

RESERVA DE COSTA RICA
ASOCIACION DE RESERVAS

DIRECTOR:
LIC. EDUARDO ORTIZ ORTIZ

SUMARIO:

Derecho en la Prehistoria	7
Lic. Jorge Enrique Guier Esquivel	
El caso de Chipre en las Naciones Unidas	61
Lic. José Luis Redondo Gómez	
Los Estudios Políticos en la Universidad de Costa Rica	83
Lic. Alfonso Carro Zúñiga	
La prescripción y su renuncia en Derecho Administrativo	97
Lic. Manuel Angel Castro López	
La Autonomía Administrativa Costarricense	121
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz	



ESCRITOS ORIGINALES

DERECHO EN LA PREHISTORIA (1)

JORGE ENRIQUE GUIER
Titular de Historia del Derecho
Facultad de Derecho.

"Nada posee una forma definida, invariable, estática; mediante una metamorfosis súbita, cualquier cosa se puede convertir en cualquier cosa".

Cassirer

"Es un punto de vista absoluto, que debe ser el punto de vista de todos sin ser el punto de vista de nadie en particular... están contenidos en lo absoluto sociomórfico, en cuyo seno encuentran cada uno su verdad y el sentido de su vida".

Gusdorf

Visión global de la Prehistoria

El momento preciso de iniciarse la cultura y las primeras manifestaciones del espíritu que luego han causado todos los movimientos históricos posteriores, no pueden ser aprehendidos por la ciencia ni lo podrán ser nunca, pues el caos original de la naturaleza humana que también oscurece el conocimiento de los cambios corporales, distorsiona los estudios de los primigenios movimientos culturales. Ese paso del hombre casi convertido en un animal sin cultura al hombre propiamente cultural, ha tenido lugar despaçosamente en grandes lapsos, durante los cuales se han ido creando paulatinamente las bases sólidas, espirituales como materiales, en que se asientan todas las convulsiones posteriores.

Estas bases pueden demostrarse, pero se ignora cómo nacieron. Ciertas formas y objetos que se han hallado, por mucho tiempo se han tenido como auténticas representaciones de original trabajo humano, pero han sobrado investigadores que los asimilan a engañosas formas naturales que preterden ser pasadas por obras del hombre. Sólo para los períodos subsiguientes de la cultura se tienen

(1) Primer capítulo de un libro próximo a publicarse sobre historia del derecho. La forma general en la concepción de este capítulo, que hoy se publica como ensayo independiente, se explica al relacionarlo con los que siguen en el mencionado libro, que ahondan en los problemas apenas esbozados aquí.

representaciones seguras del trabajo humano; pero estos ejemplos son en todo caso residuos naturales que iluminan las maneras más primitivas, más oscuras de los primeros intentos de convertir algo natural en otra cosa hecha por el hombre, pero, de otras actividades culturales no se posee ningún testimonio. Sólo los descubrimientos en las épocas más avanzadas del paleolítico, dejan entrever algo muy simple de la vida espiritual o cultural de estos seres humanos, que ocuparon época prehistórica tan lejana. Pero, si se estudian los pueblos primitivos actuales de orden inferior, ya se encuentran en ellos desarrollados ciertos elementos espirituales y materiales de cuyo nacimiento la antigüedad no da ninguna pauta a seguir. Estos pueblos primitivos ya conocen perfectamente una serie de instituciones e invenciones, cuyo nacimiento tiene indudablemente que provenir de aquel lejano, tenebroso y desconocido tiempo originario: el lenguaje y la familia; ciertas ideas morales, jurídicas y religiosas; el uso ya dominado del fuego y los inicios en la técnica de fabricar ciertos instrumentos y armas, primordialmente vasijas y cacharros, y los orígenes de las diversas artes, sobre todo las plásticas.

Las dos divisiones clásicas del paleolítico, en inferior y superior, basadas sobre todo en la apreciación de elementos externos y materiales, aparecen en una amplia visión de conjunto, como una compleja cultura total; constituyen dos inmensas formaciones culturales que no guardan, en realidad, muchos contactos en sus aparentes divisiones. El paleolítico inferior es desmesurado en su pobreza; un poco más ricas son las formaciones culturales del periodo superior, que se inició alrededor del año 200.000 a. C.

Ya concretamente en cuanto a ese gran último período, se puede inferir, pese a las inmensas lagunas en la tradición y en las pruebas arqueológicas, un movimiento histórico más seguro, con comienzos e influencias, auge y expansión, seguido de épocas de sobremadurez y decadencia, hasta la completa extinción de todas las huellas seguras de una posible propagación posterior; es decir, esbozados en estas épocas primitivas, los movimientos de flujo y reflujo históricos, característicos de épocas posteriores. Sin embargo, en esta encrucijada tan antigua de la naturaleza humana, en la época paleolítica (aparte del desconocimiento de los metales), algo hay de común en las dos secciones: el modo de vivir circunscrito únicamente a la pura caza. A partir de este sistema de vida

es que se van deduciendo todas las posteriores manifestaciones de la cultura, tanto en lo material como en el fuero del espíritu. En lo que se ha llamado la etapa de "la recolección de alimentos", este estadio inferior de la pura caza es el momento primitivo, pues es el comienzo de apropiación simple que aparece al inicio de cualquier desarrollo, ya que estas culturas diluviales no han dado todavía el paso hacia la etapa siguiente de la "producción agrícola", que aparecería en una etapa muy posterior. La situación de la mujer en esta época, de tal manera, está determinada por la caza que ejerce el hombre, ya que en esa vida de vagabundear y sin destino fijo que domina al cazador, no hay lugar para que la mujer, en un pie de igualdad, compita con el hombre, y entonces se ve relegada indefectiblemente al hogar, y se consume en una misión que tiene por único objeto el cumplimiento estricto de sencillos deberes corporales dedicados a la cueva donde habitan. Pero el hombre tampoco es libre, sus movimientos se hallan determinados por sus relaciones con el animal, considerado éste como un objeto únicamente dedicado a ser cazado, porque en una "cultura cazadora", la dominación que ejerce el animal sobre los humanos es radicalmente distinta a la que ejercerá luego en la "cultura agrícola", y juega un papel completamente distinto al que le corresponderá como ganado criado en la agricultura. El cazador, cuya vida total depende de que encuentre o no animales para cazar, no tiene un lugar fijo y estable de residencia, sino que ese lugar donde vivir se lo impone el animal con sus vaivenes. Pero el hombre de la época glaciár, tomémoslo como ejemplo, no vive exclusivamente a la intemperie. En realidad, han llegado hasta nuestra época huellas de sus originales refugios, aunque muy escasas, como son los pisos aplanados en hondonadas para cubrirse del viento, en las llamadas "estaciones al aire libre". También las inmensas rocas salientes en forma de techo (loess: abrigo), brindaban buena protección; en el fondo se han encontrado huellas de ocupación por los errabundos cazadores de la edad del hielo. Donde se encontraban cuevas o cavernas pronto las convirtieron en refugios, y en muchas de ellas se notan tantas capas superpuestas de diferentes residuos culturales, que hace suponer contra toda duda, que una misma caverna fue habitada por mucha gente diversa en muchas ocasiones distintas. En algunas de ellas se percibe que se hicieron artificialmente habitables por el recorte de las aristas salientes de las bocas, y en otras, de épocas más avanzadas, ya tienen en los

techos ligeras incisiones geométricas y hasta incipientes dibujos de animales. En pocas de ellas ya hay vasijas planas untadas de grasas animales quemadas, de lo cual se infiere que sirvieron de lámparas, pero, generalmente, la fuente de luz y calor principal en la caverna estuvo constituida por el hogar. El hecho, sin embargo, del uso de teas y antorchas por los hombres que habitaban la época glaciaria, debe ser tenido como un dato cierto y verídico. En estas cavernas se descubren también ciertas representaciones pictóricas rupestres que muchos han querido ver como la copia de tiendas de pieles sostenidas en palos, ya que ambos elementos no faltaban en esta época, pero otros investigadores se inclinan por la idea de que semejantes pinturas lo que contienen son más bien rudimentarias trampas para cazar animales.

La única regla fija para esta época en cuanto a la cacería debe haber sido la destrucción del animal salvaje, ya que para este cometido todos los medios eran válidos, sobre todo si se empleaban contra los grandes animales, pues las armas que poseían eran sin duda bastante insuficientes, y no se emplearían contra animales debilitados por la edad o moribundos, sino llenos de vigor y fuerza. De todos modos, el uso de esas armas primitivas, como piedras y dardos de madera, en la época glaciaria, dirigidas contra los grandes animales salvajes en la caza mayor, exigirían una gran pericia en todas las circunstancias. Del ingenio humano de esta época aplicado a la caza del animal grande, quedan huellas de trampas colocadas en los lugares de abrevadero. Las inmensas cantidades de huesos de caballos acumulados al pie de los acantilados de SOLUTRE, indican otra especie de caza inventada por el hombre: probablemente reunidos en grandes hordas empujaban a los animales al desfiladero y los despeñaban. Hay grandes cantidades de puntas de hueso y arpones que indudablemente servían de mucho en la caza del animal pequeño. Hay ya representaciones en las cuevas rupestres del oriente y del norte de España de animales atravesados por puntas de flecha, viéndose cazadores armados de arcos. Un curioso grabado en hueso nos muestra a un hombre agazapado, que se arrastra sobre el estómago, para acercarse, dardo en mano o con un lazo, a un bisonte que tranquilamente pacé en la pradera. Unica, sin embargo, es la representación de un cazador, que cubierto con la piel de un animal, se acerca a la bestia para así sorprenderla y cazarla.

Esta situación aparente del hombre cazador que vivía en el paleolítico no da una pauta suficiente como para inferir o deducir la constitución de un orden social o político desarrollado. Pero ya ciertas formas estables y fijas aparecen en el orden familiar y social, al contemplar el cuidadoso enterramiento de los muertos, como por ejemplo en la tumba de MENTON, que aparecen cuidadosamente sepultados una mujer y un niño (¿madre e hijo?). La comunidad en los escasos ideales, cuales serían los de la caza mayor de los animales difíciles o más fieros, y la habitación en conjunto en grandes cavernas, preforma ya la idea incipiente de lo que mucho después será la horda y la tribu. Estas dos ideas desarrollaron en el hombre el sentimiento de conjunto social y de asociación, que aparecerán ya más altamente dibujadas en la constitución del clan.

Sólo de Francia ya se conocen mucho más de cien cavernas y refugios rocosos que albergan incisiones y pinturas rupestres. Las últimas más primitivas comienzan siendo nada más que un grupo simple de incisiones sobre la piedra, simples esbozos, y la minoría de las veces resaltados con un poco de color. Como segundo paso en el avance de la técnica aparecen ya las incisiones formando una silueta, que se expande por toda la superficie, primero monocroma, luego policroma. En la última etapa del avance técnico ya adquiere todas las características de un magnífico fresco (AL-TAMIRA). Estos dibujos o pinturas no se encuentran en lugares accesibles de las cuevas, por ejemplo a las entradas de las mismas, sino que aparecen en los nichos y túneles más difíciles de visitar, a veces en chimeneas casi verticales al piso, y sólo es posible verlas con iluminación artificial (por ejemplo, en la cueva de COMBARRELLES se encuentran a 120 metros de la entrada y en NIAUX a 800). En ninguna forma es casual que los primitivos habitantes de esas cavernas pintaran a los animales que únicamente les servían de alimento o sus pieles de abrigo, y no tuvieran ningún reparo en colocarlos con profusión en cuanto lugar había para ello, y que sean muy raras las representaciones de los grandes animales salvajes inútiles para el hombre. Una de las figuraciones simbólicas más antiguas, y de la cual se puede inferir la prohibición islámica de la representación pictórica de una persona, es la que poseyendo o atacando una imagen se puede ejercer cierto influjo secreto y mágico sobre el objeto representado, e irradiar

influjos benéficos o maléficos sobre él mismo. De igual manera, se creía que fijando esas imágenes en las paredes, se podían adquirir tales poderes mágicos sobre esos objetos que influirían sobre él mismo, y si fuera un animal no sólo asegurar, sino aumentar su multiplicación y en muchos casos, una apropiación más fácil, ya que se le podría atraer hacia lugares propicios para la caza. Este mundo de animales pintados aparece en relación inversa a su abundancia en la naturaleza; tantos más animales de una especie se pintan, tantos menos huesos o restos de ellos se encuentran en la caverna, lo que nos hace suponer que las prácticas mágicas sobre ellos se iniciaban justamente cuando comenzaban a emigrar, o lo más grave, cuando la especie empezaba a extinguirse. De aquí inferimos que las tales pinturas rupestres no son entonces crónicas de hechos realmente sucedidos ni satisfacción pura de sentimientos artísticos, sino medios creídos eficaces para la consecución de fines materiales tan importantes como el alimento y el abrigo. Si desarrollamos este pensamiento desembocamos en la idea general de la magia subsumida en la pintura rupestre: la idea de apropiación. Muchas veces, ya en pinturas de épocas más adelantadas, se esbozó una mano cargada de dardos y la silueta del animal herido o muerto por esos dardos arrojados en rápida sucesión, como idea que indica que el animal fue simbólicamente muerto, herido o capturado, lo que implica un avance extraordinario en la magia figurativa y simbólica. En este aspecto la magia debe ser considerada como un extraordinario avance en el desenvolvimiento de la conciencia humana, pues señala ya sin duda una de las más claras expresiones del despertar en el hombre la confianza en sí mismo: no se siente ya a merced de las fuerzas naturales, sino que comienza a desempeñar su papel, convencido de que las fuerzas naturales o sobrenaturales dependen en mucho de sus propios hechos.

La cueva de CRO-MAGNON es el mejor museo de la prehistoria. Si comenzamos a explorarla desde los más pequeños utensilios que contenía, pasando por cerámicas y adornos, llegando hasta sus mismos ocupantes, tendremos una vista clara del modo de vida del hombre en el cuaternario superior. Cerca del esqueleto del fuerte viejo Cro-Magnon aparecen tres esqueletos de hombres jóvenes y el de una mujer, bastante curioso. La suerte de aquélla había sido trágica, porque su cráneo aparece hundido por una fuerte herida producida con un instrumento cortante. A su lado aparecen los

huesos de un niño que no había llegado a nacer. ¿Qué les podía haber sucedido hace treinta mil años? ¿La habría atacado un enemigo, acaso caníbal, e intentado matarla estando embarazada? ¿La habrían cuidado en la cueva el viejo caudillo y sus probables hijos? La herida del cráneo estaba en vías de curación, según se puede notar, pero antes de que hubiese llegado a nacer el hijo, habían sucumbido todos. ¿Algún ataque del enemigo o de las fieras, algún hundimiento de tierras?

Las cuevas adornadas con pinturas se convirtieron pronto en lugares de reunión, probablemente templos, en los cuales se agrupaban hombres jóvenes, cazadores o padres de familia, que esperaban la bendición o aprobación de sus actos por parte del mago, y bajo su guía, realizaban bailes sagrados de apropiación y ritos de iniciación frente a las pinturas de las paredes. A cuatro metros del suelo, en la cueva de TROIS-FRERES, en una chimenea, aparece el retrato del mago. El mago retratado, mitad grabado, mitad pintura, es el más satánico, cruel e imponente de todos los cuadros del pleistoceno: un hombre barbudo bailando una danza ritual. Todo su cuerpo cubierto de pinturas, lleva una máscara de inmensa cornamenta abultada, patas de oso y cola de caballo. Con sus ojos redondos fijos en los del espectador, como una lechuza, los mira atenta y ansiosamente: los hipnotiza con la fijeza de la mirada. Prueba de la danza en las cavernas la tomamos, para citar únicamente un caso, en la cueva de TUC D'AUDOUBERT. Un pasadizo une la cámara exterior a una mucho más lejana, que tiene modelos de arcilla de bisontes machos y hembras, alrededor se ven innumerables huellas de pies humanos en la arcilla, como si mucha gente hubiera estado bailando frente a los modelos. En otra cueva frente a las pinturas mágicas se deduce que los espectadores se sentaban frente a ellas en larga contemplación, porque las huellas de sus nalgas quedaron perfectamente estampadas en la suave arcilla de la caverna.

El neolítico tal vez no sea el más representativo de las épocas culturales de la prehistoria, pero sí podemos estar seguros de que es el más rico en su contenido. Al inicio de estas épocas el hombre no conocía los metales, y era natural que para poder mantenerse vivo en su precaria existencia, echara mano a la piedra y a otras fuentes asequibles; pero sorprende el alto grado de cultura a que llegó, careciendo del conocimiento tan útil de los metales. Aquí,

En esta época fue cuando se crearon las bases primeras y sólidas de toda la civilización siguiente. En este período aparecen los comienzos de la "colonización agrícola" de Europa. A la vida primitiva y errabunda de las tribus paleolíticas cazadoras, que permanecen en los estadios ínfimos de la economía y la organización social, se opone con tenacidad la vida del campesino neolítico, donde se encuentra en su más alto grado de desarrollo. La cacería sólo exige formas simples de asociación voluntaria para llevar a cabo un simple hecho, el de la caza, mientras que las conglomeraciones humanas más estables y agrícolas del neolítico, exigen ya ciertos elementos de organización social, indispensables para poder subsistir pacíficamente en un grupo.

En el neolítico superior no existe solamente la forma primigenia de la economía de apropiación, sino que ya aparece la forma secundaria, y más elevada conceptualmente, de la economía de reproducción, sobre las cuales todavía descansa, en gran parte, nuestra vida material. A la par de la caza, la pesca y la recolección de los frutos silvestres, van apareciendo la cría de los animales y el cultivo de las plantas, primero en escasa medida, pero luego opacando a la caza, la pesca y la recolección, que subsistieron siempre conjuntamente, pero las primeras ya con un carácter de fuentes subsidiarias de alimentos. De este modo, comenzó a establecerse el abismo entre el mundo meramente humano y el mundo típicamente animal. Como consecuencia también de la estabilización en grupos, aparecen las primeras cabañas que se reúnen en sitios especiales bien defendidos para formar aldeas. Ya comienzan a verse las formas ceremoniales complicadas de enterramientos rituales, y en las tumbas, algunas imponentes, hay ya vestigios de decoraciones determinadas por ritos especiales, que varían ya según las regiones. Tales son las características de una nueva época y de una nueva generación.

Una de las principales diferencias entre las culturas del paleolítico y las del neolítico, es el papel que tienen las mujeres, pues ya en esta era participan de lleno en la vida del grupo, participación que les fue negada por los cazadores del paleolítico. La agricultura es una función femenina, que dominan las mujeres, lo que las hace ingresar en la vida económica, con un valor igual al del hombre: son las compañeras que ayudan en la subsistencia. También la cerámica es una tarea femenina. Esta última, por razón

de la materia que la componía, ofrece la mayor cantidad de objetos de las culturas prehistóricas, y es a través de esas vasijas que se pueden inferir técnicas en cuanto a otras producciones del hombre o la mujer prehistóricos. La cerámica es, de manera general, el sustituto e imitación de las vasijas que anteriormente se fabricaban de cuero, de madera o paja, y que acabaron luego construyendo de metal en época posterior.

En el neolítico los objetos disponibles para el conocimiento de las habitaciones y los poblados son muy numerosos; aunque como siempre en la prehistoria, las tumbas son mucho más comunes que las casas, lo que indica la continuidad de la población. La manera en que se construían las tumbas arroja mucha luz sobre la forma de las viviendas, pues siempre aquéllas se consideraban como las moradas de los muertos, por lo que necesariamente tenían que guardar cierta analogía con las de los vivos. Por mucho tiempo se creyó que las viviendas llamadas HIPOGEAS, fosas o chimeneas de forma oval, circular o muy irregular, que aparecían reunidas en grupos eran habitaciones, pero hoy se sigue la teoría, al considerar que el hombre prehistórico era esencialmente práctico, y de que no dejaría tan desigual y escabroso el piso de esas viviendas tan mal iluminadas, que esas fosas eran el resultado de la extracción de arcilla para la construcción de viviendas que se alzarían sobre el suelo. Con frecuencia en el neolítico varias casas se reunían para formar aldeas o granjas colectivas; los materiales que se encuentran dentro de esas construcciones indican claramente si eran lugares destinados a cocinas, habitaciones para dormir o recogerse, o simples talleres.

Cuando al irse acabando la edad de la piedra se fueron abandonando las cuevas pintadas con dramáticas escenas y animales ya casi fantásticos, y los hombres emprendieron grandes travesías y siguieron el impulso de irse convirtiendo en pequeñas comunidades, aldeas, tribus, clanes y estados, se olvidaron los lazos que los unían al mundo lóbrego y subterráneo de las cavernas; ya sólo muy profundamente en la conciencia quedaba un recuerdo leve y temeroso de esos antiguos santuarios, como una admonición y un temor al demonio y a la muerte, a la no perpetuación y una fe incipiente en el culto de los espíritus.

adventicia

El tipo neandertaloide —tomándolo en sus características generales—, es más fuerte y rudo físicamente que cualquier hombre contemporáneo: aunque no es del todo improbable que en su apariencia exterior tenga muchas semejanzas con tipos de hombres contemporáneos. Los NEANDERTALOIDES y los HOMO SAPIENS coexistieron en el tiempo, lo que nos hace suponer que hubo un intenso mestizaje entre ellos. No es difícil entonces imaginar que el tipo europeo actual provenga de estas relaciones de hibridación. Los neandertaloides a veces fueron enterrados en cuevas con ceremonias y rituales propios del homo sapiens, lo que nos confirma el intercambio de ritos, costumbres y ceremonias entre las dos especies de hombre. Pero, por otra parte, se advierten muchos menos cambios en las formas de vida de estos hombres primitivos y en los de los salvajes actuales. Estos, como aquéllos, odiaban el cambio, se aborrecía tanto a los innovadores como a las innovaciones. En un tipo de esta cultura, no había lugar para un gran hombre o un gran innovador, como no se encuentran en los grupos de animales grandes revolucionarios. Estos primigenios grupos humanos, aunque individualmente son seres racionales, eran educados por sus mayores y por el medio, de acuerdo a un modo de vida que sólo cambiaría si cambiaba lo circunvalante. Su vida parece, entonces, cambiar como cambia la vida en los animales, respondiendo al reto del exterior, y sobre todo, a la cambiante fase de la obtención del alimento.

Bajo todos estos fenómenos está “la gran tierra firme de la costumbre”, que es la base sólida de todos los modos de pensamiento y acción, que han sido cristalizados y depurados a través del tiempo, y que proporciona orden y permanencia, aunque se modifique y se interrumpiera la ley. “La costumbre da al grupo la misma estabilidad que la herencia y el instinto dan a la especie, y el hábito al individuo”.

Hay que tener entonces como idea constante, que si la historia es en parte el relato de todas las aventuras, fracasos y logros del hombre, sería apenas comprensible, si nos abstuviéramos de entender que es parte integral suya también la prehistoria y aún la historia simplemente natural del hombre.

Lo que bien podríamos llamar las primeras producciones humanas son los eolitos terciarios que se encuentran en Bélgica y Francia. "Los hallazgos más remotos de tales eolitos proceden, según MORTIZ HEERNES y BEHN, de un terciario relativamente antiguo, el oligoceno medio; otros, de un período terciario centenares de miles de años más reciente, cual es el mioceno superior (centro de Francia)". No se ha podido fijar con claridad todavía si esos eolitos son de indudable producción humana, hechos por el hombre, o meras producciones de la naturaleza, como las piedras pulimentadas que se encuentran en los ríos; se puede sostener, eso sí, que son apariencias falsas de instrumentos, porque como bien dicen los autores citados, "del hecho de que una piedra que la naturaleza ha formado pueda ser utilizada para algún fin útil, no puede deducirse, en modo alguno, que la piedra haya sido empleada para este fin". Sin embargo, el paleolítico inferior da idea de una industria eolítica, que en su prueba permanece incierta.

