. 1246) a concluir: "Una sociedad que cesa la producción y arrienda los instrumentos productivos... probablemente cesa de ser empresario ¿será en este caso fulminada en cuanto sociedad por acciones y deberá ser transformada y liquidada?"

(66) En la redacción de este artículo, como en todo lo relativo a la estructuración del contrato social, es marcada la influencia de Ascarelli sobre los proyectistas del Código Hondureño. Compárese la redacción del precepto citado, con las siguientes palabras del maestro italiano (ob. cit. pág. 178): "... mientras en las personas físicas, por un lado, el carácter único del negocio excluye la profesionalidad, por otro el elemento cuantitativo se hace relevante a través de la distinción entre empresario y pequeño empresario. En cambio, en las sociedades mercantiles por un lado, un negocio único puede constituir el único objeto de la sociedad, por otro son excluidas distinciones cuantitativas..." Ascarelli llega a esta conclusión porque, para él, la aplicabilidad de la categoría de empresario a las sociedades no está basada en la reiteración de los actos, sino en que "... esté organizada para la producción o el intercambio de bienes y servicios..." Como se verá en el texto, no creemos que esta última tesis sea de aplicación en derecho hondureño.

(67) Requisito éste último que, por imperio del Artículo 645 del Código de Comercio, no es esencial para la existencia de una empresa.

bién aquellas que, como las ocasionales, dormidas, financieras⁽⁶⁸⁾, fiduciarias o de inversión, no desarrollan la actividad mínima exigida para tipificar una empresa mercantil.

7.—¿Considérase o no empresa la cosa, el bien mueble de que es titular la sociedad que no cumpla con los requisitos del Art. 644 del Código de Comercio?⁽⁶⁹⁾.

La respuesta tiene hondas repercusiones en la práctica, ya que negarle el carácter de empresa al conjunto de bienes materiales e inmateriales que, junto con el factor humano coordina dicha sociedad, es negarle la protección que le otorga a la empresa el Art. 644 y ss. del Código de Comercio, entre los cuales está la prohibición de disgregar los elementos de la misma⁽⁷⁰⁾.

Hemos expuesto en párrafos anteriores, que la legislación hondureña no exige, para calificar a una sociedad, que ésta se dedique a una actividad empresarial; hemos citado ejemplos como son las sociedades ocasionales, en las que no existe dicha actividad. ¿Serán los elementos coordinados por esas personas jurídicas propiamente empresas, en el sentido técnico de la palabra, o por el contrario, solo configurarán una hacienda mercantil?⁽⁷¹⁾

Mantener que la sociedad de los tipos expuestos sean empresarios, es crear la categoría de empresarios sacramentales; empre-

(68) No nos referimos, en este caso, a las instituciones de crédito, sino a las sociedades que en derecho anglosajón se denominan "Holding Companies", que Grecco conceptualiza (Considerazioni generali nella riforma delle Soc. per. Acc. Riv. Soc. 1966 pág. 255) al determinar ser aquellas que tienen por objeto exclusivo participar en sociedades empresarias, o la coordinación técnica y financiera de las mismas.

Ascarelli (Introducción cit. pág. 174 y ss.) considera, no obstante, que las mismas sí son empresarias.

(69) En contra de la tesis que a continuación se expone en el texto, explica Ramírez (Curso de Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Honduras, 1967) con razonamientos que siguen muy de cerca los de Ascarelli (Iniciación cit. pág. 174 y ss.) que toda vez que la actividad común es elevada a característica típica de las sociedades, éstas están necesariamente coordinadas con una actividad razón por la cual la sociedad solo puede ser entendida bajo el aspecto de titularidad de una empresa, ya que la sociedad constituye una estructura para el ejercicio de una actividad autónoma y, más exactamente, una organización a tal fin.

En tal sentido el profesor hondureño cita la doctrina expuesta en la Exposición de Motivos del Cód. de Com. a que, parcialmente, hemos hecho referencia. La tesis cuenta con el apoyo de la autorizada doctrina italiana, entre ella: Verrucoli (La sociedad comercial, empresa, sociedad y asociación - Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado, Nº 3-6 - 1966 pág. 260); Casanova ob. cit.

(70) Artículo 647 del Código de Comercio.

(71) Pudiera plantearse, en este caso, la existencia de una hacienda sin empresa, posibilidad ya estudiada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia italiana moderna (véase, por ejemplo, De Martini, Rilevanza dell'attività dell'imprenditore e dell'avviamento nella configurazione dell'azienda. RDC - 1953 - II. pág. 100 y ss.). En este caso tendríamos una sociedad, no empresaria, titular de una hacienda sin empresa.

sarios por la adopción de forma; entendemos que dicha tesis chocaría con presupuestos básicos del propio código⁽⁷²⁾.

Así, informa el Art. 652: "Cuando una empresa mercantil deje de ser explotada por más de seis meses consecutivos, sin que su naturaleza lo justifique, perderá el carácter de tal, y sus elementos dejarán de constituir la unidad que este Código reconoce".

Siendo la actividad esencial para que exista, en derecho hondureño, una empresa mercantil, lógico era concluir que si el empresario paraliza sus labores sin que la naturaleza del giro lo justificase (lo que entraña el paro de las actividades de la empresa de la que es titular), ésta dejará de ser tal. Más, como la paralización de labores no es causa de disolución de la sociedad, por lo mismo que no es esencial el requisito de la profesionalidad en ésta, seguirá existiendo por disposición expresa de código, una sociedad no titular de una empresa.

Concluyendo: Una cosa es, como bien apunta Bolaffio⁽⁷³⁾ la organización de la empresa social y otra la organización de la sociedad; la primera es la organización de la actividad económica ejercida profesionalmente, mientras que la segunda es la organización del sujeto que ejerce dicha actividad.

Si contemplamos el caso de la sociedad ocasional, veremos que si bien existe en esta la segunda, dicha entidad carece de la primera, razón por la cual bien puede clasificarse como un acto de comercio objetivo excepcionalmente relevante a los fines de la comercialidad de las relaciones, verdadera reminiscencia del clásico acto de comercio⁽⁷⁴⁾.

Ergo, si bien es regla general que toda sociedad sea titular de una empresa mercantil, hay casos en que pueden existir sociedades que, por no cumplir, en cuanto a sus aspectos empresariales, los requisitos del Código, no sean empresarios; en otras palabras: "la sociedad es casi siempre, pero no siempre, empresaria"⁽⁷⁵⁾.

(72) Nótese bien que la calidad de empresario no se adopta, en Honduras, por la inscripción en un registro, como sucede con el comerciante en legislación alemana esta inscripción es un resultado obligado de que, por su actividad, reuna las condiciones expuestas en el Código.

(73) La società Semplice. Milano 1947 - pág. 166 y ss.

(74) Véase Valeri (Manuale di Dir. Com., Florencia 1945 - T. I. - pág. 19, 39 y 90; Autonomia e Limiti del Nuovo Diritto Commerciale, RDC 1943 - I - pág. 48) y Bigiavi (ob. cit. pág. 10) con amplia bibliografía al respecto.

(75) Messineo (Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires - 1955 T. II - pág. 220) cfr. Franceschelli (L'imprenditori del Nuovo Cód. Civile, Torino 1943, pág. 30 y 155 y Sola Cañizares Tratado de Derecho Comercial Comparado, Barcelona 1958 - T. II pág. 34).

No creemos que reste fuerza a esta conclusión lo dispuesto en artículos como el 389 del Cód. de Com. ("será obligatoria la inscripción para los titulares sociales e individuales

Aclarados los anteriores conceptos, cabe plantear la pregunta fundamental sobre esta materia:

¿Cuál es el centro de la protección legislativa en el binomio sociedad-empresa para la legislación hondureña?

La respuesta habrá de buscarse en la posición adoptada por dicha legislación frente a la teoría, de origen alemán, de la empresa en sí (Unternehmen an sich).

Esta tesis, cuyos antecedentes pueden encontrarse en las obras de Rathenau y de Isay, adaptada en Italia por los seguidores de la denominada teoría institucional de la empresa⁽⁷⁶⁾, considera que la empresa, en sí misma, es el bien que debe ser protegido por el derecho, ya que la valoración de sus elementos justifica el reconocimiento de un interés de la empresa diverso al interés de los portadores del capital; el denominado interés institucional de la empresa⁽⁷⁷⁾, que se impone, en este caso, como entidad real⁽⁷⁸⁾.

de empresas mercantiles, así como la de establecimientos y buques, y la de los hechos y relaciones jurídicas que especifiquen las leyes"), ni la regulación que sobre quiebra (en especial Arts. 1479 IV.; 1482 y ss.) establece el Código de Comercio.

No estamos negando que, por regla general, la sociedad sea titular de una empresa, lo que estamos afirmando es que existen casos, como los citados en texto, en que por incumplimiento de requisitos del propio ordenamiento legal, los elementos coordinados por la sociedad no tipifican una empresa mercantil, y por tanto, ésta no puede ser empresaria ya que entrañaría el ser titular de nada. Lo que negamos es que la sociedad sea empresaria de derecho.

(76) Entre otros véanse las obras de Asquini.

(77) Isay (Das Recht Am Unternehmen - Berlin 1910).

(78) Interesante resulta en tal sentido la tesis de Asquini (Profili dell'Impresa. Scritti Giuridici, T. III Padova 1961, pág. 142 y ss.), quien considera que si bien el concepto institucional interesa las relaciones internas entre el empresario y los que prestan su trabajo a la empresa (que él considera asociados) no influye en las relaciones externas, ya que (pág. 143 el otorgamiento de la personalidad jurídica a una organización de personas tiene por fin esencial el referir a un sujeto diverso de los miembros singulares, las relaciones jurídicas externas de la organización. El reconocimiento de una organización de personas como institución solo implica el reconocimiento de un determinado modo de ser de las relaciones entre los componentes de la organización en relación a un fin común.

Señala posteriormente el profesor italiano que una de las características de la institución es justamente el del logro de un resultado productivo, socialmente útil, que supera los fines individuales del empresario, que él considera son la intermediación y el lucro, y de los prestadores del trabajo (que él considera el salario). Comparen dicho criterio con las siguientes palabras de Langle (La Ley Española de Sociedades Anónimas de 1951. "La società per azioni alla meta del secolo XX.- Studi in memoria de A. Sraffa. T. II - pág. 443 Padova 1961): "Ante el derecho, la una (la sociedad) es sujeto y la otra (la empresa) es objeto, la sociedad es titular de la empresa. La función político-social se da en la empresa (individual o colectiva), en la organización de capital y de trabajo, en la marcha de las relaciones entre estos factores de la producción y en las relaciones con el público y con el Estado; pero la sociedad, como tal, representa una institución que se gobierna por sus reglas convencionales y legales. El estricto régimen jurídico de la Sociedad es cosa distinta de los deberes sociales que hayan de llenarse en el funcionamiento de la empresa, en la vida y desarrollo de la explotación económica.

Para sus seguidores, una vez que se haya constituido la sociedad, y ésta haya organizado la empresa productiva, deja de ser de importancia la causa-fin del contrato social, para regir el interés de la empresa⁽⁷⁹⁾.

Ergo, en el conflicto entre los intereses de los accionistas y la empresa, deben dársele prioridad a los de ésta, ya que, desde el punto de vista de política legislativa, su desarrollo y prosperidad, como unidad productiva, debe prevalecer sobre el de los accionistas que le dieron vida⁽⁸⁰⁾.

Corolarios lógicos de las anteriores afirmaciones, sobre todo en la doctrina alemana son:

- a) Los de confundir los términos sociedad y empresa, considerándose que la sociedad, sobre todo la anónima de gran tamaño es la empresa⁽⁸¹⁾.

(79) Mossa (Principio del Derecho de la Economía - RDP XXI 1934, pág. 345) expone este fenómeno en la forma siguiente: "La empresa tiene ya como razón suprema de existir, el bien social, que pueda ser distinto del individual de quien la dirige o quienes en ella participan. Con la aplicación de esta teoría (de la empresa en sí) con fines jurídicos puros y con fines sociales, se llega a la personificación de la empresa personal y social, no en atención a las personas sino a la organización material, a la cosa...".

(80) Como informa Schilling (L'Evoluzione del Diritto delle Società nel Dopo Guerra in Germania - Riv. dell Soc. 1957, pág. 178): La relación entre sociedad y empresa ha asumido un significado particular en el desarrollo del derecho societario alemán. Por empresa (unternehmen) debe entenderse el complejo viviente que han creado los dirigentes (empresarios), los empleados y los operarios, con los medios (capital) puestos a su disposición por los accionistas la organización de capital y trabajo y toda la comunidad humana al servicio de esta organización... Ya se decía (en la década de 1930) en la relación oficial al proyecto de una nueva ley sobre sociedades por acciones que la empresa no constituía únicamente la cornisa externa para el logro de los intereses de los socios, sino es como tal, un bien jurídico con características peculiares y una institución con misiones particulares... No solo debe servir de guía, para la dirección de la empresa, los intereses de los accionistas, sino los de la empresa en sí misma, de los hombres que en ella trabajan y de toda la comunidad. Concluyendo (pág. 185) que en la doctrina y jurisprudencia reciente, la empresa viene a delinarse siempre más claramente como la base material de toda forma de sociedad.

No es de extrañarse que, aun frente a la insistencia de la moderna doctrina alemana en mantener el derecho de propiedad de los accionistas (véase, v. gr.: los resultados de la DJT de 1955), Fischer (Rechtschein und Wirklichkeit im Aktienrecht. Rechtspolitische Betrachtungen zu einer Reform des Aktg. Archiv. für Zivilistische Praxis, 154, pág. 192) mantenga que con la nueva tendencia se niega a los accionistas el estado de propietarios de la sociedad.

(81) Véanse en tal sentido Libonato (Recenti Tendenze del Diritto Germanico in Tema de Società e di Cartelli-Riv. dell Soc. 1957, pág. 899) y los antecedentes por el citado.

- b) La diferenciación entre el objeto y fin de la sociedad⁽⁸²⁾, ampliando este último para abarcar, no solo los intereses de los socios, sino también los de todos los que colaboren con la empresa o tengan relaciones con ella⁽⁸³⁾.
- c) La concurrencia, y en algunos casos sustitución, del interés de los fundadores de la sociedad con la de los beneficiarios de la empresa (dependientes, consumidores y colectividad en general⁽⁸⁴⁾, que trae como resultados: la prevalencia del autofinanciamiento sobre el reparto de dividendos): la aplicación del Führerprinzip⁽⁸⁵⁾ y la necesaria aplicación de la congestión (Mitbestimmung)⁽⁸⁶⁾, así como un siempre mayor control de la sociedad por parte del Estado⁽⁸⁷⁾ ya que el interés colectivo debe prevalecer sobre el de los socios⁽⁸⁸⁾.

(82) Zumstein (Du caractere institutionnel de la société Anonyme - Sanson 1934, pág. 52 y 84) mantiene por ejemplo, que sólo son dignos de protección los derechos que sean conformes a la realización del doble objeto social (objeto y fin), de ahí la preocupación de Mengoni (Recente Mutamenti nell Struttura e nell Gerarchia dell'impresa Riv. Soc. 1958, pág. 692) por la creación de la nueva girargia autoritaria de naturaleza burocrática que hoy dominan las grandes empresas, ya que, es innegable que en las grandes sociedades anónimas la propiedad se separa, cada día más del control.

(83) Este resultado es ampliamente explicado por Mignoli (l'interesse social. Riv. dell Soc. 1958, pág. 734 y ss.). Podemos trazar sus orígenes a Rathenau (Vom Aktienwesen Berlin 1918) cuando expuso que la empresa social, en cuanto cuerpo en sí mismo y en sí viviente, expresa, como el Estado, la propia voluntad a través del curso económico de su hacienda, cuya prosperidad debe ser interpretada como fin principal de la sociedad, aunque sea en pérdida o escasa ventaja de los socios. De ahí la elaboración por Netter (Zur Aktienrechtliche Theorie des Unternehmen an sich, in Festschrift für A. Pinner - Berlin - 1932 pág. 574) de la Unternehmensgemeinschaft Theorie, que considera la empresa como la comunidad de todos los que dirigen la empresa, sujetos a la obligación de recíproca fidelidad (treupflicht).

(84) Ya que el interés social protegido no es el de la propiedad de los accionistas, que cuando más está muy limitado, sino el del beneficio social rendido por la empresa en sí, de ahí la tacita socialización de que habla Fisher (ob. cit.).

(85) Que Mignoli (ob. cit. pág. 731) remonta hasta la tesis de Rathenau de hacer prevalecer el objeto social sobre el fin, de donde resulta el dominio del órgano administrativo sobre el asambleario; a lo que también coopera lo que Libonato (ob. cit. pág. 903) denomina la depreciación de los portadores de capital que no pueden imponer más su interés exclusivo a la empresa.

Este Führerprinzip, base fundamental de la ley de sociedades anónimas de 1937, aunque teóricamente desechado en el período de la postguerra, sigue teniendo plena vigencia en el pensamiento jurídico alemán (véase, entre otros, Schilling, ob. cit. pág. 179 y J. Von Gierke).

(86) Si bien es cierto que la mayor parte de los tratadistas consideran que el derecho de congestión es resultado de la interpretación institucional de la empresa, Reinhardt (Die für die Ordnung der Wirtschaft massgebenden Rechtsgrundsätze und die Rechtsform der Mitbestimmung, Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1955 pág. 235) llega a conclusión que este derecho de congestión de los obreros es un hecho político y expresa la voluntad de la mayor parte de los órganos legislativos alemanes.

(87) Véase en tal sentido Marx (Vorshlag zur Reform des Aktienrechts auf der Grundlage des Persönlichkeitsprinzips - Z. B. H. 1926, pág. 349 y ss.).

(88) Aun cuando la DJT habla del derecho de propiedad de los accionistas, tamizado a través del concepto de interés social del mismo y las reglas de la buena fe, la doctrina domi-

¿Es aplicable la tesis en derecho hondureño?

Forzoso es llegar a la contestación negativa.

En primer lugar, porque el principio jus-filosófico inspirativo de la regulación de las sociedades hondureñas no lo admite.

No debe olvidarse que el florecimiento de la tesis alemana ocurre durante un período histórico en que regía, tanto en Italia⁽⁸⁹⁾ como en Alemania⁽⁹⁰⁾, el régimen corporativo, un régimen cuyas doctrinas y objetivos político-sociales, mucho distan de ser los hoy imperantes en Centroamérica⁽⁹¹⁾.

Ergo, tratar de analizar la relación sociedad-empresa en Honduras desde ese punto de vista, no sólo sería inmantenible de acuerdo con las normas del derecho político, ya que violaría los más elementales principios del derecho de propiedad mantenidos en la Constitución vigente, sino además, representaría un grave error de técnica legislativa, ya que no correspondería a la situación socio-político-económica hoy vigente.

En segundo lugar, desde un punto de vista institucional, existe en derecho hondureño, según expusimos, una tajante diferencia entre

nante parece ser la expuesta por Potthoff (Die gross Antiengesellschaft, Maiheft der Wirtschaftlichen Mitteilungen, 1954, pág. 99): El desarrollo de las grandes sociedades anónimas representa la prueba práctica de que las reglas legales de una sociedad liberal ya no son suficientes, y que hay que reformar la forma de empresa. Las sociedades anónimas en general y las sociedades anónimas grandes, en particular, ya no son empresas realmente económicas sino también sociales. La sociedad anónima grande se ha convertido, de hecho, en una empresa que ya no se puede imaginar de acuerdo con el concepto de la propiedad del Siglo XIX.

De ahí la preocupación de Mengoni (Recente mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa Riv. Soc. 1958, pág. 692) por la creación de la nueva jerarquía autoritaria de naturaleza burocrática que hoy dominan las grandes empresas, ya que es innegable que en las grandes sociedades anónimas la propiedad se separa cada día más del control.

(89) No obstante, según Greco (Considerazioni generali sulla riforma delle società per azioni-Riv. Soc. 1966, pág. 255): Contrariamente a cuanto bajo la influencia de un perjuicio se creyó por algunos, la ideología fascista no solo no se impuso, sino que diría que ni siquiera afloró (en la regulación de las sociedades por acciones en el Código Civil de 1942).

(90) Aun cuando Schilling (ob. cit. pág. 177) informe que el derecho societario alemán de la actualidad debe caracterizarse como forzándose a mantener el justo medio entre autoritarismo y liberalismo, entre comunidad e individuo..., es innegable que sigue sintiendo fuerte influencia del régimen corporativo en que se basó la ley de sociedades de 1937.

(91) La propia Exposición de Motivos del Cód. de Com. de Honduras mantiene (pág. 6 ss.): "El Poder Ejecutivo llama especialmente la atención sobre la existencia de dos principios contrarios en esta materia: el democrático y el autoritario. El primero concede el mando de la sociedad mercantil a la mayoría... El autoritario realizado por los mercantilistas nacional-socialista, fascistas y falangistas, que trata de confiar la sociedad al mando de un fñhrer o de un caudillo que dirigirla la empresa sin contar para nada con la voluntad de la asamblea, respondiendo de sus actos frente al Estado. Naturalmente que nuestra tradición cultural y política y la realidad de la organización económica de Honduras imponen el rechazo del principio autoritario y la aceptación del principio democrático".

la sociedad, persona jurídica, y la empresa, cosa mercantil objeto de derechos⁽⁹²⁾.

En derecho hondureño no hay confusión posible entre el término sociedad, sea cual fuese su clase, y empresa, ya que la una ejerce un poder dominico sobre la otra⁽⁹³⁾, de ahí que si bien pueden haber sociedades no titulares de empresas, no puede existir una empresa sin dueño.

Siendo ésta la realidad legislativa, es imposible mantener que los derechos de la cosa puedan privar sobre los del dueño.

En Honduras, en este sentido lo principal es el titular, sin cuya actividad no puede existir la empresa, protegiéndose la unidad de destino de los elementos de ésta, no para su propio beneficio, ya que como cosa no puede tener derechos, sino a los efectos del desarrollo de la actividad profesional ejercida por el empresario⁽⁹⁴⁾.

En adición, tampoco puede privar, en derecho hondureño, el denominante interés social, (y mucho menos el institucional de que habla Isay), sobre el de los socios, ya que es a nuestro entender, indemostrable e indeterminable la existencia de un interés social que sea distinto del interés de los socios⁽⁹⁵⁾; la propia naturaleza contractual de la sociedad obliga a tal conclusión⁽⁹⁶⁾.

(92) Siguiendo a Ferri (La tutela dell'azionista in una prospettiva di riforma Riv. Soc. 1961, pág. 181): considerada en su conexión con la sociedad, la empresa es solo un medio para la realización del fin propio de los socios...

Es interesante señalar en este sentido la tesis mantenida por Rossi (Controllo pubblicistico sulle società per azioni-Riv. Soc. 1958 pág. 518 ss.) Viscontini (Observazioni sulla nominativa delle azioni in relazioni all' art. 2373 del C. C. Riv. Soc. 1957 pág. 638 ss.) y Nobili (L'exclusion del diritto d'opzione-Riv. Soc. 1958, pág. 777 ss.) Que ven el interés de la empresa en sí como una valorización particular del interés de los socios.

(93) Nótase este derecho de propiedad a través de toda la regulación del Código de Comercio; véanse, entre otros, los Arts. 1357 III y la posibilidad de que una sociedad sea dueña de más de una empresa en el Art. 1483.

(94) Ferrara (La Riforma della società per azioni, Riv. Soc. 1962 pág. 187) la sociedad... está entonces destinada a procurar una utilidad a los socios: es un instrumento creado para el interés de los socios y destinado a operar en su interés. Como bien indica Nobili (Ob. cit. pág. 770) en un criterio perfectamente aplicable en legislación hondureña: la introducción del interés de la colectividad en el interés social aparece contrario a los principios fundamentales del sistema legislativo italiano en materia de sociedades por acciones, sistema que gira sobre el autogobierno de la sociedad de parte de los socios y de los administradores que ellos designan, para el logro de un fin egoísta, cual es aquel de dividir las utilidades derivadas de la actividad económica prevista en el acto constitutivo.

(95) Idem Candian (per la qualificazione del contratto di società commerciale Riv. Soc. 1963, pág. 233). Esta es, a su vez, la tesis mayoritaria italiana véase la amplia bibliografía citada por Nobili, ob. cit. pág. 779; Mignoli, ob. cit. pág. 746 ss.; y Bracco RDC 1962 II pág. 178 ss.

(96) Asquini (Scritti Giuridici cit. T. III pág. 223) plantea la disyuntiva sobre la base siguiente: si la personalidad jurídica se reduce a una simple normativa de la relación de los socios

En nuestro criterio, en derecho hondureño, el interés social es aquel que determina se lleve a cabo el objeto social y se logren las utilidades correspondientes para beneficio de los socios en lo que reside la causa jurídica y el fin último del contrato de sociedad, razón por la cual, para dar un ejemplo, la prohibición de votar en caso de interés en conflicto con la sociedad (Art. 151 del Código de Comercio) no es propiamente una defensa de un quimérico interés social, ya que, como bien enseña Mignoli⁽⁹⁷⁾ el socio no tiene obligación ni jurídica ni moral, de perseguir un interés social, sino, muy por el contrario, obligado resultado de la cooperación al bien común que nace en virtud del contrato plurilateral y de organización que tipifica el de sociedad.

En tercer lugar, desde un punto de vista contractual, toda la estructuración de la legislación privada hondureña se basa sobre el principio del contrato social, lo que entraña, como negocio jurídico así tipificado, no solo el requisito de la causa, sino que el fin económico-social perseguido por los contratantes sea protegido.

Por ende, la actividad económica realizada por el empresario-sociedad, es necesariamente en beneficio, no de la empresa, que es una cosa, ni de la sociedad en sí, hija de un contrato, sino de los socios-contratantes, cuyo convenio dio vida a dicha persona jurídica⁽⁹⁸⁾.