Ya en los períodos chelense y prechelense la industria humana sí es indudable. Se caracteriza esta industria por el artículo que GABRIEL DE MORTILLET denominó coup-de-poing y que los alemanes conocen como faustkeil. Además, y relacionados por el paleolítico en toda su amplitud de sub-períodos, nos quedan ya utensilios fabricados por el hombre con toda exactitud, como puntas de lanza y de flechas, cuchillos, sierras, martillos, hachas, masas, mangos y asideros de hueso, dientes y cuernos de animales bellamente labrados, algunos con verdadero sentido artístico.

Como hemos expuesto atrás, los hombres del período paleolítico poseyeron viviendas que entonces les permitieron no vivir ya en cuevas o antros, diferenciándose por eso más de los animales; este hecho dio entonces como resultado que se comenzaran a elaborar anzuelos y redes para la caza, se inventó la domesticación de ciertos animales, como el perro, la cabra y la oveja, y con el descubrimiento del telar, se hiló la lana y se aprendió a teñirla de brillantes colores.

Cuando como resultado del avance constante de la cultura humana se llegó a la edad de la piedra pulimentada, se hacen ya adornos para las mujeres de huesos, dientes, piedras bellas y ámbar;

se establece el comercio siguiendo la cuenca de los ríos, el hombre cambia su nomadismo por el sedentarismo, y aparece la cerámica. Estos hombres del paleolítico, entonces, y resumiendo todo lo indicado anteriormente, primero fueron cazadores y pescadores, luego pastores y por fin agricultores. Cuando se localizó en determinado punto, entonces la alfarería se compuso de piezas más complicadas y bellas, incluyendo vasos, tazas, escudillas y cántaros de formas variadísimas. Cuando se anuncian las edades del bronce y del hierro, viene la sustitución de los tiempos prehistóricos por los históricos, salvo, quizá, en América, pues las culturas peruana, azteca y chibcha, fueron completamente neolíticas. En la América el hierro se desconocía hasta la llegada del español; pero se conocían los metales, como el oro, la plata, el cobre, el plomo y el estaño, pero se ignoraba la aleación del bronce; en realidad la metalurgia americana se basaba únicamente en los artículos suntuarios y ceremoniales confeccionados en su mayor parte de oro.

La mentalidad primitiva

Fundándonos en LEVY-BRUHL, podemos decir que las sociedades de un tipo inferior tienen procesos mentales extraños y completamente diferentes a los nuestros. El principio básico de la escuela antropológica inglesa —la identidad del espíritu humano—, le parece al pensador francés un inmenso absurdo, un increíble prejuicio. Los componentes de culturas o sociedades diferentes necesariamente deben poseer un tipo de mentalidad distinta. Todo demuestra, en suma, que la mentalidad primitiva es radicalmente distinta a la mentalidad civilizada, que aquélla no se puede reducir a un común denominador con ésta. Los primitivos perciben los objetos y todas las cosas, en otra forma a como los percibimos nosotros. Las percepciones de los objetos son indiferenciadas, es decir, no se puede establecer una línea divisoria entre el objeto percibido en sí mismo y las emociones que provoca esa percepción. Esas imágenes percibidas se adquieren bajo circunstancias ambientales especiales, que hacen que el objeto tenga una especial validez según el medio que lo rodea, e implican esas imágenes percibidas, que el sujeto desprende algo que le perturba del objeto que ve; dicho objeto, en suma, tiene subsumido en sí influencias maléficas o virtudes de ocultos poderes. Se trata, en dos palabras, de representaciones místicas o simbólicas.

x se meigo o deber

“Además, las relaciones que unen entre sí a las representaciones, también resultan incomprensibles. Los propios objetos pueden ser, a la vez, ellos mismos y algo diferente de ellos mismos. Emiten y reciben fuerzas, virtudes, cualidades, acciones místicas que se dejan sentir fuera de los objetos, sin dejar de estar en donde ellas son. En una palabra, la mentalidad primitiva es impermeable a la experiencia y refractaria al principio de contradicción. Todo ello constituye la singularidad de la concepción de los sueños, los presagios, la adivinación, el parentesco, los grupos, el matrimonio, la venganza, el espíritu, la vida, la muerte, la supervivencia y la reencarnación”.

Existe, pues, una ley que gobierna la base común de estas relaciones místicas, que el hombre primitivo con su mente recoge con frecuencia entre seres y objetos, es la Ley de participación. De acuerdo con esta ley, en las representaciones colectivas de la mente primitiva “los objetos y los fenómenos pueden ser lo que son y algo diverso de lo que son”.

La vida humana se encuentra dividida en múltiples compartimientos que se distinguen entre sí: límites entre el reino vegetal, animal y el humano, que con sus géneros y especies son perfectamente cognoscibles, pero la mentalidad primitiva los ignora y por consiguiente los rechaza. La visión de la vida es sintética y analítica. Nada para el primitivo posee una forma definida o estática; mediante la metamorfosis puede cambiar cualquier forma en otra, ya sensible o imperceptible. Si existe o puede existir algún determinante en cuanto a la vida primitiva sería esta de la metamorfosis. Lo que caracteriza la mente primitiva, pues, no sería tanto su lógica sino su “sentimiento general de la vida”. En modo alguno carece el hombre primitivo de capacidad para captar las diferencias entre las cosas, pues distingue fácilmente sus útiles de trabajo de las producciones naturales, y puede hasta representarlos pictóricamente, pero en su concepción de la vida todas esas aparentes diferencias entre las cosas se hallan teñidas de un sentimiento más fuerte, la absoluta seguridad de que existe una solidaridad fundamental e indeleble de la vida, por encima de la forma múltiple que señalan las cosas en sus estados simples y singulares. No se representan entonces para el hombre primitivo las cosas jerarquizadas, ocupando él la cúspide, sino que se encuentra inmerso, con un mismo

valor, dentro de las cosas, formando un todo armónico con las formas más elementales de la vida y de los objetos inanimados.

Fue durante mucho tiempo axioma fundamental para conocer las culturas primitivas, el creer que la tradición y la costumbre eran obedecidas servil y espontáneamente, gracias a "una pura inercia mental o a un instinto de grupo que todo lo dominaba". Investigaciones contemporáneas han socavado el fundamento de este dogma de automatismo y mecanismo completos. MALINOWSKI, ha venido ha conmovier estas ideas con las investigaciones iniciadas en tribus salvajes recientes, y como él lo indica, el salvaje, o en nuestro caso el hombre primitivo, tiene el mayor respeto por las costumbres y tradiciones de su tribu, pero la imposición de éstas no es lo único en la vida primitiva; hasta en un estadio verdaderamente inferior de la cultura, se encuentran indicios de otra fuerza. "Una vida de mera presión, una vida humana en la cual todas las actividades individuales estarían completamente suprimidas y eliminadas, parece más bien una construcción sociológica o metafísica que una realidad histórica".

Esta nueva fuerza descubierta en las culturas primitivas sería la magia, pues la fe en ella constituye tal vez la primera y más fuerte manifestación "del despertar de la confianza del hombre en sí mismo". Ya el hombre no se siente a merced de las fuerzas naturales, sino que se convierte en un actor en medio de la naturaleza, porque toda práctica mágica se basa en la idea de que los fenómenos naturales dependen en alto grado de los hechos humanos. Tal vemos que el hombre no necesita de la magia en las faenas menores como la artesanía, la recolección de raíces y frutos, sino que la aplica a signos que adquiere bajo una gran tensión espiritual. Lo que en realidad el hombre intenta conseguir por la magia es la concentración de sus esfuerzos, antes dispersos e incoherentes, como en un haz luminoso que se intensifica sobre un punto previo, naciendo así el nuevo sentimiento "de su propio poder, del poder de la voluntad y de su energía".

La costumbre indiferenciada

En el comienzo de las sociedades, toda norma de conducta se presenta corrientemente bajo la manera consuetudinaria. La costumbre se encuentra entonces como la que regula toda la conducta.

Esa costumbre primitiva tiene mil facetas, pues involucra toda clase de preceptos morales, reglas de trato social (decoro, decencia, cortesía, etc.), normas estrictamente jurídicas, recetas culinarias, consejos de higiene y de medicina, etc. El hombre en esa situación primitiva, que puede abarcar no sólo una fase cronológica muy antigua, sino casos contemporáneos que se refieren a situaciones especiales, rige su vida por la repetición de usos que tienen para él significación moral, religiosa, jurídica, técnica moral y de decoro. Pero es cierto que el hombre primitivo no distingue todos estos aspectos: esa costumbre primitiva se presenta como algo previo a la posterior diferenciación, como una norma indiferenciada, que es todo a la vez, religión, derecho, ciencia, moral, etc., y nada de esto "en particular y con plenitud".

Y debemos observar que esa primitiva costumbre indiferenciada, se presenta más que como una norma, más que como la conciencia de una ley inexorable, "como un puro hecho de poder social irresistible". En otras palabras, el hombre primitivo siente la costumbre como algo que debe ser acatado inexorablemente, la cual tiene que obedecer y por la cual transcurre su vida. Al principio esta primitiva costumbre indiferenciada debió de constituir la verdad del grupo, la conducta que todos los componentes de un determinado territorio seguían, adaptándose a ella paulatinamente por un "mero instinto biológico", más que por una reflexión consciente. No sería tampoco extraño que estas gentes primitivas siguieran el carril de esa costumbre por una especie de inercia, que no tendría oposición, y si la hubiera sería muy leve.

Pero sucede que poco a poco se va cambiando este mero hábito de seguir el camino señalado por los antepasados, y cumplido estrictamente por los contemporáneos, por la idea más determinante de que esa costumbre no se puede y no se debe cambiar, de que ya esa costumbre adquiere ciertas características de norma, es decir, no tanto de que ha sido y es, sino que debe ser cumplida inexorablemente. En la primitiva costumbre el ser humano no hace cuestión de su cumplimiento en las formas consuetudinarias, ya que la coacción que recibe del grupo es tan fuerte que no se experimenta; la coacción viene a estar subsumida en el sentir, tanto individual como colectivo. El hombre primitivo ni siquiera se imagina que las cosas puedan ser de otro modo, no piensa que le sea dable rebelarse contra lo que ha sido siempre, más que todo, se

puede sostener que siente que las cosas deben ser hechas de esa manera y no de otra, se trata en definitiva de "una adaptación cuasi animal al ambiente". Acontece que un buen día un hombre se rebela, por circunstancias diversas, contra lo que ha venido siguiéndose ciegamente. La costumbre entonces se somete a resistencia, se pone en juego su valor y como resultado se valora. Y entonces es donde y cuando aparece a los ojos del hombre aquella normatividad de la costumbre, que no había sentido hasta entonces, pues se dibuja en ella la circunstancia de que debe ser así, por imposición del grupo y no de otra manera.

Esta costumbre, pues, que en su nacimiento tiene características de hecho mecánico, de hábito irreflexivo, y que posteriormente adquiere sentido de normatividad, ofrece una faz múltiple, que como atrás se indicó, abarca disposiciones desde la moral y el derecho hasta simples consejos o insinuaciones higiénicas y culinarias. Pero por circunstancias especiales, hay pueblos en los cuales ciertas normas o partes de esta total costumbre indiferenciada, tienen preponderancia sobre las otras; en un conglomerado humano resalta lo jurídico sobre lo religioso y lo moral, en otros lo moral y lo jurídico sobre lo religioso. Así vemos, por ejemplo, que en Roma lo jurídico es primordial. Roma hace derecho de la religión y la moral, convierte en jurídico cuanto toca. En Grecia, esta norma de costumbre indiferenciada tiende a ser moral, con predominio en toda su cultura de lo moral sobre lo jurídico y lo religioso. Entre los germanos, la norma indiferenciada se desliza con mayor intensidad a crear un vínculo de amistad o hermandad, y en los hindúes, con indudable tinte religioso, se venera el comportamiento noble en la vida para conseguir adaptación en la del porvenir. En los símbolos de los pueblos esta costumbre indiferenciada, teñida por las especiales circunstancias, aparece claramente representada: se encuentra el FAS romano, la THEMIS griega, la SITTE germánica y el DHARMA hindú.

A medida que el hombre va haciéndose más y más hombre con el transcurso de los siglos, dándose conciencia de sí mismo y de todas las instancias de la vida, entonces estas normas se van definiendo claramente: lo religioso en cuanto tal, lo moral, lo jurídico, el comportamiento en público, como diferentes categorías saliendo de aquella primitiva costumbre indiferenciada. Ahora bien, no se trata de que todo haya nacido de una manera empírica y casi en forma de instinto, de manera casual, aunque en la realidad

muchas veces así haya sido; cada una de estas partes de ese todo confuso, complementan una parte de normatividad necesaria en la vida humana en sociedad. Cada grupo de normas, pues, constituye y corresponde a un delimitado aspecto de la cultura humana, que cuando se ha presentado de manera global en el hombre primitivo, rudimentariamente pretende normar una parte de la vida o conducta del hombre, pero inmersa en el todo de la costumbre indiferenciada, pretendiendo llenar de manera imperfecta las necesidades humanas.

Podríamos indicar ahora que una de las facultades más determinantes de la conducta del hombre primitivo está compuesta también por la mimesis. —La imitación es un hecho fundamental de la naturaleza humana: “la imitación —nos dice ARISTOTELES—, es connatural al hombre desde la niñez, pues una de sus ventajas sobre los animales inferiores consiste en que es la criatura más mimética del mundo y aprende al principio por imitación”. Mimesis es pues una norma de la conducta social, de la vida en sociedad, lo mismo en las antiguas culturas que en las contemporáneas, pero trabajando en ellas de diversa manera. En las primitivas culturas estáticas, la mimesis se dirige hacia atrás, enfoca a los mayores, a los antepasados, a los muertos, lo que da como resultado un fortalecimiento casi inconcebible de la costumbre, pero en cuanto estas sociedades empiezan a ascender, a cambiar, la facultad de mimesis se dirige no ya tanto hacia el culto al pasado, sino que se fija en las personalidades creativas contemporáneas. La facultad de mimesis es igual, lo que ha cambiado es el objeto de la imitación, ha cambiado la dirección de la mimesis, al cambiarse esta directriz del respeto casi ciego al pasado estático por la admiración a lo nuevo dinámico, es que se inicia el paso hacia la civilización, pues se quiebran las formas rígidas que habían atado al hombre por milenios.

Como se ha apuntado, aunque la diferencia entre las sociedades estáticas y las sociedades dinámicas, se puede atribuir a una diferencia en la naturaleza de individuos especiales que estarían inmersos en esas sociedades, todos los participantes de una sociedad caracterizada como dinámica necesariamente no son de ese tipo, ni siquiera de manera predominante. El tipo humano que hace que una sociedad primitiva se convierta en civilización y que ésta crezca por medio de su empuje, ha sido definido como “persona-

lidad superior", "genio", "gran místico" o "superhombre", pero en cualquier momento en que los encontremos en una sociedad aparecen siempre en minoría, en aplastante minoría. No son más que un ser extraño en una masa inmensa de humanidad común, y esta humanidad común, por regla general, no difiere del tipo humano primitivo que caracteriza las sociedades primitivas estáticas.

El límite, pues, entre los tipos de acción y la gente común en una sociedad dinámica, no coincide, ni por asomo, entre la diferencia entre una sociedad dinámica y una estática. Entre los miembros de una sociedad dinámica y avanzada, la masa común siempre constituye una aplastante mayoría, y esa humanidad vive igual como la de los componentes de una sociedad estática.

El problema aún está en debate: ¿cómo una personalidad dinámica puede romper con sus hechos internos o externos la "corteza del hábito", y así consolidar en triunfo lo que podría ser una derrota al requebrajarse esa corteza del medio social, y atraer hacia ellos a todos los hombres? La solución del problema exige contemplar detenidamente dos puntos: el de algunos hombres que buscan lo nuevo, y el de todos los demás para hacerlo suyo y poder vivir de acuerdo con él. En una sociedad podemos entonces decir que acaba el período de la costumbre indiferenciada normativa, cuando en ella se dan a un tiempo aquellos dos supuestos: una iniciativa y una docilidad. La segunda condición, o sea la docilidad para absorber lo nuevo, es más difícil de encontrar. Es probable que a los primitivos no les faltara un hombre superior, no se puede dejar la exclusividad de ellos únicamente para las sociedades civilizadas históricas, sino que de lo que carecieron fue de la oportunidad para demostrarle al hombre superior que se admiraba su superioridad, que consistiría en la disposición o ánimo de los otros para seguirlo con fe ciega.

Derecho primitivo

Todo lo que atrás se ha dicho nos ha servido para confirmar históricamente lo infundado del llamado estado ante-social, y por supuesto, de la creación de la vida social por medio de la subscripción de un pacto. Hemos esbozado atrás, y adelante se ahondará más en el asunto, que la sociedad en todas partes se halla constituida por la familia, que viene a estar formada por diferentes

aspectos: religioso, formativo, judicial, es decir, la familia se compone de un altar, de una escuela y de un tribunal. Sobre ella van apareciendo luego estadios más complicados de organización social como el clan, la tribu, nómada o sedentaria, cazadora o pescadora, agrícola o pastoril. Se nota claramente que también con la familia, y por lo tanto con el hombre en sí mismo, es que nace el derecho, siendo desde sus albores un producto exclusivamente humano. El derecho, pues, no nace como producto de un pecado, según lo afirman los tradicionalistas, ni a merced de la evolución como lo creen los positivistas. ¿Es la primera fuente del derecho la ley, la costumbre o el juicio? Lo primero es sostenido por las doctrinas teológicas sobre el nacimiento del derecho; la mayoría se inclina por la preponderancia en el tiempo de la costumbre, porque es la fuente de todo en los albores de la cultura, de donde el derecho vendría a ser "antes vivido que conocido", y algunos, también escasos, como SUMMER MAINE, sostiene que el derecho nació por la sentencia de los padres de familia, quienes inspirados por la religión ponen fin a un problema, pero olvidan que se resuelve un proceso por una regla jurídica o religiosa preexistente, que no ha podido ser creada sino por la costumbre.

Llegados a este punto, nos encontramos ante una disyuntiva que hay que dilucidar antes de proseguir: ¿puede darnos la Historia alguna idea de qué es el derecho? o, ¿tendremos que abandonar este seguro camino? Si la Historia es lo que ha hecho el hombre, y el derecho es indudablemente un producto humano, la solución tiene que estar ahí. La Historia, considerándola aquí como historiografía, nos contestaría las múltiples sociedades que han sido y son y las sucesivas peripecias porque han pasado, y nos señalaría tantos derechos, como han sido y son los sistemas jurídicos positivos, junto con los momentos de su más alto desarrollo. ¿Qué necesitan esos múltiples "derechos" para hacerse efectivos por quienes los han creado en las diferentes civilizaciones? Se tiene que concluir, con rápida contemplación de los hechos históricos, que es siempre el elemento más fuerte, en su acepción de libre moralmente, de la organización social el que impone el derecho. Pueden darse muchas formas de imposición: un grupo reducido, o un solo hombre que se impone a una mayoría, o bien una mayoría que impone las normas a una minoría. Es esta facultad que tiene el derecho para hacerse cumplir lo que se ha llamado coercitividad,

y es la que lo distingue de toda otra clase de normas. No se puede imaginar una norma jurídica que no tenga coercitividad o imperatividad; este mandato es el elemento integrante y esencial del derecho, porque el derecho se presenta siempre frente a dos sujetos, uno que lo dicta y otro que lo obedece; se impone un deber lo que constituye precisamente imperar. Es esencial al derecho esa coercitividad, esto es, que en caso de burlarlo es posible "hacerlo valer mediante la fuerza".

Ahora bien, en general el derecho emana de un poder, de una fuerza que lo impone y que lo hace respetar y cumplir, pues no podríamos encontrar obligación jurídica ni derecho, sin una fuerza correlativa que los impusieran o hicieran respetar. Y si esta fuerza es tan esencial al derecho, pues sin ella el derecho sería nulo, sin ningún valor entre los hombres, ¿no será esta fuerza el derecho mismo? Creo que no hay más derecho que el que proviene de la fuerza, no en el sentido aristotélico de violencia, convertida en debilidad, sino de poder hacer algo, tener capacidad de hacer algo en contra o a favor de alguien o de algo, en fin, de libertad moral, puesto que tiene derecho quien tiene esa fuerza-poder; pero esa fuerza-poder no es irrestricta, pues la limita la fuerza que emana de los otros. Ese "orden de coacción" que se equilibra, entonces, es lo que vendría a constituir el derecho: es esencial esa regulación de la fuerza en las relaciones entre los hombres: el derecho "aparece así como una organización de la fuerza". Conforme al desarrollo histórico, y no hay que hacer mucho esfuerzo para verlo claramente, desde las antiguas épocas faraónicas hasta los modernos estados capitalistas, ha sido siempre el derecho la subyugación de un grupo social, y el establecimiento, por el grupo más fuerte, de una organización que le permita dominar y conducir al más débil. Si se entiende por ley, con el Chief Justice HOLMES, la predicción de las circunstancias en las cuales la fuerza será aplicada sobre los hombres a través de las cortes o de la interpretación, notamos la ausencia clara de esas nociones superiores del llamado derecho natural. ¿Cómo se podrían defender las escuelas de derecho racional ante la Historia si esas supuestas normas racionales no son conocidas por el hombre? Si nos retrotrájeramos al comienzo de la humanidad, al momento en que el hombre, por cualquier circunstancia, se dio cuenta de que ya era un hombre y no un animal, a aquel momento en que nació el derecho, ¿pudo aquel hombre darse cuenta de la

existencia de normas abstractas y superiores? No. La propiedad privada, por ejemplo, nació cuando alguien se apropió de algo que no tenía dueño o lo expropió violentamente de un predecesor cuyo título, por supuesto, había sido también una apropiación violenta, y en ese momento, nuestro hombre prehistórico, no pensó en el derecho natural ni en las ventajas que esa apropiación violenta tendría para el liberalismo o para las doctrinas económicas del futuro; igual, o por similar sistema, nació el derecho a ser libre: el primer hombre que fue vejado por su semejante, al sentirse herido sin razón, dio nacimiento al derecho correlativo, y así se puede continuar enumerando el nacimiento de todas las manifestaciones del derecho.

El derecho en esta época primitiva presenta las siguientes características generales: primero, puede decirse que todo él es derecho de familia, porque ésta en aquellos tiempos antiguos lo era todo, predominaba sobre todo el conjunto, como podríamos también sostener que ahora primordialmente lo es el individuo; segundo, que como lo ha dicho FUSTEL DE COULANGES, la religión de esa familia es un punto esencial en la vida y desenvolvimiento de la misma, ya que sin ella no podríamos concebir la unidad de esa familia primitiva; y tercero, que el derecho es sobrio, ceremonioso y sobre todo simbólico, puesto que, como ha sostenido MICHELET, en aquella época del desarrollo jurídico "la mano transmite, la boca confirma, el oído atestigua, el beso sella, el pie toma posesión".