De ahí la necesidad de analizar los conceptos de causa o del contrato de sociedad, fin de la sociedad persona jurídica, y objeto de la sociedad.

Según antes describimos, la causa del contrato social es la obtención por los socios, de las ventajas patrimoniales y no patrimoniales provenientes del desarrollo de la actividad en común⁽⁹⁹⁾; fin de la sociedad, persona jurídica, necesariamente tiene que ser, para la legislación hondureña, la de obtener ganancias; objeto de la sociedad, aquella actividad que está autorizada a desarrollar de acuerdo con sus escrituras sociales.

singulares al servicio de sus intereses individuales, sea únicamente uti soci, el interés será el interés común de los socios en el sentido más restringido; si en vez se considera el grupo social personificado como ente jurídico análogo a aquellos del derecho público, el interés social será no la suma de los intereses de los socios singulares como tales, sino el interés del grupo constante aunque haga variación de socios.

(97) Ob. cit. pág. 741.

(98) De ahí el sinalagma del contrato social (véanse: Simoneto - Società, Contratto a Prestazione corrispettiva.- Banca, Borsa Tit. Cred., 1962 - I. 487 y ss.) Brunetti: Tratado de Soc. op. Tom. cit.

(99) Artículo 1782 del C. C.

El interjuego de estos tres factores demuestran el siguiente resultado:

Toda sociedad tiene que tener por objeto, el desarrollo de una actividad lícita económicamente valorable⁽¹⁰⁰⁾. Aunque el Código contiene pocas disposiciones legales sobre este particular, de la lectura de sus articulados se desprende tal consideración⁽¹⁰¹⁾.

Fin de la sociedad, por el contrario, es la obtención de lucro; tal conclusión es exigida por las terminantes palabras del Artículo 1782 del C. C.; más, ¿para quién es el lucro? Innegablemente que para los accionistas y no para la sociedad⁽¹⁰²⁾.

No negamos que en la sociedad exista lo que pudiéramos llamar el reparto por "carambola" de las utilidades percibidas por la sociedad, ya que ésta recibe los beneficios de su gestión, que no son entregados a los accionistas sino a través de un reparto de dividendos, una cuota de liquidación, la amortización de acciones o el ejercicio del derecho de opción. Es ésta, como bien apunta Ascarelli⁽¹⁰³⁾ una de las diferencias fundamentales entre la sociedad y la cooperativa.

Más, si bien es cierto que el accionista no recibe directamente el beneficio obtenido por la actividad realizada por la empresa de la que es titular la sociedad, no es menos cierto que dicho beneficio le corresponde.

Entre otros, son corolarios de lo anterior:

a) La obligatoriedad del reparto de dividendos.

Es esta una de las más irrefutables pruebas de la no aplicación, en Honduras, de la teoría de la empresa en sí, así como evidencia de la adopción de la técnica contractual en materia societaria.

Siendo la sociedad hija de un contrato, y siendo el reparto de los beneficios obtenidos por la empresa de la que es titular, elemento esencial de la causa del mismo, lógicamente tuvo el legis-

(100) Artículo 691 y 16 del Código de Comercio.

(101) De ahí que concordemos plenamente con Zaneli (ob. cit.) en que es justamente a través del objeto que va a poderse determinar si el ente es una sociedad o una asociación, ya que al ser el fin de toda sociedad la realización de una actividad económica, necesariamente tiene que ser dicha actividad ejercida con ánimo de lucro.

(102) Véase en tal sentido lo expuesto en el párrafo 5 de este trabajo.

(103) Cooperativa e Società, Riv. Soc. 1957, pág. 400 y ss., y Ferri (La Cooperativa come Società Riv. Soc. 1957, pág. 251 y ss.).

lador que adoptar postura, ante el conflicto reparto de dividendos-autofinanciamiento.

En general, pudiéramos clasificar las soluciones en tres grandes grupos:

- i) Libre determinación, por la sociedad, del reparto o no de las utilidades habidas.
Este que es el sistema más antiguo, es, a su vez, el adoptado por las legislaciones que siguen el criterio de la empresa en sí. El mismo autoriza que el órgano social competente determine, libremente, si va a repartir las utilidades o sí, por el contrario, va a autofinanciar la empresa con los beneficios habidos, no teniendo los accionistas individualmente recurso alguno contra tal decisión.
- ii) Coerción indirecta hacia el reparto de dividendos.
Este, que pudiéramos denominar sistema ecléctico, utiliza medios indirectos para obligar a la sociedad a repartir las utilidades habidas.
Frecuentemente dicha coerción toma la forma de un impuesto adicional sobre el superávit, caso de que no se declare el dividendo⁽¹⁰⁴⁾.
- iii) Derecho del accionista a exigir el dividendo⁽¹⁰⁵⁾.
Bajo este sistema, el accionista siempre tiene el derecho a exigir el reparto de dividendo sobre las utilidades habidas, y, caso contrario, de exigir su separación de la sociedad⁽¹⁰⁶⁾.

(104) Tal es el caso del denominado impuesto sobre superávit vigente en la legislación panameña, y la ley cubana que en adición exigía el reparto de un dividendo proporcional a la relación capital - superávit.

(105) Nobili (ob. cit. pág. 778 y nota 38) considera que este derecho tiene por base la tutela de las minorías y por inspiración exigencias políticas más que jurídicas. No negamos que estos elementos influyeron en la mente del legislador hondureño al redactar los artículos contentivos de las causas de separación de los socios, pero no por eso deja de tener vigencia lo expuesto en el texto, ya que, como bien indica la Exposición de Motivos (pág. 25): "la separación... implica un acto defensivo del socio frente a la sociedad", lo que claramente entraña, a nuestro entender, la prevalencia del derecho de éste sobre la empresa.

(106) Quisiéramos recalcar el hecho de que este derecho de separación o receso implica para la ley hondureña que si bien el derecho del socio sobre las utilidades no repartidas no configura la obligación crediticia que tipifica las relaciones entre la sociedad y el socio una vez hecha la declaración de dividendos, si tiene una existencia real. Nótese bien que si el dividendo no es declarado, la sociedad tendrá que adquirir las acciones del socio basada en el valor patrimonial de las mismas (véase Art. 317 en relación con los Arts. 122, 163 y 252 del Cód. Com.) lo que a su vez entraña que la suma con la que la sociedad tendrá que liquidar al socio incluye la proporción que le corresponde en las utilidades no repartidas. Como bien apunta Messineo (Studi di Diritto delle società, Milano 1949 pág. 134): el derecho a las utilidades deriva de la gestión social y no del acuerdo de la asamblea que solo tiene efectos declarativos.

En la legislación hondureña, el ejercicio de este derecho se manifiesta en dos formas diferentes:

Derecho de exigir deliberación sobre la declaración de dividendos. De acuerdo con el Art. 176 en relación con los Arts. 168 y 142 del Código de Comercio todo socio tiene el derecho a exigir que la asamblea se reúna a los efectos de deliberar sobre el reparto de utilidades, por lo menos una vez cada dos ejercicios sociales.

Derecho a exigir se reparta un dividendo mínimo en efectivo. De acuerdo con el Art. 317 en relación con el Art. 315, inciso I, todo socio tiene derecho a exigir, caso de haber superávit, que se le reparta un dividendo en efectivo⁽¹⁰⁷⁾ igual, cuando menos, al interés legal del dinero⁽¹⁰⁸⁾ correspondiente a la aportación que efectivamente hubiese hecho, o, de lo contrario, obtener su receso de la sociedad.

Lo antes expuesto claramente demuestra que, bajo la ley hondureña, el interés protegido no es el de la empresa en sí, que frecuentemente exigiría la utilización de los beneficios obtenidos a los efectos de poder mejorar sus instalaciones o adquirir nuevos elementos; ni tampoco el del interés de la sociedad que, en múltiples casos y por razones idénticas a las antes expuestas, pudiera necesitar de autofinanciamiento: sino, muy por el contrario, el interés de los accionistas individualmente considerados, que entraron en un contrato de sociedad para repartirse las utilidades habidas por la explotación de los bienes puestos en común⁽¹⁰⁹⁾.

b) La aprobación del balance anual por los accionistas.

Lejos de aplicar el *fürher prinzip*, la legislación hondureña exige que el balance de la sociedad sea aprobado por la junta de socios, único órgano competente para ejercer tal acto.

(107) El Art. 145 del Cód. de Com. determina que todo socio tiene el derecho de exigir que el dividendo le sea pagado en efectivo.

(108) Que según el Art. 707 del Cód. de Com. será fijado, de tiempo en tiempo por el Ministerio de Economía y Hacienda.

(109) Ahondando aun más en este criterio, pudiera alegarse la nulidad del acuerdo de autofinanciamiento a tenor de lo dispuesto en el Art. 193 V. del Cód. de Com. Dicha norma contempla la nulidad de los acuerdos de las asambleas de accionistas "que fueren incompatibles con la naturaleza de la Sociedad Anónima..." Por ende, aun cuando la sesión de accionistas tomase un acuerdo, en protección de los intereses de la empresa, declarando que las utilidades habidas durante los próximos cinco años constituirán una reserva a los efectos de mejorar las instalaciones de la fábrica, cualquier accionista que hubiese votado en contra del acuerdo o que no hubiese asistido a la sesión, pudiera alegar que es violatorio de la naturaleza jurídica de la sociedad que exige, por su origen contractual, el reparto de dividendos.

Ergo, la vigilancia suprema de la actividad económica de la empresa, no descansa en un órgano de gestión, como era la técnica de la ley alemana de 1937, sino en la reunión de todos los socios, cuyos derechos individuales, por ende, privan sobre los de la sociedad⁽¹¹⁰⁾.

c) La irrenunciabilidad del derecho al voto.

Nuevamente basado en el principio causalista⁽¹¹¹⁾, la legislación hondureña no solo impone el principio del voto igualitario de acuerdo con las clases de acciones emitidas⁽¹¹²⁾, sino la irrenunciabilidad de dicho derecho, lo que entraña la ilegalidad de las sindicaciones del voto de las acciones⁽¹¹³⁾.

Si a esto añadimos la imposibilidad de que sean otorgados poderes (proxies) a miembros del consejo de administración y comisarios de la sociedad⁽¹¹⁴⁾, y la nulidad de las sesiones de las asam-

(110) Véanse Arts. 168 y 142 del Cód. Com. Bien informa Mossa (Tratado Cit. T-IV, pág. 434): La Asamblea de accionistas es el órgano de control por excelencia, para la aprobación de la gestión social".

(111) Nos referimos a los elementos no patrimoniales de la causa, véase epígrafe 5 de este trabajo.

(112) Ver Art. 147 en relación con los Arts. 127 y 148 y ss. del Cód. de Com.

(113) Véanse Arts. 147 en relación con el 155 y 156 del Cód. de Com. Si bien es cierto que la ley habla de la ilegalidad del pacto sindicatorio inscrito en los estatutos, consideramos con Vaselli (Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni, Padova, 1948 pág. 151 y ss. con cita de amplia bibliografía) que dicho pacto aun cuando no fuese estatutario sería nulo ya que la ley exige la libertad del voto, o sea, desea que el socio oiga las opiniones y valore los argumentos expuestos en el curso de la discusión sin que su voluntad resulte previamente imponente por un acto que lo obligue a votar en una forma determinada. Para una interesante postura en Argentina, véase Winizky (El Anteproyecto de Ley General de Soc. de la Argentina - Studi in Memoria A. Sraffa, Padova 1961, T. II, pág. 793) quien manteniendo la legalidad del pacto concluye que: "sin embargo, dichos convenios no producen efecto alguno frente a la sociedad, a los demás accionistas y a los terceros que puedan resultar afectados a través de la sociedad".

(114) Art. 152 del Cód. de Com., cuyo fundamento queda expuesto por Foschini (Conferimento ai sindaci della rappresentanza degli azionisti nella assemblea, RDC 1960 II 302) cuando mantiene que la ley trata de impedir que aquellos que supervisan o participan materialmente en la gestión social puedan adquirir, a través del otorgamiento de poder bajo todo aspecto válido, una influencia y un control en la asamblea, a los efectos de determinación de la voluntad social superior a aquellos que eventualmente le correspondan por razón de la participación al capital social. No obstante, Foschini mantiene que esta tesis no es aplicable al caso de los comisarios, tesis rebatida por Bajardi (Possono i sindaci rappresentare i soci in assemblea Banca Borsa e Tit. Cred. 1960 II 420 ss.) y totalmente inaplicable en derecho hondureño por imperio del Art. 152 cito.

Si embargo, consideramos que la prohibición de otorgar proxies a los miembros del Consejo y Comisarios, debe interpretarse con cierta limitación, ya que convenimos con Castellani Esercizio del voto per procura conferita all'amministratore, RDC 1948 II 267) en que no es pensable que el legislador haya estado movido por la intención de extender esta prohibición al mandatario general o al representante legal (piénsese en el caso del padre de un hijo menor que vote las acciones de éste en una sociedad de la cual sea miembro del Consejo de Administración).

bleas de accionistas celebradas fuera del domicilio social⁽¹¹⁵⁾, veremos cuan alejado está el derecho hondureño de la aplicación de la tesis de la empresa en sí que entraña, como uno de sus elementos tipificantes, la dirección de la empresa por el grupo gestor en interés de ella.

d) La regulación del derecho de opción.

Este es uno de los casos en que más tajantemente se nota la diferencia entre la regulación hondureña, esencialmente contractualista y la aplicación de la tesis de la empresa en sí.

Un estudio comparativo de los artículos 2441 del C. C. Italiano⁽¹¹⁶⁾ y del Art. 139 del Código de Comercio hondureño, refuerza aún más este criterio.

Nótese bien que para la ley italiana, el derecho de opción de los accionistas a la compra de nuevas acciones en subsiguientes emisiones, puede ser revocado "cuando el interés de la sociedad lo exija"⁽¹¹⁷⁾, tesis totalmente inaceptable en derecho hondureño dado los terminantes postulados del artículo 139.

Ergo, aun cuando a la sociedad o la empresa de la que es titular, pudiera convenirle la entrada de nuevos socios en un aumento de capital, dicha entrada siempre estaría supeditada al ejercicio o no de la opción concebida por la ley a los viejos accionistas, aun cuando dicho ejercicio causare perjuicio a la misma.

9.—Por lo antedicho, y si tomamos como modelo la legislación hondureña que, a nuestro entender pudiera servir de base para cualquier proyecto de ley uniforme de sociedades a nivel centroamericano, no solo por haber sido fuente de los nuevos códigos y proyectos del área, sino, además, por representar la expresión legislativa de las soluciones socio-económicas aplicadas en las cinco Repúblicas, tendremos que llegar a la conclusión de

(115) Art. 177 del Cód. Com. aplicando el mismo fundamento doctrinal que la sentencia de Apelación de Milano (7 de agosto 1959, RDC 1961 II 17 ss.), el artículo tiene por objeto proteger el derecho inderogable de los socios de gobernar el destino de la sociedad, del cual quedarían despojados en la práctica por la dificultad de participar a la sesión de la asamblea que, en hipótesis, los administradores decidieran convocar en el punto más inesperado y lejano del mundo.

(116) Que, a su vez, aunque no en este caso, es contractualista.

(117) Véanse entre otras, la sentencia del Tribunal de Roma de 2 de febrero de 1962, citado por Candian (ob. cit. pág. 260).

que los derechos hoy imperantes en la zona exigen el estudio de las sociedades anónimas a través de la tesis contractual, y por ende, de que toda la regulación de esta institución debe hacerse sobre la base de la supremacía de los intereses de los accionistas sobre los de la empresa.

No debe perderse de vista que en Centroamérica, en contra de lo que sucede en las naciones industriales europeas y de este Continente, no existen a nivel nacional, las grandes empresas⁽¹¹⁸⁾ que han provocado toda la elaboración doctrinal a que antes nos hemos referido; ni imperan, desde el punto de vista político, las doctrinas que sirvieron de fundamento para la tesis de la empresa en sí.

En Centroamérica, la empresa es un objeto, una cosa mercantil⁽¹¹⁹⁾, siendo por ende foráneo al pensamiento centroamericano el considerar que esa cosa, que ese bien, pueda tener derechos propios que priven sobre los de los accionistas que, a través de su participación en la sociedad anónima titular de la empresa, son los que ejercen el control sobre ella.

Siendo esta la realidad socio-económica, sería un grave error de técnica legislativa, tratar de enfocar una nueva ley de sociedades, a nivel regional, haciendo caso omiso de las realidades hoy imperantes en las cinco Repúblicas, en aras de una doctrina que si bien perfectamente aplicable en su país de origen, violaría los principios, tanto de derecho público como privado del área.

En adición, si bien es cierto que la sociedad anónima centroamericana supera, en ciertos casos, el tipo de corporación familiar⁽¹²⁰⁾, no deja de ser una pequeña empresa, y como tal debe enfocarse.

En la sociedad centroamericana no existe esa tajante diferencia entre el accionista empresario y el ahorrista que caracteriza las grandes empresas, entre otras razones porque al no haber bolsa de valores, no encontramos el socio que invierta únicamente a los efectos de la especulación⁽¹²¹⁾, una de las características de este último, ni tampoco la utilización del vehículo societario como medio de captar los pequeños ahorros a los efectos de financiar las empresas creadas o por crearse⁽¹²²⁾.

Ergo, sería erróneo estudiar la institución con las técnicas utilizadas en proyectos como el italiano de 1966⁽¹²³⁾ donde la preocupación de los redactores fue esencialmente el análisis de la sociedad anónima de grandes dimensiones, ya que la sociedad sigue siendo esencialmente, en Centroamérica, un contrato en el cual dos o más personas ponen bienes en común para repartirse las ganancias que resulten de la explotación de la empresa que de ella provenga.

En conclusión, si se aplica, como a nuestro entender debe hacer, la técnica económica en la elaboración de la legislación mercantil uniforme del área, lo que entraña estudiar la relación sociedad-empresa a la luz de la realidad socio económica hoy imperante; y se tiene en cuenta que toda ley uniforme debe buscar formas de plasmar, en la nueva legislación, los principios arraigados en las cinco naciones, veremos lo ineludible de estructurar el proyecto sobre estas dos bases:

a) El análisis de la empresa como cosa, como un bien objeto y no sujeto de derechos, razón por la cual deberá rechazarse todo intento de aplicar los principios que recomendaría la adopción de la tesis de la empresa en sí.

b) La estructuración de la sociedad como contrato, que si bien sui generis, no por eso deja de estar regulado por los principios

número de socios que, en principio, son personas físicas unidas por el intuitu personae, también reducido cuyas acciones no son accesibles al público y no pueden transferirse libremente". La legislación hondureña ha seguido la técnica tanto italiana (véase Relación Ministerial al C. C. Italiano N° 942) como francesa (véase Ripert-Aspectos Jurídicos del Capitalismo Moderno - Buenos Aires, 1950, pág. 114) regula la sociedad de responsabilidad limitada para tipificar dicha institución. No obstante, para la nueva situación francesa, véase Hemard (Studi in memoria de A. Sraffa, Padova 1961 T. I, pág. 333 ss. Le rapprochement entre le regime des societes a responsabilite limitee et celui des societes para action dans la legislation francaise contemporaine).

(121) Nos referimos, sobre todo, al caso del inversionista que busca un lucro en el aumento del valor de las acciones. Para complicar aun más esta situación en Honduras, la legislación nacional grava en forma idéntica la renta obtenida y la ganancia de capital habido.

(122) Que es uno de los objetivos de la Ley de Fomento Industrial (Art. 6, inciso 3).

(123) Véase Rív. Soc. 1967.

(118) Usamos el calificativo grande no solo en cuanto al valor económico, sino también al número de accionistas.

(119) Nótese, por ejemplo, el concepto de empresa dada por la Ley de Fomento Industrial (Decreto N° 57, Abril 30, 1958), que tiene francos matices de derecho comunitario. Art. 7: "Para los efectos de esta ley, se entiende por empresa industrial toda unidad de producción, individual o social, que combina factores de acuerdo con un procedimiento tecnológico determinado, para producir bienes o servicios, que, además de proporcionar al empresario una ganancia razonable, contribuyen al mejoramiento del nivel de vida de la población". Importante es recalcar que la frase: "contribuyen al mejoramiento del nivel de vida de la población", no debe interpretarse como introductiva del principio institucional, sino más bien explicativa del inciso 7 del Art. 6 de la propia ley que determina que serán objetos de la ley: "elevar el nivel de empleo de la población hondureña proporcionándole ocupación remunerada en actividades esencialmente productivas". (Véanse Artículos 14, 15 y 21 del Reglamento en relación con el 8 y 13 de la ley).

(120) Nos referimos al "closed corporation" del derecho anglo-sajón, definido por Goldschmidt (La sociedad anónima de tipo familiar - Boletín del Instituto Centroamericano de Derecho Comparado N° 5/6 1966, pág. 302) como: "... sociedades con un capital reducido y un

generales de dicho negocio jurídico y, por ende, influenciado por el doble fundamento de la buena fé⁽¹²⁴⁾ y de la causa del mismo, lo que entraña el enfoque de las soluciones, no desde el punto de vista del interés institucional, sino del interés de los accionistas.

La tajante diferencia entre sociedad y empresa; la existencia de sociedades no empresarias; la imposibilidad de imponer el auto-financiamiento a los accionistas que deseen recibir las utilidades devengadas; la estructuración de la asamblea de accionistas como órgano supremo de la sociedad⁽¹²⁵⁾; todos ellos principios, no sólo basados en la elaboración doctrinal de los proyectistas y legisladores centroamericanos, sino en la realidad económica del área donde aun rige el concepto semi-familiar de las sociedades. Sirven, entre otros, de fundamento para defender la tesis aquí expuesta y recabar de los futuros proyectistas centroamericanos la elaboración del proyecto de ley uniforme de Sociedades Anónimas basadas en estos conceptos, de forma que la nueva legislación no sólo sea un cuerpo legal técnicamente admirable, sino una norma jurídica que responda a las necesidades y deseos de los comerciantes que serán los sujetos de sus normas.

Tegucigalpa, D. C., Febrero, 1968.

(124) Artículo 1546 del C. C.

(125) Por ende no cabe en Centroamérica el calificativo de "fetichismo de la omnipotencia" (Problemas Jurídicos Planteados por el Establecimiento de las Sociedades Comerciales en la Comunidad Europea - Revista Derecho de la Integración del INTAL - N° 1, octubre 1967) con que Houin explica el poder en las asambleas de accionistas.

CRITERIO Y FORMAS EN NUESTROS PROCESOS CIVILES DE EJECUCIÓN

Prof. ANTONIO ROJAS LOPEZ,

Titular Teoría General del Proceso.

A mi querido Profesor de ayer y de siempre Lic. don Víctor M. Elizondo que al abandonar la Facultad de Derecho, deja una estela luminosa de juricidad y hombría de bien.

Si nuestro proceso ejecutivo pudiese hablar, quizás diría a un buen número de togados: que poco y mal me conocéis, no obstante que soy el instrumento más eficaz al servicio del derecho. Por mí —añadiría— se hace realidad la obligación impuesta por la ley o el Juez, por causa mía se materializan en hechos tangibles las palabras escritas en un pedazo de papel, ya provengan estas palabras del racionio lógico del Magistrado, o del pensamiento modesto del ciudadano estampado en un documento especial. Yo obligo al discolo y al renuente a pagar lo que debe, aún contra su voluntad, prescribo y proscribo conductas humanas determinadas, soy la espada de la Justicia, y en último término, en mí se realiza la máxima: "¡Jurisdictio in sola executione consistit!".

Sin embargo, esa arma al parecer tan poderosa, llamada proceso de ejecución, tiene también sus puntos débiles, en tanto y en cuanto están en desajuste con las formas prescritas por la ley y con el criterio de quien le corresponde decir la última palabra: el Juez.

Surge entonces en primer término, la necesidad de refrescar algunas concepciones doctrinarias generales en que se asienta nuestro proceso ejecutivo, aunque sea brevemente; y en segundo lugar, la de conocer el pensamiento de los juzgadores costarricenses, en ciertos casos prácticos que nuestro Código de Procedimientos Civiles no regula con la debida claridad.

Lo que modestamente se escribe a continuación, trata de buscar esas dos metas.

I. FUENTES DE NUESTROS PROCESOS DE EJECUCION

1.—**Concepto de ejecución.** En su acepción corriente, la palabra ejecución significa acción y efecto de ejecutar, o sea consumación, cumplimiento o realización de algo. Pero en lenguaje forense, alude a la ejecución forzosa, sea aquella que compele al obligado a cumplir con su prestación, aún en contra de su voluntad, por oposición a ejecución voluntaria en la cual el obligado se somete espontáneamente a la ley, sin intervención de los órganos jurisdiccionales.

2.—**División de las sentencias judiciales.** a) Desde el punto de vista de ejecución forzada, la prestación debida puede tener sus fuentes en una sentencia judicial o en ciertos documentos privados o públicos a los cuales la ley reviste de cierta fuerza extraordinaria, capaz de producir con relativa brevedad el embargo y remate de los bienes del deudor para el cabal cumplimiento de la obligación. A su vez la sentencia judicial, encuentra sus fundamentos en el contrato, el cuasi-contrato o en la misma ley.

b) Pero no todos los fallos judiciales son susceptibles de ser ejecutados. Tal condición dependerá de su propio contenido, lo cual nos lleva a revisar la distinción entre las diversas categorías de sentencias, según son también diferentes los procesos en que se dictan.

Escribe Carnelutti⁽¹⁾ que cualquiera advierte la razón de ser de tres tipos fundamentales de procesos: una cosa es que el acreedor a quien se niega su crédito pida al Juez la declaración de su existencia; otra que el acreedor a quien no se paga pide la satisfacción de su crédito, y otra que cualquiera que tema que su deudor substraiga sus bienes pida su secuestro para garantir su crédito. En el primer caso hay una pretensión jurídica contestada; en el segundo hay una pretensión jurídica reconocida, pero no satisfecha; en el tercero, la duración del proceso puede poner en peligro la satisfacción de la pretensión jurídica. A estas situaciones corresponden tres procesos distintos: de conocimiento, ejecución y conservación.

3.—Queda planteada así la división tradicional de los procesos atendiendo al objeto que persiguen: de conocimiento, de ejecución y

precautorios. A su vez el proceso de conocimiento puede tener distinto objeto, según que la acción deducida sea de condena, de simple declaración o busque un efecto constitutivo.

En estos tres casos el juicio se tramitará por la vía ordinaria, pero la sentencia que en cada uno de ellos se dicte, tiene alcances y efectos diferentes, porque en unas la plenitud del derecho se realiza con la simple declaración, y en otras es necesario la ejecución.

4.—Si bien es cierto, como lo afirma Couture⁽²⁾, que en los cuatro tipos de sentencia (declarativa, de condena, constitutiva o de garantía) aparecen normalmente ciertas formas de cumplimiento ulterior, también lo es que la ejecución propiamente dicha es característica tan sólo de las sentencias de condena.

Para arribar a tal conclusión, es necesario revisar los aspectos más salientes de cada tipo de acción.

5.—**La acción declarativa.** En la acción declarativa pura se pretende una declaración sobre la existencia de un derecho del actor (positiva) o inexistencia de uno del demandado (negativa). Al respecto escribe L. Prieto Castro⁽³⁾: "Otras veces el ejercicio de la acción tiende a conseguir simplemente una resolución vinculante del Tribunal (cosa juzgada) acerca de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de un hecho a favor del actor (acción declarativa positiva) o la inexistencia de un derecho a favor del demandado (acción declarativa negativa).

Es la acción llamada simplemente declarativa, porque no persigue una sentencia que sea base de ejecución (aunque a veces tenga ciertos efectos ejecutivos, como la inscripción o cancelación en un Registro Público, etc.), pues falta un obligado a realizar una prestación. Son innumerables los casos posibles de acción de esta clase: declaración de la cualidad de hijo legítimo o natural, existencia de un derecho hereditario, cualidad de socio, etc.

El punto neurálgico de esta acción es la medida de la necesidad de protección jurídica, para evitar que se pueda distraer la actividad de los Tribunales en cuestiones teóricas o bizantinas. Existe esta necesidad cuando el bien de la seguridad jurídica y la evitación de los perjuicios y rémoras que supone la incertidumbre para el comercio jurídico y vida de los hombres, sólo pueda ser

(1) Citado por H. Alsina en Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. I. pág. 270.

(2) Eduardo J. Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera edición, pág. 440.

(3) Derecho Procesal Civil, T. I. pág. 60.

alcanzada por la vía del proceso civil y declaración autoritaria (sentencia) de los Tribunales. Siempre que exista una inseguridad objetiva acerca de una relación jurídica frente al demandado, sobre el mismo derecho al que se refiere la acción o sobre cualquiera otra en conexión con él, se da también el interés que hace admisible la acción.— Por regla general no existe y se descarta la necesidad de protección jurídica cuando pueda ejercitarse la acción de condena”.

Para otros autores⁽⁴⁾, la acción declarativa no requiere un estado de hecho contrario a derecho —como en la de condena— sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho y no obliga a nada que tenga que ejecutarse. Ejemplos: la acción de divorcio, de nulidad de testamento, la que busca declaración de que una persona es hija de otra; y la más típica de todas: demanda de inconstitucionalidad, llamada entre nosotros recurso.

Sin embargo, Eduardo J. Couture⁽⁵⁾, al concebir la acción como un derecho a la jurisdicción, repudia la división tradicional de las acciones de conocimiento en declarativas, de condena, constitutivas y cautelares, ya que ella es una clasificación de sentencias y no de acciones. Para robustecer su dicho, afirma con razón que una demanda de condena puede culminar en una sentencia declarativa de absolución.

No obstante, según lo veremos luego al analizar la sentencia de condena como madre del proceso de ejecución —que más propiamente que proceso es una etapa del mismo entre nosotros— solamente puede hablarse de sentencia de condena cuando ella es estimatoria de la acción del mismo nombre.

Para el ilustre tratadista uruguayo, no todas las sentencias llamadas declarativas, se limitan a declarar el derecho, pues algunas crean derechos que eran inexistentes antes de su aparición⁽⁶⁾. Tales son los casos en que el Juez debe establecer en concreto (sentencias determinantes), situaciones no determinadas por la ley: quantum de honorarios, de alimentos, de indemnización, etc.; régimen de guarda y educación de los menores, régimen de cumplimiento de obligaciones que deben satisfacerse in natura, régimen

(4) Hugo Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I, pág.

(5) Op. citada, pág. 80.

(6) P. citada, pág. 310.

de trabajo individual o colectivo, horarios y lugar de trabajo, etc.⁽⁷⁾ No es posible, agrega Couture, sin perder el sentido de la realidad, sostener que todas esas especificaciones ya estaban contenidas en la ley y que el Juez es la boca que pronuncia sus palabras, un ser inanimado, un signo matemático.

6.—La sentencia constitutiva. En lo que dice a la sentencia constitutiva, llamada así cuando acoge la acción del mismo nombre, resulta difícil separarla de modo claro de la puramente declarativa, y no faltan impugnadores de la independencia de este tipo de acción. Persigue una declaración del Tribunal con efecto de cosa juzgada, y su nombre procede del término *Gestaltungsklagen*, con que se le conoce corrientemente en Alemania, de donde procede la construcción. Para algunos autores⁽⁸⁾, se da esta clase de acción para pedir la actuación procesal de un derecho (que se suele llamar potestativo) preestablecido por la ley, como la reducción de una disposición testamentaria o la nulidad de un matrimonio. El nombre responde a que el pronunciamiento del Juez origina o constituye un estado jurídico, haciendo actual la norma de la ley mediante la producción de un cambio del estado jurídico preexistente (terminación del estado matrimonial, interdicción filiación, etc.)

Por razón del objeto, las acciones constitutivas pueden tender a la constitución de un estado jurídico antes no existente (por ej. constitución de servidumbres forzosas) o a la extinción a anulación de otro preexistente (incapacidad para suceder).

En ellas existe la necesidad de protección jurídica por el mismo hecho de otorgar la ley el derecho al cambio o constitución del estado jurídico sólo mediante sentencia judicial.— El efecto a que tiende la acción constitutiva, se produce por regla general para el futuro (*ex nunc*), es decir, desde el instante en que la sentencia es firme, puesto que ella es la que constituye el estado nuevo. Pero algunas veces la sentencia constitutiva opera con carácter retroactivo (*ex tunc*), sea desde el momento de la notificación de la demanda (art. 327 Código Civil), o aún más antes (incapacidad para suceder por testamento, arts. 592, 593 *ibidem*).

Para otros autores⁽⁹⁾ los efectos de la acción constitutiva, una vez acogida en sentencia, se extienden hacia el futuro, porque

(7) Betti, citado por Couture, Efficacia della sentenza determinativa in tema de legati d'alimenti, Camerino, 1921.

(8) Prieto Castro, Op. citada, pág. 64.

(9) H. Alsina. Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, T. I, pág.

ahora la situación es muy diferente a lo que era antes de la sentencia, produciendo un nuevo estado jurídico.

En todo caso, para lo que interesa a este estudio, puede afirmarse que en cuanto a la ejecución, no la necesita ni la sentencia constitutiva ni la declarativa, porque no hacen sino concretar una declaración que ya estaba en la ley.

7.—La Sentencia de condena. a) Cuando el demandante promueve con éxito una acción del mismo nombre, estamos en presencia de un fallo de condena. Lo más frecuente es que el demandante alegue al Tribunal un derecho lesionado, la existencia de una obligación incumplida, un derecho no satisfecho por la otra parte, para que el Tribunal declare, mediante sentencia condenatoria o de condena, la existencia del derecho.

b) La diferencia que distingue las sentencias de condena de las otras categorías de sentencias conocidas por la doctrina (sentencias de declaración de mera certeza y sentencias constitutivas) —escribe Calamandrei—⁽¹⁰⁾ sale a la superficie aun bajo un aspecto casi gramatical, si se considera que el verbo condenar, a diferencia de los que el Juez emplea en la parte dispositiva de las otras categorías de sentencias (“declaro”, “anulo”, “revoco” y otros), no agota en sí mismo la propia función, sino que tiene necesidad, para significar una cosa concreta, de ser integrado por un complemento indirecto, regido por la preposición a que los gramáticos llaman complemento de pena, y que está destinado a indicar el contenido de la condena. Cuando el Juez absuelve, o anula, o revoca, el objeto del proceso está sin más alcanzado; pero cuando se trata de condenar, la cosa no queda acabada con decir “condeno”. No se condena sic et simpliciter: se condena a pagar, se condena a restituir, se condena a muerte. Después de la condena, a fin de que el objeto del proceso quede agotado, debe siempre acaecer alguna otra cosa: y precisamente en indicar este quid que debe acaecer después de la sentencia, este comportamiento sucesivo que debe formar la continuación de la sentencia, consiste, para quien mire la cosa superficialmente, uno de los caracteres más visibles de las sentencias de condena. Al cual, en el significado que la palabra condena tiene en el lenguaje ordinario, se debe añadir otro carácter, consistente en lo siguiente: en que este quid sucesivo, del que la sentencia

(10) Estudios sobre el Proceso Civil, Trad. de Sentis Melendo, pág. 551.

de condena aparece como el preanunciación y la preparación, debe constituir siempre para la parte condenada la forzada lesión de un interés, la imposición de un sufrimiento⁽¹¹⁾. c) Por su parte H. Alsina⁽¹²⁾, coincidiendo fundamentalmente con P. Calamandrei, le asigna a la acción de condena los siguientes caracteres: “por ella el actor persigue una sentencia que condene al demandado a una determinada prestación (dar o hacer) o que se deshaga lo hecho si la obligación fuere de no hacer. Para ello se requieren las siguientes condiciones: 1.- Un hecho que importe la violación del derecho: así, en los derechos reales y en las obligaciones de no hacer, es necesario un estado de hecho contrario al derecho (posesión de la cosa ajena, ejecución del hecho prohibido); en las obligaciones de dar o de hacer, la violación resulta de la omisión del hecho debido; pero es de advertir que el ejercicio de un derecho, aunque sea contrario al nuestro, no da derecho a acción, a menos que constituya un abuso del derecho. 2.- Que sea susceptible de prestación, porque nadie está obligado al cumplimiento de un hecho imposible, lo cual se resuelve por las reglas referentes al objeto de los actos jurídicos y especialmente de los contratos; 3.- Que exista una necesidad de protección jurídica, o sea que el interés del actor consista en obtener por medio del proceso la prestación a que el demandado estaba obligado. Por consiguiente, para la satisfacción de la pretensión jurídica deducida en la acción, la sentencia de condena contendrá: 1º La declaración de legitimidad de esa pretensión; 2º La posibilidad de su ejecución aun contra la voluntad del obligado.

d) A tal punto la sentencia de condena constituye la función más abundante del Poder Judicial, —afirma Couture—⁽¹³⁾ que durante largo tiempo la doctrina consideró que era ésta su actividad privativa. En efecto, la sentencia de condena es la de más extenso campo de acción y de más abundante desenvolvimiento en la actividad jurisdiccional, desde que siempre impone el cumplimiento de una prestación, ya sea en sentido positivo (dar o hacer), ya sea en sentido negativo (no hacer, abstenerse). De allí que para nuestro estudio, cobra gran importancia esta sentencia, como generadora de un proceso de ejecución, desde luego que si el vencido no se aviene

(11) Véase Liebman, Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione pág. 109, citado por Calamandrei.

(12) Op. citada. T. I. pág. 196.

(13) Op. citada, pág. 318.

voluntariamente a satisfacer el contenido de la condena, ésta se hace efectiva por medio de la ejecución.

8.—Entre nosotros, el proceso civil para ejecutar una sentencia de condena, proviene de dos fuentes primordiales: 1º. La sentencia dictada por una autoridad represiva, en cuanto condena al reo a pagar los daños y perjuicios ocasionados con su hecho punible⁽¹⁴⁾, caso en el cual, por carecer de competencia por razón de la materia (civil), a aquella autoridad penal⁽¹⁵⁾ no le es permitido ejecutar su propia sentencia en su aspecto de fijación y pago de esos daños y perjuicios; debiendo el interesado, mediante la promoción de un proceso nuevo⁽¹⁶⁾ presentado ante la autoridad civil competente por el territorio y la cuantía, y el grado de instancia, dilucidar la cuestión relativa al quantum y calidad de los daños y perjuicios sufridos. 2º. La sentencia de condena dictada en un proceso ordinario civil —estudiada anteriormente— (Supra N° 7), la cual se ejecuta dentro del mismo juicio donde fue dictada, de modo que la ejecución viene a constituir una fase o etapa, la última, del proceso de condena⁽¹⁷⁾.

9.—Además de esos dos procesos de ejecución nacidas de una sentencia judicial, hay entre nosotros otro grupo de juicios ejecutivos, que se originan en la existencia de un título llamado ejecutivo, al cual la ley por reputarlo legítimo, confiere fuerza suficiente capaz de producir en un plazo relativamente breve, el embargo y el remate de los bienes del deudor. Por una ficción legal, se supone que el derecho del acreedor, está reconocido de antemano por el deudor, conforme al texto del documento constitutivo del título, sin necesidad de la exigencia previa de una declaración judicial vertida en un proceso de conocimiento. Este grupo de juicios ejecutivos se subdivide a su vez en ejecutivos comunes o simples, hipotecarios y prendarios, según la naturaleza del título que le sirve de fundamento.

(14) Artículo 125 Código Penal.

(15) Artículo 160 Ley Orgánica del Poder Judicial.

(16) Artículos 7 y 981 y sig. del Código de Procedimientos Civiles.

(17) Arts. 981 y sig. Código de Procedimientos Civiles.

II. ALGUNAS INSTITUCIONES COMUNES AL PROCESO DE EJECUCION

10.—Acumulación de acciones y de procesos. En los juicios ejecutivos comunes es corriente el cobro de varios créditos en una sola demanda, cuando cada uno de ellos está respaldado en un título ejecutivo diferente, siempre que en todos ellos aparezca el ejecutante como acreedor y el demandado como obligado; porque bastaría que en uno sólo de esos títulos figurara como obligado una persona diferente, o bien un acreedor distinto del ejecutante, para que no pueda otorgarse la acumulación, desde luego que la heterogeneidad de partes en los títulos, produciría desorden en el proceso por las diferentes defensas que pueden suscitarse.

11.—No importaría que individualmente cada uno de esos créditos fuere de diferente cuantía, incluso de menor, porque la estimación de la demanda resultaría de la suma de todos⁽¹⁸⁾. Las mismas reglas apuntadas sobre la acumulación de acciones son valideras en tratándose de juicios ejecutivos hipotecarios o prendarios.

12.—Pero no sucede lo mismo en tratándose de la acumulación de procesos prendarios o hipotecarios entre sí, por especial disposición del legislador⁽¹⁹⁾, que consideró que estando determinado de antemano el bien que garantiza la obligación, la acumulación de autos produciría confusión y desorden, por lo que dice a los diferentes acreedores reales citados como a las distintas incidencias de pago que se pueden presentar.

13.—Litis Pendencia. No obstante que como ya se dijo, (Supra 12) no es permitida la acumulación de hipotecarios y prendarios, parece indudable que si se presentara el caso de repetición del mismo proceso, debe admitirse las defensas de litis pendencia o de cosa juzgada formal, según haya habido adjudicación o no en el primer juicio, por más que en ellos esté cerrada la puerta a otros incidentes que no sean los de pago⁽²⁰⁾. Todo en aras de un afán de Justicia para evitar un cobro doble, y en interés de que un mismo bien no puede ser adjudicado, en remate a diferentes personas. Lo mismo cabe decir respecto a juicios ejecutivos comunes y a ejecuciones de una sentencia penal.

(18) Artículo 169, inciso 5 Ley Orgánica del Poder Judicial.

(19) Artículo 126 Código de Procedimientos Civiles.

(20) Artículo 392 mismo Código.

14.—La litis pendencia es la antesala de la cosa juzgada, y supone la existencia de dos procesos idénticos, sea, aquellos en los que son iguales las partes, el objeto y la causa. Se da, como su nombre lo indica, cuando estando pendiente de fallo firme un asunto judicial, se presenta de nuevo ante el mismo u otro Tribunal. Opera como una defensa formal y ataca la ausencia de capacidad en el Juez que conoce del segundo asunto, por corresponderle al que conoce del primero. Se diferencia solamente de la cosa juzgada en cuanto ésta supone la existencia de un fallo firme, dictado con anterioridad en otro juicio igual al en que se interpone la defensa, que viene a resultar de fondo por atacar la ausencia del derecho substancial de la misma relación jurídica, del segundo proceso, bien porque ya fue reconocido en una sentencia, bien porque se declaró su inexistencia.

15.—Cosa juzgada formal y material. a) Lo anterior nos lleva a analizar los problemas que nacen en los procesos de ejecución, en relación con la cosa juzgada en su sentido formal y en su sentido substancial o material. Si entendemos la primera como la preclusión de los medios de impugnación del fallo, lo cual no lleva siempre consigo la fuerza obligatoria de la sentencia frente a toda posible controversia futura sobre el mismo punto decidido⁽²¹⁾, debemos concluir que toda decisión definitiva pronunciada en procesos ejecutivos simples, hipotecarios y prendarios, así como en los de ejecución de una sentencia penal, (cosa juzgada formal) es susceptible de discutirse entre nosotros nuevamente en un proceso declarativo ordinario (cosa juzgada substancial o material). Claro está que la interposición de la demanda ordinaria no tendría la virtud de enervar, interrumpir o suspender los procedimientos ejecutivos, como reiteradamente lo han resuelto nuestros Tribunales⁽²²⁾. b) Existe una norma específica en nuestro Código Procesal, el artículo 6, que expresamente permite reclamar en juicio nuevo contra el pago hecho o mandado hacer en virtud de una sentencia, si el condenado no opuso excepciones extintivas de la obligación⁽²³⁾, salvo la de prescripción porque esa omisión supone la renuncia definitiva de la defensa, según el artículo 851 del Código Civil. Tal norma que persigue una efectiva realización de Justicia, por estar consignada en términos generales y sin limitaciones, debe entenderse referida no

(21) P. Calamandrei op. citada, pág. 425.

(22) Res. del Juzgado Cuarto Civil N° 160 de 19/5/67.

(23) Son las defensas consignadas en el artículo 633 Código Civil.

sólo a sentencias ejecutivas sino también incluso a una sentencia dictada en proceso declarativo de condena, por lo cual no ha faltado quien dude de su constitucionalidad⁽²⁴⁾ por considerarla contraria a lo dispuesto por el artículo 42 de nuestra Carta Magna. Sin embargo, toda duda se disipa ya que no se trata de repetición de procesos, y por consiguiente no se atenta contra la cosa juzgada material, si se observa que la causa jurídica del segundo proceso es precisamente el artículo 6 citado, norma de fondo bien distinta de la del primero, no existiendo en consecuencia identidad de los tres elementos, partes, objeto y causa (artículo 724 Código Civil).

c) De lo expuesto se infiere que la cosa juzgada formal impide nueva discusión sobre el mismo punto, en la misma vía de ejecución; pero deja abierta la puerta para que en juicio ordinario —cuya sentencia es la que produce la cosa juzgada substancial protegida en nuestra Constitución— se ventile de nuevo el asunto. Y si ya la sentencia ejecutiva hubiese producido sus efectos materiales y tangibles, desde que como ya se ha visto la interposición del juicio declarativo no los enerva, entonces la formulación de las pretensiones de tal ordinario en su parte petitoria, tendría que ser sumamente cuidadosa y completa a efecto de poder obtener reparación total de todos esos efectos ya producidos.

OJO 16.—Acusación de falsedad del documento base.— Conforme a lo dispuesto por el artículo 206 del Código de Procedimientos Civiles, si ante los Tribunales penales fuere argüido de falso el documento “que pueda tener influencia en el pleito”, se suspenderá el juicio en el estado en que se encuentre hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal o auto de sobreseimiento, ya sea este provisional o definitivo. Tal disposición rige para todo tipo de proceso, siendo frecuente el uso (o más bien el abuso) que de ella se hace en nuestro medio, a fin de paralizar las ejecuciones con el único objeto de ganar tiempo el deudor para poder pagar. En un juicio de desahucio se ha dado el insólito caso, de que para impedir el lanzamiento ya decretado por sentencia firme, se acusó de falsa la certificación del Registro Público, que acreditaba el derecho de propiedad del demandante sobre el local arrendado.

Desde luego que en tales casos, los tribunales penales no siempre llegan al fallo final o al sobreseimiento definitivo en donde

(24) El derecho de defensa en el proceso civil (Lic. Carlos Coto A. Tesis de grado).

cabría la posibilidad de declarar calumniosa la acusación, porque ya antes el demandado ha podido ganar tiempo para un arreglo comprensivo incluso de la acusación penal.

Suspendidos los procedimientos ejecutivos por haber sido acusada la falsedad del título, trae como consecuencia la paralización de cualquier tipo de tercería promovida dentro del juicio, si se considera que ésta constituye un incidente o cosa accesorio que debe correr la misma suerte del principal. Sin embargo, la Sala Segunda Civil no lo ha apreciado así⁽²⁵⁾ y ordenó la continuación de los procedimientos en una tercería excluyente de dominio.

En tratándose de juicios ejecutivos prendarios o hipotecarios en los que se acusó de falso el documento, rechazó la suspensión de sus procedimientos con un argumento muy interesante, pero que no compartimos⁽²⁶⁾, y que es el siguiente: la suspensión del juicio, decretada por el artículo 206 citado, sólo cabe antes de que haya recaído sentencia firme, y como en los prendarios e hipotecarios la sentencia está constituida por la resolución inicial que ordena la subasta, no cabe después la suspensión.

Es obvio que en tales tipos de procesos, donde exista renuncia del trámite, no puede existir sentencia alguna de condena porque el procedimiento comienza precisamente con el remate; y no hay argumento doctrinario en que asentar la afirmación de que la sentencia está constituida por el auto que ordena la subasta. Pero aún admitiéndolo, tampoco se ve como podría denegarse la suspensión de procedimientos, porque el número 206 ya citado, lejos de limitarla al momento anterior a la sentencia, categóricamente manda la suspensión del juicio en el estado en que se halle.

17.— La deserción. Problema interesante surge respecto a la suerte que correría la solicitud de deserción en un ejecutivo simple, en donde hubo un embargo preventivo practicado con anterioridad a su presentación, y no ha podido notificarse al ejecutado el auto que despacha la ejecución, bien porque se oculta, o bien por desconocerse su domicilio.

La ley (artículo 851 Código de Procedimientos Civiles) castiga la negligencia del ejecutante que deja transcurrir el término por ella indicado, sin instar efectivamente el curso de los autos,

siempre que hubiere embargo de bienes, porque en tal evento supone un evidente perjuicio para el deudor que no puede permanecer sujeto a la inercia de su contraparte, con sus bienes embargados.

Por consiguiente, en la hipótesis arriba propuesta, habría que acoger la deserción con base en la existencia de un embargo, por más que no haya podido encontrarse al ejecutado para notificarle, ya que este último obstáculo es legal y fácilmente subsanable por medio de la representación ad litem (artículo 149 *ibidem*). El término de la deserción se contaría a partir de la notificación practicada al demandante que sería la única y la última.

Pero no sucede lo mismo, cuando en un juicio ejecutivo común en el que ambas partes fueron notificadas normalmente del auto que despacha la ejecución y decreta embargo en el sueldo del ejecutado, dicho embargo no se hace efectivo inmediatamente, por existir otros acreedores con preferencia de tiempo en la percepción de retenciones.

En tal caso, por más que hayan transcurrido los seis meses de inactividad contados desde la última notificación del auto inicial practicada a cualquiera de las dos partes, no cabría la deserción, porque el embargo decretado no se ha hecho efectivo y real sino tiempo después. Antes de practicarse la primera retención del sueldo para el ejecutante no podría afirmarse en realidad que hay embargo de bienes —condición necesaria legal para que prospere la deserción— vale decir, no hay perjuicio alguno para el deudor. Su menoscabo comienza precisamente con esa primera retención y si a partir de ella, la negligencia del acreedor se alarga por seis meses sin activar efectivamente el juicio, entonces sí prosperaría la deserción.

Y para el caso de que el embargo hubiese recaído en un bien inmueble, y hubiese sido objeto de inscripción provisional en el Registro Público, no cabe la deserción si aquella inscripción caducó por el transcurso de tres meses (art. 468 inciso 4 del Código Civil). Ello en atención a que desde el momento en que la inscripción queda cancelada por la no presentación del mandamiento para la inscripción del embargo practicado, el inmueble queda limpio del gravamen para tercero, y por consiguiente el embargado no ha sufrido perjuicio alguno con el embargo.

(25) Res. N° 709 de 10 Hs. y 35 del 25 de agosto de 1958.

(26) Res. N° 208 de 10 Hs. 30 de 22 de marzo de 1963.

III. JUICIO EJECUTIVO SIMPLE

18.—El juicio ejecutivo ha sido definido por Manresa⁽²⁷⁾ —cuyo pensamiento acogió nuestro legislador— como el procedimiento que se emplea a instancia de un acreedor contra su deudor moroso para exigirle breve y sumariamente el pago de la cantidad líquida que le debe de plazo vencido y en virtud de documento indubitado. Y añade que esta definición comprende los cinco requisitos que por la jurisprudencia antigua, sancionada por la ley de enjuiciamiento todavía vigente, son necesarios para que pueda tener lugar el juicio ejecutivo, a saber: acreedor o persona con derecho a pedir; deudor cierto; cantidad líquida; plazo vencido, y documento que tenga aparejada ejecución.