Si atendemos al modo especial de cada una de las instituciones examinadas someramente, encontramos: en relación con el **derecho de personalidad**, que, absorbido el hombre intensamente en la familia, su condición jurídica está determinada primordialmente por el **status**, o sea aquella situación por la cual una persona hace y actúa como ha sido prefijado por circunstancias ajenas a su voluntad, no comprendiéndose en aquella época que el hombre pudiera actuar libremente, primero dentro de la familia y luego en la sociedad, como en el seno de las culturas posteriores, en las cuales adquirió inmensa importancia el contrato; respecto al **derecho de propiedad**, que éste indudablemente nació siendo social, pues tendría gran importancia en que las cosas apropiadas fueran a poder de la célula más grande y fuerte que era la familia y luego el clan o tribu; en lo que hace al **derecho de familia**, que se muestra fuertemente

organizada, de manera impermeable, bajo el poder absoluto y teocrático del padre, que es a su vez un todo: sacerdote, maestro, legislador, etc., de esta incipiente célula social, cuyo continuísmo se basaba en preferir la agnación sobre la cognación, y mantener a la mujer sumisa como productora de elementos que le darían sucesión en el tiempo a esa familia, por eso también nace la institución de la adopción que tiende con eficacia a dar hijos al padre que no los tiene y no al contrario; en relación con el **derecho de obligaciones**, como los contratos tienen poca importancia, ya que los individuos por la situación preponderante de la familia se regían por el sistema de **status**, y como los diversos y pocos contratos que podrían nacer eran casi tratados entre familias, comprendemos entonces fácilmente su carácter excesivamente formulario y solemne; respecto al **derecho penal**, que aparece confundido en sus inicios con el pecado, pues las transgresiones que se presentan en la familia son castigadas por el padre en un doble concepto, como sacerdote y como juez, y de tal manera la pena tendría un carácter netamente expiatorio, con ramificaciones bien marcadas en cuanto al arrepentimiento por el hecho consumado y la promesa de no volverlo a repetir, como juramento sagrado ante los dioses celebrado por medio del padre; respecto del **derecho procesal**, el *pater familiae* es el jefe del grupo, y más tarde de la tribu y que además actúa como único juez, el cual hace que ese derecho consuetudinario se haga valedero y efectivo, pues las sentencias anteriores marcan una pauta a seguir en los nuevos casos; y con relación al **derecho político**, es el padre una reunión de todos los poderes, lo que da lugar a que en un futuro aparezca la monarquía patriarcal, hasta que, cuando crece la tribu sobre la familia, los jefes de las agrupaciones familiares que forman las tribus se lo distribuyen y lo comparten entre ellos, eligiendo, en la mayoría de las veces, un jefe entre los más aptos, con la salvedad, cuando en estos grupos primigenios aparece una clase sacerdotal que se atribuye, o la totalidad del poder, o el poder de interpretar la voluntad de los dioses en cuanto al gobierno, con lo que en conclusión vienen a resultar en los conductores del grupo.

En consecuencia, se puede asegurar que en esta edad primitiva encontramos en embrión los inicios de todas las instituciones jurídicas en forma global, y notamos que el derecho es casi todo derecho de familia; además, que el elemento social o de grupo, prevalece en mucho sobre el elemento individual, al contrario de lo que hoy

acontece en las culturas occidentales; y finalmente, que dadas esas circunstancias, hoy despierta vivo interés el estudio de la juridicidad en estas épocas antiguas, no para buscar en ellas un ideal de derecho puro y primigenio, sino para rastrear el nacimiento de muchas instituciones jurídicas que todavía tienen plena validez. El estudio comparado del derecho en las épocas prehistóricas y las épocas históricas más antiguas, nos permite sentir que el derecho actual positivo no es una mala traducción de ideas jurídicas ultraterrenas, inmutables y perfectas, sino el acomodamiento, que a través de las edades, han ido sufriendo las instituciones jurídicas que ahora nos regulan.

Régimen social *

En Italia las culturas que aparecieron al final del paleolítico se prolongaron desmesuradamente, y como, además, el metal empieza muy rápido su gran papel en la cultura, muchos investigadores, especialmente italianos, sostienen que no ha existido allí una época neolítica pura. Sin embargo, varios grupos culturales de la península y tal vez algunos de las islas, deben catalogarse en la edad de piedra pulimentada. El oeste de la península y las islas próximas a ella, especialmente Cerdeña, recibieron la influencia de la cultura europea-occidental de la llamada "cerámica de zonas", cuyos divulgadores fueron los IBEROS, si bien en esta zona de Europa hay que suponer más que movimientos de poblaciones, simples reflejos culturales. Por ejemplo, la cultura de las cavernas ligúricas se desparrama mucho hacia el oeste y el norte, y en cambio, el grupo del oriente italiano presenta en la apariencia y en los diseños de la cerámica, muchas afinidades con la "cerámica de cintas" de la Europa Central. Y, el grupo meridional, la llamada cultura de STENTINELLO, refleja un gran porcentaje de las culturas orientales del Mediterráneo: Grecia, las Islas y el Egipto. Una cerámica notablemente policroma ha aparecido, casi inexplicablemente, cerca de las minas de sílex del Monte TABUTO en Sicilia.

Expuesto lo anterior, llegamos a la conclusión, casi más bien supuesta, que el régimen social que imperaba en toda la Italia "itálica", era de un tipo patriarcal más acentuado que el que conocieron las culturas que habitaban en torno al EGEO, y que esta organización más patriarcal, haya sido empleada en las ricas tierras

de la Europa Central, a diferencia de las del Egeo que eran más pobres. Por consiguiente, la evolución social de estos lugares se atrasó sobremanera, ya que durante mucho tiempo no pudo existir la vida de ciudad. Los clanes, o grupos de varias familias, casi no tuvieron relaciones entre sí, sino que vivían en pequeños núcleos diseminados alrededor de la llanura latina, subidos en escarpadas rocas de fácil defensa, o al centro de estas llanuras sobre los montes albanos. Pero en el LACIO y la CAMPANIA, y sin duda en muchas otras partes, tenemos noticia de la formación de extensas federaciones de clanes con dos fines primordiales: la defensa común y el culto de los dioses indo-europeos, que estaban estrechamente emparentados con las divinidades griegas.

El neolítico tal vez no sea el más interesante de los períodos prehistóricos, pero sí uno de los más fructíferos en logros culturales. Como es cierto que el hombre al comienzo de su existencia no conocía los metales, es un hecho histórico cierto que tenía que usar de la piedra y otros medios semejantes para conservarse precariamente vivo, pero al mismo tiempo llama la atención el alto grado de desarrollo que en su vida sedentaria llegó, a pesar del desconocimiento absoluto del uso de esos metales. Es en este período, y no en otro, donde se pusieron las primeras bases de la civilización, sobre todo al aparecer los fundamentos de la irradiación de la agricultura en el continente europeo. En la coexistencia de razas humanas que se dio en esta época, también aparece el contraste marcado entre las simples tribus cazadoras del paleolítico, que permanecen en el estadio más bajo de la economía de la organización social, y los grupos del campesinado neolítico, en los grupos donde ha llegado a su forma más alta de desarrollo. Las épocas habitadas por tribus cazadoras, ven las formas de organización social más rudimentarias, y únicamente, ya con el campesinado neolítico sedentario, empiezan a aparecer formas más altas de vida en grupo y organizaciones económicas, por supuesto incipientes, determinadas por el vivir tribal reguladas en establecimientos más o menos unificados.

Ya en el neolítico superior estos grupos conocen no solamente la simple forma económica de apropiación sino además la de reproducción, sobre las cuales todavía se apoya nuestra vida material actual. De esta manera quedó más abierta la profunda escisión entre el mundo animal y el mundo humano, que se acentuó cuando

el hombre fue abandonado poco a poco, pero nunca del todo, la caza, la pesca y la recolección de frutos silvestres, por las formas más avanzadas de la cría de ganado y la agricultura organizada.

Por esta época la cerámica aparece como llevadora de múltiples y complicados sistemas de adorno. Empieza con cierta intensidad la fabricación de objetos de piedra pulimentada, algunos horadados, que exigen no sólo conocimiento del oficio sino mucha paciencia y habilidad manual, aunque estos objetos no se diferencian notablemente de sus correspondientes del paleolítico. Comienzan a aparecer también las cabañas construídas en lugares escogidos por su fácil defensa —la cúspide de altas colinas—, y rodeadas de gruesos troncos como fortificación. Además, se inicia la construcción de complicadas tumbas, algunas de ellas decoradas con belleza, para albergar a los muertos, quienes son depositados en ellas de acuerdo con ritos prefijados de enterramiento, que varían de región a región. Así pues, tenemos los caracteres fundamentales de una época y de una generación distinta.

Entre los animales domésticos en esta época aparece el perro, cuya existencia se comprueba por la multiplicidad de sus representaciones pictóricas en las cuevas siempre acompañando al hombre. Los grupos primeros donde se encuentra este fiel animal, es dentro de los KIOKENMODINGOS del mesolítico, ya incluso dividido en dos razas, el dogo y el perro de turbera; en la época de los palafitos encontramos dos nuevas especies, el perro de Pomerania y una variedad sui generis del lebrél. El buey se nota ya en ANAU I, y se cree con cierta seguridad, que aquí tuvo origen la domesticación de las especies salvajes de este animal.

Es importante conocer cómo estaban organizadas las habitaciones en esta época prehistórica, pues alrededor de ellas, al iniciarse la vida en grupo, es que nació el derecho. Por lo que hace al aspecto físico, hay casas redondas y casas rectangulares. No es aceptable la teoría que asigna las primeras a las razas nórdicas y las segundas a las razas mediterráneas, pues ambas formas de construcción aparecen entremezcladas en las diferentes culturas, y no están condicionadas al pueblo o raza que las ocupó, sino más bien por la técnica empleada en la construcción. En las regiones pobres en madera tuvo que emplearse el barro o la piedra, y es natural que la forma redonda fuera la más fácil, técnica que con

el futuro dio nacimiento a la cúpula y a la bóveda; pero, en las regiones ricas en madera, la forma rectangular es la que predomina. Desde el punto de vista histórico, es mucho más importante observar que todas esas habitaciones eran de un único aposento, y que cuando a esas casas se les agregó el vestíbulo exterior abierto, apareció el tipo de MEGARON, que luego fue el de la casa señorial de la época micénica, que en la antigüedad clásica se convirtió en templo. A menudo en las poblaciones del neolítico, repetimos, varias casas o cabañas se reunían para formar aldeas o granjas colectivas, y el excavamiento del interior de esas casas o chozas indica a qué estaban destinadas primordialmente, sea a taller, almacén o lugar para dormir. El que se conozcan tan pocas aldeas de este lejano tiempo, se debe, fundamentalmente, a que las excavaciones en grandes extensiones son más que imposibles, y sólo han podido llevarse a cabo en casos excepcionales. Para comprobación de su existencia bastan los ejemplos excavados en KÖLN-LINDENTAL y en los diversos palafitos. Algunos poblados fortificados se conocen en la región de MICHELSBERG y en el círculo de la cultura de cintas. También los palafitos pueden considerarse, en amplia proporción, como pueblos fortificados.

Cuando, ya en el tercero y segundo milenios antes de nuestra era, el mediterráneo oriental nos ofrece ejemplos de la primera civilización brillante que conoce la historia —Egipto—, y en la Mesopotamia, Creta y Grecia se alcanzan grados de cultura y civilización que sorprenden, la tierra itálica aún sigue perdida en la oscuridad. Es en ETRURIA, que se encuentra ubicada más o menos en la actual Toscana, donde emerge casi súbitamente, a fines del siglo VIII y a principios del VII huellas indelebles de una poderosa cultura. Aunque todo el proceso de formación de la cultura etrusca necesitó varios siglos para modelarse, a nosotros, con una perspectiva de casi 2.800 años, se nos presenta como que emergió con la espontaneidad de un fenómeno de la naturaleza. A la forma estática de la cultura de los milenios anteriores, sigue un ritmo jadeante, convulso, como si se quisiera recuperar en unas pocas décadas todo el tiempo que otros pueblos de la prehistoria habían conseguido en muchos milenios. Como consecuencia de ese nuevo ritmo de vida, nace un especial culto a los muertos con monumentos que pasman a la mente contemporánea; ese rápido crecimiento de las ciudades comerciales toscanas se convierte en el comienzo de una organi-

zación total de los pueblos etruscos, lacios y umbros, sujetos todavía a una vida bastante primitiva, en un estado confederado, de donde nació por vez primera la idea de que toda la península itálica debía convertirse en un solo imperio (CLES REDEN). Los etruscos durante cinco siglos representaron en el occidente la única sociedad que no es ni únicamente griega ni cartaginesa, e hicieron una triunfal entrada en la historia y con ellos Italia; se nota que con la entrada de los etruscos se ilumina un aspecto parcial de la historia de esa época, que generalmente había quedado oscurecido en sus márgenes, como un viejo cuadro. ¿Qué pueblo fue ese, de dónde procedía, cómo hablaba, cuáles eran sus instituciones principales? Todavía estas preguntas no se han podido contestar. No hay Edipo que se haya enfrentado a la esfinge etrusca.

Observando el régimen social imperante dentro de los etruscos, se notan particularidades que los diferencian radicalmente de griegos y romanos posteriores, y de los primitivos griegos e itálicos: en las inscripciones de los monumentos funerarios no es raro encontrar junto al nombre del difunto, el de su padre y además el de la madre. El lugar preponderante que entre ellos ocupaba la mujer, pues le permitía asistir a banquetes y juegos públicos, —para escándalo de griegos y romanos—, es bastante similar al que mantenía la mujer lidia.

Dentro de todos estos grupos, ya etruscos o bastante anteriores a ellos, hay un personaje que descuella rodeado de un halo de simbolismo y misterio: es el mago. Estos magos ya eran especialistas estando hábilmente entrenados en su tarea, aunque su entrenamiento no les otorgaba la distinción de separarse del grupo en la búsqueda del alimento. Las representaciones pictóricas que ejecutaban en cuevas o templos sobre animales simbólicos o naturales, demuestra que su visión del animal vivo era excelente, y en aquella época esa contemplación tan astuta y detallada del animal, sólo la podía obtener un cazador. En su carácter de magos-sacerdotes deben de haber gozado dentro del grupo de un gran respeto y tal vez de autoridad.

En este estadio de la cultura predominaba ese hechicero, buen conocedor del hombre, los animales y las artes plásticas, y así decoraba las paredes de las cuevas, no tanto para que sirvieran de adorno o blancos para el tiro, sino por razón primordial del culto.

Los pueblos cazadores, entre ellos los indios, negros y siberianos, han observado la costumbre de bailar alrededor del animal cazado, lanzándole flechas y lanzas, para celebrar de esta manera la victoria obtenida. De igual manera estos pueblos primitivos bailarían delante de sus pinturas de animales, para atraer sobre ellos poder y así cazarlos sin gran dificultad. Y no era solamente esto: las representaciones gráficas de mujeres darían amores, las de mujeres embarazadas progenie, las de animales embarazadas traerían suerte en la descendencia de las piezas cobradas en trampas, asegurando así la fecundidad de la especie. En estas cuevas majestuosamente adornadas con pinturas, con una entrada generalmente muy difícil de lograr, los hombres jóvenes, los grupos de cazadores y los padres de familia, bajo la guía del hechicero, realizaban bailes sagrados ante las pinturas simbólicas, para iniciarse en los cultos de la fertilidad, cobrar la presa fácilmente y lograr la fecundidad de la mujer con la cual asegurar el nacimiento de los hijos.

Que el culto y la magia, bajo la dirección del sacerdote tuvieron un papel muy importante en la prehistoria, lo resaltaron los estudios hechos sobre las cuevas de TUC D'AUDOUBERT y TROIS-FRERES en la provincia francesa de ARIEGE. Desde 1876 se habían iniciado las grandes excavaciones en esta sección de Francia, pero no fue sino hasta 1912 y 1914, cuando el Conde de Bégouën descubrió un verdadero laberinto de múltiples galerías subterráneas, templos y recintos, especialmente dedicados a la práctica de la danza mágica. Es imposible imaginar que estos hombres del pleistoceno hayan habitado regularmente estas excavaciones y cuevas naturales, por la dificultad inmensa que presenta su acceso. Todas las rutas subterráneas que conducen a las galerías ceremoniales tienen que haber significado para el hombre primitivo una especie de prueba en cuanto a valor y seguridad. En el fondo, en las oscuras galerías alumbradas por lámparas de aceite o grasa de animales, rodeados de profundas y negras aguas, los grandes hechiceros, acompañados de los suplicantes, practicaban sus ritos mágicos. Fue más pasmoso lo que descubrieron en la última de las galerías, a la cual llegaron con inauditos esfuerzos el Conde de Bégouën y sus hijos: dos esculturas de bisontes que resaltaban sobre la pared, un macho que caía sobre una hembra. Alrededor de esta obra se encontraban una multitud de huellas de hombres jóvenes, adolescentes, que probablemente disfrazados con pieles de bisonte, pasaban el

examen de su madurez, aprendiendo los secretos del apareamiento y la fecundidad.

Estos ritos de iniciación se fueron complicando gradualmente, y así necesitaron de un hombre que comprendiera sus secretos y no dejar, que por ignorancia del ritual, perdieran el resultado que se buscaba; este maestro de ceremonias, fue, pues, el primer sacerdote típico que conoció la humanidad. El calificativo de SHAMAN, que le pusieron los mongoles, ha sido usado por los científicos para designar esta especie de maestro, director y curandero. Un shamán, además, tiene un poder inmenso, pues es capaz de efectuar encantamientos: no sólo conoce las fórmulas para hacer sanar las más extrañas enfermedades y curar las más graves heridas, sino que también con su poder puede influir a distancia sobre una persona para producirle una melancolía que poco a poco, y por tristeza, lo llevará a la muerte sin posibilidad de mejoría. Para producir esta muerte bastaba al mago herir algo que le perteneciera al condenado o maltratar su efigie; escupir sobre el rostro también producía la muerte, y en circunstancias especiales, en la oscuridad de la noche, con sólo señalarlo con el dedo o con un hueso puntiagudo, se podía destruir simbólicamente al señalado. El embrujado no tratará de oponer resistencia al poder del mago, cuando más intentará acudir donde otro, para ver si es posible alejar el maleficio; por regla general se dejará morir irremisiblemente, sumido en una grave melancolía llamada TANATOMANIA, que es una "obsesión de la muerte".

Como hemos esbozado que el mago fue en realidad el líder del grupo, asimismo podemos deducir que los hombres en edad temprana aprendieron a actuar en compañía, cooperando unos con otros, en el logro de los alimentos. Una criatura extremadamente débil y tan miseramente dotada para su defensa natural, era nula en la cacería de las grandes fieras que constituían el punto básico de su dieta. Se supone una rudimentaria organización social en este sentido, pero se carece de datos sobre ella. Más adelante en la prehistoria los musterienses se especializaron en la caza del mamuth, uno de los grandes mamíferos árticos que, junto con el rinoceronte lanudo, una vez cortado en grandes pedazos, llevaban arrastrando a las entradas de las cuevas o habitaciones. Como es lógico suponer, estas grandes bestias no podían ser cazadas, ni por una sola persona ni por un grupo familiar pequeño, sino que necesitaban del aporte

de una organización social más amplia, cuyos componentes cooperaban con indudables fines económicos.

Si se pensaba que la fijación en las paredes por medio de representaciones mágicas de las figuras de los animales susceptibles de caza, aseguraban su apresamiento, y que si las ceremonias que iniciaba el mago eran indispensables para obtener la victoria sobre el gigantesco animal, no es descabellado pensar que el que mandaba el grupo era el propio mago, quien indicaría el lugar apropiado de la caza, apostando a los cazadores en los puntos necesarios e indicandoles, tal como había hecho en la caverna con el animal pintado, los lugares en los cuales las flechas y las lanzas producirían una muerte segura. Se puede concluir entonces sin que sea aventurada la idea, que en estas sociedades primitivas prehistóricas, para todos los asuntos de esa compleja vida mágica, que dependía de tantos factores misteriosos e inaccesibles para el hombre común, representado por el HOMO SAPIENS o el NEANDERTHAL, fue el líder aquel sacerdote-mago, embrión humilde y simple de lo que luego, al transcurrir milenios, serían los grandes conductores de la humanidad.

Relaciones sexuales (¿matrimonio?) *

Las mayores controversias de los tiempos prehistóricos, de acuerdo con GERMAN KLAATSCH, no se presentaban por el usufructo o la propiedad de las tierras, porque las había en abundancia, sino por la apropiación de la mujer. Y todo hombre que en aquella época se tenía en aprecio, procuraba aparentar extremada fuerza y ser gran luchador para así, con mayor facilidad, impresionar a las mujeres.

Es una de las primordiales tareas de la costumbre entre los hombres regular las relaciones sexuales, las cuales, por regla general, son perpetua fuente de discordia, luchas enconadas y además, si no están fuertemente sujetas por prohibiciones o tabúes, pueden ser fuente de degeneración en el grupo. La forma primigenia de esta costumbre ha sido la regulación del matrimonio, que podría definirse en rasgos generales como "la asociación de cónyuges para el cuidado de los hijos". Esta ha sido una de las instituciones humanas que ha pasado por más cambios y experimentos: dentro de ella se conocen casi todas las formas variables, "desde la primitiva crianza

de hijos sin asociación de cónyuges a la moderna asociación de cónyuges sin crianza de hijos”, como expresa WILL DURANT.

No es una institución humana en su invención, los animales ya la poseían con anterioridad al hombre. Existen aves que aparentemente viven en un matrimonio monógamo sin posibilidad de divorcio. Entre los orangutanes y gorilas la asociación dura todo el período de celo y cría, y presenta asombrosos rasgos humanos: la conducta libre de la hembra es castigada duramente por el macho. Los orangutanes, sostiene DE CRESPIGNY, “viven en familias: el macho, la hembra y un hijo”; y el DR. SAVAGE indica que en los gorilas “no es insólito ver a los viejos sentados bajo un árbol regalándose con fruta y afectuosa charla, mientras sus hijos brincan en torno suyo y saltan de rama en rama con ruidoso alborozo”; de tal manera podríamos concluir, sin miedo a la exageración, que el matrimonio, en sí mismo, es mucho más antiguo que el hombre.

Los grupos sociales que no han regulado sobre el matrimonio son bastante raros, pero un diligente investigador puede encontrar muchos ejemplos que muestran con claridad el paso de la promiscuidad libre de los mamíferos inferiores a los primeros pasos de estabilidad con el hombre primitivo. En HAWAI y FUTUNA, inmensa multitud no se casa; los LUPUS se apareaban sin orden y no tenían idea de qué podría ser el matrimonio, lo mismo que ciertas tribus de BORNEO, que se unían pasajera y duramente, durante la época de celo, sin tener idea de ninguna estabilidad; y en la RUSIA primitiva “los hombres usaban de las mujeres sin distinción, de modo que ninguna mujer tenía marido determinado”; los ARUNTA, en cambio, observaban un ceremonial bastante complicado para el matrimonio y aún normas más severas para encontrar un posible parentesco entre los contrayentes, y ejecutaban, ya en la misma celebración del rito, ceremonias mágico-religiosas a veces bastante dolorosas; profesaban una serie de creencias oscuras y difíciles de comprender en relación con los totems, animales, antepasados y espíritus buenos o malos. En realidad, al estudiar todas estas normas matrimoniales, es preferible no generalizar, y tomar todas esas situaciones con cierta cautela, por ser parte de la herencia actual legada por el hombre primitivo. Se ha dicho que los PIGMEOS africanos “carecen de institución matrimonial y siguen sus instintos animales sin restricción alguna”. Esta arcaica “nacionalización de las mujeres”, corresponde hasta cierto punto a las ideas colectivas sobre la tierra y la

producción de alimentos, pero esto desapareció completamente en época tan antigua, que actualmente casi no quedan señales de ella. Sin embargo, algunas reminiscencias podemos encontrar en las ideas de algunos pueblos de que la monogamia envuelve una inmoralidad, ya que supone una especie de "monopolio de una mujer por un hombre", y por eso se conocen ejemplos de fiestas, que se presentaban con regularidad, en las cuales existían períodos de licencia donde se perdían todas las prohibiciones sexuales; hay casos en que la mujer antes de contraer matrimonio debía estar desflorada, ya sea por el primero que la solicitara, como en el templo de MILITA en BABILONIA, o por la madre como entre los INCAS; en la obligación de prestar la esposa al huésped, como en algunos códigos antiguos de hospitalidad; y por último en el *JUS PRIMAE NOCTIS*, derecho de los primitivos señores feudales de desflorar a la esposa en la primera noche antes que el marido, institución que tuvo vigor en las primeras épocas del feudalismo, quizá desprendido de los derechos que tendrían los primitivos jefes germanos de tribu.