Para Vicente y Caravantes⁽²⁸⁾ el juicio ejecutivo es un procedimiento sumario por el que se trata de llevar a efecto por embargo y venta de bienes, el cobro de créditos que constan por algún título que tiene fuerza suficiente para constituir por sí mismo plena probanza.

* No se dirige pues, este juicio —añade— a declarar derechos dudosos o controvertidos, sino a llevar a efecto los que se hallan reconocidos por actos o en títulos de tal fuerza que constituyen una vehemente presunción de que el derecho del actor es legítimo y está suficientemente probado, para que sea, desde luego, atendido.

El juicio ejecutivo, se lee en un antiguo tratadista español, tiene naturaleza sumaria y se “introdujo en favor de los acreedores para que, sin experimentar los dispendios ni dilaciones de la vía ordinaria, ni las molestias o vejaciones de los deudores morosos, consiguiesen brevemente el cobro de sus créditos sin distraerse del desempeño de sus deberes respecto a sus empleos, oficios o familias”⁽²⁹⁾.

19.—El título de ejecución. a) Pocos vocablos del lenguaje jurídico —escribe Couture—⁽³⁰⁾ tienen más acepciones que la palabra título. Se explica, pues, que disputas tan encarnizadas como las que versan sobre el concepto de título ejecutivo o de título

(27) Manresa, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo V, pág. 444.

(28) Vicente y Caravantes, Tratado histórico, crítico y filosófico de los procedimientos judiciales, T. III, pág. 267.

(29) Eugenio de Tapia, Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos, T. V, pág. 6, Valencia 1837.

(30) Op. citada, pág. 448.

Título Ejec. = prueba legal del crédito. P. fines de ejecución.
perfecto, provengan de un diverso sentido que los contendientes dan al mismo vocablo. En tanto unos asignan a la palabra su significado material, relativo a calidad, atributo y condición respecto al derecho, otros discuten sobre el sentido instrumental que tiene el mismo vocablo, pensando en el título como documento, papel, pieza o conjunto de piezas escritas. El vocablo título quiere decir en primer término, calidad (título de dueño, título de heredero). Se tiene título cuando se está habilitado jurídicamente para hacer una cosa.

Pero también se tiene título cuando se tiene en la mano el documento que acredita esa calidad

* El equívoco radica en que puede haber calidad sin documento y documento sin calidad. El acreedor que ha extraviado el pagaré tiene el crédito y no tiene el documento; el tenedor de un pagaré oportunamente pagado pero no retirado por el deudor, tiene el documento y no tiene la calidad de acreedor.

b) Entre nosotros el título ejecutivo es el documento que constituye la prueba legal del crédito para los fines de ejecución. Tal se desprende de la enumeración que contiene nuestro Código Procesal Civil en su artículo 425, referida por completo a documentos, y del texto de los números 426, 429, 431, 432 y 437. Acogemos así el pensamiento de Carnelutti⁽³¹⁾, quien considera el título ejecutivo como un documento dotado de una particular eficacia en el sentido de que atribuye a la situación jurídica que en él se representa la certidumbre necesaria para que se actúe por medio de la ejecución forzosa. Basta con esto, a su juicio, para concluir que se trata de un documento que hace prueba legal, sin que ello exprese por completo su carácter. “La verdad es, —escribe— que mientras que la prueba legal simple u ordinaria, sirve tan solo para establecer la verdad de un hecho, o mejor, para proporcionar la certidumbre de la existencia de un hecho, pero no de una situación jurídica, o sea del efecto jurídico de este hecho, el título ejecutivo produce, por el contrario, también esta certidumbre”.

* Podemos pues definir el título ejecutivo diciendo que es el documento, público o privado, que origina en el órgano jurisdiccional competente la obligación de desarrollar su actividad con finalidad ejecutiva.

(31) Carnelutti, Instituciones del Nuevo Procesal Civil Italiano, pág. 160.

Para Calamandrei⁽³²⁾ el título ejecutivo "con un parangón algo burdo, pero muy claro, se puede considerar la llave indispensable para abrir la puerta de la ejecución, o, mejor, como la puerta de entrada sin la cual no es posible atravesar el umbral del proceso ejecutivo".

Lo expuesto basta sin duda, para dar una idea de la importancia y trascendencia que tiene el título ejecutivo y de la función que le está reservada en el campo del proceso civil.

20.—Nuestro Código y la Jurisprudencia nacional: algunos casos importantes.

A.—Por leyes especiales, ciertos documentos están revestidos de fuerza ejecutiva (inciso 7 artículo 425 Código Procesal Civil), entre otros, los títulos-valores regulados por el Código de Comercio, facturas, etc. La Sala Segunda Civil de la Corte Suprema de Justicia, encargada hasta hace poco de la resolución en última instancia de los juicios ejecutivos de mayor cuantía, sentó la tesis de que un certificado de prenda, debidamente inscrito, en el que el deudor se compromete a pagar una suma de dinero en café en fruta —lo cual es muy frecuente en nuestro medio— si bien no es un pagaré, sí constituye título ejecutivo en el cual existe deuda líquida y exigible y procede despachar ejecución si se renuncia al privilegio prendario⁽³³⁾. Pero, ¿podría despacharse ejecución y embargo inmediatos si la obligación es de pagar con café en fruta y está consignada en una fórmula de "pagaré"? La negativa parece la respuesta, puesto que por definición, el "pagaré" es la promesa de pagar incondicionalmente una suma de dinero determinada, sin que parezca muy clara la reducción señalada en el artículo 428 del Código si el ejecutante no quiere las especies, sino el dinero. Claro está que una vez hecha la computación por el procedimiento de ejecución de sentencia (art. 1003) habría mérito para decretar el embargo (art. 989 ibídem).

B.—Constituyendo título ejecutivo la confesión judicial hecha por la parte, el mismo tribunal resolvió en el sentido de que si el perjudicado reconoce su firma puesta en un documento que contiene a su cargo una obligación líquida y exigible, se tiene también por reconocido su texto; y entonces el título se constituye ejecutivo,

(32) Calamandrei, El procedimiento monitorio, pág. 14, Trad. de Sentís Melendo.

(33) Res. Nº 212 de 8 Hs. y 35 de 29 de marzo de 1965.

por más que luego, en el mismo acto de la confesión, hiciere alguna manifestación contraria a los términos del documento, por considerar que existe independencia entre la confesión y el acto de reconocimiento⁽³⁴⁾. La tesis es acertada porque no viola el principio de la indivisibilidad de la confesión (art. 729 Código Civil), desde luego que el reconocimiento debe aceptarse en toda su integridad, como acto independiente, y sin perjuicio de la posible declaración de falsedad del texto del documento en la vía respectiva.

C.—Si la obligación es de dar, hacer o no hacer (artículo 429), como en el caso de entregar unas acciones, transmitir un derecho, abstenerse de levantar un muro, etc., no cabría el derecho de embargo porque no se trata de cobrar una suma de dinero (artículo 437). El procedimiento a seguir, interpretando fielmente la citada norma 429, sería simplemente el de conceder el término legal para oponer defensas, sin siquiera despachar ejecución, citar partes para dictar sentencia, y una vez pronunciada ésta, ejecutarla por los procedimientos del título sobre ejecución de sentencias. Sin embargo, la misma Sala ha sostenido⁽³⁵⁾ que si la obligación es de transmitir un derecho, es obligación de dar y por consiguiente no está regulada por el mencionado número 429.

D.—Existe duda si una vez ordinariado un juicio ejecutivo (Arts. 434 y 438 Código de Procedimientos Civiles), es dable levantar el embargo decretado. En realidad el único caso en que se puede presentar tal duda lo constituye el artículo 434, ya que en cuanto al 176 párrafo penúltimo, el embargo no podría levantarse por estar garantizados sus resultados, y en el 438 hay que suponer que ni siquiera hay embargo alguno que levantar.

La Sala Primera Civil se ha pronunciado repetidamente⁽³⁶⁾ en el sentido de que no es dable hacer ese levantamiento de embargo. Ese criterio es peligroso, puesto que reata al deudor a las consecuencias de un embargo en sus bienes, de por sí ya de valor dudoso con sólo la sentencia pronunciada en el ejecutivo, y con un perjuicio que se puede prolongar por largo tiempo. Abre la puerta de la vía ordinaria a quienes con un título imperfecto, soslayan la obligación

(34) Res. Nº 251 de 10 Hs. y 20 de 16 de abril de 1958 y 494 de 3 de julio de 1957.

(35) Res. Nº 86 de 10 y 50 de 19 enero 1961.

(36) Ver entre otras las Res. números 422 de 9 Hs. y 10 de 12 de setiembre 1967 y 857 de 8 y 5 de 4 de julio de 1961. En igual sentido la Res. de la Sala de Casación Nº 122 de 10 Hs. de 19 de noviembre 1961.

de garantizar los perjuicios que puedan ocasionar con el embargo preventivo, (artículo 173).

E.—Surge aquí la pregunta de si es dable cobrar un crédito constante en título ejecutivo, por la vía ordinaria. La respuesta la otorga el número 186 de nuestro Código al mandar que toda contienda judicial que no tenga señalada una tramitación especial, se decidirá en juicio ordinario, existiendo especial tramitación señalada en el título VI del Código para cobrar judicialmente esos créditos.

No obstante, la misma Sala Primera ordenó darle curso a una demanda ordinaria con base en título ejecutivo, aduciendo como argumento que el acreedor puede renunciar al beneficio del trámite especial y rápido del proceso ejecutivo, y acogerse al lento del ordinario de condena⁽³⁷⁾. La tesis no parece ser muy feliz, si se toma en cuenta que la condenatoria en honorarios de abogados es más onerosa para el deudor accionado en la vía ordinaria, y además está obligado a garantizar las costas del juicio (art. 192).

F.—Curiosa interpretación otorgó la Sala Segunda Civil a los artículos 187 del Código y 169 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al disponer que si el ejecutante no liquida los intereses comprendidos entre el vencimiento del pagaré y la presentación de la demanda ejecutiva, en el mismo libelo que la contiene, entonces tales intereses no se pueden conceder en sentencia, por más que en el escrito inicial se hubiesen reclamado de modo general⁽³⁸⁾.

Las citadas normas 187 y 169 lo que hacen es dar reglas respecto a la estimación de la demanda, agregando el 187 que el valor señalado por el actor a su demanda será lo más que pueda conceder la sentencia, en aquellos casos en que se reclame el pago de una suma de dinero; pero bien puede suceder que la cuantía comprenda un monto elevado de intereses vencidos —no indicados expresamente— y no obstante, con el criterio de la Sala, no pueden ser concedidos, aunque estén reclamados en la petitoria.

Y es que la ley no obliga a liquidar esos intereses vencidos en el acto de presentarse la acción ejecutiva, sino que por el contrario, el artículo 430 de nuestro Código, no sólo permite omitir la liquidación en ese momento, sino que también manda pagarlos al acree-

dor al ejecutarse la sentencia, que por lo mismo debe contener condenatoria al respecto.

G.—En lo que dice a la resolución que cita partes para dictar sentencia, existen criterios opuestos entre ambas Salas, pues mientras la Primera sostiene que se trata de un auto, la Segunda afirma que es una simple providencia⁽³⁹⁾. La cuestión reviste carácter importantísimo, puesto que la apelación está denegada por la ley a las providencias. (art. 857).

Si aceptamos que para el dictado de un auto, el Juez debe realizar un juicio valorativo y mental, comparando lo que manda la ley (premisa mayor) con lo que informan los autos (premisa menor), para obtener una conclusión (resolución judicial), entonces la que cita a las partes para dictar la sentencia constituye un auto, desde el momento que aquella citación significa el anuncio judicial de que el debate está concluido, y ese anuncio es el resultado de un proceso de valoración mental que realiza el Juez, (artículos 333 y 444 Código de Procedimientos Civiles).

Debe destacarse la obligación del Juez en realizar de oficio la mencionada citación de partes para dictar su fallo, por imperativo de las citadas normas legales; lo cual disipa toda duda de si en juicio ejecutivo es atendible la solicitud que formulara en ese sentido el ejecutado, puesto que a fortiori, si el Tribunal debe proceder de oficio, con mayor razón a solicitud de cualquiera de las partes. Así se ha pronunciado la Sala Segunda Civil⁽⁴⁰⁾, quien también sostuvo que el Tribunal no puede declarar o tener de oficio por inevaluable, en juicio ejecutivo, prueba pendiente de evacuación, sino que debe mediar el respectivo incidente de inevaluabilidad, (art. 444 Código de Procedimientos Civiles). Interpreta con acierto el pensamiento del legislador, en el sentido de que la citación de partes para dictar el fallo debe producirse en la etapa o momento procesal en que los autos se encuentran listos para ese objeto; pero que la culpa o morosidad de quien solicitó una prueba aún sin evacuarse, no puede ser declarada de oficio⁽⁴¹⁾.

H.—No pocas dudas despierta el texto del artículo 449 ya que por una parte permite levantar el embargo depositando la suma

(37) Res. N° 342 de 9 Hs. y 40 de 19 de mayo de 1959.

(38) Res. N° 927 de 10 Hs. y 40 del 26 de setiembre 1962 y N° 726 de 10 Hs. y 40 de 27 de julio de 1941.

(39) Res. N° 326 de 8 Hs. y 25 de 5 de junio de 1967.

(40) Res. N° 223 de 9 Hs. y 45 de 25 de marzo de 1960.

(41) Res. N° 957 de 8 y 30 de 27 de octubre de 1964.

reclamada más un veinticinco por ciento para intereses futuros y costas; y por otra, depositando la cantidad por la cual se ha decretado el embargo. La duda nace de que por lo general y en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 437, el embargo se decreta por la suma cobrada más un cincuenta por ciento, surgiendo entonces la incertidumbre de si para hacer levantar el embargo es preciso depositar la suma reclamada más un veinticinco por ciento o más un cincuenta por ciento.

Aunque no conocemos jurisprudencia al respecto, la solución podría ser la siguiente: hay casos en que el embargo se decreta por una suma fija, sin el aditamento del cincuenta por ciento, como ocurre en tratándose de saldo en descubierto en la ejecución hipotecaria o prendaria (artículos 493 Código Procesal Civil y 577 Código de Comercio), en ejecución de sentencia (artículo 989 Código de Procedimientos Civiles), en la obligación alimenticia (artículo 17 Ley de Pensiones Alimenticias), en el embargo decretado en bienes del procesado penal (artículo 136 Código de Procedimientos Penales), el auto de aprobación de tasación de costas (artículo 999 Código Procesal Civil). En todos estos casos, que no son todos, basta con el depósito de la suma por la cual se decretó el embargo, para levantarlo. En todos los demás, el levantamiento debe ordenarse con el depósito de la suma reclamada y un veinticinco por ciento más.

Aunque la ley no impone al embargado límite de tiempo alguno dentro del cual deba gestionarse el levantamiento, la Sala Segunda sentó jurisprudencia en el sentido de que el levantamiento del embargo con el veinticinco por ciento, sólo puede darse en el propio acto de realizarse la traba o inmediatamente después mediante depósito a la orden del Juez⁽⁴²⁾. Tal modo de pensar crea además la incertidumbre respecto del alcance de la palabra "inmediatamente", que puede significar "luego", "al punto", "al instante", o bien extenderse a las horas hábiles del día en que se practica el embargo o hasta que quede firme la resolución que lo decreta.

Pero sí puede el deudor o el tercer poseedor del inmueble sujeto a los procedimientos de apremio, evitar el remate o suspenderlo, depositando a la orden del Juez tan sólo el capital cobrado y los intereses correspondientes, según lo ha resuelto reiterada-

(42) Res. N° 24 de 8 y 15 Hs. de 8 de enero de 1965 y 479 de 1963.

mente la misma Sala⁽⁴³⁾, por cuanto con ese depósito se ha logrado el fin primordial perseguido al establecerse la acción.

I.—En cuanto a si es admisible o no la apelación interpuesta contra una resolución que deniega un incidente de nulidad del remate, la jurisprudencia ha sido variable. El artículo 385 en su párrafo décimo rechaza el recurso cuando es denegada la nulidad de actuaciones o rechazada de plano. Sin duda alguna, el legislador quiso así evitar las demoras a veces mal intencionadas que por vía de las incidencias de nulidad tienen lugar frecuentemente, considerando que si el juzgador de primera instancia la deniega, es porque hay sobrado motivo para ello. Acorde con esa misma línea directriz de evitar esas demoras, en la misma norma legal cerró la puerta para la nulidad de resoluciones reclamada en forma incidental, disponiendo que tal nulidad debe alegarse al interponerse el recurso que quepa contra ellas.

Por tales razones, la misma Sala Segunda denegó en el pasado la alzada contra la resolución que declara sin lugar un incidente de este tipo, en el que se alegaba la nulidad de todo lo actuado, incluso del remate, en un ejecutivo prendario⁽⁴⁴⁾.

Pero luego, considerando que pueden darse casos de grave importancia, en los que se discute la validez de una venta judicial realizada a una hora distinta de la señalada o publicada, o de que se trata de remate de una cosa ajena (art. 472), decidió admitir el recurso para darle oportunidad al Superior de revisar el fondo del problema⁽⁴⁵⁾.

Pero también ha decidido con acierto —porque consagra la santidad de la firmeza de las resoluciones judiciales— que una vez firme el auto que aprueba un remate, no cabe nulidad del mismo aunque haya subastado una cosa ajena⁽⁴⁶⁾.

J.—Otra duda surgida de la redacción del artículo 475 que regula el tercer remate sin base, es saber cuánto debe depositar la persona que presenta el deudor para mejorar la postura del primer oferente que no llegó al cincuenta por ciento del primitivo avalúo. La ley está concebida en los siguientes términos: "Si ésta no llegare

(43) Ver entre otras Res. N° 445 de 22 de junio de 1954, 309 de 8 de mayo de 1957 y 1327 de 13 de noviembre de 1963.

(44) Res. N° 566 de 10 Hs. y 20 del 25 de junio de 1962.

(45) Res. 665 de 10 Hs. y 35 de 15 de julio de 1963.

(46) Res. N° 759 de 9 Hs. y 15 de 3 de agosto de 1963.

al cincuenta por ciento, con suspensión de la aprobación del remate, se hará saber el precio ofrecido al deudor, el cual dentro de los nueve días siguientes podrá pagar al acreedor, librando así los bienes, o presentar persona que mejore la postura y haga el depósito de ley”.

Cabe entonces preguntarse si “el depósito de ley” mencionado será el correspondiente a la base del primer remate, del segundo o el diez por ciento de la suma ofrecida por el primer postor.

La Sala Segunda Civil ha dispuesto que debe ser el diez por ciento de la suma ofrecida por el licitador⁽⁴⁷⁾. Pero como ambos son licitadores, —dentro de una especie de cuarto remate que habría de celebrarse con participación de los dos— entonces siempre subsiste la duda en cuanto al monto de la suma que debe depositar el mejorante para tomar parte en la nueva licitación.

Todo el problema deviene de la forma un tanto confusa e incompleta en que está redactada la mencionada norma 475, obligando a los Tribunales a realizar ingentes esfuerzos para darle feliz solución a los múltiples problemas de orden práctico que se presentan y que no fueron previstos por el legislador.

Por otra parte, no se ve lógica alguna en el legislador que en el tercer remate, por ser sin base no obliga al postor al depósito para tomar parte en él, y sí obliga al licitador ofrecido por el deudor a que lo haga.

IV. JUICIOS EJECUTIVOS HIPOTECARIOS Y PRENDARIOS

21.—Estos dos tipos de juicio son gemelos en nuestra legislación, teniendo muy pocas diferencias desde el punto de vista procesal, constituyendo la principal el origen mismo de la garantía real, pues mientras en los primeros, los hipotecarios, el bien que garantiza la obligación es un inmueble, en los segundos lo es un bien mueble.

Ambos son juicios especiales y sumarios, que tienen por objeto el remate inmediato del bien o bienes que garantizan la obligación.

(47) Res. N° 799 de 10 Hs. y 25 de 17 de agosto de 1961.

El juicio ejecutivo hipotecario, escribe el maestro Pallares⁽⁴⁸⁾ es aquel en que se ejercitan algunas de las acciones hipotecarias que reconoce la ley y que son: acción constitutiva de la hipoteca, acción de ampliación de la hipoteca, de división de la hipoteca, de inscripción o cancelación del gravamen hipotecario, de pago de dicho crédito y de prelación y pago. Pero sostiene que el juicio ejecutivo hipotecario propiamente dicho sólo concierne a las dos últimas acciones, es decir, a las de pago y prelación.

Entre nosotros, tanto el prendario como el hipotecario se refieren a las acciones que tienen por objeto el pago inmediato del crédito por medio del remate del bien que lo garantiza. Las demás acciones deberán dilucidarse por la vía ordinaria, según lo manda el artículo 186 del Código Procesal Civil.

Por consiguiente, en ambos se presume la existencia de un título o documento que debe estar debidamente registrado, en el que conste un crédito vencido y líquido. Ese título, en tratándose de la hipoteca, debe estar constituido por escritura pública (art. 409 Código Civil); y en la prenda, por la fórmula oficial de contrato o en documento público o privado, con la firma del deudor autenticada por un abogado (art. 537 Código de Comercio). La prenda inscrita en el Registro respectivo con renuncia de trámite da derecho para hacer efectivo el privilegio sobre la pignorado, pero si no lo está, no confiere privilegio de garantía, aunque si conserva la condición de título ejecutivo (arts. 564 y 566 ibídem).

En ambos se puede renunciar a la garantía o privilegio, y pedir embargo de otros bienes por la vía ejecutiva común⁽⁴⁹⁾.

22.—Pero en tratándose de fincas sin inscribir en el Registro Público, no cabe darle curso a la acción por la vía de la ejecución hipotecaria, por lo peligroso que resulta rematarla sin conocer su dueño actual, los embargos y anotaciones que puedan pesar sobre el inmueble, ni tampoco otro tipo de gravámenes que pueda soportar. Aunque no conocemos jurisprudencia al respecto, nuestra afirmación encuentra apoyo en las disposiciones combinadas que contienen los artículos 409, 417, 419, 450, 464, 478 y 479 del Código Civil y 456, 457, 483, 485, 486 y 487 del Código de Procedimientos.

(48) Semanario Judicial de la Federación, tomo XXXIII, pág. 153.

(49) Res. Sala Segunda Civil N° 412 de 6 de mayo 1961.

23.—Algunos casos importantes a través de la jurisprudencia nacional.

A.—Cuando en el hipotecario el ejecutante no es acreedor de primer grado, y el precio de la subasta no alcanza para pagar su crédito y menos las costas y gastos hechos por ese acreedor de grado inferior, ha dicho la Sala Segunda⁽⁵⁰⁾ que el acreedor de grado primero debe pagar las costas y gastos ocasionados al ejecutante, si el precio de la subasta no alcanza para pagar esas costas, y si se le permitió indebidamente a tal acreedor de grado primero hacer postura en la subasta en calidad de abonar a su crédito. Agrega el Tribunal, que eso le es permitido únicamente al ejecutante que tenga libres sus derechos.

Pero ¿qué sucedería si conforme a ese criterio —que se conforma en un todo con lo mandado por los artículos 470, 476 y 480 del Código— el acreedor de grado primero no ejecutante, hace el depósito total, tanto para tomar parte en el remate, como para pagar el saldo del precio? Pues sencillamente se le volvería a girar, sin que el ejecutante de grado inferior tenga derecho alguno a percibir nada por los gastos y costas que hizo, si el precio de la venta judicial no alcanza para cubrirlos, desde luego que tiene preferencia para el pago de su crédito el primer acreedor.

B.—Con acierto manifiesto, la Sala Segunda mencionada no ha permitido que un acreedor hipotecario no ejecutante, citado en juicio, promueva otro por aparte para hacerse pago de su crédito. Por ello anuló todo lo actuado en ese segundo proceso hipotecario, argumentando que no resulta ni legal ni procesalmente admisible la coexistencia de ambas acciones, ya que se desnaturaliza el espíritu de las normas jurídicas en virtud de las cuales se cita a los coacreedores, y por eso el trámite seguido vino a ser legalmente imposible⁽⁵¹⁾.

Efectivamente, no puede permitirse la pluralidad de procesos hipotecarios que persiguen el mismo bien, no sólo por las razones aducidas por la Sala, sino también por el grave peligro resultante de que diferentes personas adquieran en los remates el mismo bien, peligro que quiso evitar el legislador mediante la citación a los coacreedores para que se apersonen a hacer valer sus derechos en un sólo proceso, (arts 417 Código Civil y 485 del de sus procedimientos). Debe agregarse además, el perjuicio que sufriría el

(50) Res. N° 306 de 7 de mayo de 1957.

(51) Res. Números 442 de 10 y 20 de 14 de mayo de 1959 y 347 de 20 de abril 1961.

deudor debido al múltiple pago de las costas, si se admitiera la pluralidad de hipotecarios.

Sin embargo, la Sala Primera sienta la tesis contraria a la Segunda⁽⁵²⁾, afirmando que no se puede obligar al acreedor a apersonarse en otro juicio en donde se siguen procedimientos de remate del mismo bien embargado, ya que ello equivale a una acumulación de acciones que la ley no autoriza.

Pero en realidad, —comentamos nosotros— no se trata de acumulación de acciones, sino más bien de una especie de juicio hipotecario universal restringido, porque se trata de liquidar todos los créditos hipotecarios que pesan sobre una sola finca. Estos mismos principios deben ser aplicados a la prenda.

C.—Acorde con este modo de pensar, coincidimos con la Sala Segunda⁽⁵³⁾ en que desde que un acreedor hipotecario o prendario ha sido citado y notificado formalmente en juicio para que se apersona en defensa de sus derechos, y si no le es permitido cobrar su crédito por aparte, debe considerársele como un interesado directo en la marcha del proceso, estando en consecuencia facultado para impulsar sus procedimientos normales ante la inercia del ejecutante.