En la segunda etapa apareció un sistema de uniones, que aunque esporádicas e incipientes, ya regulaban la primitiva promiscuidad: los ORANG SAKAI de MALACA, por ejemplo, tenían la costumbre de que las muchachas de la tribu permanecieran por un determinado tiempo con cada uno de los hombres de la misma, hasta haber completado el círculo, iniciándolo luego otra vez y así indefinidamente; en los YAKUTAS de SIBERIA, los BOTOCUDOS de AFRICA DEL SUR, y las clases inferiores del TIBET, primordialmente, el matrimonio era cuestión de conveniencia, y podía terminarlo cualquiera de las partes cuando bien lo quisiera, sin dar ninguna explicación a la otra; los BOSQUIMANOS tenían la costumbre de "que cualquier desavenencia bastaba para deshacer una unión, y nuevos enlaces podían hallarse inmediatamente para ambos"; entre los DAMARAS, según cuenta FRANCIS GALTON, "la esposa era cambiada casi semanalmente, y pocas veces supe sin preguntarlo quién era el esposo *pro tempore* de cada dama en un período determinado"; en los BAILAS "las mujeres pasan de uno a otro hombre y por iniciativa propia dejan un marido por otro. Jóvenes que alzaron apenas los veinte años a menudo han tenido ya cuatro o cinco maridos, todos aún vivos". La terminología usada en el HAWAI para indicar matrimonio originalmente significaba probar. No hace apenas un siglo, entre los habitantes de TAHITI, las uniones eran

absolutamente libres y rescindibles a voluntad de cualquiera de los que se unían temporalmente, mientras no se tuvieran hijos; caso de haber nacido un hijo en esta unión se tenían dos posibilidades: los padres podían matar al hijo y deshacer la unión, o educarlo y criarlo iniciándose así una relación más permanente; "el hombre se comprometía a mantener a la mujer en compensación a la carga del cuidado del niño que ella asumía".

MARCO POLO observó que en una aldea del Asia Central, llamada PEYN en el siglo XIII: "si un hombre casado va a cierta distancia de su hogar para una ausencia de veinte días, su mujer tiene el derecho, si quiere usarlo, de tomar otro marido; y los hombres, según el mismo principio, se casan dondequiera que residan".

LETORNEAU sostiene, exponiendo acerca del matrimonio, que "todo posible experimento compatible con la duración de las sociedades salvajes o bárbaras se ha ensayado, o se practica todavía, por varias razas, sin antelación alguna a las ideas morales que prevalecen generalmente en Europa". Además, de esos experimentos en duración del matrimonio, existían los experimentos dedicados a la afinidad matrimonial. En muchos lugares es común ver el "matrimonio colectivo", de acuerdo con el cual un cierto y determinado número de hombres de una tribu, se casaba con cierto y determinado número de mujeres de otra tribu. En el TIBET, fue muy común que determinado número de hermanos se casara con igual número de hermanas, cohabitando todos y practicando entre ellos la comunidad sexual, pues cada uno de los hombres (hermanos entre sí), podían tener relaciones sexuales con las mujeres (hermanas entre sí). JULIO CESAR observó una institución similar entre los británicos. Podemos colegir que rastros de tal costumbre se conservaron en la institución del levirado o levirato, por medio de la cual entre los hebreos, el hermano debía contraer matrimonio con la viuda de su hermano, caso de que éste no hubiera dejado descendencia.

Para concluir, vemos que son bien antiguas las más recientes innovaciones en cuanto al matrimonio y al divorcio.

En el estado prehistórico de la cultura humana, la industria no debe haber ido más largo que sustituir por otras las cosas que el uso u otro accidente destruyeran; y todas deben de haber sido cosas que todos hacían según sus necesidades, sin posibilidad de encargarlas unos a otros. Y como cada uno de todos era capaz de hacer las cosas por sí mismo, sin recurrir ni al arte ni a la ciencia del vecino, entonces no tenían lugar ni el intercambio de productos ni la especialización del trabajo. Esto también se confirma por la disponibilidad absoluta que se tenía de toda la materia prima, que no debía ser acumulada ni almacenada con anterioridad. Esa fabricación de cosas con anterioridad al ser usadas, tendría como consecuencia únicamente el entramamiento de la movilidad, cuando había siempre necesidad casi urgente de abandonar el campamento o mudarse de la cueva. En el núcleo familiar nadie cobra por su trabajo, y en esa época primitiva ni se ahorra ni se acumulaban ganancias, se suponía la no existencia de la propiedad individual, salvo la de un pedazo de piedra convertido en cuchillo o una fuerte quijada preferida; el suelo era tan libre allí como el mar entre nosotros y la hierba era de propiedad común, como los peces antes de ser tomados. De manera que, pues, la previsión y el pago de los servicios se reducía al mínimo y el aliciente para el trabajo, se convertían en una situación casi absurda. "El ganado y los hombres son miembros igualmente de un grupo común, que los griegos, y los naturalistas modernos, llamaban y llaman una SINTROFIA; unos y otros pertenecen igualmente a él, y unos a otros".

Todas las instituciones que hemos visto en los pueblos pastores, son sumamente sencillas, y hemos visto también, que estas sociedades, donde han aparecido, consisten en grupos unidos de parientes que viven como una FAMILIA PATRIARCAL, sin ninguna otra institución anexa que les sirva de gobierno. Esta familia patriarcal primitiva está organizada sencillamente: se compone de un padre, varias madres —cuyo número depende de la capacidad económica del padre—, los hijos y los animales. Los dos últimos grupos son esenciales, pues sin ellos la supervivencia de la especie sería nugatoria y además, se cuida tanto de no tener más hijos de los necesarios, como de no tener más cachorros de los que se pueden mantener. Ejemplos los tenemos en países pobres como la antigua

Grecia y el Chaco del Paraguay, y en países superpoblados como la China moderna.

En esta sociedad patriarcal, aparentemente sin afectos, se encuentran estos mitigados por la necesidad de los hijos, según lo determina la división del trabajo. Niños ya muy pequeños son aptos para el cuidado de los ganados propiedad de la familia. Realmente los hijos son una forma de propiedad muy apreciada y valiosa: "Una herencia y un don que viene del Señor", decían los antiguos hebreos. Si falta alimento para mantener el grupo, se le roba al vecino descuidado, y por otra parte, la mujer y el hombre sin hijos son mirados con horror, como si hubieran sido objeto de un castigo divino.

De igual modo a lo que sucede con los hijos, acontece con las madres. Ellas son económicamente útiles también: traen y crían hijos, con las pieles de los animales hacen tiendas y telas, hilan la lana para los vestidos, y en etapas anteriores son las que se dedican a la cerámica, y son las que en fin, enseñan todas las artes a las nuevas generaciones que se levantan: son las depositarias y dispensadoras de la tradición. Una mujer que sea realmente útil tiene un alto valor, puede comparársele a muchas cabezas de ganado, y fueron frecuentes los tratos de cambiar por mujeres las cabezas de ganado que se tenían en exceso. Si la mujer no resultaba como se había planeado, entonces se la expulsaba para que retorne a su grupo, si acaso es recibida allí. ABRAHAM, por ejemplo, expulsó de su hogar a la esclava AGAR, y ésta "anduvo errante por el desierto de Bersabee" (GENESIS, XXII:14).

Este tipo de sociedad con su organización política reducida a la voluntad de un solo anciano, rodeado de mujeres e hijos, que se concebían como una especie de ganado altamente valioso, fue el único baluarte del hombre durante muchísimos siglos, como un resguardo de la intemperie. Durará este tipo de sociedad muchísimos años, mientras sean iguales las circunstancias exteriores que la rodean, y apenas en ellas ocurre algún ligero cambio, la sociedad patriarcal comienza a cambiar. Presupone la existencia de ciertos "bienes externos", como los llamaba ARISTOTELES, y la carestía, en contrapartida, de otros "bienes": presupone la existencia de animales domésticos que se alimentan de plantas y hierbas que el hombre no puede comer, pero concibe también la no existencia

de animales no domesticados que el hombre pueda cazar, o de ciertos frutos silvestres no susceptibles de apropiación. Estos supuestos pueden explicar entonces el rígido sistema patriarcal que domina tanto a hombres como mujeres, y que señala una forma de propiedad que durará durante muchísimos siglos.

La quiebra de este sistema comienza a hacer su aparición cuando un hombre y una mujer pueden encontrar su medio de subsistencia, sin tener que recurrir al ganado del padre. Cuando en el bosque este hombre y su mujer pueden cazar y alimentarse con las presas y recoger los frutos de los árboles, entonces se independizan del férreo dominio del *pater familiae*, y fundan un nuevo grupo social. Este poderse liberar pronto de la autoridad familiar patriarcal es beneficioso para ambos, pues ya las inmensas cantidades de niños de una familia patriarcal no son tan grandes, pudiendo educarse mejor y alimentarse en pequeños grupos.

Hemos indicado que la industria del neolítico, punto inmediatamente anterior al nacimiento de la propiedad, era una industria familiar que corría parejas con la familia patriarcal. Por esa razón, el cúmulo de tradiciones en la artesanía revisten un carácter más colectivo que individual, porque a ellas contribuyen la experiencia y los descubrimientos de todo el grupo. En algunas poblaciones modernas primitivas del AFRICA, todas las mujeres se juntan para hacer y coser sus cacharros, y trabajan unidas, conversando y ayudándose mutuamente en sus labores. La forma de trabajo, pues, es pública, y reciben las reglas que nacen de la experiencia común. Tal es la razón que en las poblaciones neolíticas, todas las vasijas de un grupo tienen una intensa monotonía. Tienen en sí el sello de una fuerte tradición colectiva, más que los rasgos revolucionarios de una fuerte personalidad, aunque, no obstante, en comunidades o células sociales "neolíticas" contemporáneas, se reconocen ciertos derechos de propiedad a algunas familias sobre la invención de algún nuevo modelo, algún rito o técnica.

Todas estas deducciones que se han hecho sobre la propiedad y la familia patriarcal neolítica, inferidas de algunas ideas económicas, no tienen forzosamente que corresponder a la realidad que fue: no podríamos inferir el sistema constitucional inglés ni el protestantismo, de las teorías económicas del siglo XIX. Tampoco es posible sostener que las observaciones que se hayan llevado a

cabo en algunos sitios antiguos, sean necesarias para toda la humanidad. Tampoco la observación de las tribus salvajes actuales, en cuanto a sus sistemas rudimentarios de propiedad comunal, nos pueden dar una idea que sea cierta con grupos humanos que estaban en un nivel semejante hace 6000 años. Todas estas teorías, sistemas e instituciones, por supuesto, tienden a quedarse atrás con la realidad, pues, no ha existido por regla general, una "civilización neolítica" con caracteres concretos y específicos, de principios generales, sino una época habitada por diferentes grupos, más dispersos que unidos, con ciertas características generales muy diluidas y cambiantes de grupo a grupo.

Organización política

El intenso trabajo de preparar los bosques para la siembra, canalizar los pantanos y los ríos y la defensa del poblado contra inundaciones y bestias salvajes, tiene que haber sido necesariamente una tarea más colectiva que individual. Si a esto añadimos que por la comprobación de las poblaciones neolíticas, tanto en el oeste de Europa como en el Egipto, las casas se reunían formando grupos que tienen un cierto orden y no desperdigadas siguiendo la voluntad irrestricta del dueño, debemos suponer que existía una autoridad superior que organizaba, controlaba y unificaba todas esas fuerzas antes dispersas. Por supuesto, cuál haya sido la forma exacta de funcionar esta primigenia organización social no se sabrá nunca con exactitud, pero sí estamos en aptitud de formular algunas suposiciones generales.

Indudablemente todas estas actividades que exigían el concurso unificado de un grupo, encontrarían reflejo en las instituciones sociales y políticas de esa época. También se puede afirmar con cierta seguridad, que esas instituciones incipientes se consolidarían a través de un complicado ritual mágico-religioso, aceptado por todos los componentes del grupo, lo que para usar un término marxista sería conocido como una mística. Todas esas nuevas fuerzas naturales que el hombre ya había controlado por su esfuerzo en conjunto, coordinado y colectivo, influirían notablemente en sus propias creencias y en su religión, y por eso también, deben haber ido modificando y perfeccionando paulatinamente sus instituciones políticas y de organización, aunque la forma en que este

proceso gradual ascendente de perfeccionamiento se iba presentando, por influjo de la magia-religiosa, nos sea desconocido.

Pero todas esas relaciones religiosas, políticas, y los conceptos morales y jurídicos, no pueden ser usados, tal como se aprovecha el investigador de los bienes materiales encontrados, para obtener una representación segura de las relaciones prehistóricas. El poco aprecio en que se tenía a la vida, y la debilidad económica de esos grupos, los obligaba en la etapa de los primitivos cazadores, más bien a disgregarse en pequeñas hordas nómadas, que a unirse en grandes grupos. Por tanto, en esta etapa de la vida humana, estos grupos se mantenían lo más alejados unos de otros, sin mantener casi entre ellos relaciones de comercio. La división del trabajo, tan necesaria para el comienzo de la civilización, casi ni se presentaba, salvo las naturales que existen entre hombre y mujer. No había ni nobles ni esclavos, ni grandes ni pequeños, pues no había tareas específicas que motivaran esa diferenciación. El cacicazgo entre estas tribus primitivas cazadoras no se había desarrollado por completo. Los jefes que pudieran elegirse en cada grupo serían conductores para una empresa difícil, para una guerra, para mover una gran piedra, pero, una vez llevada a cabo la tarea, volvían a caer en la condición que mantenían antes. Más adelante, y podemos sacar la conclusión de la observación de algunas tribus primitivas australianas, los ancianos, por su experiencia, sí mantenían una posición especial de respeto.

Ya entre los cazadores superiores el terreno dedicado a la caza sigue siendo propiedad del grupo, pero ahora este grupo sí es mucho mayor. La insignificante horda anterior, antes tan independiente, es ahora ya una comunidad de vecinos que se reunían en su aldea invernal, que a su vez era parte de una asociación mayor de aldeas. En esta asociación de aldeas, especie de unión defensiva, aparecen los jefes especializados para la paz y la guerra, una nobleza compuesta de hombres ricos, una clase media dedicada a los trabajos manuales, y el grupo sempiterno de los que no tienen ninguna propiedad. La diferencia en la riqueza es la que determina, entonces, la posición social. El jefe de la paz y sus nobles estarían formados por el grupo económicamente más poderoso, no por el más fuerte o más valiente. En cambio, el jefe de la guerra sí sería el caudillo experimentado y valiente en las lides militares, que por su sabiduría se pondría al frente del grupo.

Ya al entrar en la forma de vida puramente agraria, sedentaria, se desembocó en una nueva organización de la comunidad, al nacer el concepto de pueblo. Ese antiguo estado tribal que se supone para los antiguos indo-germanos, todavía conserva sus rasgos generales en el PRINCIPADO DE MONTENEGRO: una forma de monarquía patriarcal popular.

Esto lo corroboramos por los hallazgos arqueológicos que se encontraron en CHINA, poco antes del estallido de la segunda guerra mundial. Esos setenta sitios localizados, estaban formados por terrenos que tienen más de setecientos cincuenta mil pies cuadrados y se encontraban rodeados de altas murallas defensivas de tierra apisonada. Las habitaciones, cuya parte mayor era subterránea, eran circulares y se encontraban girando, sobre un piso de tierra dura apisonada, alrededor del hogar. Los habitantes de estos conglomerados amurallados eran primordialmente agricultores y se dedicaban también a la cría de animales como el cerdo, el caballo y las ovejas, aunque también esporádicamente cazaban y pescaban. Debe de haber existido necesariamente alguna forma de gobierno, porque el orden y la armonía debían de haberse mantenido dentro del grupo por alguna ley, pero positivamente no se sabe nada seguro. Los escribas que compusieron en delicados versos la historia tradicional de CHINA, en el primer milenio antes de nuestra era, denominaban esa época como la de los HSIA, primer dinastía gobernante de la China. Pero durante esa época anterior a la primera dinastía, los antiguos historiadores chinos la denominaron, en un lapso de quinientos años, como el período en que muchos príncipes independientes gobernaban ciudades-estados independientes, que se localizaron en un punto llamado SHANI, cerca de la última gran vuelta del RIO AMARILLO.

Las hordas de cazadores, como se indicó atrás, se constituían para cazar los animales grandes y a los que vivían en rebaños, eran simples uniones de hombres para conseguir con mayor facilidad un fin inmediato, y se mantenían unidas únicamente por el interés en aprovechar, para beneficio de todos, las habilidades de cada uno. El sistema era cruel para los débiles y los ancianos, pues el jefe generalmente era el más fuerte, el fuerte que menos escrúpulos tenía en dominar momentáneamente al grupo.

La guerra

Si investigamos los hechos del hombre desde sus albores, hay uno que resalta con pasmosa diafanidad. Siempre el ser humano ha aplicado todo su intelecto y su habilidad en crear armas cada vez de mayor alcance, hasta que en los tiempos actuales ha encontrado unas que con su lanzamiento pone en peligro a la tierra entera.

Pero, en la época prehistórica, el descubrimiento del garrote debe de haberle dado una gran sensación de superioridad; con el uso de ese instrumento sencillo y maravilloso, debe de haberse sentido lleno de orgullo. Aumentaba extraordinariamente la longitud de su brazo, y con esa acción se convertía ya en señor el común primate. Más adelante descubre que el lanzamiento a distancia y con fuerza de un hueso puntiagudo puede atravesar y matar fácilmente un animal. Como consecuencia, podemos suponer que en la prehistoria, las primeras guerras no fueran luchas organizadas entre grupos humanos, sino sencillas peleas entre hombres que se disputaban un animal muerto o las frutas de algún árbol especial. Ya con el desarrollo de la civilización las guerras fueron haciéndose más y más grandes, amenazaban a muchas gentes, hasta que lograron interesar, en épocas muy recientes, a la humanidad entera.

Tráfico mercantil

Se puede sostener con MYRES que "todos los grandes ríos habitados en sus orillas por el hombre, sirven de guía a una corriente comercial aguas arriba y aguas abajo". La actividad comercial, ya en temprana época como en el paleolítico, ha iniciado su función de propagadora de cultura. Adquirió su verdadero auge en el neolítico, con la conversión de casi toda la humanidad en grupos sedentarios, y al subdividirse la cultura en círculos más definidos. Ya desde aquí se empiezan a ver los primeros vestigios de lo que luego conoceríamos por moda. Muchos encuentros de objetos parecen fuera de lugar en los sitios en que se hallan, y demuestran más que un proceso étnico de cambio de pueblos, uno eminentemente cultural de contacto o relación comercial. Los objetos susceptibles de comercio en esta época eran muy limitados, pues generalmente en todas partes se encontraban las materias primas necesarias para la elaboración de armas y cuchillos. Lo que sí fue objeto de activo

comercio fueron las piedras semi-preciosas de bellas coloraciones como la nefrita, la jadeíta, la cloromelanita, etc. Los llamados tesoros, o grupos grandes de enterramientos de cuchillos y bellas piedras del neolítico, más que ofrendas religiosas o de culto, son los escondrijos que tendría el mercader neolítico en la ruta seguida en su comercio ambulante. El maravilloso pedernal amarillo color de miel del norte de Francia y de Bélgica, fue de activo comercio. Las explotaciones mineras de sílex, inclusive en amplias galerías excavadas en Inglaterra, Portugal, Sicilia y Noruega, parecen indicar que no eran para satisfacer las necesidades locales sino para llenar una demanda más amplia. La concha del SPONDYLUS, originaria del Mediterráneo, se ha encontrado muy adentro de Francia, donde en la época de la cerámica de cintas y sus ramificaciones, se usó como adorno. Se transportaba en estado natural, en el lugar en que se usaría se grababa y se han encontrado juntas piedras grabadas y sin grabar. Uno de los productos más deseados como adorno, el ámbar, se importaba de lugares tan lejanos como la región Norte del Mar Báltico y las costas del Mar del Norte, de donde ha desaparecido en la actualidad debido a los maremotos que hicieron pedazos esas costas.

Para transportar en las aguas las gentes se valían de canoas a veces deliciosamente decoradas. Ayudados por la filología comparada se puede deducir que existía el carro para ayudar al transporte, pero hallazgos originales no han sido todavía localizados. Ruedas si han sido descubiertas, pero se desconoce su aplicación al supuesto vehículo; por análisis de polen se ha demostrado que ya en el neolítico existían los medios de transporte básicos de la región extrema septentrional: el esquí y el trineo. En el inmenso pantano de FEDERSEE, cerca de WURTEMBERG, se encuentra un gran camino de inmensos troncos acostados en el suelo: la carretera más antigua que conoce la humanidad.

Otro ejemplo típico de comercio prehistórico en otra región serían las caravanas de nómadas en la Arabia. Guerrillas esporádicas proporcionaban cautivos y botín, que se cambiarían en lugares más estables por productos alimenticios, leche y queso, y por pieles, armas y medicinas. Originalmente este tráfico debe de haber sido muy esporádico, una piedra adquirida en un lado, debió de convertirse en algo misterioso y bello en otro lugar. Con el transcurso del tiempo todas estas actividades comerciales se van haciendo más

habituales y en los lugares de reposo de las rutas, comienzan a aparecer lugares de estadía. Las mujeres, los niños y el ganado ya no van con los hombres en los viajes a través del desierto, porque descubrieron que en la rapidez de movilidad residía la seguridad y la economía. DAMASCO y BOKHARA se convierten en ciudades, en puertos del desierto, que son dominadas tarde o temprano por uno u otro grupo. Ya se ha encontrado una ruta de esta especie también entre el MAR ROJO y el NILO prehistóricos.

—oOo—

“La economía es en estos grupos humanos enteramente autosuficiente”. “La simple comunidad productora de alimentos no depende, para ninguna de sus necesidades vitales, del trueque o del intercambio con otro grupo. Produce y recoge todo el alimento que necesita. Tiene a su disposición, en su inmediata vecindad, las materias primas que requiere para su simple equipo. Sus miembros integrantes o familias fabrican las herramientas, utensilios y armas que necesita”.

Sin embargo, esta “autosuficiencia económica”, no es determinante de aislamiento. Las pequeñas variaciones que se encuentran en estas comunidades para la obtención de los alimentos, el practicar diversas actividades dirigidas a ese fin, por diferentes grupos sociales, hace obligatorio que muchas comunidades entren en contactos culturales. Al cambiar con las estaciones los lugares de apacentar los ganados, hace que varios pueblos entren en contacto con otros. Cuando se inauguran cacerías en los desiertos, grupos de un oasis pueden unirse, con ese fin, con elementos de otro oasis. Así el aislamiento de cada comunidad tiende cada vez a irse rompiendo más y más, y lejos de constituirse el neolítico en una serie de grupos desperdigados sin unión, es preferible considerarlo como “una cadena continua de comunidades”, pues cada una de ellas “estaba enlazada a todos sus vecinos por contactos recurrentes, así fueran poco frecuentes e irregulares”.

Esta descripción de la economía productora de alimentos se hace en abstracto, y se lleva a cabo por una selección de supuestos, basados primordialmente en la observación de los monumentos arqueológicos y en la contemplación de las “tribus salvajes” contemporáneas. La forma de esta economía tal vez no se llevara a

cabo en esta forma tan concreta, ya que la arqueología lo único que nos puede mostrar es indicios de esa economía, como un progreso hacia la civilización moderna. La arqueología, pues, muestra apenas notas separadas de lo que podría haber sido una completa sinfonía orgánica. Se supone que en muchas regiones se fueron desarrollando paulatinamente situaciones semejantes. Sin embargo, para probar tal simultaneidad parece que se ha llegado a un imposible, pues en sitios tan cercanos unos de otros como el FAYM en el EGIPTO MEDIO, TASA y el DELTA, no ha sido posible colegirlo. "Sin embargo, el posible aislamiento nunca se efectuó realmente —en rigor, la completa autosuficiencia económica tal vez no se ha logrado en ninguna parte", pues el arqueólogo, como antes hemos visto, encuentra ejemplos de intercambio de objetos, en épocas antiquísimas y separadas por enormes distancias. Lo decisivo es que tales contactos no fueron fundamentales en sus orígenes para el desenvolvimiento de la humanidad, pues los objetos que se intercambiaban no eran necesarios, indispensables, para el hombre, sino meros artículos de lujo y decoración. Pero con el transcurso del tiempo tales intercambios fueron esenciales para el avance del hombre en la civilización, "fueron conductos por los cuales las ideas de una sociedad pudieron llegar a otras, por los cuales se pudieron comprar materiales extranjeros, por los cuales se pudo difundir, de hecho, la cultura". Realmente, eso que podríamos llamar civilización neolítica, se debe en parte "a la existencia previa entre las comunidades todavía esparcidas de cazadores, de un enlace comercial rudimentario".

—oOo—

Todo miembro de las especies animales hereda la tradición cultural en forma de instintos. La cualidad de reaccionar en determinada forma ante un estímulo, es connatural en él porque justamente ha sido escogido para que la especie no se extinga. Otros animales de esa misma especie que reaccionaron de diferente manera, atribuible a otros instintos, no tuvieron la fortuna de sobrevivir y así se van extinguiendo debido a esa cruel selección natural. La creación de esos instintos hereditarios es muy lenta, se va viendo paulatinamente debido a un proceso de adaptación y desarrollo de las facultades o miembros físicos que son más aptos para la circunstancia que rodea a ese elemento. Así el niño va aprendiendo despa-

ciosamente todas las reglas y usos que sus antecesores y mayores han creído convenientes para la convivencia en grupo.

Por lo menos en teoría, todo ese conjunto de reglas fijadas por los antecesores y mayores no es inmutable; si así lo fuera, la humanidad no hubiera avanzado un ápice desde que el antropeide se convirtió en hombre. La experiencia sobre todo es la que sugiere al hombre la oportunidad de cambiar sus hábitos; si ese cambio resultara beneficioso, entonces el creador lo haría saber a la comunidad, o ésta lo imitaría, y si fuera aceptable, entonces se incorporaría a la tradición colectiva. El proceso en la realidad no es tan simple como se ha indicado. El hombre siempre se ha atado a sus costumbres con gran fuerza, y siempre ha demostrado que es renuente al cambio de ellas, así lo han sentido en propia carne los innovadores de todas las épocas. La carga aplastante de las tradiciones ha sido siempre una actitud de conformismo y pesadez ante las situaciones de actitud enérgica del verdadero pensamiento, y ha frenado bastante el avance cultural y el proceso de la humanidad, notándose más en el pasado que en la actualidad. Pero a pesar de todo, para la humanidad el progreso ha consistido fundamentalmente en un reajuste del pasado y de esa inmensa tradición heredada, que se ha transmitido por el ejemplo y la norma legal escrita o consuetudinaria.

Además de la costumbre indiferenciada, que antes comentamos, otras de las formas más importantes de las sociedades primitivas para mantener fija la tradición cultural, se presenta en el TABÚ. Este manda sobre el hombre en gran cantidad de obligaciones y deberes, pero su característica esencial es que no son normas de carácter positivo, sino específicamente negativas. Dentro de este sistema tienen cabida todas las inhibiciones y prohibiciones humanas: "hay que evitar ciertas cosas, hay que abstenerse de ciertas acciones". Lo esencial del sistema tabú es el miedo, el temor, y "éste sabe únicamente cómo prohibir pero no cómo dirigir". Cuando más avanzaba en su desarrollo el sistema de tabúes, más peligro corría la humanidad de paralizarse en su progreso cultural. El hombre no puede caminar, no puede comer o hablar, pues hasta las palabras, dichas en una u otra manera, pueden contener elementos peligrosos para la seguridad personal. En la POLINESIA el nombre de los jefes es tabú, y no se pueden decir las palabras que contengan siquiera alusiones de ese nombre; pero a pesar de lo

graves defectos que encierra todo el sistema, fue el único medio por el cual el hombre ponía freno a las obligaciones sociales que había implantado; era el nudo gordiano de la organización social; todo el medio ambiente en sus relaciones con el hombre, toda su circunstancia, estaba determinada por la aplicación de tabúes especiales. Todas las relaciones, comenzando por las más simples de la familia, hasta llegar a las más complejas de siervo y amo, gobernado y gobernante, se hallaban dentro del sistema de tabúes; se ha sostenido que hasta el origen de la propiedad pueda ser tenido en el concepto de un tabú especial, porque la forma de ocupar un territorio o posesionarse de una mujer, era el señalarlos como un tabú.

Este engorroso y peligroso sistema del tabú amenazó la vida del hombre, hasta convertirla en un sistema de presión espantoso e insoportable, porque la existencia humana, desde cualquier punto de vista, se hallaba previamente regulada y ahogada por el sistema. Dichosamente en este punto iniciaron su progreso las religiones. "Todas las religiones éticas superiores, la de los profetas de Israel, el zoroastrismo, el cristianismo, se impusieron una tarea común. Aliviaron la carga insufrible del sistema tabú; pero, por otra parte, injertaron un sentido más profundo de obligación religiosa que, en lugar de ser una restricción o compulsión, era la expresión de un nuevo ideal positivo de libertad humana".

En este recodo de la vida humana, que significa el cambio o el paso de la prehistoria a la historia, que es la época neolítica, el hombre tuvo otra experiencia que ha durado siglos, y fue la idea de dominar a sus semejantes. Mucha parte de la riqueza, como ganado, joyas, armas, herramientas y mujeres se acumulaba en algunas tribus o clanes especialmente ricos. Toda esa riqueza debía ser cuidada, y para cuidarla tenían que ser otros extraños al propietario para que éste tuviera tiempo de gozarla. Para cuidarla había que hacer fortificaciones y para incrementarla el dueño debía salir de sus dominios en excursiones bélicas o comerciales, comenzó entonces una época de guerras e invasiones, que dio como lugar el nacimiento de las clases sociales: los ricos se convirtieron en aristócratas y los pobres en siervos o esclavos, los caudillos comerciales o militares se convirtieron en reyes y, para afianzarse los aristócratas y los reyes, tenían que tener otros hombres que los cuidaran y trabajaran por ellos. Los primeros esclavos fueron

miembros de otras tribus vencidas: construían fortalezas, labraban campos y cuidaban el ganado. Se adquirió una clase de animales altamente domesticados que rendían bien su trabajo. Ya los otros no necesitaban trabajar para subsistir, y nació el ocio y el lujo, el deseo de practicarlos y el ansia incontenible de poseerlo.

“La dominación del hombre por el hombre fue uno de los procesos más importantes en la historia de la civilización. Creó las bases para la fundación de imperios poderosos así como de una civilización refinada. Y señaló el camino con que había de seguir el hombre para llegar a ser tirano, dueño y señor de la tierra. Con ella, y con la dominación del hombre, empezó la época moderna”.

El paso de la prehistoria a la historia

Toda la vida primitiva es la máxima concentración de la idea de equilibrio perfecto entre hombre y medio ambiente, que viene a quedar sujeta por la trascendencia del mito. La repetición sin fin de un acto, viene a fijar ontológicamente el valor de dogma a ese orden establecido por la costumbre. De tal suerte que el cambio viene a ser una cuestión casi imposible, porque los ritmos del mito tendrían sentido inmutable. Puede afirmarse, entonces con GUSDORF, que “el hombre precategorial es también el hombre prehistórico”.

Con bastante certeza puede definirse a la prehistoria como la edad por excelencia del mito. Toda la cultura que se da en la prehistoria es, como atrás se ha visto, una cultura anterior a la escritura, por lo cual para su conocimiento no se pueden aplicar métodos filológicos, sino que hay que echar mano de recursos indirectos de conocimiento, como sería la geología, la paleontología y la antropología. Estos métodos de exterioridad conservan huellas o trazos del hombre de su tiempo, pero no han sido concebidos por aquél, pues este hombre, al carecer de escritura, no pudo ser testigo de sí mismo. El hombre prehistórico no tuvo conciencia del tiempo que renueva de época en época, no sólo el mundo humano, sino hasta la propia vida humana. “En el universo de la repetición mítica, donde todo es semejante, no podría haber ‘anales’ de los pueblos”. Es esa situación ópticamente distinta en el hombre moderno que vive apasionado de la novedad, vive en realidad inmerso en un mercado de valores novedosos y de momentos trascenden-

talmente históricos, apegándose conscientemente a personajes históricos, entendiéndolos y recogiendo sus palabras, y es más, imitándolos. De tal modo, y concluyendo con los conceptos anteriores, para el hombre moderno la historia viene a constituir "cierta actitud espiritual" que escapaba al primitivo.

La prehistoria sería no tanto una época en la cual por la carencia de pruebas escritas no se podría escribir la historia, sino, y más principalmente, en que es una época en la cual la materia de la historia desaparece y se oculta, porque es necesario al hombre, para poderla vivir, una cierta conciencia histórica, que presupone también una cierta conciencia del hombre y de su devenir, para que pueda apreciar en conjunto los hechos de los hombres mismos y de las cosas, de todo lo cual carecía el hombre primitivo o prehistórico. Si los hombres de la prehistoria no dejaron anales o crónicas de sus hechos por la tierra, no es tanto entonces porque no supieran escribir, como porque no tenían necesidad de ello, ya que no había objeto en fijar para la posteridad una realidad que no cambiaba, una realidad que siempre se mostraba igual a sí misma.

Podría afirmarse, casi sin miedo a errar, que la mentalidad histórica es una concepción típica del Occidente, por lo cual la mayor parte de la humanidad, en ese sentido occidental, está fuera de la historia. También se podría afirmar que no hay historia en el Africa de los negros, así como aplicando estrictamente esta afirmación, en el Asia y en Oceanía tampoco ha existido la historia, aunque haya existido la escritura antes que en el Occidente. "El desarrollo de las citadas civilizaciones es conocido sólo por tradiciones y leyendas, por otro lado embrolladas de manera tan sistemática y sutil que los especialistas no consiguen orientarse. Los hitos más seguros que poseen los sabios occidentales en este terreno, y aún casi hasta nuestros días, se reducen a los contactos de viajeros europeos en esas comarcas lejanas, jalones demasiado raros para permitir reconstruir un historia cierta y continuada".

Es cierto que la prehistoria abarca mucho más tiempo que la historia, entendida aquélla no ya en un sentido epistemológico, sino francamente humano, por lo cual se hace necesario hacerla mucho más amplia. Para comprender cómo aquel mundo prehistórico, esencialmente mítico, ha dado paso a la historia, hay que reflexionar sobre el tiempo histórico. La existencia del hombre se debe

ver condicionada por el tiempo en función de cuarta dimensión, completando a las otras dimensiones humanas. "Puede incluso, decirse que sólo él hace posible a las demás y les otorga pleno efecto. Además el tiempo adquiere su sentido más rico sólo en el dominio de la experiencia humana".

Por ejemplo, los minerales no tienen tiempo, se les puede atribuir una edad, es cierto, pero esa edad no significa nada para ellos, sólo para los seres humanos. Sufre el mineral el paso del tiempo, transformaciones químicas y físicas, pero no como sujeto, sino simplemente como un objeto. Ascendiendo en el reino de la naturaleza, vemos que los vegetales si tienen acceso al tiempo, pues poseen cierto ritmo de vida, desde la semilla que germina, por el árbol que fructifica hasta que muere, pero el vegetal está fijado a su medio. La planta forma parte del paisaje, no puede desprenderse de él, y aunque adquiriera ciertos caracteres como un medio de supervivencia en él mismo, no puede desprenderse de éste. A lo más, como un medio de adaptación, puede transformar ciertas partes de su estructura, muchas de ellas heredables, pero sin conciencia del tiempo.

El animal si posee ya los dos aspectos "complementarios del tiempo como estructura de comportamiento: iniciativa con respecto al mundo e inscripción de la experiencia adquirida". Comparando el arraigo que el animal y el vegetal tienen con el medio, se nota que tiene aquél mucho más soltura de escogencia, es capaz de la libertad en los movimientos, y todas sus actividades (demanda de alimentos, conducta sexual, acoplamiento, educación de las crías), suponen un género de vida que puede sistematizarse en hábitos, los cuales, en su función de memoria, crean factores hereditarios para usar mejor el ambiente. Pero toda la experiencia animal en relación con el tiempo se encuentra circunscrita dentro de una incipiente posibilidad de elección. Toda la actuación del animal se define por estructuras reflejas, que responden obedientes a los ritmos biológicos. El animal no actúa con previsión o cálculo, como cuando acumula alimentos para el invierno, sino por la obediencia a un instinto. Existe sin duda en la vida del animal la cuarta dimensión del tiempo, pero en forma "coagulada", pues no permite que el animal recomponga las otras dimensiones, y las adapte o transforme a sus propias necesidades, en forma totalmente voluntariosa e independiente.

"Por consiguiente, es sólo en la experiencia humana donde el tiempo se afianza con toda independencia, confiriendo al ser que dispone de él un derecho de reconquista del universo". Es en el hombre el tiempo, la puerta por la cual podrá ordenar las cosas autónomamente. A partir de este momento, el hombre deja de ser una parte obediente de lo real, para trasmutarse de lo dominante del devenir, pues puede organizarlo y darle un sentido especial y propio. Para que esto pueda desenvolverse, es necesario también que las realidades exteriores al hombre dejen de presentarse como un objeto concreto, masivo y sólido en sí mismo, y adquieran, a través del hombre únicamente, una categoría de objeto de representación, que pueden designarse con una palabra que las sitúe en determinado plano de la epistemología.

Cuando aparece el tiempo propiamente humano, hace posible que se haga absolutamente mental la experiencia. De aquí en adelante es posible hacerse inmerso en lo circunvalante, dentro de una categoría del pensamiento. El tiempo, en su concepto de cuarta dimensión, viene a liberar al hombre de las otras tres dimensiones, "no obstante que simultáneamente ella multiplica la presencia en el mundo. Ella le da una ubicación potencial de la cual no está dotado el animal".

El tiempo interviene en el sentido de neutralizar en el hombre una serie de influencias inmediatas, que pueden trasmutarse en presencias anímicas. El pasado para el animal no es más que un cúmulo de adiestramiento o cambios hereditarios en la adaptación al paisaje circundante, confundible en muchos aspectos con los simples reflejos condicionados, pero en el hombre, además que el pasado interviene como ese conjunto de reglas en la forma de operar, es el recuerdo hecho viva imagen individual, que permanece por fuera del suceder que le ha creado, convirtiéndose en imágenes autónomas. "El tiempo del hombre es la posibilidad de recordar su pasado y premeditar su porvenir, de novelar su actualidad. Es una de las cifras más significativas del ser en el mundo".

Siendo el hombre primitivo prehistórico un hombre del mito, posee, es innegable, un tiempo humano pero no ha adquirido todavía un tiempo histórico. Toda la existencia del hombre se presenta como una serie de capas superpuestas y rígidas. A la idea del hombre como un ser biológico individual, aparece la del hombre

como ser social, o mejor aún como ser "cultural", viviendo en un medio dispuesto por la naturaleza, para que subsista una comunidad. La cultura en la época prehistórica se convierte en una segunda naturaleza del hombre, de la cual no le es posible liberarse, lo que deviene en un anquilosamiento o fijación del pensamiento en este hombre mítico.

El hombre prehistórico se encuentra fijado indisolublemente con su comunidad. La situación en el tiempo y en el espacio, de cada uno de ellos, supone un engarce total. El individuo no es ni se considera el centro del universo, se halla incrustado de manera definitiva en lo real, que viene a significar lo único verdadero del mundo. "Moral, derecho y ciencias, política y física, están contenidos en lo absoluto socio-mórfico, en cuyo seno encuentran cada uno su verdad y el sentido de la vida".

De tal modo que el pensamiento del hombre pre-categorial es un pensamiento irreflexivo, que no vuelve hacia atrás para examinar los usos a través de principios nuevos: es la forma mayor de expresarse ideas subjetivas cristalizadas en ejemplos objetivos míticos. Totalmente al contrario de esta situación característica clave de la conciencia mítica, la conciencia del tiempo histórico, vendrá a afirmar la propia personalidad subjetiva en contraposición a la universalidad objetiva. "La ontología mítica engloba en un mismo conocimiento absoluto el reino de la naturaleza y el de la cultura". Cuando el hombre toma conciencia propia de las categorías históricas, sea el pasado, el presente y el futuro, entonces de ese modo toma también conciencia, como reflejo, de la vida como un drama que se perfila en contra de la incertidumbre del porvenir, dejando el anclaje del pasado hacia un lado, con lo cual la comunidad primitiva va perdiendo el tradicional y pesado equilibrio.

Se efectúa un tránsito revolucionario de lo estable y fijo al movimiento consciente. El hombre llega a poseer de tal modo un ser histórico inmerso en su propio ser cultural, siendo aquél el elemento decisivo porque marca indeleblemente todas las facetas de la personalidad. La historicidad individual se encuadra en el modo cultural, con sentido de civilización, que también se encuentra en movimiento. El hombre concreto no sólo se transparenta entre la biología y la sociología es decir, entre sí mismo y la sociedad, como lo sostuvieron en su época COMTE y DURKHEIM, sino

que aparece como hombre concreto en la historia, "por su participación en el desarrollo de la realidad cultural, pero también por la historicidad de su devenir personal".

Para terminar con este primer capítulo, se hace necesario copiar un párrafo de GUSDORF, que aunque extenso, resume lo dicho hasta aquí:

"Se puede hacer notar aquí que la humanidad prehistórica no tiene edad. Intentamos fechar sus fases sucesivas gracias a hitos geológicos, o bien en virtud de criterios técnicos: edad de la piedra tallada, o pulida; edad del bronce; edad del hierro. Fórmulas imperfectas de una gran imprecisión cronológica. Es que esas eras primitivas no nos ofrecen sucesos históricos que permitan fijar las fechas por su influencia decisiva en su evolución. Pero esta ausencia de sucesos no debe atribuirse a la imperfección de nuestros medios de conocimiento. Es constitutiva de la realidad humana considerada. Del mismo modo, no existen personajes históricos, es decir, hombres que impriman su sello a la historia. La época prehistórica es el reino de la impersonalidad. Los individuos no emergen de la masa. El yo es prisionero del se que lo envuelve. La edad histórica es aquella en que los hombres dan sentido al devenir. En la edad prehistórica el devenir cuenta más que los hombres y aún las invenciones técnicas, presentadas por otra parte como dones divinos, parecen más bien producto del azar o de un devenir material que el fruto de una iniciativa personal. La historia nace con el tránsito del reino del se al reino del yo, con la entrada en escena del hombre, no ya como especie, sino como individuo.

"La humanidad ha entrado en la historia cuando el hombre ha tomado conciencia de su propio destino bajo la cifra de la historicidad del devenir.

"El paso de la edad prehistórica a la edad histórica parece resumirse, desde el punto de vista espiritual, en dos adquisiciones principales. El hombre histórico, el hombre 'categorial' posee a la vez el sentido de la universalidad y el sentido de la individualidad —que eran ajenos al hombre primitivo".

Ahrens, Enrique
"HISTORIA DEL DERECHO"
Editorial Impulso,
Buenos Aires, 1945.

Behn, Friedrich
"CULTURA DE LA PREHISTORIA"
Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana,
México, 1961.

Bloch, Marc
"INTRODUCCION A LA HISTORIA"
Breviarios del Fondo de Cultura Económica
México.

Carrington Goodrich, L.
"HISTORIA DEL PUEBLO CHINO"
Breviarios del Fondo de Cultura Económica
México, 1954.

Cassirer, Ernst
"ANTROPOLOGIA FILOSOFICA"
Colección Popular
Fondo de Cultura Económica
México 1963.

Chardin, Teilhard de
"LA APARICION DEL HOMBRE"
Taurus Ediciones, S. A.
4ª edición
Madrid, 1964.

Durant, Will
"NUESTRA HERENCIA ORIENTAL"
Editorial Sudamericana
Buenos Aires, 1952.

Gordon Childe, V.

"LOS ORIGENES DE LA CIVILIZACION"

Breviarios del Fondo de Cultura Económica
México, 1959.

Gusdorf, Georges

"MITO Y METAFISICA"

Editorial Nova
Buenos Aires, 1960.

Herskovits, Melville J.

"EL HOMBRE Y SUS OBRAS"

Fondo de Cultura Económica
México 1952.

Houghton Brodrick, A.

"EL HOMBRE PREHISTORICO"

Breviarios del Fondo de Cultura Económica
México, 1955.

Myres, John L.

"EL AMANECER DE LA HISTORIA"

Breviarios del Fondo de Cultura Económica
México, 1956.

Toynbee, Arnold J.

"ESTUDIO DE LA HISTORIA"

Tomo III
Emecé
Buenos Aires, 1956.

Toynbee, Arnold J.

"STUDY OF HISTORY"

(Abridgment Sommervell)
Tomo I
Oxford University Press
Londres, 1956.

Wendt, Herbert

"TRAS LAS HUELLAS DE ADAN"

Editorial Noguer, S. A.
Barcelona, España, 1958.

EL CASO DE CHIPRE EN LAS NACIONES UNIDAS

Prof. JOSE LUIS REDONDO

Catedrático

Facultad de Derecho

Uno de los casos más apasionantes de la historia de las Naciones Unidas ha sido sin lugar a dudas — y sigue siendo— el de la isla de Chipre.

Las circunstancias que han dado lugar a que la máxima organización internacional se decidiera intervenir en ella para evitar un conflicto que podría extenderse hasta una guerra total universal, ponen en evidencia que el derecho sigue siendo el mejor y más adecuado correctivo para los grandes choques de opinión y el medio más consecuente para evitar la anarquía internacional.

Como el problema aún pende de solución, toda vez que lo resuelto hasta el momento es meramente transitorio, hemos considerado de interés realizar un análisis crítico del mismo con el doble afán de informar a quienes tengan la paciencia de leerlo y de contribuir con un modesto trabajo a la tarea de investigación que corresponde cumplir a nuestra Escuela de Derecho.

A pesar de que son múltiples los elementos que concurren a hacer del caso de Chipre un verdadero rompecabezas, nuestro estudio incidirá sobre los factores que consideramos como los más determinantes, a saber: el histórico, el político y el jurídico.

Los dos primeros formarán un solo capítulo por la íntima relación que hay entre ellos y debido a las particulares condiciones en que se han manifestado los hechos sucedidos en la isla.

ANTECEDENTES

La Isla de Chipre se halla situada en el ángulo noreste del Mediterráneo entre el Asia Menor y Siria y cuenta con una superficie de 9.250 kilómetros cuadrados.