Y que si el ejecutante, en posible colusión con el deudor decidiera suspender el remate o todos los procedimientos, el Tribunal está obligado a rechazar la gestión si no viene respaldada por todos los acreedores interesados. En contra de ese modo de pensar podría aducirse lo dispuesto por el párrafo segundo del artículo 471 en combinación con el número 480 en cuanto manda el primero que el remate no se suspenderá sino cuando lo pida el ejecutante; pero, la realidad es que el vocablo “ejecutante”, debe dársele en este caso su cabal sentido, sea que todo acreedor real citado en el proceso hipotecario, debe ser considerado como ejecutante, si su crédito está vencido.

Debe presumirse que hay un interés común que liga a los coacreedores, en que todos y cada uno de ellos sean pagados de sus créditos. Desde ese punto de vista todos son ejecutantes, y sin la venia de uno sólo de ellos, no puede suspenderse el remate.

El único privilegio que debe otorgársele conforme a la ley, (art. 470 Código de Procedimientos Cviles) al acreedor que plantea

(52) Res. 266 de 8 Hs. 11 de junio de 1963.

(53) Res. 706 de 1959.

la demanda ejecutiva hipotecaria, es el de tomar parte en la subasta sin necesidad de garantizar el respectivo tanto por ciento de la base, debiendo los demás acreedores hacer el depósito con tal objeto.

Figuremos un caso en que hay tres hipotecarios vencidos, de diferentes grados, cuyos acreedores por su orden son: 1) A; 2) B; 3) C. Pueden presentarse las siguientes hipótesis: A ejecutante no deposita, pero sí B y C; B ejecutante no deposita pero sí depositan A y C; C ejecutante no deposita, pero sí depositan A y B.

En cualquiera de las tres hipótesis, el peligro de una colusión entre ejecutante no obligado a depositar y el deudor, en perjuicio de los otros acreedores, se soslaya obligando en el acto del remate al ejecutante a garantizar con depósito en efectivo y en el tanto por ciento correspondiente, la diferencia resultante entre el monto de su crédito con intereses y costas, y la suma que ofrezca por el bien rematado. Urge una reforma en tal sentido, pues ya ha ocurrido el caso de que un ejecutante en connivencia con el deudor, y protegido por la exoneración del crédito, ofrece una suma fabulosa y antojadiza por el bien, que desde luego no deposita, sin consecuencia alguna para él. ¡Y esto lo repite en varias subastas!

D.—Se ha pronunciado también con razón la Sala Segunda, por la inadmisibilidad de una tercería excluyente de preferencia⁽⁵⁴⁾ dentro de un juicio ejecutivo hipotecario, considerando que la cuestión de preferencia opera de pleno derecho, conforme al de cada cual inscrito en el Registro Público, a la hora de distribuirse el precio (arts. 417 y 418 Código Civil, 488 y 489 Código Procesal Civil).

Menos duda cabe acerca de la inadmisibilidad de una tercería excluyente de dominio dentro de un proceso hipotecario, no sólo por la naturaleza propia de este último, en donde se persigue el pago del crédito garantizado con el bien, cualquiera que sea su dueño, sino también porque el posible error de rematar cosa ajena, o una por otra, es reparable por la vía de la nulidad incidental (art. 472 Código de Procedimientos Civiles).

E.—El artículo 62 de la Ley de Prenda anterior ya derogada, y el 572 del actual Código de Comercio, establecen la obligación, para darle curso a una tercería excluyente de dominio dentro de un proceso prendario, de que el tercerista presente ejecutoria que

declare haber sido usurpados por el pignorante los derechos del legítimo propietario de los bienes prendarios, por lo menos certificación de estar admitida ante los tribunales de justicia represiva, acusación encaminada al logro de tal declaratoria.

Quiso así el legislador evitar la confabulación posible entre tercerista y deudor, obligando al primero a acusar penalmente al segundo por el posible delito de estafa resultante de haber pignorado cosa ajena o haberla vendido después de otorgada la prenda.

Pero la Sala Segunda Civil⁽⁵⁵⁾, interpretando erróneamente la frase "haber sido usurpados por el pignorante", se ha manifestado en repetidas ocasiones asignándole el sentido penal de delito de usurpación, y por consiguiente ha dicho que el delito que debe ser acusado debe ser ese y no el de estafa. El error salta a la vista, tan solo en considerar que la usurpación es una figura delictiva referida a inmuebles y no a muebles.

En cambio ha dicho, con excelente criterio⁽⁵⁶⁾ que es documento auténtico, base de una tercería, el contrato de prenda presentado e inscrito en el Registro respectivo, en el que el tercero es adquirente; o en otras palabras, que no puede prosperar la tercería excluyente de dominio, con sólo la certificación de la prenda otorgada por el tercerista si en tal documento no consta que éste es adquirente (inciso 3 artículo 493 Código de Procedimientos Civiles).

—oOo—

NOTA: Los criterios y formas de las ejecuciones de sentencias penales y civiles de condena, con jurisprudencia nacional, serán objeto de posterior estudio del autor.

(54) Res. N° 1183 de 28 de diciembre de 1964.

(55) Carecemos de las citas respectivas de resoluciones; pero afirmamos que existen.

(56) Res. Números 1286 de 10 Hs. y 20 de 29 de noviembre de 1961 y 91 de 25 de enero de 1965.

Para el distinguido
Señor Magistrado
Lic. Víctor Manuel Elizondo Mora
Profesor Honorario de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica, Dilecto amigo
a quien he tenido el honor de acompañar durante
toda su trayectoria como Profesor en nuestra
Escuela de Derecho, con la invariable amistad y
aprecio del Autor.

UN DELITO INTERMEDIO ENTRE EL ABORTO Y EL INFANTICIDIO

Dr. ALFONSO ACOSTA GUZMAN,

Titular Medicina Legal
Facultad de Derecho y Medicina.

(Trabajo presentado en Viena en mayo de 1961 en el Congreso de la Academia Internacional de Medicina Legal y Social, discutido y aprobado como recomendación para los Legisladores de todas las Naciones que tomaron parte en tal Congreso. Republicado en la Revista Oficial de dicha Academia. ('Acta Medecinae Legalis et Socialis').

La Medicina Legal Mundial conoce desde hace más de cien años dos clases de delitos relacionados con el embarazo y el parto: El aborto y el Infanticidio. Ambos pertenecen a la categoría del delito de Homicidio con circunstancias atenuantes. La mayoría de las Legislaciones y la Medicina Legal en general definen el Aborto como la muerte del fruto de la concepción en un estado de la vida intrauterina, en el cual el niño aún no podría vivir independientemente del organismo materno. Así define el profesor Kratter, Austriaco en su texto de Medicina Legal el aborto como:

"La muerte dolosa del feto, o interrupción del embarazo en un tiempo en el cual el feto todavía no tiene propiedades vitales, esto es poco más o menos antes de la veintiochoava semana de vida instrauterina. Si la

maniobra abortiva recaé sobre una criatura ya viable, entonces los Códigos Austriacos lo denominan como muerte del niño en el vientre materno, pero desde el punto de vista de la pena, no se hace diferencia alguna".

La otra forma del delito, el infanticidio, ha sido tratado de diversas maneras por las diferentes legislaciones. Así nuestro Código Penal inspirado en los cuerpos legales Franceses a la letra reza:

"Infanticidio es la muerte dolosa del recién-nacido durante el parto o en las próximas veinticuatro horas del mismo siempre que el hecho suceda sin haber dado cuenta persona alguna del parto, salvo a la persona que lo atendió o al Médico que asistió a la parturienta, y que no hubiese sido bautizado ni enseñado a terceras personas".

Hasta donde es conocido a la fecha, con excepción del Código Penal del Estado de Nueva York, casi nadie ha pensado en la gran diferencia que existe entre la muerte del feto en los primeros meses del embarazo, y la muerte del mismo cuando ya se trata de un individuo con propiedades vitales para subsistir fuera del cuerpo materno. Desde el punto de vista de la pena es, según mi parecer, una acepción anticuada y falta de justicia. Muchas personas con intención de hacer abortar una mujer conocen el hecho de que el embarazo ya es tan avanzado que la criatura es viable e inclusive saben en qué mes del mismo se encuentra la embarazada. El gran Médico Legista, Jefe Médico Examinador de la Ciudad de Nueva York, presente en este Congreso, Dr. Milton Helpem, escribió en 1955, en su texto de Medicina Legal la frase siguiente:

"No estaremos haciendo olvido del hecho de que existe un delito que debiera llamarse FETICIDIO".

El Código Penal de Nueva York se refiere al delito de infanticidio, pero si el feto ha sido destruido cerca de su madurez en una forma abortiva dentro del útero, puede el delito según las circunstancias catalogarse de Homicidio.

En esta pequeña exposición se trata de demostrar que la muerte dolosa de un feto o de un recién-nacido, según el grado de desarrollo del mismo debe catalogarse en tres grados diferentes. No ofrece la menor duda que el matar a un niño en el vientre

materno, el cual ha alcanzado casi su madurez y por lo tanto ya es viable, debe constituir un acto delictuoso de mucha mayor importancia que la destrucción de un embarazo en sus primeros meses. En primer lugar se mata a una persona que puede ya existir a expensas de su madre. Las consecuencias también son mayores, pues el peligro de hemorragias, infecciones y lesiones de diferentes clases es mayor que en el aborto en los primeros días del embarazo.

La Medicina Legal tropieza en la investigación de estos hechos con varias situaciones:

- 1º—Se encuentra un feto entero o desmembrado, en el cual hay la posibilidad de establecer el grado de su desarrollo (osificación en nódulos en los huesos largos, desarrollo de las uñas, del cabello, etc.) En estos casos en la autopsia se puede establecer la madurez del niño, constituyendo los mismos las situaciones más fáciles para el establecimiento del delito. También se puede saber en varias ocasiones que la madre se encontraba en sétimo octavo o noveno mes de embarazo, y por medio de pruebas testimoniales.
- 2º—El feto se ha enterrado o en alguna forma ha sido destruido. En estos casos solamente la investigación criminalística puede dar una luz. Se procede a examinar a la madre sobre la existencia reciente del embarazo, pruebas testimoniales de personas que observaron a la mujer antes y después de que el útero se desocupara, presencia de colostro en los pechos y todas aquellas pruebas científicas que indiquen que la mujer estuvo largo tiempo embarazada.

Por estos motivos es importante que la Medicina Legal Moderna y las Leyes de los tiempos actuales, procedan a la creación de un delito intermedio entre el aborto y el infanticidio, graduando las penas, según el desarrollo de la víctima y denominando los diversos delitos en la forma siguiente:

- 1º—Aborto: como la forma más leve de la interrupción del embarazo en un tiempo en el cual el feto no tenía propiedades vitales.
- 2º—El Feticidio: o la muerte criminal del niño en el útero de su madre después de su desarrollo y en un tiempo en el cual ya el producto de la concepción podía vivir independientemente de su madre.
- 3º—El Infanticidio: o sea la muerte criminal del recién-nacido con las condiciones médico-legales de haber vivido y aquellas otras que las diferentes leyes especifiquen.

GIBRALTAR

Dr. FABIO CARBALLO MONTERO

Homenaje a un Maestro, a un estudioso:

Lic. Víctor Manuel Elizondo Mora

Génesis de Gibraltar.

El 4 de agosto de 1704, durante la guerra de Sucesión de España, la Roca fue atacada por una fuerza bélica compuesta por soldados alemanes, holandeses, irlandeses, ingleses, e incluso españoles, al mando del Landgrave de Hesse-Darmstadt, un austro-alemán.

Aunque los españoles se defendieron valientemente, tuvieron que ceder a una fuerza bélica muy superior en todo sentido. La plaza fue ocupada por los invasores. El Landgrave de Hesse-Darmstadt actuó como representante del pretendiente austriaco al Trono español, nombró autoridades españolas y recibió posteriormente en triunfo al Archiduque Carlos de Austria como soberano de España.

Como se ve, Gibraltar fue, originalmente, objeto exclusivo de un pleito entre pretendientes al Trono español, hasta tal punto, que la Reina Ana de Inglaterra hizo una declaración pública afirmando que enviaba sus tropas a la Península para sostener el justo derecho de la Casa de Austria al Trono español, y no para tomar posesión de plaza alguna en nombre de su Majestad Británica.

El Tratado de Utrech de 1713.

A Utrech concurren Inglaterra y parte de Europa Continental, (Francia, Holanda y España) a consolidar en un acto de expresa voluntad colectiva, exceptuando a España, la prepotencia de Inglaterra en la relación de fuerzas del mundo de entonces, a expensas de España.

El artículo X del Tratado de Utrech de 13 de julio de 1713 concedió a Inglaterra una base militar británica instalada en Espa-

ña. En dicho artículo X se marcan los límites precisos a la concesión: a) la cesión de Gibraltar se limita a la ciudad, castillo, puerto, defensas y fortaleza, tal como eran en 1704, fecha de la ocupación de la Roca por la fuerza invasora; b) la concesión no implica renuncia a la soberanía sobre el territorio; c) prohíbe toda comunicación por tierra y todo comercio entre la Plaza y el territorio vecino; d) la concesión prohíbe la residencia en Gibraltar de determinadas personas; e) y finalmente, se hace intransferible la concesión, otorgando a España derecho preferente para la recuperación de Gibraltar.

La violencia como vicio del consentimiento.

El Derecho Internacional Público no puede desentenderse de la guerra como fenómeno que se presenta en la humanidad. Lo tiene que considerar como un instrumento de composición de conflictos entre los pueblos. Podría llamarse en la época actual el último de los instrumentos de composición, porque actualmente sólo se justifica la guerra en el medio internacional cuando hayan fracasado todos los instrumentos de que el hombre dispone para la solución de conflictos.

Las soluciones dadas por la guerra, a determinados problemas, modelan la conducta internacional; constituyen, por eso, derecho internacional positivo. Sin embargo, en lo que podríamos llamar filosofía del derecho internacional público, hay un ámbito limitado para las soluciones que puede imponer la guerra. Es aquel en donde están ubicados los propios problemas que la provocan. Las soluciones deben circunscribirse, entonces, a los problemas que hicieron la causa de la guerra.

Si la voluntad del triunfador en la guerra se desplaza hacia otro ámbito, haciendo conceder al vencido algo que no signifique solución de los problemas causales, es un acto de prepotencia, un acto de imposición, un acto de vandalismo internacional.

El tratado que contenga uno de esos actos de imposición, lleva en cuanto a ese exceso, una invalidez implícita. El tratado expresa la voluntad del vencedor y del vencido respecto de una solución. Pero en tanto el tratado se sale de la solución buscada por la guerra, conlleva el vicio de una voluntad defectuosa.

La fuerza es, en todos los campos del derecho, un vicio de la voluntad, y la voluntad es el fundamento de la obligatoriedad de lo pactado.

El Peñón de Gibraltar era materia ajena en forma absoluta a la guerra que finalizó con el Tratado de Utrech. Si las soluciones que ese Tratado dio a los problemas que provocaron la guerra pueden considerarse legítimas, y asistidas por la voluntad contractual de España, lo referente a Gibraltar debe considerarse, no la solución de un conflicto, sino el resultado viciado de la voluntad de España, desfigurada por la fuerza. Un acto de prepotencia que, en vez de solución de un conflicto, tendría que ser, como sigue siendo, una fuente de conflictos y una evidencia de injusticia internacional.

En cuanto a los puntos que tienen por objeto el Peñón de Gibraltar, el Tratado de Utrech es írrito, y no puede invocarse como un acto de voluntad de España, sino como un acto de prepotencia internacional llevado a cabo por los aliados que la vencieron en Flandes.

Gibraltar artificio político.

Si se tomó posesión de Gibraltar por un pretendiente al Trono de España, ese acto, aunque en cabeza de un Príncipe no legitimado, fue un acto internacional de reafirmación de la soberanía española.

La disputa entre pretendientes al Cetro español no le quita el carácter de indivisible a la soberanía.

Convertir en extranjerizante ese acto a cuenta de que fuera espúreo el título del pretendiente, es un acto de franca piratería en Derecho Internacional; y en este acto, cualquiera que llegare a ser luego la fuerza del tratado que pusiera bajo otra soberanía el Peñón, no se puede ver otra cosa que una imposición de fuerzas incontrastables para España, que tendían a legitimar intereses prepotentes, sin otro fundamento que la necesidad.

Una agrupación humana artificial.

Inglaterra llevó a Gibraltar grupos étnicos que procedían de países aún no constituidos en Estados nacionales. Dichos grupos

se caracterizaron por su inestabilidad y desarraigo. Este conjunto de habitantes que se instalaron en Gibraltar ha crecido a lo largo de los años de una manera totalmente opuesta al normal crecimiento biológico de las colectividades normales. Y como es lógico, esta colectividad no ha tenido nunca personalidad política propia. Ni puede ser de otro modo, dado el carácter fundamentalmente subsidiario de la base militar que ha tenido esa agrupación, recluida en un territorio de dos millas cuadradas que es casi todo espacio militar.

El espacio vital de los habitantes se encuentra fuera de Gibraltar, en tal medida, que gran parte de ellos instalaron su residencia y negocios en territorio español, y cuya actividad económica está ligada íntimamente a la economía de la región vecina. Por ese motivo, esos habitantes no podrían soportar cualquier restricción que España les impusiera aunque fuera únicamente en aplicación estricta de las leyes en vigor.

Una economía crítica.

El sustento diario de la población de Gibraltar depende casi exclusivamente de los productos de España. Gibraltar carece de recursos propios; no tiene agricultura, tampoco industria.

Tiene que importar una población laboral española, convirtiéndose en un punto de absorción de mano de obra, no solo de la inmediata región vecina, sino también de las Provincias del Sur de España. Esto creó una verdadera situación colonial, puesto que el campo de Gibraltar se pobló de unas gentes que trabajaban en Gibraltar, vivían en España propiamente dicha y tenían patronos ubicados en Gibraltar.

Esta fuerza laboral, verdadero músculo de la vida de Gibraltar, ha trabajado en un régimen colonial. Como elemento político, esta población nunca ha podido residir en Gibraltar porque le está prohibido. Diariamente ha tenido que pasar la frontera abandonando el territorio en donde dejaba su esfuerzo de todos los días. Son exilados de Gibraltar, parias históricos de la ciudad, que no han tenido voz ni voto en los asuntos de Gibraltar. Son otra población a la que nadie se refiere, pero de la cual depende la vida diaria de Gibraltar.

La economía de Gibraltar está fundada en el contrabando, actividad ilícita a que se ocupan miles de sus habitantes: lógica

consecuencia del carácter antinatural de la agrupación humana que reside en Gibraltar. Desde el momento en que le era imposible crear una fuerza de trabajo propia, esa colectividad flotante, sin base económica propia, y sin profesiones definidas, ha derivado para subsistir hacia el comercio ilícito. Y eso, desde luego, es una arma comercial que incide sobre la economía de España. Es un foco de graves males, un centro de perniciosas influencias sobre España, como un punto de roce y de discordia. Es un elemento negativo y perturbador.

A lo largo de la presencia de Inglaterra en Gibraltar, España se ha esforzado constantemente por reprimir el contrabando por tierra y por mar, que tiene como base el Peñón, con la total pasividad inglesa respecto de ese contrabando. Todas las razones mencionadas sobre el complejo económico de Gibraltar prueban que, económicamente, Gibraltar es indivisible del Sur de España.

A título de necesidad.

En mérito a la vigencia que debe concederse al estado de necesidad, cabe recordar aquí que el paso del Atlántico al Mediterráneo, dominado estratégicamente por el Peñón de Gibraltar, era el punto débil del Imperio Británico. Que las entidades internacionales que reconocían la validez de tal Imperio, tenían que reconocer en Gibraltar una zona de expedientes extraordinarios para la defensa de las rutas del Imperio, y que todo acto dirigido a fortalecer ese punto débil, debía considerarse para el Imperio como un acto de legítima defensa. Se supone que el exceso en la defensa en ese ámbito del derecho, a semejanza de lo que se acepta en el ámbito de la penalidad, no le quita el carácter de legítima.

Esta pudo ser la única legitimación histórica de Inglaterra en Gibraltar.

Trasmutación del objeto de la Convención.

La fortaleza estilo siglo XVIII significa un instrumento de defensa de alcances limitados por los propios medios de que entonces disponía la guerra. Su función es pasiva.

El concepto de base nace a la luz de los nuevos alcances de los elementos de guerra: la base no es necesariamente pasiva, ni

es de alcances limitados. La base, con la aviación y con los proyectiles teledirigidos, no tiene ámbito limitado, y puede ser un centro de agresión.

En la segunda guerra mundial, Gibraltar sirvió de base a los aliados, y es notorio que su función no fue sólo defensiva ni circunscrita a su territorio. La práctica adscripción de Gibraltar al servicio de la OTAN ha aumentado los peligros. Razón ha tenido España cuando le ha comunicado oficialmente a los miembros de la OTAN que no puede considerar a Gibraltar como una base al servicio de la Organización Atlántica, y que no está dispuesta a conceder las facilidades que de ella dependen para su utilización por los miembros de la misma, agregando en la comunicación que vería con toda reserva cuantas maniobras y operaciones militares, navales y aéreas se llevaran a cabo con apoyo en Gibraltar.

Lo que nació como una fortaleza con cañones de alcance limitado, para defender las rutas del Imperio británico, se ha convertido en un centro de acción internacional que representa un peligro eventual para todos los vecinos de la comunidad internacional, y sobre todo para España, que se ha convertido en el blanco de toda réplica Continental a cualquier agresión que pudiera venir de Gibraltar. Ahora el acto de legítima defensa es justificable para España, y desapareció para Inglaterra. El acto de legítima defensa para España consiste en someter a Gibraltar a su posición neutral en este momento histórico, y en todo caso, a su política internacional en cualquier otro momento de su historia.

El objeto de la contratación original, —la fortaleza pasiva—, ha sido sustituido por cosa absolutamente diferente: la base activa. Se mantiene el acuerdo de voluntades cuando ha perecido lo que sirvió de objeto al acuerdo.

Nuevos hechos en Gibraltar.

Aun cuando el objeto siguiera siendo el mismo, han ocurrido nuevos hechos que obliga a una nueva valoración del fenómeno Gibraltar:

- 1) El Imperio británico está deshecho; Gibraltar ya no es su punto neurálgico. Retenerlo no sigue siendo un acto de legítima defensa.

- 2) Gibraltar, como plaza, hoy es incapaz de asegurar las rutas hacia Oriente, porque existen en la técnica medios de interferencia que lo anulan. Retener el Peñón es inútil.

- 3) Gibraltar luce hoy con evidencia como un acto de antigua prepotencia, remozado por la tolerancia internacional al convertirse en manos de los aliados en una base extraña a Inglaterra propiamente dicha, y al servicio de la OTAN.

He aquí, incluso, una sustitución del sujeto en ese vejamen que sufre España.

La cláusula Rebus Sic Stantibus.

Tiene vigencia en la esfera del Derecho Internacional, y responde a exigencias de justicia en la vida de relación de los Estados, la cláusula sobreentendida "rebus sic stantibus". Con arreglo a esta doctrina, un cambio sustancial en el estado de hecho existente o contemplado por las partes al concluir un tratado, puede fundamentar la modificación del mismo, y aun su resolución, dejándolo inoperante. En otros términos, se supone fundadamente que los tratados se concertaron bajo la condición, o en el entendido de mantenerse las cosas o circunstancias en el mismo estado que se dieron al concluirlos, por lo que, si ese Estado de hecho sufre ulteriores modificaciones esenciales, no previstas por las mismas partes, la voluntad de éstas se afecta en términos de que sus relaciones no pueden mantenerse.

La cláusula de referencia presta un fundamento objetivo a la modificación del tratado, que trasciende a la voluntad presunta de las partes, pues siendo sobreentendida y referida a las circunstancias existentes en el momento de su conclusión, la alteración o modificación sustancial de tales circunstancias, elimina, por consiguiente, esa voluntad como fundamento de la relación jurídica de éste, y aun su resolución, para dejarlo inoperante.

La alteración o modificación de circunstancias a que se alude, consideradas en la moderna concepción de la cláusula Rebus Sic Stantibus en el Derecho Internacional como un acontecimiento imprevisto, si bien no determina la extinción automática del tratado, impulsa a las partes a obtener su revisión o readaptación, mediante nuevo convenio, o a través de la intervención de un

órgano jurisdiccional, adecuando el régimen jurídico a las nuevas circunstancias, de modo que responda mejor a la finalidad que le dió origen.

Referida la anterior doctrina al problema de Gibraltar, deviene como adecuado procedimiento internacional, el de la revisión del Tratado de Utrech por las partes, —España e Inglaterra—, desde que los originarios compromisos por ellos asumidos, al correr del tiempo han perdido eficacia en razón de un radical cambio, imprevisto, de las circunstancias que determinaron su formación, conforme queda reseñado.

El abuso de adición.

Gibraltar no solo es un artificio político. Es un modelo de abuso de adición.

Transcurrido algún tiempo después del Tratado de Utrech, Inglaterra comenzó a avanzar en el istmo de Gibraltar, al Norte de las fortificaciones que cerraban la Plaza, violando, por lo tanto, los límites que le había concedido ese Tratado. Se trataba de darle espacio a la frontera, con desprecio de lo convenido en Utrech. Inglaterra franqueó las murallas que constituían el límite legítimo de la Plaza, e invadió poco a poco el istmo que une Gibraltar al territorio vecino, alegando siempre necesidades militares de seguridad. España reaccionó a la usurpación de Inglaterra y fortificó su territorio frente a Gibraltar, dejando entre las dos líneas de fortificaciones una "zona neutral", que siendo de plena soberanía española, no estaría ocupada militarmente. Sin embargo, Inglaterra continuó avanzando por la zona neutral y al cabo de dos siglos ya había avanzado 850 metros, ampliando ilegalmente los límites originarios que le había concedido el Tratado de Utrech, incurriendo con ello en una grosera violación de lo pactado.