En el orden de tamaño ocupa el tercer lugar entre las islas del Mediterráneo. La población es de 600.000 habitantes que se distribuyen más o menos de la siguiente manera: 78% griegos, 18% turcos y el resto entre maronitas, armenios, latinos e ingleses.

El suelo es rico en minerales tales como cobre, pirita, cromo y amianto. El 60% del valor de sus exportaciones está constituido por dichos minerales. Sin embargo la isla es fundamentalmente agrícola y tiene alguna industria. Los cereales, el vino y las aceitunas son los principales productos del agro, así como las tradicionales frutas del Mediterráneo.

La isla se divide en seis provincias. Su capital, Nicosia, cuenta con 80.000 habitantes.

HISTORIA Y POLITICA

HISTORIA

Edad Antigua

Las primeras trazas de presencia humana en la isla de Chipre se remontan a la era neolítica y se conoce que los primeros habitantes fueron los eteocypriotas, venidos probablemente de las costas de Anatolia de donde trajeron, cerca de 4.000 A. C. sus cosumbres y sus tradiciones.

El descubrimiento de minerales hacia el III milenio A. C. y la riqueza de los bosques, parece haber atraído la atención de los pueblos vecinos. Este hecho inicia el flujo de colonos de Siria hacia la isla y es entonces cuando Chipre comienza a desarrollarse y a convertirse en sitio de escala de los marinos del Mar Egeo. El comercio se activa con Egipto, Siria, Tesalia y Creta.

Hacia el año 2.000 A. C., los colonos de la isla eran tributarios de los farahones. Tal época coincide con la afluencia de los miscenios que se establecen en Chipre y desarrollan la cultura helénica. De allí en adelante la historia de Chipre corre la misma suerte de las islas del Mar Egeo, por hallarse en el punto de cruce de las culturas de oriente y occidente.

Chipre deviene entonces teatro de importantes acontecimientos. Algunos de los episodios de la guerra de Troya le tocan de cerca.

Los griegos alternan en la isla con los fenicios que, fieles a su tradición de comerciantes, no fijan su planta con carácter permanente.

Los siglos X a VIII A. C., son de extraordinaria prosperidad para la isla gracias al comercio y al desarrollo de la cultura de sus habitantes. Se fundan nuevas y ricas ciudades y la civilización de occidente define en ellas muchos de sus caracteres.

Por el año 724 cae Chipre bajo la sumisión del rey asirio Sargón, que domina vastas extensiones del Asia Menor y consecuentemente de su costa mediterránea. Al declinar el imperio de Asiria y ser sustituido por Babilonia hacia el año 612, Chipre se ve obligada a rendir vasallaje a sus nuevos amos. A éstos a su vez sucederán los egipcios en el dominio de la isla. Su rey Amasis (569-525) concluye la tarea de someter todas las villas de Chipre sin excepción.

La ocupación egipcia es de poca duración pues tiene que ceder ante la expansión de los persas, cuyo favor se ganan por anticipado los chipriotas tomando su partido en las luchas de la época. Esto hace que el rey Ciro les permita conservar sus propios reyes aunque les obligue al pago del tradicional tributo.

Sobre el año 500 A. C., los chipriotas inician una revuelta contra los persas. Esto les da un año de independencia absoluta pero al caer de nuevo bajo su yugo, pagan un alto tributo como precio por su rebelión.

En el año 478 los atenienses tratan sin éxito de liberarles; lo mismo repetirán en el año 449 A. C. con iguales resultados.

Con motivo de la paz acordada entre Artajerjes y los atenienses, Chipre queda abandonada a su suerte y después de pasar por grandes vicisitudes en su afán de independencia, es liberada al fin por Alejandro Magno, luego de su victoria sobre Darío en Issos (Cilicia), en el año 333 A. C.

A la muerte de Alejandro, Chipre pasa a pertenecer al reino de Egipto, ahora bajo la dinastía de los Tolomeos. Durante el reino de Cleopatra, goza de gran autonomía administrativa a causa de su importancia y un Gobernador General asume un calidad similar a la de rey.

En el año 58 A. C., la isla se convierte en provincia romana. La rapacidad de algunos procónsules la devasta y arruina, hasta que Marco Tulio Cicerón logra terminar con los excesos de sus predecesores.

Es oportuno destacar que en Chipre han florecido a lo largo de este proceso histórico las artes y las letras y que entre ella, Roma y Grecia hubo activos lazos culturales que fueron de beneficio indiscutible para la cultura occidental.

Durante el desarrollo del cristianismo, Chipre es teatro de importantes acontecimientos y llega a ocupar un lugar de gran valía dentro de la historia de la Iglesia, tal como lo lograra en el ámbito de la filosofía con la espléndida aportación de su gran filósofo Zenón, fundador del estoicismo.

Santa Elena, madre del Emperador Constantino, inicia la fundación de los monasterios cristianos de la isla que allí, como en el resto de Europa y norte de Africa serán centro y refugio de la cultura.

Edad Media

Al dividirse el Imperio Romano a la muerte de Constantino, Chipre pasa a formar parte del Imperio Romano de Oriente, al que une su suerte por varias centurias.

Por el tiempo de las Cruzadas, Chipre es lugar de recala para los cruzados y recibe el influjo de las diferentes corrientes de pensamiento que privan en el continente europeo. Ricardo de Inglaterra, llamado Corazón de León, toma la isla de manos despotas de Isaac Commeno, lo que significa que la era bizantina acaba allí hacia el año 1191.

Antes de marchar a Tierra Santa, Ricardo Corazón de León la vende a la Orden de los Caballeros Templarios. Estos abusan de la ocupación y denigran a los chipriotas que se ven obligados a rebelarse contra sus amos, quienes les masacran.

En 1192 Ricardo readquiere la administración de la isla para luego cederla a la casa francesa de Lusignan. Durante el interregno que va de ese año a 1498, Chipre experimenta fuertes cambios.

A los franceses suceden por corto tiempo los genoveses y a éstos los venecianos que, convertidos en gran potencia comercial y guerrera del Mediterráneo, terminan por establecerse en la Isla. El régimen veneciano se instaura de hecho antes de que termine oficialmente la administración de la casa Lusignán y perdura hasta su toma por los turcos en 1571.

La dominación veneciana afirma el estado medieval de cosas que regía en Chipre. Sin embargo lo hace con gran prudencia para no exacerbar a los nativos. Las reformas que se introducen son de poca monta y su preocupación principal consiste en convertir la isla en un factor de seguridad para su comercio marítimo y en un bastión de defensa contra la creciente actividad expansionista turca. De este modo, Famagusta y Nicosia se convierten en grandes plazas fuertes donde la cristiandad dará una de sus más fuertes batallas al turco.

Edad Moderna: El dominio turco.

En 1570 el Sultán Selim II envía un emisario a Venecia a demandar la entrega de Chipre. El Senado de la República rechaza airado la propuesta y entonces dan inicio las hostilidades definitivas que culminarán con la ocupación y toma de la isla en 1571.

La conquista de la isla por los turcos marca el fin de la dominación latina y el nacimiento de una nueva situación que concluirá en 1878 con el traspaso de la administración de la isla a la Gran Bretaña. La ocupación turca apareja una transformación de fondo en los aspectos político, social y administrativo. Las clases privilegiadas al estilo medieval desaparecen, se crean nuevas instituciones que dan mayores facultades a los chipriotas y en general hay más tolerancia y una relativa libertad de religión. El régimen administrativo que se instaura, implica el retorno al gobierno civil, aunque los representantes del Sultán conservan gran parte del poder.

POLITICA

Edad Contemporánea: El dominio inglés.

En 1878 el gobierno inglés concierta un tratado con el Sultán. La administración de la isla pasa a Gran Bretaña conservando

Turquía —aunque nominalmente— la soberanía. En realidad el Reino unido ejercerá los atributos del poder debido a la necesidad de garantizar el acceso al canal de Suez, y como una consecuencia de la debilidad del gobierno turco.

Hasta 1913 las relaciones entre los dos grupos mayoritarios de la isla fueron excelentes. El comercio y en general la actividad civil y administrativa se desarrollaron normalmente entre ambas comunidades a pesar de que, desde fines del año anterior habíase iniciado entre los chipriotas griegos el movimiento de anexión a Grecia denominado "Enosis".

Al declarar la guerra Turquía a Grecia el 5 de noviembre de 1914, el Rey de Inglaterra anula la Convención anglo turca de 1878 y proclama la anexión de Chipre a sus posesiones inglesas. Este tratado fue sustituido por el de Lausana el 24 de julio de 1923 sin que la situación de Chipre sufriera ningún cambio en relación con lo establecido en el anterior.

El 10 de marzo de 1925, Inglaterra acuerda a Chipre el status de Colonia de la Corona, desconociendo repetidas instancias de reivindicación nacional de los chipriotas griegos.

En octubre de 1931, se inicia en la isla una ola de protestas y actividades violentas anti-británicas por la negativa de la Corona a permitir su anexión a Grecia. Las autoridades inglesas se ven obligadas a tomar medidas fuertes y a poner en interdicción o limitar muchos de los derechos otorgados a los chipriotas. Las instituciones políticas de que disfrutaban los nativos quedan reducidas a su mínima expresión. Los representantes más destacados de la iglesia ortodoxa son expulsados del concilio de la misma y dicho organismo, de suma importancia para la vida civil y eclesiástica de la comunidad griega, se vuelve inoperante por el ostracismo de sus dirigentes.

Al atacar Italia a Grecia el 28 de octubre de 1940, hay una gran agitación en la Isla y aunque los ingleses aceptan un cambio radical en el estado de cosas que priva en ella, rehusan el enrolamiento de los chipriotas que aspiran a colaborar en la defensa de Grecia. Será más tarde que los británicos apelen al fervor patriótico de ellos para pedirles su participación en la lucha contra los países del Eje, lo cual da lugar a que 30.000 chipriotas participen en las luchas de los campos de batalla de Europa.

Al terminar la segunda guerra europea, los chipriotas envían una comisión de diputados a Londres para gestionar la unión con Grecia, estimulados por la Carta del Atlántico y por la nueva corriente que promete la emancipación política de los pueblos bajo el régimen colonial. Aunque hallan oposición a sus pretensiones, los ingleses facilitan el retorno a la normalidad en la isla, admitiendo el regreso de las personas deportadas en 1931, la reconstitución del concilio de la Iglesia Griega, y ensayan introducir una nueva Carta Constitucional con la aprobación popular del caso. Como la Constitución prevé una autonomía limitada para los chipriotas y el derecho de veto para el Gobernador, esa Carta es rehusada por ellos. El pueblo manifiesta de nuevo sus reivindicaciones nacionales en las calles y reprocha a los ingleses —en una nueva ola de agitación— su deseo de perpetuar la dominación en la isla.

En 1950 los chipriotas griegos celebran un plebiscito tendiente a decidir la unión con Grecia. Este tiene lugar el 15 de enero de dicho año. Participan 224.747 votantes, de los cuales 215.108 se inclinan por la anexión a Grecia. Inmediatamente se envía una diputación a Londres, Atenas y Nueva York, para pedir al Secretario General de las Naciones Unidas su intervención.

Un año más tarde, el etnarca de Chipre, Makarios III, pide al Gobierno griego que tome por su cuenta la cuestión de Chipre ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Gobierno griego no acepta tomar la iniciativa para no perturbar sus relaciones con los ingleses.

El 10 de agosto de 1953, el Arzobispo Makarios se dirige al Secretario General de las Naciones Unidas en nombre del pueblo griego de la isla demandando la inscripción del tema de Chipre en la VIII sesión de la Asamblea General. Su gestión no tuvo éxito.

En el año 1954, el gobierno griego decide dirigirse al Secretario General de las Naciones Unidas pidiendo la inclusión del caso de Chipre en la orden del día de la IX Asamblea General. Las Naciones Unidas desechan la oposición británica y aceptan la inscripción. El caso es discutido en el seno de la Primera Comisión, la que decide no proseguir por el momento el examen del tema, para evitar que se deterioren las relaciones entre los gobiernos interesados.

La noche del 10 de abril de 1955, señala el inicio de una etapa de violencias sin precedentes dentro de la isla. Los ingleses adoptan medidas de extremo rigor pero no logran detener el sabotaje y las luchas callejeras. En vista de la situación, el Secretario de Estado para Colonias, Allan Lennox Boyd, visita la isla y conferencia con el Arzobispo Makarios a quien le adelanta que el gobierno británico tiene la intención de convocar una conferencia sobre Chipre, en Londres, hacia fines del año. En efecto, el 27 de agosto, los Ministros de Asuntos Extranjeros del Reino Unido, Grecia y Turquía se reúnen allí con el objeto de examinar los problemas del Mediterráneo Oriental y desde luego, Chipre. El delegado griego reclamó la unión. El turco se opuso por razones de seguridad a causa de la proximidad de la isla a sus costas. Debido al desacuerdo los ingleses deciden continuar su ocupación.

Grecia intenta recurrir a las Naciones Unidas mientras los chipriotas griegos mantienen sus acciones de sabotaje, ataque a los servicios públicos y otras actividades de terror.

El nuevo gobernador de la isla, Mariscal Harding, suaviza las medidas tomadas contra los chipriotas griegos y trata de encontrar alguna solución, al menos temporal, al caos que impera.

Tras largas y difíciles conversaciones con el Arzobispo Makarios, el gobernador recomienda a la Corona una serie de medidas que le permitirán a los chipriotas disponer de mayor autonomía local, reservándose solamente las atribuciones relativas a la defensa y a las relaciones exteriores. En cuanto a la defensa interior, fue acordado que los ingleses continuarían por un tiempo, para entregarla un año después de haber entrado en vigor la nueva constitución. Después de la aprobación por los representantes populares, el Arzobispo Makarios dio su consentimiento. Con este motivo, el Secretario de Colonias inglés llega a Chipre hacia fines de febrero de 1956.

Estando la situación por finiquitarse, las negociaciones se rompen al objetar los británicos la inmediata liberación de un grupo de patriotas griegos que habían sido procesados por sus actividades durante la ola de violencia. Los sucesos que siguen a esos hechos implican la salida al exilio del Arzobispo Makarios y de los chipriotas prominentes que habían tomado parte en esos acontecimientos. Hay un agravamiento de las tensiones internas.

Hacia el mes de diciembre, el Secretario de Colonias anuncia a la Cámara de los Comunes un nuevo proyecto de Constitución para la isla que comprende: Una Asamblea Legislativa compuesta de 24 griegos, 6 turcos y 6 otros miembros designados por el Gobernador; un Consejo de 7 Ministros presidido por un Ministro Principal; un Gobernador nombrado por la Corona, dotado del derecho al veto sobre asuntos extranjeros y de seguridad externa e interna; un Tribunal de garantías compuesto por un turco, un griego y un neutral, con una competencia similar a la del Consejo de Estado.

El plan no fue aceptado por los chipriotas griegos; tampoco por el gobierno de Grecia ni el de Turquía que pidió la partición de la isla.

A petición del Presidente de los Estados Unidos, el gobierno británico libera de su exilio al Arzobispo Makarios, pero a condición de que no regrese a Chipre. Entre tanto, la Asamblea General de las Naciones Unidas vota el 26 de febrero de 1957, la resolución siguiente: "Habiendo examinado la cuestión de Chipre; estimando que la solución exige una atmósfera de paz y liberal de expresión, la Asamblea General formula el sincero deseo de que sea encontrada una solución democrática, pacífica y justa dentro de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y espera que las negociaciones continuarán con ese fin".

Esa resolución es copia casi textual de la que había sido adoptada —bajo el N° 1013— durante la XI Asamblea General el año precedente.

En octubre de 1957 el Mariscal Harding es sustituido por Sir Hug Foot quien reanuda el diálogo interrumpido entre las autoridades británicas y el pueblo de Chipre. Su labor se dificulta ante la oposición de la minoría turca a ceder en su derecho. Ello lo mueve a tratar directamente con el gobierno de Ankara, con el que se reúne en 1958.

En el ínterin ocurren hechos muy graves entre ambas agrupaciones en la isla.

En el transcurso de la XIII Asamblea General se adopta la resolución 1287 que es casi una reproducción de la 1013.

Como las relaciones entre Grecia y Turquía, miembros muy importantes de la OTAN se deterioran por momentos, los Estados Unidos deciden tomar la iniciativa para provocar un acercamiento y es así que en diciembre de dicho año se reinician los contactos entre ambos países.

Las conversaciones se reanudan entre Atenas y Ankara sobre la base de la independencia de la isla y por lo tanto de su no incorporación a ningún otro Estado.

El 5 de febrero de 1959 los Primeros Ministros de Grecia y Turquía, junto con sus Ministros de Relaciones Exteriores, se encuentran en Zurich para elaborar los detalles que darán la solución al problema. Después de largas discusiones llegan a un acuerdo que determinaría: la estructura política y administrativa de la isla mediante la repartición equitativa de cargos y funciones entre ambas comunidades; el derecho del Reino Unido a conservar sus bases militares y facilidades de comunicación dentro de la isla.

El 15 del mismo mes son invitados a Londres los primeros Ministros de Grecia y Turquía para los toques finales del acuerdo. Estos invitan a su vez al Arzobispo Makarios y al líder y representante de la minoría turca, Dr. Küçük.

Con la participación de todos los interesados: Grecia, Turquía, El Reino Unido, El Arzobispo Makarios y el Dr. Küçük, el 19 de febrero de 1959 se firman en Lankaster House los instrumentos definitivos de la independencia de Chipre. Tales son: a) El documento base de la República de Chipre; b) un tratado de garantía entre Chipre por una parte y Grecia, Reino Unido y Turquía, por la otra; c) un tratado de alianza entre Grecia, Turquía y la República de Chipre; d) una declaración británica sobre sus bases en la isla y la garantía que otorga sobre la seguridad territorial de Grecia, Turquía y Chipre; y e) la creación de tres comisiones encargadas de preparar: 1) La Constitución de la República; 2) las modalidades de la transferencia de poderes; y 3) el mantenimiento de la soberanía británica sobre sus bases en Chipre.

El Arzobispo Makarios y el Dr. Küçük fueron electos por su orden Presidente y Vice-Presidente de la nueva República de Chipre.

Es importante destacar que al concluir la ceremonia de la firma de los acuerdos de Lankaster House, el Primer Ministro de

Grecia expresó que la solución hallada era la mejor entre las posibles y que ella satisfacía a las dos facciones en pugna. Calificó los convenios como instrumentos en los cuales "... los principios de democracia y los actuales sentimientos de humanidad quedan asegurados". Asimismo enfatizó que Grecia firmaba esos documentos porque "ellos satisfacían al Arzobispo Makarios en su calidad de representante de los chipriotas griegos".

Por lo que se ve, el consentimiento de las partes fue claro y expreso y libremente manifestado.

Las principales estipulaciones de la constitución de Chipre son las siguientes:

- 1) El Estado de Chipre es una República cuyo Presidente será un griego y Vice-Presidente un turco, elegidos respectivamente por sus propias comunidades, mediante sufragio universal y por un período de cinco años.
- 2) Las lenguas oficiales serán el griego y el turco.
- 3) El Poder Legislativo será ejercido por una Cámara de Representantes compuesta de 35 griegos y 15 turcos.
- 4) El Presidente y el Vice-Presidente tendrán conjunta y separadamente el derecho de veto definitivo sobre toda ley o decisión relativa a los asuntos extranjeros.
- 5) Cada comunidad tendrá su Cámara Comunal compuesta del número de representantes que cada agrupación determine. Dichos organismos podrán establecer impuesto y derechos personales sobre los miembros de la comunidad y tendrá competencia para todos los asuntos religiosos, de educación, cultura y de "status personal".
- 6) La administración estará compuesta de un 70% de griegos y de un 30% de turcos.
- 7) La República tendrá una armada de 2.000 hombres de los cuales el 60% serán griegos y el resto turcos.
- 8) Se crearán municipios separados para griegos y turcos.
- 9) Un tratado garantizando la independencia, la integridad territorial y la constitución, será concluido con la República de Chipre, Grecia, el Reino Unido y Turquía.

- 10) La posibilidad de la unión integral o parcial de la isla con cualquier otro Estado queda excluida.
- 11) Chipre acordará la cláusula de nación más favorecida para todos los acuerdos que suscriba con el Reino Unido, Turquía y Grecia.
- 12) La Corte Suprema de Justicia estará compuesta de 2 griegos, un turco y un neutral.
- 13) Las leyes que fueren consideradas discriminatorias por sus respectivas comunidades por el Presidente o Vice-Presidente, serán enviadas a la Corte, quien podrá ratificarlas, enmendarlas, anularlas o remitirlas de nuevo a la Cámara de Representantes.
- 14) En caso de reforma agraria, la distribución de la tierra operará entre los miembros de cada comunidad.
- 15) Habrá un Tribunal Constitucional compuesto de 1 griego, 1 turco y 1 neutral.

El 15 de agosto de 1960 concluyó la dominación británica en la Isla. Minutos después de la hora cero, el Arzobispo Makarios tomó posesión de su cargo en solemne ceremonia delante de su pueblo.

Chipre fue admitido como un nuevo miembro de las Naciones Unidas en setiembre del mismo año. En marzo siguiente se integró al Commonwealth británico.

Intervención del Consejo de Seguridad

En noviembre de 1963 el Arzobispo Makarios sometió al Vice-Presidente, Dr. Küçükük y a las tres potencias garantes, un memorándum con 13 proposiciones para cambiar artículos básicos de la constitución, que de hecho implicarían para los turcos una eliminación o al menos una reducción sustancial de sus privilegios.

Con motivo de la consecuente oposición de la comunidad turca y de la actitud agresiva de los dirigentes chipriotas griegos, estalla una nueva ola de violencia. Chipre se convierte en un verdadero campo de batalla entre ambas facciones, lo que hace que ante el

amenago de intervención de Turquía, el asunto llegue al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

El 27 de diciembre de 1963, el gobierno de Nicosia pide una reunión urgente al Consejo. Allí acusa a Turquía de agresión y de intervenir en los asuntos internos de Chipre utilizando la amenaza y el uso de la fuerza debido a los pases de intimidación que sobre el espacio aéreo de la capital habían hecho aviones turcos durante los días críticos que siguieron a la Navidad, y por la presencia de unidades de la flota turca en aguas territoriales de Chipre.

En su réplica, el representante turco atribuye a los chipriotas griegos y a sus instigadores, la responsabilidad en los sucesos y niega que su país tenga ambiciones territoriales de ningún género.

El delegado griego pide la intervención del Consejo para que inste a las partes a cesar el fuego e indica que su gobierno fijará su posición oportunamente; la sesión concluye sin que se adopte ningún acuerdo.

A pesar de que el gobierno de Makarios acepta pocos días después la constitución de una "fuerza mixta para la paz" compuesta por los destacamentos que en la isla tenían los británicos, turcos y griegos, la ola de disturbios continúa.

Ante el fracaso de una nueva conferencia de las tres potencias citadas y Chipre en Londres, que se celebró con la presencia del Licenciado José Rolz Bennett como Representante Personal del Secretario General de las Naciones Unidas, fue indispensable regresar al Consejo de Seguridad que continúa discutiendo el tema en diez sesiones que van del 18 de febrero al 13 de marzo de 1964.

De esta vez la casi totalidad de los miembros del Consejo expresan su opinión sobre el asunto en debate, enfocando cada cual el problema según sus propias convicciones políticas.

Las peticiones centrales son las de los representantes de Makarios que recaban además de la intervención de ese cuerpo para que restaure la paz, la invalidación de los tratados de Zurich y Londres; y las de los delegados turcos que aducen incompetencia del Consejo para abrogar un tratado internacional.