Igualmente Inglaterra, con menosprecio de la soberanía de España, ha extendido su radio de acción en la zona marítima, consiguiendo apoderarse de hecho de aguas jurisdiccionales españolas que no le fueron concedidas por el referido Tratado de Utrech.

El aeródromo de Gibraltar.

Como prueba de esa expansión colonial y militar, y aprovechándose de la guerra civil española, Inglaterra construyó un aeró-

dromo militar y civil en plena zona neutral, es decir, en una porción del territorio indisputadamente español, que nunca ha sido cedido a Inglaterra. Hasta la fecha, el aeródromo continúa funcionando diariamente, ha llegado a ser pieza fundamental de la estrategia inglesa, constituyó un punto de apoyo del dispositivo militar aliado durante la segunda guerra mundial, y es elemento de importancia, como toda la base, en la estructura de la OTAN, pero a la vez, evidencia de un acto de pura y simple piratería internacional.

Un verdadero muro de vergüenza internacional.

Inglaterra ha pretendido consolidar estas usurpaciones por medio de una pared, una verja y una tela metálica que separa físicamente a España de un territorio español, adquirido en parte por un tratado en el cual al respecto la voluntad de España lleva el vicio de violencia; y en parte, por actos adicionales de franca piratería internacional: por un verdadero muro de vergüenza internacional.

La subsistencia entre Estados que se han sujetado a las normas del Derecho Internacional Público para lograr la necesaria convivencia civilizada, de una situación como esta, tan cargada de irrespeto a las normas del más elemental reconocimiento de la soberanía de los Estados vecinos, es un reto al sentimiento de la juridicidad que preside hoy día el desenvolvimiento de la comunidad internacional.

Ponerle fin a una situación como esa, es un deber que se plantea a la comunidad internacional, que lucha por el imperio de la ley.

Para Inglaterra, que ha visto constituirse por actos de fuerza, nuevos Estados dentro de los territorios en donde antes impuso su voluntad imperial, constituye un baldón el empeñarse en que no se resuelvan por los medios que hoy respeta la comunidad internacional, los últimos problemas que quedan en el mundo, derivados de su irrespeto a la soberanía de otros pueblos.

Respecto de Inglaterra, parece que sigue siendo cierto que para derribar los privilegios sólo hay un método: el de la fuerza, que es la negación del orden internacional, que pugnan por consolidar los pueblos civilizados del planeta.

El tiempo como título de consolidación de un derecho.

Independientemente del convenio celebrado entre las partes, el Derecho Internacional admite la prescripción como substituto jurídico para constituir la soberanía de un territorio por la mera ocupación durante un tiempo prolongado, de modo continuo y pacífico, creando, bajo el influjo de la evolución histórica, la convicción común de que el estado de cosas supuesto concuerda con el orden internacional.

La razón de la prescripción ha sido señalada en la doctrina, en la oportuna adecuación de la situación de derecho a la situación de hecho, que produce la inercia de la parte afectada en el ejercicio de su derecho durante algún tiempo, frente al ejercicio de la posesión por el ocupante en las condiciones presupuestas. Por eso, añade la doctrina internacional, que en tanto los Estados formulen reclamaciones o protestas, no cabe afirmar que el ejercicio efectivo de la soberanía sea pacífico, excluyéndose, en consecuencia, la requerida convicción común de que el estado real de cosas se halla de conformidad con el orden internacional.

En el caso de la usurpación adicional de Gibraltar, España ha protestado y ha reclamado insistentemente su soberanía sobre la dicha zona neutral, de lo que son prueba evidente, en el curso de los años, los tres sitios militares españoles, las numerosas y repetidas gestiones diplomáticas e intentos de canje, que han dado lugar a una nutrida bibliografía reveladora de la importante y consistente fuerza moral que asimismo respalda a España.

Demostrado como queda, que sobre esa franja de terreno neutralizado por España, Inglaterra no ha ejercido posesión quieta o pacífica, no puede, por lo mismo, invocarse la prescripción como instrumento justificativo de su invasión.

Lo que recomendó la ONU.

El final de la segunda guerra mundial señala el fin de los antiguos Imperios coloniales, y el principio del proceso político de descolonización, cuyo instrumento principal es la Organización de las Naciones Unidas. El Capítulo XI de su Carta le confía el control de la evolución social, económica y cultural de los países sometidos a la administración de otra Potencia.

A tal efecto, la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución N^o 1514, expresó que

"... todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas".

Con fundamento en lo anterior, la Asamblea General de las Naciones Unidas constituyó el 27 de noviembre de 1961, como órgano subsidiario suyo, un Comité especial de 17 miembros, cuyo número fue elevado a 24 el 17 de diciembre de 1962.

El Comité de los Veinticuatro incluyó a Gibraltar en la lista de territorios no autónomos. En esa forma internacionalizó el problema de Gibraltar el 11 de setiembre de 1963.

El 16 de octubre de 1964, el Comité de los Veinticuatro invitó a España e Inglaterra a entablar negociaciones sobre el status y la situación del territorio de Gibraltar. La Asamblea de las Naciones Unidas ratificó lo anterior mediante resolución de 16 de diciembre de 1965.

Como se ve claramente, la Organización de las Naciones Unidas propuso que España e Inglaterra inicien conversaciones a fin de encontrar, respecto del problema de Gibraltar, una solución negociada, que tenga fundamento en las nuevas concepciones del Derecho Internacional Público, (la aludida Resolución N^o 1514), y que tome en cuenta, fundamentalmente, los intereses de España como Nación.

Recapitulación.

1)—El problema de Gibraltar arranca de un pretexto: una disputa entre pretendiente al Trono de España. Aquí no puede suponerse la fuente de un derecho.

2)—Se constituye como problema definitivo como un acto de fuerza al terminar la guerra de Flandes. Tiene su justificación formal en el Tratado de Utrech, en el cual, respecto de Gibraltar, el consentimiento de España debe estimarse viciado por la violencia, ya que Gibraltar no fue una de las causas de la guerra, y al decidirse sobre él, no se daba con el Tratado solución a ninguno de los problemas que dieron causa a la guerra.

3)—La incautación de Gibraltar, lejos de resolver algún problema, mantuvo viviente las contradicciones que se produjeron al separar territorios y poblaciones que naturalmente constituían una sola unidad. La actitud rampante de los conquistadores se desplazó en el espacio, llevando a nuevas detenciones del suelo ajeno y de la soberanía ajena, sin que mediara siquiera el pretexto de la guerra, dándose una exhibición de prepotencia en plena paz.

4)—Al desplazarse el fenómeno en el tiempo, se han modificado todos los elementos de la supuesta convención original: las personas no son las mismas, porque la Inglaterra imperial, que necesitaba para su subsistencia el dominio de la puerta que conducía a las Indias, ya no existe. La causa invocada (suprema necesidad de defensa) desapareció al desaparecer el Imperio. La cosa objeto de la supuesta convención (base defensiva para asegurar un status) ha desaparecido: la base defensiva se ha tornado un centro de ataque potencial a todos los Estados de la tierra, dados los alcances y modalidades de los elementos actuales de guerra: cambio puesto en evidencia en la segunda guerra mundial. De la supuesta convención no queda otra cosa que la voluntad unilateral de Inglaterra para actuar fuera de toda norma de convivencia internacional, contra un miembro respetable como España de esa misma comunidad.

5)—La reiteración de un fenómeno jurídico suele dar carta de naturaleza al mismo en razón del tiempo en que el fenómeno se repite: de allí la prescripción, más como fuente de derecho que como consolidación de derechos. El supuesto básico de la institución es que el nuevo status se ajusta tanto a la realidad de las cosas que nada ha podido conmoverlo a través del tiempo. Pero todo esto bajo el supuesto de que el fenómeno se mantenga inalterable con los mismos elementos iniciales, para que tome la dimensión del tiempo; que si cambia alguno de los elementos, el fenómeno no se reitera, y no se perpetúa en el tiempo: esto último es lo que ocurre en el caso de Gibraltar original y su adición, porque no subsisten en el tiempo, ni la misma persona, ni la misma causa, ni la misma cosa. En esa situación, no encaja el concepto de prescripción: el tiempo no le ha cerrado el camino a España.

6)—La solución para esa situación, que afecta, ya no sólo a España, sino a toda la comunidad de Estados civilizados, ha dejado de ser la revisión del Tratado de Utrech, para tomar caracteres

de urgencia mayor que demanda una solución colectiva del problema, que ha de quedar saldado con ajuste a las necesidades de España en primer término, y a los intereses de convivencia pacífica de todos los demás Estados de la tierra. La revisión del Tratado es lo menos que puede dar Inglaterra. La solución real corresponde a la comunidad internacional, representada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Conclusión.

España no sólo tiene razón; tiene buena voluntad, que es aún más importante para la solución de los problemas. En donde subsiste un conflicto de intereses que autoriza su gestión autónoma, España se aviene a someterse a la jurisdicción de la Organización de las Naciones Unidas para que el problema de Gibraltar sea resuelto, no sólo conforme a los derechos e intereses de España, sino también conforme a todos los intereses de las Naciones civilizadas que se agrupan en esa Organización.

Prenda de mayor buena fe no puede dar en la tierra país alguno.

La negativa de Inglaterra, de ventilar sus diferencias con España, ante la Organización de las Naciones Unidas, por los procedimientos hoy aceptados por todo el mundo civilizado, la pone al margen de la jurisdicción internacional, y le confiere a España mérito suficiente en el concierto de Naciones, para que en éstas se haga del derecho de España frente a Inglaterra, el derecho de todos los miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y se usen todos los elementos compulsorios de este Organismo para que el problema de Gibraltar sea resuelto conforme al interés de la comunidad de Naciones, actualmente en pugna con la actitud asumida por Inglaterra.

En esta batalla de la jurisdicción internacional, que envuelve el problema de Gibraltar, estamos con España.

UN TIPO IDEAL: CAPITALISMO BANCARIO

Dr. CLAUDIO GUTIERREZ CARRANZA

Titular de Lógica y Teoría de la Ciencia.

Después de Max Weber es un lugar común en metodología de las ciencias sociales hablar de "tipos ideales". Como tales se entienden, a pesar de que hay todavía muchas disputas en cuanto a su naturaleza, construcciones abstractas que reproducen en forma pura o simplificada algún aspecto de la realidad para su mejor estudio. Así, el "hombre económico" de la economía clásica, interesado sólo en maximizar su utilidad, es un ejemplo de este recurso analítico. En su variante más común, un tipo lógico es un medio de describir la realidad considerándola desde uno de sus ángulos o aspectos (e ignorando por el momento todos sus otros aspectos). Se actúa bajo el supuesto de que la descripción completa de la realidad, si es que fuera posible, exigiría la aplicación sucesiva de muchos tipos ideales superpuestos, cada uno de los cuales contribuiría en algo a darnos un conocimiento adecuado de las cosas.

El tipo ideal que intento presentar aquí participa en cierta medida de la función descriptiva, que podríamos llamar normal, de este recurso analítico. No obstante, por tratarse de una contribución a la investigación en ciencia política, este tipo ideal participa de la ambigua naturaleza de esta ciencia, que navega siempre en una mezcla de aguas, descriptivas como las de las otras ciencias, y normativas como las de las disciplinas de la filosofía práctica. En ese sentido el tipo ideal de este estudio debe interpretarse también como canon o criterio para juzgar las medidas de política práctica a las que tiene aplicación. Es decir, su idealidad debe interpretarse no sólo como condición de recurso analítico para la descripción, sino también como condición de modelo integral y coherente de medidas políticas desde el cual puede juzgarse la bondad de la realidad concreta.

Cabría preguntarse de dónde le viene al tipo ideal su autoridad para juzgar la bondad de las medidas concretas. A esto respondo

que en parte le viene de ser tipo ideal en el otro sentido, o sea construcción abstracta que sirve para explicar la realidad concreta, para describirla en uno de sus aspectos. En el presente caso la realidad serán, ciertas instituciones existentes en la República de Costa Rica en el año 1968. Mi tipo lógico hace inteligible el que tengamos dichas instituciones, pues hace ver cómo una persona interesada en obtener los propósitos incluidos en el tipo se vería movida a crear dichas instituciones. Por otra parte, la coherencia lógica interna del tipo ideal integra la acción en busca de esos propósitos explícitos con el logro, o al menos la garantía de no mal-logro, de otros propósitos, implícitos, que debemos suponer en el agente. Dicho de otra manera: el proponente o defensor de una medida concreta, digamos la nacionalización bancaria, tiene un conjunto de propósitos, unos explícitos y otros implícitos; ejemplo de los primeros podría ser el de dar un sentido social al otorgamiento del crédito y ejemplo de los segundos aumentar la producción, redistribuir la riqueza, no afectar las libertades políticas básicas, y muchas otras cosas. Si logra construir un tipo lógico o ideal en que todos los propósitos o una gran mayoría de ellos se cumplen en un grado eminente, el tipo puede actuar como criterio para juzgar la bondad de las medidas concretas.

Una observación más, antes de entrar en el tema principal de este artículo. Está en la naturaleza de un tipo ideal el ser una creación artificial de la mente del hombre. Quizá una de las disputas metodológicas más importantes en el campo de las ciencias sociales está ligada a esta aseveración. En efecto, lo que aquí hemos presentado como un ejemplo de tipo ideal, el "hombre económico", algunos metodólogos, v. g. los economistas de la escuela apriorista de Mises y Hayek, lo consideran como un axioma fundamental connatural a la mente humana. No está dentro de la intención de este artículo el discutir este punto de vista; sólo diremos que el simple hecho de que muchos metodólogos encuentren razonable considerar al "hombre económico" como una construcción ideal, y por ende artificial, es prueba bastante de que su verdad no es connatural a la mente humana. Sólo eso con respecto a la polémica. Para mí un tipo ideal es una construcción artificial, y muchas construcciones son teóricamente posibles para explicar o para criticar una determinada realidad socio-política. De esto se desprende que el tipo ideal que voy a introducir no pretende ser la imagen de la organización económica más perfecta, o más realizable, dentro de las condiciones históricas de Costa Rica. Solamente pretende ser una explicación

coherente y completa de ciertas medidas concretas, tanto en el sentido de que hacen inteligible el acto de su establecimiento, a la luz de ciertos propósitos, como también en cuanto dan la posibilidad de una crítica ilustrada sobre los méritos o deméritos del orden actual. Nos permiten explicar y nos permiten criticar; y eso es lo que esperamos de un tipo ideal. Si alguien puede presentar otro tipo ideal que permita también esas dos cosas, muy bien; o que permita hacerlo mucho más razonablemente que éste, tanto mejor.

En la polémica habida en el año 1967 en Costa Rica sobre la posibilidad de restablecer la banca privada en la República, o sea, sobre la conveniencia de suprimir el actual monopolio que el Estado tiene sobre el negocio de operar con los depósitos del público, se notó, a mi modo de ver, la ausencia de una idea clara en los defensores de la banca nacionalizada del propósito de la misma. Su defensa, de lo más encomiable por el coraje que implica enfrentarse a una campaña "millonaria" contra una de nuestras instituciones más importantes, pareció a veces basarse en razones místicas más que científicas. Los atacantes en cambio podían apelar a un sistema lógico completo, el capitalista-liberal, del cual la banca privada es un elemento normal indiscutible. El único intento de integrar la posición defensiva dentro de un sistema completo vino paradójicamente de los liberales, que se complacieron en recordar que la nacionalización bancaria es uno de los diez principios que el Manifiesto Comunista señala como indispensables en una política comunista. Es razonable que los defensores de la banca nacionalizada no hubieran querido apelar a este sistema, el decálogo comunista, para justificar su posición; pero no es menos cierto que la falta de un sistema de medidas interrelacionadas y coherentemente articuladas debilitaba fundamentalmente su defensa. El tipo ideal que a continuación presentaré es un intento de suplir esa falta; no pretendo que sea la última palabra sobre el asunto pero espero que suscite reacción y crítica, y que dé lugar al través del diálogo a la constitución de más claras metas; y a una mayor conciencia de las implicaciones de tener en un país de carácter predominantemente capitalista una institución de corte socialista como lo es la banca nacionalizada.

Nuestro problema es entonces el siguiente: construir un modelo de organización económica, en sus rasgos globales y simple-

mente cualitativos, que tenga banca nacionalizada y al mismo tiempo conserve otras instituciones del régimen capitalista liberal, por ejemplo, libertad de empresa, propiedad privada de medios de producción, sistema de precios, etc... Pero al mismo tiempo dicho modelo deberá ser tal que no aparezca como un sistema incoherente, en que los propósitos de un sistema capitalista queden malogrados por el elemento socialista del sistema, ni los propósitos del elemento socialista queden malogrados por el contenido capitalista liberal del sistema. En otras palabras, nuestro problema es construir un sistema capitalista con nacionalización bancaria, sin que la nacionalización bancaria aparezca como un parche en el sistema; para lograr esto debe garantizarse que la banca nacionalizada desempeñe un papel dentro del sistema, conmensurado con la importancia de la desaparición del régimen bancario privado en un sistema capitalista. Ahora bien, la banca privada es algo tan importante dentro de un régimen capitalista liberal que su ausencia en el sistema costarricense debería ser el rasgo fundamental de nuestra organización económica, un rasgo cuyas repercusiones, de gran entidad, se proyectaran a todos los aspectos de la vida económica nacional. Todos sabemos que esto no es así en la práctica; que la ausencia de la banca privada no matiza nuestra estructura económica, lo que nos hace sospechar que hay algo, o mucho, de incongruente en nuestra organización. El establecimiento de la nacionalización bancaria tiene todas las trazas de haber sido un medida revolucionaria que se quedó a medio camino; por así decirlo, fuera de contexto. Debe adquirirse ese contexto, so pena de seguir siendo vulnerable a los ataques de sus enemigos.

El papel de la banca nacionalizada en nuestro modelo ideal tiene que estar muy relacionado con la función del factor "capital" dentro del esquema analítico de la economía liberal. Recordemos que este análisis suele distinguir como factores de la producción el capital, el trabajo y el empresario. Sus cuotas en la distribución del producto son respectivamente el interés, el salario y el beneficio (que es el correlato del factor riesgo). De más está decir que en este modelo simplificado de la organización económica refundimos la tierra dentro del capital y la renta de la tierra dentro del interés. En una organización capitalista liberal el capital y la empresa, el capitalista y el empresario, el interés y el beneficio están normalmente identificados. En una organización socialista, el capital y la empresa están también identificados, puesto que son monopolio del

Estado. Nuestro modelo, en cambio, supone que las dos cosas están normalmente, o predominantemente separadas, excepto en cuanto a que, para garantizar la existencia del empresario hay que suponer que es propietario de algún capital; de lo contrario se negaría como empresario, porque donde no hay capital que corra peligro no hay riesgo, y donde no hay riesgo no hay beneficio ni, por consiguiente, empresario. Vamos a suponer que el grueso del capital lo suministra el Estado, al través del Sistema Bancario Nacionalizado, al que en adelante nos referiremos por las siglas SBN; pero en cambio, que en nuestro sistema no sólo la actividad de empresario no está prohibida a los particulares, sino que al contrario el Estado fomenta el que los ciudadanos sean empresarios (y en la medida necesaria para ello, pero no más de lo necesario, que sean también propietarios de los medios de producción). En dos palabras, y simplificando mucho, hay libre empresa, pero el Estado suministra su capital. Un concepto tal sí tendría importancia dentro de la organización económica e indudablemente sería conmensurado con la entidad que la banca privada tiene dentro del sistema capitalista liberal. Propongo llamarlo "capitalismo bancario".

Ya en este punto dos preguntas, u objeciones, habrán surgido en la mente del benévolo lector: (1) ¿de dónde saca el Estado el capital que suministra a los empresarios? (2) ¿cómo evita el Estado que el capital que presta llegue a ser de los empresarios por efecto de la amortización? De las dos preguntas la segunda es la más fácil de contestar: los préstamos de los bancos deben tener plazos de amortización que coincidan lo más exactamente posible con el término de la depreciación del capital real; de este modo, cuando el empresario termina de pagar el capital éste ha dejado de existir y él no lo adquiere. Para contestar la primera pregunta, dos respuestas saltan a la mente: confiscación o impuestos; ninguna de estas dos es la solución de nuestro modelo. Como tipo ideal basado en la función crucial de la banca, o mejor dicho de la nacionalización de los depósitos, la solución que ofrece es eminentemente bancaria: los recursos los obtiene el Estado por depósito, no por impuesto ni por confiscación. El impuesto y la confiscación juegan su parte, pero supletoria, pues el deseo de evitarlos será lo que inducirá a los particulares a realizar sus depósitos. El sistema consiste en esencia en establecer dentro del régimen del impuesto sobre la renta el recurso del **diferimiento**, o sea, la posibilidad de excluir del imponible de un período determinado todo lo que se

invierta en depósitos a plazo en el SBN; los ingresos correspondientes quedarán diferidos, hasta el período en que el depósito se retire; en ese momento, pero sólo en ese momento, contribuirán a elevar el monto del impuesto. En esta forma, y sin que el Estado se apropie los recursos por impuesto o confiscación, se originará un gran flujo de ahorros a las arcas bancarias en la forma de depósitos a plazo. Puesto en la alternativa de financiar directamente su empresa con sus ahorros (lo que queda de ellos después del pago del impuesto sobre la renta) o de financiarse con el SBN y depositar sus ahorros (evitando el pago del impuesto), es razonable pensar que el empresario se decidirá normalmente por el segundo camino.

El resultado global de un sistema tal será beneficioso en un doble sentido: por una parte asegurará el planeamiento integral de la economía que se podrá entonces llevar a cabo al través de la política crediticia. Se logrará así uno de los fines de una economía controlada, como debe serlo la costarricense si quiere tener alguna esperanza de sacar al país del subdesarrollo. Pero por otra parte se logrará evitar el mayor peligro que nuestros países afrontan en su marcha hacia la industrialización y la mayoría de edad económica: que el desarrollo se haga en beneficio de unos pocos, los señores del poder económico, los propietarios de los medios de producción. En efecto, el sistema tendería a convertir a los actuales capitalistas en capitalistas-rentistas, dueños no de acciones de empresas sino de títulos bancarios, equiparables a bonos de la deuda pública. Es sabido que un rentista carece de poder económico determinativo; su categoría es criticable más bien en el sentido de ser un miembro ocioso de la sociedad, y eventualmente de recibir una parte desproporcionada de la renta social. No obstante, la primera crítica no tendría aplicación, pues en mi modelo el rentista sería también empresario, y en consecuencia, productivo; la segunda crítica tampoco se aplicaría, pues los ingresos del rentista deben reinvertirse en títulos públicos para defenderse del impuesto sobre la renta.

Es de esperarse aquí una objeción de parte de los defensores del capitalismo liberal: si el impuesto de la renta es confiscatorio, y la única manera de evitarlo es no gastando el ingreso, ni siquiera en autofinanciación de su empresa, el empresario no tendrá estímulo para trabajar. A esto contesto de dos maneras. En primer lugar, nadie ha demostrado que el motivo único, ni siquiera primordial para trabajar es producir dinero para gastarlo en consumo;

me refiero al trabajo del empresario. El empresario trabaja ante todo porque tiene temperamento creador, porque disfruta de los placeres de la organización, porque aspira a triunfar y a ser reconocido en el mundo de los negocios, en suma porque le gusta jugar este juego; además, porque aspira a aumentar su capital con el aceptable propósito de obtener seguridad para su futuro y el de su familia, y con el inaceptable socialmente de acumular poderío con qué explotar a los otros miembros de la sociedad. Este último propósito se haría imposible de cumplir en el sistema aquí delineado; pero los dos primeros propósitos se podrían seguir cumpliendo perfectamente, y seguiría existiendo el estímulo para trabajar como empresario. La segunda manera de contestar sería esta: si efectivamente el empresario no tuviera estímulo, si fuera cierto que el sistema lo desalentara podríamos entonces preguntarnos: ¿adónde iría la persona con vocación y entrenamiento de empresario? ¿es creíble que se dedicaría a otra cosa, por ejemplo a asalariado? ¿o que se retiraría a un monasterio a meditar sobre los males del socialismo? Evidentemente no; incluso si en el sistema fuera menos atractiva la posición de empresario, seguiría siendo la más atractiva posibilidad abierta al temperamento activo y creador. Y el ser humano tiene extraordinarias capacidades de adaptación a nuevas circunstancias.

Otra resistencia que habría que vencer es la tendencia a pensar que la autofinanciación de la empresa es un rasgo esencial de la economía capitalista. En realidad no es así. Podemos invocar aquí una autoridad insospechable: Mortimer Adler y Luis O. Kelso en su libro "El Manifiesto Capitalista"⁽¹⁾ defienden con gran insistencia la tesis de que las empresas no deben autofinanciarse porque ello afecta el régimen de oferta y demanda y puede originar una mala distribución de los recursos. En cambio, postulan una completa repartición de las utilidades en forma de dividendos y la existencia de un mercado de capitales donde los inversionistas puedan escoger las empresas más rentables para comprar sus títulos. La diferencia de un sistema tal con el que aquí se propone no tiene pues, que ver con que haya o no autofinanciación: ambos sistemas la excluyen; la diferencia tiene que ver con que los recursos de las empresas vengan en forma de préstamo o por venta de acciones, y con que el préstamo lo haga el SBN y no los particulares.

(1) Louis Kelso and Mortimer Adler, *The Capitalist Manifesto* (New York: Randon House, Inc., 1958).

Ya que he mencionado el libro de Adler y Kelso, donde se propone un régimen capitalista de ancha base, cabe preguntarse qué relación tiene mi modelo con el llamado capitalismo popular. Recordemos que este último estaría dado por una sociedad en que todo el mundo fuera accionista de empresas, hasta el punto de que su principal fuente de ingresos consistiera en la recolección de dividendos; en una sociedad tal, el Estado intervendría fuertemente para asegurar que la distribución de la riqueza, especialmente en la forma de acciones de empresas, fuere adecuada, y que ningún individuo llegara a tener suficiente poderío económico como para alterar la libre competencia y explotar a los otros. Pueden abrigarse serias dudas sobre si un modelo tal es realista, si el Estado es en alguna oportunidad capaz de mantenerse neutral en la contienda económica, si no resulta un instrumento de opresión de clases, etc. . . . Pero aparte de toda esta discusión, yo considero que un régimen en que la justicia social se hiciera depender del funcionamiento de una bolsa de valores es inaplicable para la realidad de Costa Rica. En nuestro país, como es de sobra conocido, las empresas que no pueden autofinanciarse recurren de preferencia al crédito bancario, muy rara vez a la emisión de acciones, y prácticamente nunca a colocar acciones en una forma pública. Parece entonces mucho más adecuado aprovechar la tendencia del costarricense a usar el crédito y tratar de lograr los fines de equitativa distribución de la riqueza por medio de un capitalismo bancario y no por medio de un capitalismo popular. En nuestro esquema, sin embargo, tendrá amplia cabida el pequeño ahorrante, como quedará claro más adelante, pero dicho ahorro revestirá la forma de depósito en el SBN —que está de acuerdo con los hábitos nacionales— y no la de compra de acciones —que no lo está—. A su vez, el SBN transmitirá estos recursos a los empresarios, dentro de la política general del plan nacional de desarrollo y acompañados de toda la asistencia técnica, económica y material, que sea necesaria. Estos requisitos no quedan cumplidos en el esquema del capitalismo popular.

Resumamos los caracteres de nuestro tipo ideal: se trata de una organización económica para un país semejante a Costa Rica en 1968, pequeño y en vías de desarrollo, con banca nacionalizada y que desea conservar los rasgos más importantes de la economía de empresa. El modelo preve los siguientes elementos constitutivos: empresarios particulares que son dueños de un cierto capital, su-

ficiente como para identificarlos como propietarios de sus empresas y para que se pueda decir de ellos que corren riesgos con motivo de la operación de sus negocios; una agencia colectora de impuestos sobre la renta en provecho del Estado; un SBN capaz de recibir depósitos a plazo de los empresarios, y de otras personas, y de conceder préstamos a los empresarios para la operación y expansión de sus negocios; una agencia planificadora del Estado que elabora los planes nacionales de desarrollo. El modelo tiene la siguiente forma de funcionamiento: el empresario tiene beneficios, parte de los cuales invierte en depósitos a plazo en el SBN; el saldo, que dedica a consumo o a inversión privada (esto último con tendencia a cero), es gravado en forma progresiva con pendiente empinada en los niveles altos. El SBN financia a los empresarios de acuerdo con las prioridades del plan nacional de desarrollo, y con plazos iguales al término de depreciación del capital real. A esto, que es el modelo fundamental, deben agregarse ciertos lineamientos adicionales; algunos son ciertos prerequisites para el funcionamiento óptimo del sistema; otros son detalles complementarios, de como el modelo puede operar para asegurar la realización de varios propósitos implícitos; otros son simples enlaces entre el tipo ideal y la realidad concreta de Costa Rica. Pasemos a la consideración detenida de todos estos aspectos.

Ante todo el tipo ideal exige el cumplimiento de ciertos requisitos de orden tributario. El impuesto sobre la renta debe aplicarse a todo ingreso neto, incluyendo intereses de bonos o depósitos, dividendos de sociedades, herencias y legados. Es evidente que una gran proporción de los ingresos de las personas dentro del sistema estarán constituidos por pago de intereses y dividendos, y su exclusión de la tributación daría lugar a tremendas injusticias y desequilibrios. Por lo demás, la presente situación costarricense al respecto, bonos y acciones como productores de renta no gravable, es algo muy peculiar de nuestro sistema que en cualquier esquema sano de reforma tributaria debe desaparecer. ¿Qué diremos entonces de la posible doble imposición, gravar la utilidad de la sociedad y el dividendo del accionista? Sencillamente que no deberá producirse; para ello deberá establecerse que las utilidades distribuidas son equiparables a gasto, y deducibles de la renta. Ello sin perjuicio de establecer un impuesto especial a las sociedades, de carácter no progresivo, como retribución a la comunidad por las ventajas que ofrece el funcionamiento de la unidad empre-

sarial social. Las utilidades no distribuidas, en cambio, deberán ser gravadas progresivamente, como disuasivo de la auto-financiación.

Con respecto a herencias y legados, no deben continuar gravadas con un impuesto especial, distinto del de la renta. El impuesto sucesorio actual es progresivo sobre la masa antes de su repartición; lo cual no es justo ni conveniente, ya que el impuesto no toma en cuenta los otros ingresos de quien recibe los bienes. Lo apropiado es que el impuesto esté en relación con la concentración económica del heredero o legatario, no con la del de cujus. Ahora bien, la institución del diferimiento de ingresos debe tener aplicación también aquí, en el caso de lo adquirido por sucesión: si el adquirente deposita el capital, o lo mantiene en depósito, en el SBN, el ingreso no debe tomarse en cuenta para la tasación del impuesto; en el momento en que el depósito se retire, entonces sí se considerará como parte del ingreso gravable del período. Incidentalmente, cabe reflexionar en el efecto atrayente de capitales nacionales depositados en el extranjero que una medida como esta puede tener: innumerables cuentas confidenciales en Suiza o en los Estados Unidos son mantenidas únicamente como un medio de burlar el impuesto sucesorio, pues dichas cuentas establecen un beneficiario que recoge su derecho al desaparecer el titular, sin juicio de ninguna especie.

Cabe preguntarse en qué condición quedará el gobierno ante la posibilidad de diferimientos de ingresos en gran escala: ¿no se reducirá más allá de lo admisible lo recaudado por el impuesto sobre la renta? A esto contesto: en primer lugar, el hecho de que la inversión quede exenta del impuesto hace que lo gravable sea exclusivamente el consumo. Ello quiere decir que será perfectamente justo subir considerablemente las escalas impositivas superiores, pues ello no desalentará la inversión. Dicho aumento de la tarifa del impuesto deberá ser suficiente para que con lo recaudado se cubran los gastos ordinarios del gobierno no cubiertos con otros ingresos. Para los gastos de capitalización, en cambio, parece procedente que el Estado dependa, además de empréstitos extranjeros, de emisiones de bonos colocadas en el SBN, el gran centro capitalista de la nación; todo ello, dentro del plan nacional de desarrollo, que contemplará integradamente los renglones de inversión pública e inversión privada. En cuanto a los servicios de la deuda, parece adecuado que se cubran mediante un impuesto a las utili-

dades del SBN. En otras palabras, en la medida que el Estado vea reducidos sus ingresos por el establecimiento del régimen de capitalismo bancario, en esa misma medida deberá buscar apoyo financiero en ese mismo régimen: del mismo cuero deben salir las correas.

Otro aspecto complementario importante se refiere al caso de las empresas nuevas y de las inversiones privadas de los pequeños empresarios. Es indudable que en un sistema como el propuesto, en que el capital se centraliza pero la actividad empresarial se mantiene y se estimula, deben darse toda clase de facilidades al empresario pequeño y al que trata de abrir nuevos campos para la producción. Por ello parece necesario establecer un régimen de diferimientos especiales, además del diferimiento general para los depósitos a plazo en el SBN. Uno de estos sería el diferimiento de lo invertido en forma particular en una actividad nueva, que quedaría pendiente de inclusión en los ingresos gravables por todo el tiempo necesario para que la nueva línea productiva se consolide. Otro sería el diferimiento del capital pequeño que da base al surgimiento de un nuevo empresario; en este caso el capital debe quedar diferido por todo el tiempo que esté así invertido y sea propiedad del pequeño empresario. Un régimen de este tipo tenderá a una mayor distribución de la propiedad de los medios de producción, y corresponde a la línea de acción propuesta por los defensores del capitalismo popular.

Cabe aquí mencionar otra corriente de pensamiento socio-económico con la cual el presente esquema tiene amplias posibilidades de relación. Me refiero al sistema de capitalización universal, tal y como ha sido propuesto en Costa Rica por el Lic. Alberto Martén, don José Figueres, y otros. La capitalización universal implica un sistema de ahorro forzoso en favor del trabajador, a base de un aumento de los salarios destinados a la formación de un patrimonio. Uno de los problemas que presenta ese sistema tiene que ver con el momento en que, cumplido cierto plazo, el patrimonio se entrega al trabajador; algunos ven en la posibilidad de derroche del agraciado la debilidad intrínseca de esta idea. Aunque no soy pesimista sobre el juicio que demostraría un trabajador en el manejo de ese dinero, es posible dentro de mi tipo ideal encontrar un freno al posible despilfarro: en efecto, el ahorro del trabajador sería una de las cosas que quedaría diferida para el impuesto sobre la renta. Al vencer el plazo y deberse entregar el patrimonio, el dife-

rimiento cesaría y el trabajador tendría que pagar el impuesto; ello desde luego a menos que el trabajador se acoja a un nuevo diferimiento, que puede ser simplemente el depósito a plazo en el SBN, o bien un diferimiento especial por inversión en una pequeña empresa. Los ahorros del trabajador, entonces, quedarían perfectamente defendidos contra su eventual tendencia al consumo desenfrenado, y habría poderosos incentivos para mantenerlos invertidos; y todo ello sin que el trabajador sienta que se le trata en absoluto distinto que al resto de los miembros de la sociedad, o sea sin intervención indebidamente tutelar del Estado. La institución administradora del fondo patrimonial en formación pertenecería desde luego al SBN, y los depósitos que en ella se hicieran no serían sino un caso particular, con algunas características especiales, del régimen general de depósitos a plazo.

Otra institución financiera que deberá considerarse parte del SBN es la proyectada Corporación Nacional de Inversiones. En un régimen en que se fomentará la actividad empresarial, esta institución reviste la mayor importancia; su función primordial deberá ser la de lanzar al mundo de los negocios al nuevo empresario, o abrir nuevas perspectivas para las empresas existentes. A este efecto, la Corporación ofrecerá acciones de empresas al pequeño ahorrante, especialmente al trabajador que retira su patrimonio, dentro del régimen de diferimientos especiales. Esas acciones las habrá adquirido la Corporación de muy diversas maneras, pero hay una que dentro del modelo estudiado reviste singular importancia. Al establecerse la posibilidad de diferir lo adquirido por sucesión, surge, el problema de cómo depositar en el SBN algo que no es dinero efectivo, por ejemplo una propiedad, o acciones de empresas. La solución más sencilla parece ser que las acciones se cedan al SBN a cambio de depósitos a plazo por el monto del avalúo judicial. El plazo del depósito deberá ser en estos casos todo lo amplio que sea requerido para asegurar la salud financiera del programa. Las acciones así adquiridas serían luego colocadas al través de la Corporación Nacional de Inversiones, dentro del régimen de diferimientos para inversiones privadas de pequeños ahorrantes. De más está decir que para caso de bienes no representados por acciones habría que cambiar un poco la modalidad del recurso; siempre estaría abierta, sin embargo, la posibilidad de constituir una sociedad con los bienes en cuestión, y negociar las acciones.

Digamos finalmente algunas frases sobre el funcionamiento concreto del modelo de capitalismo bancario, dentro de una posible aplicación al caso de Costa Rica. Es evidente que las mejor diseñadas instituciones pueden no trabajar, y no cumplir sus propósitos, si los hombres que las dirigen deciden no utilizarlas, o no utilizarlas al máximo. Muchas instituciones costarricenses, de orden revolucionario, funcionan como organismos insulsos, incoloros e insaboros, o incluso a veces como órganos conservadores y retardatarios. El sistema de banca nacionalizada es quizá el ejemplo de mayor relieve; pero hay otros. En el tipo ideal que hemos elaborado un funcionamiento pleno es también imprescindible para que sus potencialidades den fruto. Debería buscarse, por la adecuada calibración de los mecanismos reguladores, que la proporción entre capital empresarial y capital bancario fuera de un cierto orden. Naturalmente, ello no podría lograrse sino después de una generación, sea de personas, sea de bienes: por sucesión o por depreciación el SBN deberá recoger a la larga todos los recursos en exceso del capital empresarial máximo que se haya establecido.

Otro aspecto en que el sistema tendría que ponerse a funcionar es el de la planificación: si no hay planificación integral, el sistema no tiene ni siquiera sentido. Y planificación implica estudios técnicos de toda índole, armonización de proyectos, estudios de rentabilidad de empresas, metas a largo alcance, a mediano plazo y a la corta. En el esquema, el SBN puede convertirse, con el adecuado asesoramiento y todo el diálogo que exige el sistema democrático, en ese cuarto poder, el poder planificador, que muchas personas consideran está faltando para hacer eficiente nuestra República.

En un sistema bancario como este, no basado en la explotación sino en el estímulo, los tipos de interés deben ser todo lo bajos que la supervivencia del modelo permita; pero los préstamos deben concederse con base en estudios económicos que aseguren que los objetivos de maximización de la utilidad que tiende a cumplir el tipo alto de interés puedan lograrse. Habrá probablemente un factor que tienda a automatizar esta función de maximización utilitaria: si los préstamos son suficientemente bajos, los beneficios tenderán a ser altos de manera general, para todas las actividades. Ello hará que el empresario se acostumbre a altas ganancias y que él mismo se retire de líneas no muy remunerativas, a pesar del bajo tipo de interés. El tipo ideal tenderá a crear una

clase empresarial agresiva e imaginativa. Es un hecho que un gran elemento de conservatismo se introduce en la actitud del empresario que es al mismo tiempo capitalista de su empresa: su principal objetivo es defender el capital, y acumular en concepto de capitalista, más que recoger los premios de la eficiencia y la imaginación creadora empresarial.

Al comienzo de este artículo hablábamos sobre los estímulos al empresario, su existencia o limitación en el tipo ideal. Ahora al plantearnos el tema del funcionamiento efectivo del modelo, vemos que puede haber en el capitalismo bancario una clase de estímulo que no se presenta en el otro régimen más que ocasionalmente, en situaciones de privilegio antisocial. Me refiero a la posibilidad de recibir beneficios usando capital ajeno; es reconocido que muchas veces un empresario es atraído a cierta actividad si para ella cuenta con "dinero barato"; otras consideraciones pueden pasar a segundo plano si el interés de un cuantioso préstamo es bajo y la amortización suave. Todas estas condiciones tenderían a darse en el tipo ideal con pleno funcionamiento. Por otra parte, las dotes de empresario son talentos biológicos y de entrenamiento que se dan más o menos caprichosamente en la sociedad. Un sistema que permite trabajar sin dinero propio es el mejor posible para lograr el pleno aprovechamiento de esos talentos. Todo parece indicar que el capitalismo bancario ofrecería una arena ideal para una actividad empresarial sumamente competitiva, eficiente, dinámica y progresiva.

La calidad de funcionamiento del esquema estaría también dada por el tipo de actitud del SBN ante los malos negocios. Una causa posible del fracaso de una empresa es la capacidad relativa del empresario; aunque sería difícil decir que existe el empresario inepto, salvo casos de irracionalidad manifiesta, es lo cierto que cada empresario tiene un límite de lo que puede administrar con éxito. Responsabilidad del SBN debe ser el desposeer al empresario en proporción a un endeudamiento que corresponda a ampliación del negocio más allá de ese límite. Por lo demás, todo caso de liquidación de deudores debe ser enfocado por el SBN con un criterio eminentemente social: la apropiación resultante debe canalizarse adecuadamente, por medio de la Corporación Nacional de Inversiones, o un Instituto Nacional de Cooperativas, de modo que la nueva propiedad privada que resulte contribuya a la mejor distribución de la riqueza productiva del país.

EL CONCEPTO DE LA EMPRESA COMO PATRONO EN DERECHO LABORAL

Apuntes en torno a un fallo de la Sala de Casación

Lic. OSCAR BEJARANO COTO

1) Introducción. El concepto paternalista del patrono.

El concepto de patrono, en materia de trabajo, es uno de los elementos jurídicos que configuran la relación de trabajo, base indispensable de la aplicación de toda la legislación social; en cuanto a los sujetos de la relación, aparte del patrono, existe el trabajador, concepto éste que se encuentra bien delineado, tanto por la legislación vigente, cuanto por la jurisprudencia. Por el contrario, si investigamos los precedentes jurisdiccionales alrededor del concepto de "patrono" nos encontramos con una no bien definida jurisprudencia, motivado este hecho por la defectuosa nomenclatura que utiliza nuestro legislador al definir el patrono como "toda persona física o jurídica, particular o de derecho público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo", según el artículo 2º del Código de Trabajo, texto éste que es copia literal del numeral 4 de la Ley Federal de Trabajo de la República de Méjico, molde que sirvió de base casi íntegramente a los redactores de nuestro Código.

Este concepto, denominado paternalista por los autores de la materia, reduce mucho el ámbito de aplicación de las relaciones jurídicas inter partes con motivo de la prestación del servicio; en la pequeña empresa, el concepto indicado sí queda bien en cuanto define el patrono casi como la persona que ostenta tal calidad en la cotidiana labor frente al trabajador. Modernamente, el concepto queda estrecho, porque con el gran capitalismo que opera en el mundo de la producción y los negocios, se habla de una "desper-

zonalización" de la empresa, con lo que quiere significarse que no siempre está bien claro quién es el patrono real, confundiéndose a menudo el patrono "aparente" con aquél.

La cuestión es decisiva a los fines de obtener en una controversia jurisdiccionalmente deducida, una condenatoria correcta contra la persona que REALMENTE ostenta la calidad de patrono y que puede hacer frente a la RESPONSABILIDAD ECONOMICA derivada de la sentencia que se dicte en favor de las pretensiones del trabajador.

Cuando nuestra legislación laboral se promulgó, estaba en boga el tratadista Mario de la Cueva, y a su influjo se fue modelando la jurisprudencia nacional, de acuerdo con los comentarios en torno al derecho mejicano del trabajo, que resultaban, en cuanto a nuestro derecho, de aplicación exacta; sin embargo, en los últimos tiempos nuevas corrientes doctrinarias, sembradas por ilustres tratadistas, sobre todo argentinos y españoles, del Derecho de Trabajo, han ido abriendo brechas en los conceptos que ya se tenían como tradicionales en nuestro medio:

Tal es el caso, a no dudarlo, del concepto de "patrono" que emana de la simple lectura de la definición legal que nuestro Código de Trabajo le da; ante el avance de la moderna economía, si siguiéramos teniendo al "patrono" en carácter "paternalista" como lo define nuestra legislación, caeríamos en graves errores e injusticias en la aplicación a los hechos de la legislación social.

Este concepto tradicional ha sido arduamente combatido, entre otros tratadistas de la materia, por el profesor EUGENIO PEREZ BOTIJA, que ha influenciado favorablemente la más reciente jurisprudencia patria, tanto como los estudios jurídicos que han efectuado escritores patrios (vgr. Carro Zúñiga "Los Factores Condicionantes del Jus Variandi" 1964, "El Embargo de salario y despido del empleado bancario" 1968) y por ello tomamos su palabra como buena; este autor dice de él lo siguiente:

"En las primeras leyes laborales y en la terminología político social de hace unos años, venía empleándose el término 'patrono' de acreditada prosapia etimológica y semántica porque señala bien el carácter protector que el dirigente de la empresa debía adoptar frente al obrero"⁽¹⁾.

De suerte que si nos atenemos al concepto puramente semántico, para utilizar la palabra del profesor Pérez Botija, que nos da nuestro Código de Trabajo, caeríamos en la simpleza de reducir el concepto real y moderno del "patrono" como sujeto del derecho de trabajo, y nos impediría analizar casos que estarían comprendidos dentro de su órbita de coacción por defecto de terminología.

II) El concepto de empresa en el derecho de trabajo.

El derecho moderno, en virtud de las relaciones económicas entre las personas que caracterizan la época integracionista que vivimos, de derecho comunitario, pone mucho énfasis en el aspecto económico que se deriva de la relación para definir los conceptos jurídicos; este es, quizás, uno de los aspectos más criticables de la formación de los Mercados Comunes, que se inician en formas económicas que buscan luego contenido jurídico para su consolidación, que no siempre se ajusta a lo que debía ser la regulación, pero es la realidad, y en este caso tenemos que acudir a la Economía para definir un concepto que ha sido tomado por la Ciencia Jurídica prestado, para incorporarlo a diversos derechos.

Preséntase, frecuentemente entre los que trabajamos en materia laboral en los tribunales de justicia, el problema de determinar entre varios sujetos quién es el patrono, a quién demandar, efecto no tanto de evitar las consiguientes dilatorias, sino de obtener una correcta y segura condenatoria contra quien tiene los medios para pagar; ese problema, las más de las veces, dimana de la definición que da nuestro Código de Trabajo del concepto de patrono, como quedó expuesto en el punto anterior. El moderno derecho ha tenido en pocos años que seguir una serie de formas económicas, para poder establecer el contenido jurídico de una serie de relaciones nuevas surgidas de la movilidad del mundo de los negocios; el hombre de negocios, en su afán de lucro, inventa nuevas relaciones que el derecho tiene forzosamente que proteger y regular, en tanto se convierten en un hecho aceptado por la colectividad.

Típico de esta actividad, es el moderno derecho de las Sociedades de capital, de las cuales la más connotada es la Sociedad Anónima; y en el derecho anglosajón, más que en los derechos romanos, las formas que asume la participación de una persona o un

(1) Pérez Botija - Curso de Derecho del Trabajo - 6ª Edición, 1960. Madrid Pág. 45. Nº 29.

capital en el mundo de los negocios, alcanza no raramente la categoría de una nebulosa jurídica. Conocidas son las formas asumidas por ciertas compañías de fondos mutuos al amparo de legislaciones complacientes de Bahamas y Panamá, a cuyo amparo es prácticamente imposible determinar quién es el propietario del capital de la sociedad anónima.

Nuestro derecho había sido, hasta hace pocos años, en esta materia, conservador, en cuanto que el número de Sociedades Anónimas existentes era poco, y el tipo más utilizado era el de las Sociedades Limitadas, también de capital, pero más personales que aquéllas; con el advenimiento de la integración centroamericana, y la grande inyección de capital extranjero que ha sufrido nuestra economía, las sociedades anónimas con acciones al portador, han venido a ser forma corriente de nuestro derecho.

La idea de la EMPRESA para definir la participación en el mundo jurídico del elemento CAPITAL en una relación de derecho, ha venido, así, cobrando fuerza entre los diversos tratadistas de los derechos mercantil y laboral, para definir una serie de situaciones que de otro modo y acudiendo a los conceptos tradicionales no podrían encontrar solución adecuada.

Empresa, según CABANELLAS⁽²⁾, es en sentido económico "unidad de producción o de cambio basada en el capital y que persigue la obtención de un beneficio... Organización de personal, capital y trabajo, con una finalidad lucrativa...", o como dice WIELAND⁽³⁾ "una aportación de fuerzas económicas para la obtención de una ganancia ilimitada", y más jurídicamente, con GARRIGUEZ en Derecho Mercantil⁽⁴⁾ "una unidad orgánica integrada por medios naturales, jurídicos y personales para la consecución de un fin técnico determinado".

En nuestro derecho, el concepto de EMPRESA es particularmente interesante para definir el concepto de patrono en una serie de casos marginales, en que debido a la forma que ha buscado el capital para operar la relación laboral, es difícil precisar quién tiene la responsabilidad derivada de los contratos de trabajo; HERMAN DERSCH⁽⁵⁾, hablando de la idea del llamado "esta-

blecimiento" equiparable a la "empresa" para los fines de este comentario, dice lo siguiente:

"El establecimiento es la unidad organizadora de las fuerzas de trabajo del empresario y de sus posibles colaboradores así como de los otros medios de trabajo (cosas y derechos), que el empresario reúne para la prosecución continua de un fin inmediato de trabajo"⁽⁵⁾.

En resumen, entre el empresario que establece una UNIDAD ECONOMICO-JURIDICA para la consecución de un fin lucrativo determinado, y sus trabajadores, se establece una relación laboral, en la que el concepto del obligado, como patrono frente a las leyes laborales, a cubrir las prestaciones derivadas de la aplicación de las leyes sociales, no siempre está claro, si no acudimos a la definición que la doctrina, según lo brevemente expuesto, nos da del concepto de la "empresa" o "establecimiento".

Es factible que una explotación económica esté integrada en varias formas jurídicas Vgr. una Sociedad Anónima con acciones al portador es la propietaria de la maquinaria, otra sociedad igual es la propietaria de los terrenos y el edificio y una tercera puede ser la que financia la operación de la empresa. Quizás, lo que no es raro, figure una sola de esas tres sociedades en los registros de la Caja Costarricense de Seguro Social pagando las respectivas cuotas obrero-patronales.

Presentado el problema, en la práctica, el trabajador acude frecuentemente a demandar a la persona que le paga su salario, que es el concepto más simple a que se puede acudir para definir el patrono, pero sentenciado este patrono que llamaremos "aparente" resulta que los medios con que se puede hacer efectiva la condenatoria obtenida por la violación reclamada a las leyes laborales y, al contrato de trabajo, están en poder legal (propiedad) de otras personas que no fueron objeto de la litis.

Se establece así el problema de un litis consorcio pasivo que el trabajador en su ignorancia no ha demandado, y que se libra de una condenatoria por cuestión más de forma que de fondo cometéndose una grave injusticia para quien así pierde sus derechos violados, y una burla al ordenamiento jurídico de orden público que constituyen las leyes sociales.

Un caso más simple, ya resuelto anteriormente por nuestros tribunales de trabajo, es aquél en que el trabajador por equívoco

(2) Diccionario de Derecho Usual E-M. Pág. 41 Voz "Empresa Mercantil" Tomo II. Ediciones Santillana.

(3) Cit. por Pérez Botija, Op. Cit. Pág. 48.

(4) Idem.