El 4 de marzo es aprobado un proyecto de resolución que días atrás presentaran las delegaciones de Bolivia, Brasil, Costa

de Marfil, Marruecos y Noruega. Francia, la Unión Soviética y Checoeslovaquia se abstuvieron en cuanto al párrafo 4º. El texto de la resolución reza como sigue:

"El Consejo de Seguridad. Tomando nota de que la situación que existe en Chipre es probable que constituya una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y empeore aún más si no se toman pronto nuevas medidas para mantener la paz y buscar una solución duradera. Considerando las actitudes adoptadas por las partes en los tratados firmados en Nicosia el 16 de agosto de 1960. Teniendo presentes las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas que figuran en el párrafo 4º del artículo 2º y que dicen: "Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas". Insta a todos los Estados Miembros a que, de conformidad con las obligaciones que han contraído en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, se abstengan de cualquier acto o amenaza que sirva probablemente para empeorar la situación en el Estado Soberano de la República de Chipre o poner en peligro la paz internacional. 2) Pide al Gobierno de Chipre, que es el responsable del mantenimiento y la restauración de la ley y el orden, que adopte todas las medidas suplementarias requeridas para que cese la violencia y el derramamiento de sangre en la isla. 3) Insta a las comunidades de Chipre y a sus dirigentes a que actúen con la mayor circunspección. 4) Recomienda que, con el consentimiento del gobierno de Chipre, se cree una fuerza de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz en la Isla. La composición y efectivos de dicha fuerza serán determinados por el Secretario General en consulta con los gobiernos de Chipre, Grecia, El Reino Unido y Turquía. El comandante en jefe será nombrado por el Secretario General y le presentará a él los informes correspondientes. El Secretario General, que mantendrá informados a los gobiernos que proporcionen contingentes de fuerza, rendirá informes periódicos al Consejo de Seguridad sobre la operación. 5) Recomienda

que la Misión de la fuerza en beneficio del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, consista en realizar el máximo esfuerzo para evitar que se reanude la lucha y, cuando sea necesario, en contribuir a mantener y a restaurar la ley y el orden y a volver a la normalidad. 6) Recomienda que la fuerza permanezca en la isla durante el período de tres meses y que los gastos que origine sean sufragados, de la forma que convengan entre ellos, por los gobiernos que proporcionen los contingentes y por el Gobierno de Chipre. El Secretario General también podrá aceptar contribuciones voluntarias a tal efecto. 7) Recomienda además que el Secretario General, de acuerdo con el Gobierno de Chipre y los gobiernos de Grecia, el Reino Unido y Turquía, nombre un mediador, que hará todo cuanto pueda ante los representantes de las comunidades y de los cuatro gobiernos citados, para tratar de lograr una solución pacífica y una liquidación aceptada del problema que tiene planteado Chipre, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y teniendo presentes el bienestar de todo el pueblo chipriota y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. El mediador presentará informes periódicos al Secretario General sobre las actividades que desarrolle a tal efecto. 8) Pide al Secretario General que, hasta donde sea pertinente, pague con fondos de las Naciones Unidas las remuneraciones y otros gastos del mediador y del personal a sus órdenes”.

Pocos días más tarde, el 13 del mismo mes, el Consejo de Seguridad reafirmó la resolución anterior con una nueva, durante su sesión N° 1103.

Al momento actual, la situación de Chipre continúa en un impasse. Se ha roto allí el orden constitucional al producirse el retiro —forzado por los hechos— de la representación turca en los organismos nacionales, y al desconocer unilateralmente el Arzobispo Makarios, los acuerdos de Zurich y de Londres.

IMPLICACIONES JURIDICAS DEL PROBLEMA

a) — Posición de los chipriotas griegos; b) — Punto de vista de los chipriotas turcos representados por la delegación de Turquía;

c)—Opinión del autor del presente trabajo.

a)—El gobierno del Arzobispo Makarios sostiene como se tiene dicho, que los pactos de Zurich y de Londres carecen de validez y de aplicabilidad en razón de que coartan o limitan la independencia de Chipre al prever, en especial el Tratado de Garantía, que cada una de las partes pueda intervenir con el objeto de restablecer el orden creado en ese instrumento (Artículo 4º).

Aduce asimismo, que los referidos instrumentos están viciados de nulidad absoluta porque le fueron impuestos a los chipriotas, sin que se les diera oportunidad de ejercer el derecho a la libre determinación.

En otros términos, implícase que hubo violencia moral de parte de quienes dieron redacción y contenido a dichos tratados, no permitiendo que se manifestara en forma clara y libre la voluntad del pueblo de Chipre, principal titular de la soberanía.

Como derivación de su alegato, el Arzobispo Makarios pide que al tenerse por nulos o inexistentes tales tratados, se establezca que su pueblo es el único con facultades suficientes para organizar sus instituciones civiles y políticas, con exclusión de cualquier interferencia extranjera.

b)—El gobierno de Turquía, por su parte, alega que los convenios de Zurich y de Londres son instrumentos elaborados en acuerdo a los principios y tradiciones del Derecho Internacional; que fueron producto de dilatadas y profundas discusiones, en las cuales se dio participación a los líderes de las dos comunidades de la isla y que atendidas las circunstancias —existir dos grupos en pugna a los cuales debía de dotarse de un instrumento adecuado para su convivencia en paz y para el logro de un propósito común—, la solución hallada era la más perfecta entre las posibles. Que de aceptarse las pretensiones del Arzobispo Makarios, se atentaría contra el principio de respeto a los tratados y con ello se introduciría el germen de la anarquía en las relaciones internacionales.

c)—De la sucesión de acontecimientos vinculados a la independencia de Chipre y de las argumentaciones de las partes directamente envueltas en el problema, resalta evidente que nos hallamos ante una de esas complejas situaciones en que a ambos contendientes les asiste parcialmente la razón, según se sigan los linea-

mientos clásicos del derecho internacional o las nuevas corrientes de pensamiento que al respecto existen.

En el caso bajo comentario, de primera intención se observa un choque de corrientes de derecho, pues si bien es cierto que aún tiene plena vigencia el principio de que los pactos deben ser respetados en acuerdo a la buena fe con que son firmados —por lo que sería indisputable el derecho de Turquía de intervenir en protección de su minoría—, también lo es la realidad y consecuente aplicación del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, en cuya virtud se eleva a la categoría de preceptos obligatorios los deberes de no intervención, respeto al principio de libre determinación de los pueblos, etc., y se establece que ellos deben privar sobre las obligaciones que los Estados hubieren acordado en convenios anteriores.

Las alegaciones de los chipriotas griegos de que los convenios de Londres y Zurich son nulos, no se compaginan con su pretensión de que Chipre siga formando parte de la Organización de las Naciones Unidas, una vez declarada esa nulidad.

La nulidad como institución de derecho tiene sus propias características. El vínculo que se da entre sus elementos no puede ser variado a gusto de las partes ni sus resultados ser invocados por ellas sólo en lo que les fuere favorable. Por lo tanto, si uno de los efectos de la nulidad es retrotraer las cosas al momento en que las causas de nulidad hubieren tenido nacimiento, no se ve cómo Chipre podría en base a la nulidad, no sólo no haber sufrido alteración alguna en cuanto a su condición de Estado, sino salir con una nueva personalidad, dentro de la cual la minoría turca devendría en absoluto desamparo.

La nulidad es un recurso de excepción que la ciencia del Derecho ha aceptado como caso extremo para revertir situaciones de hecho, producto de alteraciones profundas de la voluntad o graves errores del consentimiento a la hora de contratar. Y este no es el caso.

Las causas de nulidad invocadas no se presentan claras ni su entidad es tal, que permitan derivar fácilmente que existe un principio elemental de justicia al menos, que conduzca a dar por procedentes las pretensiones del Arzobispo Makarios.

La delegación chipriota ha referido su queja a la presunta violencia moral en que incurrieron Turquía y el Reino Unido. Como se dijo atrás, la cadena de sucesos que condujeron a la firma de los acuerdos de Zurich y de Londres no señala la tradicional imposición de voluntad de los vencedores a los vencidos.

Si bien es cierto que no fue la repetición de otros casos en que es el pueblo el que libérrimamente decide sobre su propio destino, también lo que es las peculiares condiciones que venían privando en la isla desde centurias atrás, imponían el deber de ciertas limitaciones, en garantía de que el principio de la libre determinación sería cumplido tanto en beneficio de los chipriotas griegos como de la minoría turca.

La libre determinación es un derecho que debe ser racionalmente interpretado y en razón de ello jamás puede ser un atributo que faculte a las mayorías para abusar de las minorías. Como todo derecho, está sujeto a limitaciones en beneficio de la armonía social.

Por otra parte, surge la grave interrogante sobre el problema de la competencia para la eventual declaratoria de la nulidad invocada. La Carta no da solución alguna.

Ahora bien, si se trata de situar el problema de Chipre dentro del estrecho marco jurídico de la Carta, nuestro criterio se inclinaría por aceptar que nos hallamos frente a un caso de derogatoria del clásico derecho internacional por el artículo 103 del máximo estatuto de las Naciones Unidas. Sin embargo, esa tesis nos situaría a la vez ante el dilema que nos plantea la nulidad: falta de un organismo competente para declarar tal derogatoria.

Así las cosas, parécenos que la única salida acorde con las viejas y modernas corrientes del derecho internacional y en armonía con el espíritu de la Carta de la Organización, es que se revisen los tratados de Zurich y de Londres en cuanto riñen con el respeto a la soberanía e independencia de Chipre y particularmente en lo que concierne al derecho de intervención que se reservaron las potencias signatnarias de esos pactos.

Tal revisión tendría que ser consentida por los firmantes de manera que se abra el camino para la redacción de nuevos instrumentos que dejen a salvo y conjuguen el derecho a la libre determinación de la mayoría chipriota griega y el derecho de la minoría

turca a conservar sus tradiciones, su forma peculiar de vida, su religión, etc.

Las bases principales de los nuevos estatutos deberían en consecuencia contener un programa mínimo como sigue:

- 1º)—Reconocimiento de la soberanía e independencia de Chipre, con la expresa disposición de que ningún Estado podrá intervenir en los asuntos internos ni en las relaciones internacionales de dicho país;
- 2º)—Reconocimiento del derecho de la minoría turca a conservar sus tradiciones, su religión, modo peculiar de vida, etc.; y a ser tratados sus miembros en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos;
- 3º)—Otorgamiento de algún estatus especial que garantice a la minoría turca el ejercicio de sus propios derechos como comunidad histórica y les faculte para desempeñar funciones políticas, judiciales y administrativas de escala nacional en condiciones de igualdad y atendiendo a la proporción de su número; y
- 4º)—Prohibición de que la isla sea anexada a otro Estado, sin el consentimiento libre, claro y expreso de las mayorías de ambas comunidades.

Para hacer operante la fórmula del punto 3º podría pensarse en el establecimiento de un régimen jurídico como el que a lo largo de muchos años ha regido y aún continúa rigiendo en España. Nos referimos a los "fueros" civiles e incluso políticos que, con carácter de legislación de excepción ha regulado la vida de importantes sectores de la población española como Vizcaya, Aragón y Navarra.

También podría ser una solución adecuada, convertir a Chipre en una Federación de Provincias donde una reglamentación de tipo general rigiese aquellos aspectos de la vida en común de ambas agrupaciones, a fin de integrarlos dentro de un espíritu nacional; y propiciar al mismo tiempo una legislación provincial que regule actividades que son peculiares de cada grupo.

Esta solución tiene los inconvenientes de la sugerida por el gran filósofo inglés Bertrand Russell quien apuntaba que la mejor forma de terminar con el conflicto era mediante un canje de la

minoría turca de Chipre por la minoría griega asentada en territorio turco cercano a la frontera con Grecia.

Las Naciones Unidas, finalmente, deberían convertirse en garante del respeto a los nuevos pactos, a fin de eliminar las suspicacias de Grecia y en especial de Turquía respecto a la buena fe con que se cumplirían sus disposiciones, en especial las que tienden a dar una protección especial a su minoría.

Aunque no hay antecedentes al respecto, nada se opone a esa garantía toda vez que la Organización posee plenos atributos de sujeto del derecho internacional.

Votación en el seno de la ONU del 18 de diciembre de 1965

El caso de Chipre fue considerado durante las sesiones Nos. 1407 a 1418 celebradas por la Primera Comisión Política de las Naciones Unidas, del 11 al 17 de diciembre del año próximo pasado.

La Comisión tuvo a la vista tres distintos proyectos: uno propuesto por Turquía, otro por Afganistán e Irak y un tercero por un grupo numeroso de países afroasiáticos, Yugoslavia, Panamá, Trinidad, Tobago y Uruguay. Este último en definitiva fue puesto a votación con el siguiente resultado: 47 votos a favor, 6 en contra y 51 abstenciones.

Dicho proyecto de resolución fue llevado al plenario de la Asamblea General el día 18 de diciembre y votado en la misma fecha, como sigue: 47 a favor, 5 en contra (Albania, Pakistán, Turquía y los Estados Unidos de América), y 54 abstenciones.

La parte dispositiva de esa resolución dispone lo siguiente:

“La Asamblea General...

- 1º)—Se da por enterada de que la República de Chipre como Miembro de pleno derecho de las Naciones Unidas, tiene, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, derecho a disfrutar y debe disfrutar de plena soberanía y completa independencia sin ninguna intervención o injerencia extranjera;
- 2º)—Pide a todos los Estados que, de conformidad con las obligaciones que les impone la Carta, y en particular

los párrafos 1º y 4º del Artículo 2º, respeten la soberanía y completa independencia e integridad territorial de la República de Chipre y se abstengan de cualquier intervención dirigida contra ella; y

3º)—Recomienda al Consejo de Seguridad que prosiga la labor de mediación de las Naciones Unidas, de conformidad con la resolución N° 186 (1964).

Esa resolución, muy encomiable desde el punto de vista de los principios de las Naciones Unidas, infortunadamente no ha traído el menor progreso hacia la solución del problema de fondo cuyas causas permanecen sin alteración alguna.

La petición que se formula a todos los Estados Miembros de la ONU para que respeten la soberanía y la completa independencia de Chipre, traducida al lenguaje práctico de las Naciones Unidas, nada agrega, en especial si se toma en cuenta que en lo particular de Turquía existe el fuerte argumento de que actúa bajo el amparo de un pacto que no ha sido abrogado.

Esa toma de posición de la Asamblea General, no hace otra cosa que desviar el enfoque del caso hacia ángulos que no son los pertinentes. En nuestra opinión debió de concentrarse en la necesidad de proceder a una revisión de los pactos de Zurich y de Londres y consecuentemente formular una enérgica recomendación —no puede ir más allá— a las partes para abocarse de inmediato a esa tarea.

Lo acordado no pasa de ser una mera fórmula política, un remedio superficial a un problema muy hondo, y si se quiere, una de las tantas fórmulas a que echa mano el ambiente sofisticado de las Naciones Unidas para dar la impresión de que se avanza en la solución de las grandes controversias, siendo cierto que lo que se logra con ellas es dilatar en el tiempo los efectos —a veces devastadores— de situaciones delicadas.

Comentario final

El análisis que hemos hecho de los pormenores históricos, políticos y jurídicos del caso de Chipre, demuestran —como lo afirmamos en el inicio de este trabajo—, que a pesar de que hay

LOS ESTUDIOS POLÍTICOS EN LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ALFONSO CARRO ZUÑIGA
Titular de "Teoría del Estado"
Facultad de Derecho.

Tema presentado a consideración del II Congreso Universitario, de la Universidad de Costa Rica, celebrado entre el 28 de agosto y el 4 de setiembre de 1966.

I.—LA SITUACION ACTUAL

Una de las primeras impresiones que se reciben al conocer la Universidad de Costa Rica es el vacío que presenta en el campo de las ciencias políticas. Esta condición negativa adquiere honda gravedad si se toma en cuenta, como debe serlo, el carácter eminentemente democrático de la vida política costarricense.

Esta falla constituye un aspecto sobresaliente del problema que presenta la educación costarricense en nuestros días: su incapacidad para transformarse y adaptarse a las condiciones de sociedad moderna que adquiere actualmente nuestro país, y su falta absoluta de espíritu director en la vida nacional. Anclada aún en el espíritu décimonono que la vio nacer, nuestra educación, a pesar de los ensayos y esfuerzos realizados para actualizarla, se encuentra de espaldas a la realidad costarricense y no escucha ni ve las exigencias que le plantea el cambio radical que se opera en nuestra nación desde hace varios años. Este proceso de evolución pugna por hacer de nuestro país, —ejemplar en tantos sentidos, pero que encierra una estructura social atrasada en muchos de sus órganos vitales—, una sociedad moderna, justa y eficiente. En este proceso, preciso es reconocerlo, el sistema educativo no ha desempeñado plenamente su papel rector; no ha inspirado ni ha guiado esta convulsión nacional. En vez de dirigir, se ha dejado arrastrar.

Es justo reconocer que nuestra Universidad, —a pesar de su sistema juventud, o precisamente por ello—, es el centro educativo

que ha mostrado mayor orientación y flexibilidad en esta tarea irrenunciable para la educación, de ser el espíritu y la fuerza de mayor responsabilidad en la inspiración y determinación de los cambios fundamentales de un país. Sin embargo, existen zonas amplísimas de la realidad costarricense, de extraordinaria importancia para los destinos de nuestro pueblo, hacia las cuales no ha volcado su interés y su empuje creador. Me refiero, en concreto, a todo lo que constituye la vida política nacional. Tal vez, en un afán consciente por mantenerse al margen de las luchas político-electorales, irreflexivamente ha descontinuado una valiosa tradición universitaria occidental, ha ignorado el estudio de los grandes problemas político-sociológicos de nuestra nación, y ha hecho abandono en buena parte de su misión de formar hombres, como personas y como ciudadanos.

II.—LA ENSEÑANZA DE LAS CIENCIAS POLITICAS

En la historia política podemos señalar tres etapas bien definidas: 1) la aparición de las prácticas políticas (arte de gobernar); 2) el estudio racional de los problemas políticos (filosofía política y ciencias políticas); y 3) la enseñanza de las ciencias políticas.

“Durante milenios —desde la época prehistórica— el arte de gobernar es una característica esencial de la sociedad humana. No hay duda de que el hombre no puede vivir en sociedad sin una forma de gobierno organizado. Se ha dicho que en algunos países, como China, existió en principio una sociedad sin Estado, pero las formas de gobierno están lejos de reducirse a las que se relacionan con la noción de Estado. Esta verdad general puede aplicarse, por tanto, a los países en que no existe una concepción estatal moderna. Gobernar es ejercer el poder y gran número de hombres —los más capaces, fuertes o ambiciosos— se han consagrado en todas las épocas y países a la práctica del gobierno, sea como jefes de tribus o magos, como emperadores o reyes, como presidentes o prelados, como generales o estadistas, como políticos o cortesanos, como burócratas o diplomáticos”⁽¹⁾.

Es preciso aclarar, sin embargo, que el estilo peculiar de la realidad política de la sociedad occidental, tuvo sus orígenes en

(1) William A. Robson, profesor de la London School of Economics and Political Science. Informe a la Asociación Internacional de Ciencias Políticas (1952), pág. 1.

Grecia. Frente a las experiencias prepolíticas (o pseudopolíticas) de las civilizaciones anteriores, caracterizadas por la primacía de la fuerza, surge en la sociedad griega una forma de vida, radicalmente nueva: la política, cuyo supuesto espiritual es otra conquista del genio griego, la sabiduría política⁽²⁾.

La segunda etapa histórica señalada, con la formación de un saber racional acerca de las cosas políticas, tiene sus orígenes indudables en la misma Grecia.

“La práctica y las instituciones gubernamentales existían mucho antes de que se intentara descubrir los principios directivos de la organización y de la acción política. El estudio racional de los problemas políticos comenzó con los filósofos griegos, particularmente con Platón y Aristóteles y ha continuado hasta nuestros días, aunque no sin interrupción, durante estos 2.300 años”⁽³⁾.

Hermann Heller, que representa el esfuerzo más notable para articular una “Teoría del Estado” moderna, reconoce casi sin limitaciones el origen griego del saber político del hombre occidental. Estas son algunas de sus consideraciones:

“Desde los tiempos de la antigüedad clásica se nos viene transmitiendo, de palabra o por escrito, un cúmulo de doctrinas y conocimientos a los que hoy se da el nombre común de ciencias políticas, sin que haya sido posible determinar, de modo preciso e inequívoco, el objeto o el método de esta singular ciencia enciclopédica. No aparece claro, en tal designación, ni el concepto de lo político ni el de ciencia, porque no se puede hablar ni de una esfera de problemas claramente delimitada ni tampoco de métodos específicos de esa ciencia... El problema de la diversidad de ramas de las ciencias políticas y la discusión de lo que ellas deben ser, por su objeto y método, se encuentra hoy, sustancialmente, en el mismo estado en que se hallaba en los últimos tiempos de la antigüedad helénica. La “política” significaba, para los griegos —quienes, en el período clásico sólo conocían de modo inmediato el Estado-Ciudad—, todos los fenómenos estatales, tanto las instituciones como las actividades. La necesidad de una instrucción especial, mediante una doctrina teórica, para llegar a dominar esta

(2) Francisco Javier Conde, en “Teoría y Sistema de las Formas Políticas”.

(3) Robson, Informe citado, pág. 1.

política, se pondrá de manifiesto en aquellos casos en que sean, también, admitidos a la actuación política quienes no pertenezcan al estrecho círculo de los iniciados en las ancestrales enseñanzas, transmitidas por tradición. Por esta razón, no se conocieron en el antiguo Oriente las ciencias políticas y, por ello también, sus comienzos en Grecia coinciden con los de la democratización de Atenas y de los Estados-ciudades de Sicilia"⁽⁴⁾.

Encontramos un poco exagerada la apreciación de Heller sobre el objeto y los métodos de este conjunto de ciencias; precisamente su obra ya citada, la "Teoría del Estado", hace una contribución decisiva en ese campo, sobre todo en cuanto a la determinación de ese modo o forma de la realidad que llamamos realidad política. Se podría igualmente citar el gran esfuerzo realizado en ese sentido por numerosos pensadores en el siglo actual.

En cuanto a la tercera etapa, que corresponde a la enseñanza sistematizada y a nivel superior de las ciencias políticas, es propia de los dos últimos siglos. Acudimos de nuevo al profesor Robson, quien sintetiza en pocas frases la situación presente en materia de enseñanza de estas disciplinas:

"En cambio, la enseñanza de la ciencia política en las universidades es muy moderna. Antes del siglo XIX no existía en ningún sitio (excepto Suecia), y aún hoy disfruta de un desarrollo total en muy pocos países. En la mayoría, el término "ciencia política" casi no tiene sentido y apenas es comprendido en muchos donde las universidades tienen, en cambio, una amplia enseñanza superior de otras disciplinas, como Derecho, Historia, Filosofía e incluso Sociología"⁽⁵⁾.

Es interesante recordar que, en otro sentido, el primer gran esfuerzo por la enseñanza de la Política lo realizaron los sofistas; primero no sólo por la naturaleza de la actividad, sino también por sus repercusiones en la vida social y política de los griegos.

"Como primeros maestros de la política encontramos, entonces, a los llamados sofistas, tales Protágoras y Gorgias, que enseñaban la Política como una especie de arte para la vida del individuo, como una técnica política cuyo fin esencial era la carrera política del discípulo y que, por esta causa, podía limitarse a exponer

(4) "Teoría del Estado", pág. 30.