(5) Kaskel y Dersch. Derecho del Trabajo. De Palma 1961. Pág. 67.

de oficio
en cuanto a la persona que debe demandar como patrono, acciona contra quien no lo es y en el curso del juicio el Tribunal, haciendo uso del impulso de oficio que en materia laboral permite el Código de Trabajo (Artículo 436 y 445) se endereza la demanda contra otra persona que según los documentos, o la propia contestación de la primeramente demandada, debe dirigirse la petitoria, y en sentencia se condena a quien realmente era el patrono⁽⁶⁾.

III) La noción del contrato realidad en cuanto a la definición del patrono.

El concepto de la naturaleza de la relación que liga a patrono y trabajador con ocasión de la prestación del servicio, o contrato de trabajo en la terminología de nuestro Código de Trabajo (Artículo 18), ha sufrido un cambio en la doctrina y jurisprudencia nacional de la materia, en cuanto a que se habla más frecuentemente de "relación de trabajo" que de "contrato de trabajo" para demostrar que a la legislación laboral lo que realmente importa no es tanto la existencia de una figura jurídica tan definida como el acuerdo de voluntades acerca de un punto de interés jurídico que es el CONTRATO (noción civil por naturaleza y origen), como la vinculación de una persona que trabaja bajo la subordinación de otra.

Este concepto en boga entre los tratadistas laborales hace unos años (e introducido en nuestro país merced a la popularidad del autor mejicano Mario de la Cueva), ha sufrido una quiebra en su admisión a priori, como la que tenía al principio, para volverse a admitir la vigencia del concepto de CONTRATO en el nacimiento de la relación laboral; sin embargo, todavía nos sirve para el caso en estudio, cuando se trata de determinar aspectos reales de la prestación del servicio que dentro de un criterio excesivamente riguroso no sería admisible analizar.

De la Cueva, define lo dicho así:

contrato realid.
"El contrato de trabajo, en su acepción de relación de trabajo, es un contrato-realidad pues existe en las condiciones reales de prestación de los servicios, independientemente de lo que se hubiere pactado entre el trabajador y el patrono, con la limitación, que no está por demás hacer,

(6) Infra - Vid. N° 8.

de que esas condiciones no pueden reducir los privilegios que se contienen en la Ley o en los contratos colectivos de trabajo. Es, además, un contrato dinámico en cuanto está sujeto a todos los cambios del derecho de Trabajo"⁽⁷⁾.

Es indudable que en casos de duda de la existencia de un vínculo jurídico-laboral entre las partes, la acepción del contrato de trabajo como "contrato realidad" o de "relación de trabajo" ayuda a dilucidar en qué forma y entre quiénes se desarrolló el vínculo jurídico que se examina; esta noción, unida a la ya desmenuada de EMPRESA, permite al abogado litigante que tiene ante sí un problema de personería jurídica en cuanto al obligado a la prestación que sirve de causa a la demanda, determinar contra quién o quiénes debe dirigir o enderezar su acción.

La realidad es aspecto muy importante en la decisión de los juicios sometidos a conocimientos de los tribunales de la materia laboral, como puede verse, del párrafo de una sentencia del Tribunal Superior de Trabajo que dice:

"No deben pues los jueces ignorar, al resolver los casos sometidos a su decisión, la realidad que los rodea; y cuando olvidándose de ella llegan a conclusiones que aparentan ignorarlas, esas soluciones inevitablemente son ajenas a la verdad, deshumanizadas, pura racionalidad"⁽⁸⁾.

La importancia del desenvolvimiento real de una relación jurídica con características tan propias como la laboral, ha hecho que se admita inclusive una condenatoria en contra de una persona que se hizo ostentar como "patrono" en una oficina de conciliación administrativa, pese a tener solamente carácter de apoderado del propietario del negocio constante en escritura pública aportada al juicio (Sentencia del Tribunal N° 28 de las 10:35 horas del 5 de noviembre de 1965⁽⁹⁾).

IV) La jurisprudencia nacional.

El Tribunal Superior de Trabajo, de quien emana la mayor parte de lo que podemos considerar y tener como jurisprudencia

(7) Mario de la Cueva. Derecho Mejicano del Trabajo. Edición 1966. Tomo I. Pág. 479.

(8) Sentencia N° 2261 de 10:10 horas del 4 de octubre de 1966. Juicio de Xinia Saborío Conejo contra Textilera Bego Ltda. Juzgado III de Trabajo.

(9) Juicio Juzgado III de Trabajo. Juana Calderón Meneses contra Luis Milgram Sheiner.

en materia laboral, más importante que la de otras ramas del derecho precisamente a la movilidad constante de este derecho, en repetidos fallos, ha admitido el cambio de la personería del demandado como patrono, entre aquél que se indicó originalmente en la demanda y el que en curso el juicio surgió como tal, bien de los documentos, bien de una petición expresa del demandante.

Típico de lo anterior es el fallo N° 2365 de 9:20 horas del 18 de octubre de 1966, en que el Tribunal dijo:

"En efecto, el trabajador, ya se ha dicho, repetidas veces, no tiene obligación de conocer las calidades jurídicas de la persona de su patrono, sino que le basta el caso de la identificación de quien se ostenta como director o jefe, pues una cosa es la denominación patronal y otra la identificación de quien desempeña tal carácter; en el presente caso, dada la serie de irregularidades respecto a quien figuraba con la representación patronal, ya que en algunas dependencias aparecía como tal el señor J. W., otras la Sociedad N. L., es lógico y natural que dirigiera la acción contra quien requirió sus servicios que no fue otro sino el señor J."⁽¹⁰⁾

Sin embargo, cuanto el suscrito subtitula este comentario "Apuntes en torno a un fallo de la Sala de Casación" no lo hace en cuanto al concepto de patrono según lo ha entendido la jurisprudencia trascrita, desde el punto de vista de a quién demandar en un juicio de trabajo, sino me refiero a un caso más complejo que el anterior y que radica en la RESPONSABILIDAD ECONOMICA de diversas PERSONAS JURIDICAS, debidamente DIFERENCIADAS e IDENTIFICADAS en un juicio, y que han intervenido en el proceso del recibo de la fuerza de trabajo de un trabajador.

El caso que sirve de tema a este trabajo, se presentó cuando un trabajador laboró en una explotación de la cual formaban parte varias personas jurídicas debidamente inscritas en el Registro Mercantil, con personerías marcadamente diferentes, y que en conjunto aportaban diversos elementos a la explotación común; es de resaltar aquí el caso del trabajador que labora para un consorcio de varias compañías, una de las cuales aporta terrenos, otra concesiones estatales, otra maquinaria, y otra se ostentaba como patrón ante el trabajador, cuando se demanda a todas las compañías y

surge el problema de determinar cuál era el patrono a quien condenar en sentencia.

Fallado el asunto por el Tribunal Superior de Trabajo en el sentido de condenar a la compañía que figuraba como la que pagaba los salarios del trabajador, confirmando así el fallo de primera instancia, se sometió el punto a la Sala de Casación, alegándose en el recurso la doctrina apuntada relativa a la noción de EMPRESA, y en el sentido de que la EXPLOTACION para la cual el trabajador había servido era una sola, con un fin común, para el cual concurrían diversos elementos con aportes varios. Empresa

La sentencia, en lo que interesa a su cita, estableció la doctrina así:

"La conclusión a que se llegó en el anterior considerando, pone de manifiesto que en el caso que se examina, existió una relación laboral entre el actor, que es el trabajador, y una empresa, que es el patrono, constituida jurídicamente por varias compañías, que fueron formándose en el curso de la prestación de los servicios. Ese es el contrato realidad, y la circunstancia de que el patrono, en el sub judice, lo constituya una empresa formada por varias compañías, que es una modalidad en el mundo actual de los negocios en busca del aporte de capital mediante accionistas, no es ajeno al concepto que establece nuestro Código de Trabajo en sus artículos 2 y 18 párrafo final, razón por la que las Compañías demandadas deben responder ante los Tribunales de trabajo por los reclamos planteados..."⁽¹¹⁾

Como puede verse, la noción de EMPRESA es la figura central de la admisión del recurso para condenar a varias compañías que formaban un consorcio para la explotación de un negocio definido.

V) Proyecciones de la jurisprudencia.

Cabe ahora, a modo de epílogo, plantearnos la cuestión de la proyección que la noción de patrono así concebida pueda tener en el futuro del derecho de trabajo en nuestro país.

La primera impresión que se recibe, es la de que nos encontramos con una noción más dinámica y real del concepto de patrono que la que se deriva de la simple lectura del Código de Trabajo;

(10) Juzgado II de Trabajo. Juicio de Elsa María Chaves Sandí contra Norwich Limitada y otros.

(11) Juzgado de Trabajo de Puntarenas. Carlos Wissel Martínez c/ Corporación Cascada S. A. y otros. Casación N° 18, 15 horas del 20 de marzo de 1968.

a esa definición de "patrono" le queda, obviamente, estrecha la referida palabra. ¿Convendría entonces, admitir como cosa definida, que es la idea de la EMPRESA COMERCIAL la que debe servirnos de pauta en casos como el examinado?

El suscrito se inclina por admitir que la teoría que liga la responsabilidad jurídica de la violación al contrato de trabajo a la responsabilidad económica que se derivan de la naturaleza real del "negocio" (en acepción vulgar) para el cual laboró el trabajador que reclama, está plenamente admitida, a través de la idea de la EMPRESA, como la figura central del moderno concepto del patrono en derecho laboral; este punto, coloca a nuestra Sala de Casación, dentro de la línea de pensamiento de los modernos autores de derecho de trabajo, y sirve para dar pautas a casos futuros "de frontera" que puedan presentarse en cuanto a la aplicación de la legislación de trabajo.

Debemos admitir, forzosamente, que en este caso la noción de EMPRESA ha sido hábilmente aplicada, y tenemos que recordar que no todo puede resolverse con base en ella, y que el llamado de los autores de vanguardia del Derecho Mercantil en el sentido de la existencia —fuera del Derecho Mercantil— del llamado DERECHO EMPRESARIAL, es todavía precario, y que tenemos que tomarlo "a beneficio de inventario", pues no se trata de sacrificar derechos que figuran centenarios como ramas del derecho con personalidad propia, en aras de nuevos derechos no consolidados.

Particularmente importante resulta el fallo, en estos momentos, en que debido a la incorporación de nuestro país en el Mercado Común Centroamericano, por el proceso de integración económica que vivimos, las formas jurídicas que adoptan los capitales para contratar en todos los campos, y el laboral no es excepción a la regla en este caso, se adaptan a regímenes hasta ahora o incipientes o desconocidos en nuestras legislaciones patrias; el tipo de sociedad que ha permitido al capitalismo norteamericano su enorme desarrollo, es, hasta ahora, prácticamente de aplicación restrictiva en nuestros medios jurídicos y se basa en bolsas de comercio en que se transmiten millones de dólares en acciones al portador o título de crédito inclusive no admitidos por nuestra legislación comercial. Al respecto, cabe recordar que la única Bolsa de Valores que funciona en el área centroamericana, existe en El Salvador, y países con mayor desarrollo económico y más población que Costa Rica, como Guatemala, todavía carecen de tales entes.

Es tarea importante, casi vital en estos momentos, de nuestra jurisprudencia, avanzar en la interpretación de los textos legales no con mentalidad arcaica y literalidad ya superada, especialmente en aquellas materias que tienen íntima relación con la economía, cuál es el caso del derecho de trabajo, porque no podemos olvidar que el sustento de toda la relación laboral es el capital, de cuyas ganancias salen los salarios y remuneraciones económicas que son las que traen en su mayoría los problemas en discusión en estrados judiciales.

Debemos recordar que la economía ha tomado una peligrosa delantera al derecho, y que si esperamos a que sean las leyes las que regulen la economía, a posteriori como desafortunadamente está ocurriendo, con el engorroso trámite que sufren en nuestro país las leyes, caeremos en un círculo vicioso que nos hará perder, a los abogados, el liderazgo que por derecho propio hemos heredado desde los tiempos de Roma.

Labor, pues, de la jurisprudencia, es dictar fallos que sin violar la mente de la ley, la ajusten a la realidad que se vive y suplan los defectos de la legislación mediante sabios fallos que hagan de la justicia un pilar de la seguridad en las relaciones sociales.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE Y EL MERCADO COMÚN CENTROAMERICANO

Un nuevo marco jurídico

A Víctor Manuel Elizondo, jurista y hombre de bien, con el sincero afecto de su discípulo

Lic. JOSE MIGUEL ALFARO RODRIGUEZ

1º—INTRODUCCION.

Las reformas constitucionales recientemente promulgadas en Costa Rica, en relación a los procesos de la Integración Económica, constituyen un extenso campo de meditación y estudio para el jurista que se ocupa de estos temas.

Pocas veces en la historia del derecho se tiene el privilegio de asistir a la transformación creadora de sistemas e instituciones. Ante tan singular fenómeno nadie puede pretender el dominio absoluto de la materia o la posesión absoluta de la verdad. Sólo cabe entablar el diálogo con actitud humilde y con la sola pretensión de aportar inquietudes.

Es por ello que este primer ensayo no quiere ser otra cosa, y nuestro más ferviente deseo es que alrededor del tema se produzca el fértil diálogo de los juristas que sistematice y ordene el proceso que la vida misma de nuestros países nos brinda hoy como objeto de trabajo.

En el desarrollo intentaremos hacer el planteamiento básico del problema constitucional según se da en distintos procesos de integración, para luego esbozar una explicación preliminar sobre los alcances de la reforma constitucional mencionada.

2º—ANTECEDENTES.

Las comunidades nacionales se han organizado en estados con el fin de procurarse una estructura idónea para la consecución

del bien común. De ahí que el estado tenga un carácter instrumental frente a la comunidad a la cual rige. Es un instrumento para el alcance de las metas de bienestar general que esa comunidad se ha propuesto.

El Estado moderno reafirmó con la visión del "Leviatan" un concepto de estructura de poder de gran envergadura que se manifiesta en una doble dimensión: imperio y dominio en su seno; soberanía frente a los otros estados.

El proceso de afianzamiento de los estados nacionales tuvo como producto lógico y natural el creciente desarrollo de los mencionados atributos: imperio, dominio y soberanía. El fenómeno en Europa, en cuanto a integración de estados nacionales, y el proceso emancipador de las colonias ha dado origen a una enorme proliferación de estados.

Hoy gravita sobre esa constelación de estados un sistema económico en constante crecimiento y transformación que exige espacios mínimos, cada día mayores, para la existencia de economías viables.

Sin la presencia de un espacio económico lo suficientemente amplio para asegurar un mínimo de desarrollo económico-social, se ve cada día más difícil la obtención del bien común, meta y razón de ser del estado.

Esto es especialmente cierto del grupo de estados que, constituyen el mundo sub-desarrollado o en vías de desarrollo.

Como respuesta al problema, algunos grupos de países en vías de desarrollo han decidido utilizar la fórmula de la integración de sus economías. Los procesos de integración que hoy existen abarcan distintos grados y modalidades de integración económica que no es del caso mencionar en el presente trabajo.

Interesa concentrar la atención en el proceso que se conoce como Mercado Común Centroamericano. Los cinco estados decidieron, al iniciarse la década del cincuenta, integrar en forma paulatina sus economías. El proceso se caracterizó, en lo jurídico, por contrataciones clásicas de derecho internacional a escala bilateral que liberalizaron el intercambio comercial por países. Ya para 1958 se utilizó la contratación multilateral al suscribirse el Tratado Multilateral de Libre Comercio e Integración Económica Centroamericana en Tegucigalpa.

Pero no es sino con el Tratado General de Integración Económica Centroamericana suscrito en Managua en 1960, que el

Mercado recibe su instrumento básico de carácter constitucional. El Instrumento es suscrito con "el objeto de reafirmar su propósito de unificar las economías de los cuatro países (Costa Rica se adhirió posteriormente) e impulsar en forma conjunta el desarrollo de Centroamérica a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes".*

Los estados del istmo se propusieron, como metas concretas, el establecimiento de un mercado común y una unión aduanera y para ello convinieron en perfeccionar una zona centroamericana de libre comercio y adoptar un arancel común. Además, fijaron las normas básicas que constituyen el marco jurídico que rige el sistema y crearon los órganos con atribuciones y competencias para conducir el proceso. De ahí que, aun en su simplicidad, el Tratado General tenga indudable carácter de tratado marco o instrumento constituyente.

Si se examina con atención el núcleo normativo contenido en el Tratado General, su posterior desenvolvimiento en instrumentos adicionales y en las resoluciones de sus órganos, destaca claramente la transferencia de competencias soberanas que los Estados han otorgado a los órganos del Tratado General. Vale decir que los Estados han optado por el ejercicio conjunto de facultades soberanas para asegurar la eficacia del proceso de integración y el alcance de su objetivo fundamental: el desarrollo económico acelerado del pueblo centroamericano. *De NUESTROS PUEBLOS*

Esta afirmación se comprueba fácilmente con un somero examen de la producción normativa que el proceso ha generado. Así los incisos b) y c) del artículo VI del Tratado General, establecen casos en que los Estados requieren autorización previa del Consejo Ejecutivo para establecer impuestos de consumo, o se obligan a eliminarlos si así lo ordenare el mismo Consejo, en su caso. El artículo V del Protocolo de San José al Convenio Centroamericano sobre Equiparación de Gravámenes a la Importación de 31 de julio de 1962, faculta al Consejo Ejecutivo para fijar cuotas anuales de importación de leche en polvo que obligan a los gobiernos. La resolución 24 del Consejo Ejecutivo dispone que sus resoluciones entrarán en vigencia en cada país ocho días después de comunicadas a los Gobiernos por la Secretaría Permanente SIECA. Además los Estados Centroamericanos no pueden modificar unilateralmente sus aranceles ni establecer cargas o tributos que incidan

* Preámbulo del Tratado General de Integración Económica Centroamericana.

sobre el libre comercio poniendo en situación de ventaja a sus productos frente a los de los otros países del Mercado Común. Estos ejemplos no son exhaustivos y únicamente tienen como objeto probar la transferencia de facultades soberanas a los órganos comunitarios.

3º—EL PROBLEMA CONSTITUCIONAL.

Este fenómeno de transferencia de competencias soberanas aboca al jurista de inmediato al problema constitucional que aquél plantea.

Las constituciones centroamericanas son de corte tradicional en cuanto obedecen a una concepción más bien absoluta de la soberanía, a excepción de la Constitución Guatemalteca de 1965, que en su artículo 144 establece que:

"El imperio de la ley se extiende a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República, salvo las limitaciones que establezca la Constitución, los tratados internacionales y las normas del Derecho Internacional General aceptadas por Guatemala".

Las demás constituciones establecen claramente el carácter inalienable de la soberanía y la prohibición de delegar funciones. (Artículos 7 y 9 de la Constitución de Costa Rica; 9 y 80 de la de El Salvador; 6 y 183 de la de Honduras; 150 de la de Nicaragua).

Al mismo tiempo las distintas constituciones, a excepción de la costarricense, plasman el ideal de la reconstrucción de la nación Centroamericana. Según la Constitución de Nicaragua "la soberanía y el territorio son indivisibles e inalienables. Sin embargo, podrán celebrarse tratados que tiendan a la unión con una o varias repúblicas de la América Central... (Art. 6)". En la de El Salvador se expresa que "siendo El Salvador una parte de la Nación Centroamericana, está obligado a propiciar la reconstrucción total o parcial de la República de Centro América... (Art. 10)". Según la Constitución de Honduras, ésta "es un Estado disgregado de la República Federal de Centro América. En consecuencia, reconoce como una necesidad primordial volver a la unión con uno o más de los Estados de la Antigua Federación... (Art. 9)". Y conforme a la de Guatemala, ésta, "como parte de la comunidad centroame-

ricana, mantendrá y cultivará relaciones fraternales de cooperación y solidaridad con los demás Estados que formaron la Federación, y fiel al ideal patriótico que la inspiró tomará todas las medidas justas y pacíficas que conduzcan a la realización total o parcial de la Unión de Centroamérica (Art. 12)".

Pese a las disposiciones transcritas, el concepto absoluto de la soberanía que impera en los textos constitucionales, plantean el grave problema de la eventual declaratoria de inconstitucionalidad que pudiese recaer sobre alguno de los instrumentos del Mercado Común con resultados fatales para su propia existencia. Ya el recurso fue intentado en Honduras en 1963 en contra de un instrumento, más bien del campo técnico, que crea la COCESNA o Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea. El recurso fue rechazado de plano y por unanimidad, sin embargo el peligro subsiste en torno a los demás instrumentos y en los otros países.

El problema, por lo demás se ha planteado en otros procesos de integración. En el Mercado Común Europeo, según interesante estudio hecho por el Director General de los Servicios Jurídicos de los Ejecutivos de las Comunidades Europeas, Dr. Michel Gaudet, publicado por el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales en 1967⁽¹⁾, las Constituciones de los Estados podían clasificarse en tres grupos:

- a) Alemania, Francia e Italia cuyas constituciones contenían textos expresos relativos a limitaciones de soberanía.
- b) Luxemburgo y Holanda cuyas constituciones no contenían disposiciones referentes a limitaciones de soberanía al suscribirse el Tratado de París, pero que fueron introducidas antes del Tratado de Roma.
- c) Bélgica, cuya constitución no contenía, ni se le introdujo luego disposición alguna referente a limitación de soberanía.

Esta diversidad de situaciones no fue obstáculo para la sucesiva suscripción, ratificación y vigencia de los instrumentos constitutivos de las tres Comunidades Europeas en las que existe una clara transferencia de competencias soberanas a los órganos comunitarios.

(1) Mesa Redonda sobre el Problema Constitucional IIEJI 1967.

En febrero de 1967 el Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales reunió a un destacado grupo de juristas europeos y del hemisferio con el objeto de estudiar la cuestión constitucional en relación a los procesos de integración.

En esa mesa redonda se deliberó sobre los siguientes aspectos:

"1.—El punto de partida: ¿cuál es el verdadero alcance de las prohibiciones, expresas o implícitas, que contienen las Constituciones en lo referente a la soberanía y a las obligaciones internacionales que puedan contraer los Poderes del Estado?"

2.—¿Es, en principio, inconstitucional un tratado que establezca órganos internacionales capaces de tomar decisiones *erga omnes* que afecten relaciones externas o asuntos internos del Estado?"*

Luego de una amplia deliberación sobre el tema se llegó a las siguientes conclusiones:

"1.—Las disposiciones constitucionales latinoamericanas vigentes que rigen la actuación internacional del Estado no son incompatibles, en materia de principios, con la atribución a organismos internacionales de competencias para tomar decisiones *erga omnes*, en asuntos relacionados con el ordenamiento económico y social comunitario latinoamericano que se contempla.

2.—La atribución de competencias de esa naturaleza a tales organismos en condiciones de igualdad y de reciprocidad, lejos de menoscabar o afectar en modo alguno la soberanía nacional, que todas las Constituciones latinoamericanas proclaman, configura, por sí misma, un acto típicamente soberano, propio del ejercicio coincidente de la soberanía de varios estados para beneficio común de sus pueblos.

3.—Por lo tanto, en materia de principios, no habría incompatibilidad constitucional en la conclusión de un tratado constitutivo del proyectado mercado común latinoamericano, sujeto a la aprobación de los órganos competentes del Estado según lo prescriban sus Constituciones respectivas, mediante el cual se atribuyan a órganos de dicho mercado común competencias de la naturaleza a que se hace referencia".**

Además la Mesa Redonda recomendó "como útil y provechoso, que los Estados incorporen a sus Constituciones disposiciones adicionales que reflejen en su normatividad las realidades presentes y las perspectivas futuras del destino comunitario latinoamericano".***

* Mesa redonda sobre cuestión constitucional. IIEJI 1967, Pág. 2.

** Mesa Redonda sobre cuestión constitucional. IIEJI, 1967. Pág. 25.

*** Op. cit. IIEJI. Pág. 25.

4°—LA CUESTION CONSTITUCIONAL EN COSTA RICA.

La cuestión constitucional en Costa Rica y con relación a su participación en el Mercado Común Centroamericano se plantea con las siguientes notas características:

La Constitución vigente promulgada a fines de 1949 contiene criterios de soberanía de corte absoluto y tradicional. El artículo 7 incluso dispone, antes de la reforma de 1968, que "ninguna autoridad puede celebrar pactos, tratados o convenios que se opongan a la soberanía e independencia de la República. Quien lo haga será juzgado por traición a la Patria". Además contiene disposiciones que prohíben a los poderes delegar funciones que le son propias.

En materia de relaciones internacionales se limita a establecer cuales son los órganos competentes para la suscripción, ratificación y ejecución de los tratados, pero no establece disposición alguna que norme el contenido o alcance de dichas competencias.

Ese silencio constitucional es tanto más significativo si examinamos la actuación internacional de Costa Rica en esos años.

Costa Rica es miembro de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y del Pacto de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro. Los respectivos instrumentos constitutivos estaban vigentes para Costa Rica al promulgarse la Constitución. Luego en los años subsiguientes el país va tejiendo una verdadera red de tratados con las otras Repúblicas del Istmo hasta culminar en el Tratado General de Integración Económica al cual se adhirió el 23 de julio de 1962. En el instrumento correspondiente se expresa que "El Gobierno de la República de Costa Rica Convencido de que la integración económica entre los países centroamericanos constituye el medio más eficaz para impulsar el desarrollo futuro de la región y de cada uno de ellos, y para elevar el bienestar de sus pueblos;" ...

El marco constitucional vigente entonces no fue obstáculo para las actuaciones que dejamos mencionadas.

Consideramos que Costa Rica ha empleado las facultades inherentes a su condición soberana como instrumento eficaz para la mejor consecución del bien común de sus nacionales. Al hacerlo se ha comprometido al "ejercicio coincidente" de esas mismas facultades. Para ello, no creemos necesario e indispensable, que exista norma expresa en la Constitución, pues dicha facultad de ejercicio