(5) Informe citado, pág. 1.

la manera de emplear los medios necesarios para alcanzar ese fin. La base de aquella enseñanza estaba constituida por una formación enciclopédica general que comprendía rudimentos de Matemáticas, Medicina, Botánica, Zoología y Astronomía, así como de Economía y Pedagogía y conocimientos sobre el arte de la guerra y sobre diversos pueblos. En sus esfuerzos por preparar, de la mejor manera, a sus alumnos para la política del momento y dotarlos de las habilidades necesarias para la acción política, los sofistas dedicaron especial atención a la Retórica, como arte de hablar en público, por la que el discípulo aspiraba a influir sobre la multitud para llegar a un puesto dirigente. No trataba de capacitarse para el más acertado desempeño de determinadas misiones o puestos, sino, como dice el Protágoras platónico, ser instruido, en general, sobre "cómo se debe hablar y obrar en los asuntos del Estado para llegar a ejercer el máximo influjo"⁽⁶⁾.

Aún cuando aceptemos la condición problemática de las ciencias políticas, —que hace de ellas campo propicio para constantes luchas teóricas sobre su objeto, sus métodos y sus fines—, debemos reconocer que se puede formar con ellas, en el marco universitario, una estructura científica de gran consistencia y valor.

Este carácter problemático de las ciencias políticas, y la ausencia de un esfuerzo universal para sistematizarlas, ha sido la causa de su dispersión y anarquía. Ordinariamente, las disciplinas políticas son piezas sueltas dentro de la organización universitaria, carentes de un sitio que les pertenezca por derecho propio, verdaderos parches intelectuales sin una función trascendente.

"En la enseñanza universitaria no cesa la lucha entre las disciplinas nuevas que tratan de imponerse y las viejas y gastadas que se esfuerzan por sobrevivir —dice el profesor Robson—. Para que una disciplina nueva se imponga es preciso que su propósito, su extensión, su naturaleza y su valor educativo aparezcan tan claros que no ofrezcan duda al Ministerio de Educación interesado, ni a las autoridades universitarias, ni a los técnicos de las otras disciplinas, ni a los estudiantes. A juzgar por el humilde lugar que se le concede en numerosos países, la ciencia política no siempre ha conquistado esta posición. Con demasiada frecuencia se encuentran sus cursos repartidos entre las Facultades o Departamentos

(6) Obra citada, págs. 30-31.

de Letras, Derecho, Filosofía, Historia, Relaciones Internacionales, Sociología, etc. Este estado de cosas presenta serios inconvenientes, pero para remediarlos se necesita que los especialistas de la ciencia política establezcan su unidad y fines"⁽⁷⁾.

Hemos entrado así, en una cuestión fundamental para la organización de la enseñanza universitaria de las ciencias políticas. La concreción de su unidad y sus fines es la única vía capaz de terminar con su actual atomización, que les resta autoridad intelectual e influencia.

"Esta unidad —agrega el profesor Robson— puede demostrarse de diversas maneras. Puede hacerse observar que todas las ramas de la ciencia política tienen un fin común, que es el estudio del poder en la sociedad. Siempre se trata de estudiar una u otra forma del poder, bien se consideren las teorías políticas pasadas o actuales, las instituciones políticas nacionales o extranjeras, las prácticas y métodos de gobierno, las características de los partidos políticos y los grupos de presión, las relaciones entre los Estados, los organismos internacionales creados con distintos fines, etc. El objeto de la ciencia política es estudiar la naturaleza, fundamentos, ejercicio, objetivos y efectos del poder en la sociedad. El poder de que se trata no tiene por fuerza carácter coercitivo. El estudio de los fundamentos morales del poder y el de la influencia de las ideas, ocupan un lugar considerable en la filosofía y en la sociología políticas. Las fuentes y los fines del poder no son menos importantes que su ejercicio... Puede también demostrarse la unidad de la ciencia política haciendo resaltar que las diferentes ramas de esta ciencia deben aprenderse y enseñarse en estrecha correlación si quiere comprenderse su naturaleza, sus relaciones recíprocas y con referencia al conjunto. Es muy difícil, si no imposible, mantener esa correlación desde el momento en que la enseñanza de esta disciplina se reparte simultáneamente entre las Facultades de Letras, de Derecho, de Historia, etc... Tenemos una tercera manifestación de la unidad de la ciencia política en el hecho de que el especialista de esta disciplina adopta para su estudio una actitud de espíritu especial. Ya hemos dicho que la ciencia política no presume de método especializado de pensamiento ni de vocabulario técnico como ocurre en derecho o economía política, pero

(7) Informe citado, pág. 2.

necesita, sin embargo, una actitud muy distinta a la del historiador, el filósofo, el jurista, el economista o el sociólogo para el estudio de las mismas o similares materias. Al leer a Begehot, Siegfried, Merriam, Laski o cualquier otra eminencia de la ciencia política, percibimos inmediatamente que el autor ve su objeto desde un ángulo particular y que esta actitud da a su mundo un aspecto característico. Es cierto que casi todas las "materias" de ciencia política pueden incluirse en otros programas, pero el informe americano nos recuerda con razón un pasaje de McIver: "siempre es el centro de interés lo que distingue una ciencia social de otra. No pensemos que las diferentes ciencias sociales abarcan áreas materialmente distintas. Lo que caracteriza a cada una es su sistema de seleccionar los datos". El "centro de interés" de la ciencia política es claro, y fácil de definir. Se interesa por el poder, por el modo de conquistarlo, conservarlo, ejercerlo, resistir en él. Eso justifica ampliamente su pretensión de ser considerada como disciplina distinta"⁽⁸⁾.

Heller, en su "Teoría del Estado" señala la importancia excepcional que tienen, en el desarrollo de la ciencia política moderna, dos definidas corrientes de pensamiento que se forman y expresan sobre todo en los siglos XVI, XVII y XVIII: una, la empírico-positivista, que se propone una descripción e interpretación social-histórica de las realidades humanas (Maquiavelo, Bacon, Bodino, Montesquieu); otra, la jusnaturalista, que excluye en mayor o menor medida las conexiones sociales e históricas (de Locke a Rousseau, y de Pufendorf a Kant). Para él, la Ciencia Política descriptiva comprende las siguientes materias:

"... en el centro aparece el problema de la organización y división del poder político y el de su adquisición, ya exponiéndolo con referencia a un Estado concreto, ya haciendo una exposición comparativa de una pluralidad de caracteres estatales concretos, ya, en fin, como una teoría sistemática del Estado occidental. Luego vendría la descripción y explicación de esta organización de poder en sus conexiones causales con las condiciones geográfico-climáticas, raciales y otras de carácter natural y con las peculiaridades económicas, militares, morales, religiosas, nacionales, etc., de la población, y también, y aún en primer lugar, su conexión con la constitución

(8) Informe citado, págs. 2-3.

jurídica del Estado. También comprendería la crítica de esta constitución, así como de la total constitución política. Incluiría, asimismo, la descripción de las más importantes formas de autoridad política, de la organización y acción de los grandes grupos políticos dentro del Estado (teoría de los partidos); la exposición del papel que desempeñan las ideas políticas en la formación y desarrollo de los cuerpos políticos; las relaciones de los poderes políticos organizados con los grandes poderes sociales, especialmente, en nuestros tiempos, las clases sociales y, también, con la Iglesia, la opinión pública, la prensa, así como, y en modo destacado, con las potencias económicas, enormemente influyentes (capital financiero, industrial y agrario, sindicatos); y, finalmente, habría de referirse también al Estado en sus relaciones con los poderes internacionales y los otros Estados, ya se trate de relaciones federativas, confederativas o cualesquiera otras exteriores y de Derecho Internacional. En la moderna ciencia de la política predominan las cuestiones de política interior sobre las de política exterior, lo que se explica, de un lado, por el débil grado de racionalización logrado hasta el día en los procesos políticos exteriores, y, de otro lado, a una notoria falta de comprensión para ese sector de la vida política, patente en los tiempos recientes. Los problemas jurídicos sólo interesan a la Ciencia Política en cuanto el derecho, como orden social escrito o no escrito, venga a legitimar, fundamentar o limitar, de modo efectivo, el poder político, y en cuanto ordene, de modo real, las relaciones de poder de los órganos estatales entre sí y con los habitantes del territorio o con otros Estados. Así, pues, constituye una parte de las ciencias políticas la doctrina político-sociológica del derecho, pero en manera alguna la jurisprudencia dogmática"⁽⁹⁾.

III.—ORIENTACION Y AREAS DE LA ENSEÑANZA DE LAS CIENCIAS POLITICAS

Con este tema entramos en un campo de fronteras indeterminadas, precisamente porque la realidad política es dinámica por propia naturaleza; hoy, más que nunca, se ensancha con ímpetu incontrolable y obliga a la inteligencia humana a crear, con igual ritmo, divisiones y subdivisiones en el mundo de las ciencias polí-

⁽⁹⁾ Obra citada, págs. 41-42. Para comprender en su exacto sentido algunas de las apreciaciones de Heller, sobre todo en lo referente a los procesos políticos exteriores, debe tomarse en cuenta que la obra fue publicada en 1934.

ticas y de las disciplinas ligadas a ellas. De otro lado, la finalidad educativa puede ser unilateral o múltiple: la enseñanza de las ciencias políticas puede pretender tan sólo una formación académica en el estudiante universitario, de valor cultural general, o tender a la creación de cuadros de funcionarios del Estado, o alcanzar a la vez ambos objetivos. Además, se puede plantear la pregunta, que ha suscitado tantas controversias en otros países, de si este tipo de enseñanza debe crear en los estudiantes un espíritu cívico superior; o dicho en otros términos, si entre sus tareas más importantes está la de formar buenos ciudadanos.

Es racional, por tanto, plantearse la siguiente cuestión: ¿debe la enseñanza de las ciencias políticas tener una finalidad cultural, o profesional, o cívica?

En el capítulo III del informe del profesor Robson, anteriormente citado, que lleva por título "Los objetivos de la enseñanza de la ciencia política", se plantea y da una respuesta a este problema básico.

"En el capítulo precedente ya hemos estudiado el contenido y la extensión de la ciencia política, tal como la entienden hoy los países considerados. Hemos anotado lo que es común a todos ellos en su concepción de la ciencia política, lo que es peculiar a cada uno y las similitudes y diferencias que se observan en su forma de abordar la cuestión. De este estudio se desprende que los objetivos de la enseñanza de la ciencia política no están claramente definidos o reconocidos en todos los países donde se estudia... No puede decirse que en general la ciencia política se enseñe expresamente o exclusivamente para formar políticos o funcionarios mejor instruidos, o profesores o investigadores especializados en este terreno, ni para proporcionar a los estudiantes una formación básica esencial para el estudio de otras materias, aunque la enseñanza de la ciencia política responde, entre otros, a esos fines. Los de la enseñanza de la ciencia política rara vez se formulan —y casi nunca se enuncian— de forma explícita. Suelen colocarse de forma un tanto vaga, entre los dos objetivos siguientes: de una parte, contribuir a la educación general y de otra, dispensar una instrucción útil al ejercicio de la función pública y de ciertas profesiones"⁽¹⁰⁾.

(10) William A. Robson, informe citado, pág.21.

Seguidamente el profesor Robson llama la atención sobre el valor social de las ciencias políticas, sobre todo en los regímenes democráticos modernos, en los siguientes términos:

"Ciertas tendencias, nacidas de la situación del mundo moderno, se manifiestan en dos direcciones. La enorme amplitud de las atribuciones del Estado en todos los países, la necesidad universalmente sentida de desarrollar y perfeccionar los servicios sociales, la amenaza que los regímenes totalitarios hacen pesar sobre valores e instituciones generalmente admitidas, el desastre de la segunda guerra mundial, al que se añade el temor a un nuevo conflicto universal, la aceptación generalizada del papel decisivo que la política de los gobiernos puede representar en el terreno económico, todos estos factores y algunos otros, han llamado la atención sobre la tendencia que concede a la ciencia política un lugar preeminente en la cultura general. Si la educación tiene por fin permitir a los hombres y a las mujeres conocer el mundo en que viven, es innegable que la ciencia política resulta necesaria al que quiere darse cuenta exacta de los acontecimientos nacionales e internacionales contemporáneos. El estudiante de ciencia política está más capacitado para comprender un régimen político, la línea de conducta o los actos de un gobierno y los grandes problemas actuales, que el alumno de medicina o el ingeniero. Por esta razón es más fácil que un gobierno democrático prospere en los países donde la ciencia política forma parte de la educación general, que en aquéllos en que no se le concede ese lugar. Si la ciencia política no se enseña en las universidades, los círculos más instruidos de la colectividad tendrán poca probabilidad de disponer de conocimientos que los capaciten para participar con eficiencia en los debates políticos, asimilar los problemas importantes, resistir las adulaciones del demagogo, las argucias del dictador o las promesas del impostor, distinguir entre la propaganda y la verdad, criticar autorizadamente los poderes públicos o discernir los criterios que permitan apreciar la acción de un gobierno"(11).

La Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México, al aprobar su nuevo plan de estudios en 1958, ajustó su programa de estudios y lo relacionó íntimamente con la realidad y las necesidades prácticas de ese país.

(11) Informe citado, pág. 22.

"Ocho años de trabajo acedémico de la Escuela de Ciencias Políticas y Sociales han reportado experiencias para alumnos, maestros y posibles empleadores de sus egresados, experiencias que combinadas con las que resultan del estado actual de la teoría de las ciencias sociales y de su enseñanza en el mundo, permiten y aún obligan a realizar un esfuerzo para hacer más funcional el Plan de Estudios de la Escuela, modificando el original que tiene el mérito evidente de haber sido el primero, y el que rompió la inercia e hizo posible las experiencias que ahora se pueden aprovechar... En la elaboración de este proyecto, el Consejo Técnico ha tomado en cuenta el estado actual de la investigación social y política, el sistema nacional de enseñanza y las necesidades del mercado profesional en que habrán de ocuparse los egresados, intentando acercar la Escuela a la vida institucional de México y tratando que sus egresados sean técnicos útiles a las instituciones públicas o privadas"⁽¹²⁾.

Además, la enseñanza de las ciencias políticas puede situarse en diversos niveles universitarios: en el de estudios generales previos a la formación profesional; en el de la enseñanza de las profesiones, como área de especialización en Derecho, Economía, etc.; como un nivel especial e independiente, que concluiría en Licenciatura y Doctorado en Ciencias Políticas; en un nivel intermedio, para la formación, por ejemplo, de profesionales en periodismo. Desde luego que, para cumplir una de esas finalidades, o varias, o todas, lo aconsejable es establecer en la Universidad interesada un solo órgano: una Escuela, un Instituto o un Departamento, que tendrá la función especializada de la enseñanza de las ciencias políticas.

Sobre este debatido tema de los objetivos de esta enseñanza superior, consideramos que no hay obstáculos insalvables para lograr un equilibrio racional entre los tres ya indicados: el valor cultural, la formación profesional y la educación cívica. Esta última es desechada como objetivo de los estudios políticos por Robson, con base en razonamientos muy respetables, pero difícilmente aceptables, por cuanto parten de una separación artificiosa entre el carácter formal que se afirma poseen las enseñanzas de cultura general y el sentido formativo que todo esfuerzo educativo debe tener.

(12) "Ciencias Políticas y Sociales" (Revista de la Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales). N° 15, Enero-marzo 1959, pág. 69.

El veredicto del profesor Robson es el siguiente: "Aunque la ciencia política se mire con razón como asignatura útil en la preparación de numerosas profesiones y aunque se la considere como especialización profesional para el servicio público, la universidad debe enseñarla de todas formas como disciplina de cultura general y no como elemento de formación profesional. No perdamos nunca de vista que la ciencia política no es útil solamente a los funcionarios, sino también a los hombres políticos (parlamentarios, consejeros generales o municipales, etc.), a los dirigentes de partidos, miembros de tribunales administrativos, administradores de industrias nacionalizadas, de servicios públicos y de empresas públicas, alto personal y comentaristas de la radio, periodistas y corresponsales de agencias de prensa, dirigentes de sindicatos, obreros o patronales, empleados de banca, hombres de negocios, y aun a muchos otros"⁽¹³⁾.

El número de las disciplinas políticas, y de las que tienen una relación directa con ellas, es extraordinariamente amplio. Con el propósito de sistematizarlas, el Comité designado por la UNESCO para preparar los estatutos de la Asociación Internacional de Ciencias Políticas, estableció las siguientes cuatro grandes áreas⁽¹⁴⁾:

I.—Teoría política

- a) Teoría política.
- b) Historia de las ideas políticas.

II.—Instituciones políticas.

- a) La constitución.
- b) Gobierno central.
- c) Gobierno regional y local.
- d) Administración pública.
- e) Funciones económicas y sociales del gobierno.
- f) Instituciones políticas comparadas.

(13) Informe citado, pág. 29.

(14) Apéndice III al informe del Profesor Robson, pág. 147.

III.—Partidos, grupos y opinión pública.

- a) Partidos políticos.
- b) Grupos y asociaciones.
- c) Participación ciudadana en el gobierno y la administración.
- d) Opinión pública.

IV.—Relaciones Internacionales.

- a) Política internacional.
- b) Organización y administración internacionales.
- c) Derecho internacional.

IV.—PROPOSICION PARA CREAR EN LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA UNA ESCUELA DE CIENCIAS POLITICAS

Consideramos que la Universidad de Costa Rica debe, con base en las razones ya señaladas y en otras que pueden reforzar la justificación de esta reforma trascendental, decidir la creación de un órgano que tenga como función especializada la enseñanza de las ciencias políticas, sea un Departamento, un Instituto o una Escuela. Particularmente nos inclinamos por la Escuela de Ciencias Políticas, con el carácter de anexa a una de las Facultades actuales con las que tendría íntima relación.

Y en principio, la proponemos con cuatro áreas:

- I.—Fundamentos de las Ciencias Políticas (como parte de los Estudios Generales).
- II.—Ciencias Políticas y Administración Pública.
- III.—Estudios Diplomáticos y Consulares.
- IV.—Periodismo.

V.—CONSIDERACIONES FINALES

Lo anterior sólo representa una proposición esquemática para ser discutida en este Segundo Congreso de nuestra Universidad.

Si es aprobada, podrían las autoridades universitarias iniciar la importante etapa de los estudios que conducirían a la organización de la nueva entidad, la formulación de sus cursos y programas y la determinación de todos los otros elementos indispensables para que se convierta realmente en uno de los centros de enseñanza superior más importantes en la vida nacional.

Ya existe esta escuela que fue creada en 1969

ADMINISTRACION ANTE LA LEY - EL ESTADO

En las condiciones de la Administración ante la Ley...
La Administración es una por tanto...
El Estado es el ente...
La Ley es el fundamento...
La Administración es el instrumento...
El Estado es el sujeto...
La Ley es el objeto...
La Administración es el medio...
El Estado es el fin...
La Ley es el principio...
La Administración es el instrumento...
El Estado es el sujeto...
La Ley es el objeto...
La Administración es el medio...
El Estado es el fin...
La Ley es el principio...

LA PRESCRIPCIÓN Y SU RENUNCIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Lic. MANUEL ANGEL CASTRO LOPEZ
Procurador Civil de la República.

I.—LA ADMINISTRACION ANTE LA LEY - EL ESTADO Y LA LEY

Dos son las posiciones de la Administración ante la Ley. Una que sostiene que la Administración no tiene por misión aplicar la Ley, ya que lo único que exige el Estado de Derecho es su respeto; la otra, ubica las atribuciones y facultades administrativas en el ámbito de lo que la Ley encomienda, siendo imposible todo tipo de actuación que no haya sido previamente propuesta a la Administración por el legislador.

El desarrollo del Estado actual nos presenta tres fases de sometimiento del Estado al Derecho: a) en una primera fase lo encontramos sometido parcialmente en cuanto a ciertos actos (doctrina del Fisco); b) sumisión total al Derecho común sin especial situación jurídica (rule of law); c) sumisión total de los actos del Estado al Derecho, pero reservándose el Estado una situación de prerrogativa (régimen administrativo).

La doctrina del Fisco divide los actos estatales en actos de carácter privado, sean actos que no se diferencian en nada de los que puede celebrar o realizar un particular, de manera que no hay razón alguna para que no sean sometidos al mismo régimen a que son sometidos los actos particulares, y para que sean llevados a la discusión de los Tribunales, y actos de poder. Todos esos actos estatales de carácter privado son atribuidos a una persona jurídica que es el Fisco, que es la que debe responder de ellos judicialmente. De este modo resulta al Estado dividido en dos naturalezas de actos: actos que trascienden el Derecho y están a su margen, y actos a los cuales les es aplicable el Derecho Civil, siendo el rasgo de distinción el empleo de la fuerza, como propio del acto de poder.

Esta doctrina dio origen a la conocida teoría de la doble personalidad jurídica del Estado, hoy casi totalmente desamparada, ya que fue una elaboración de los juristas de la época de la concepción del Estado-policía. El "rule of law" nació en el siglo XIX y sus implicaciones fundan los tres siguientes principios: 1) la supremacía absoluta del Derecho común, como oposición a la existencia de poderes arbitrarios, de prerrogativas y de facultades discrecionales de las autoridades administrativas y del Gobierno; 2) igualdad de sumisión de todas las clases al Derecho ordinario nacional, administrado por los Tribunales ordinarios; 3) la afirmación de que el Derecho Constitucional inglés no es la fuente, sino la consecuencia de los derechos del individuo, tal como han sido definidos y aplicados por los Tribunales.

Esta doctrina del "imperio de la ley" pretende demostrar que históricamente ha sido posible una forma de sumisión de los actos del Estado a la ley común (common law) aplicable a las relaciones entre particulares.

La teoría del "régimen administrativo" admite la sumisión del Estado a la ley en cuanto a Poder, pero no es una sumisión a la Ley civil, ya que ésta parte de la igualdad jurídica de aquéllos entre quienes se aplica. Este Poder entra en relación con el particular con un trato de cierto favor ante el ordenamiento jurídico: se presume la legitimidad de los actos por él realizados, prerrogativa que tiene su justificación en la razón de que el Estado tiene por encargo velar por el interés público. La presunción acepta la prueba en contrario, como carga que corre a cargo del particular, de manera que si el acto es efectivamente ilegal la jurisdicción especial se encarga de decretar su nulidad.

Por eso se dice que el Derecho Administrativo es un derecho especial, y también especial ha de ser la jurisdicción para enjuiciar sus actos. El proceso evolutivo del Derecho Administrativo, hasta llegar a nuestros días, con el gran aporte del Consejo de Estado de Francia, nos explica cómo se ha producido ese cambio, con arreglo al cual la Administración sin ser arbitraria no ha caído en los dominios del derecho común, con el resultado de la formación de un sistema de Derecho que se informa en principios propios.

II.—LO JURIDICO, LO ARBITRARIO Y LO DISCRECIONAL

La actual filosofía del Derecho ha aceptado, casi generalmente, como norma de distinción esencial entre mando jurídico y mando arbitrario, la nota de regularidad inviolable, atribuida al primero frente a la irregularidad caprichosa, propia del segundo. Efectivamente, el mismo sentido que late de modo habitual en la palabra arbitrariedad, es el obrar sin arreglo a ninguna norma ni criterio objetivo o estable, el obrar sin apoyo en un fundamento dado, sólo porque sí, sólo a virtud de capricho o antojo subjetivo del momento. En cambio, lo jurídico es la conducta según normas o criterios objetivos de una manera regular; y por ende, será un poder o mando jurídico aquel cuyos mandatos o decisiones respondan a normas de validez general para todos los casos análogos; a normas que no pueda violar.

El poder arbitrario se sitúa encima de toda norma, incluso de aquéllas que él mismo hubiese dictado, y por actuar en cada caso particular al impulso de su personal antojo. Es, pues, característico de la norma jurídica el constituir una ordenación regular, estable, que mientras no sea derogada, ata por igual al súbdito y al poder público. El mando arbitrario se considera superior a toda norma, hace prevalecer sobre ella su especial capricho, siempre oscilante y no reductible a criterio fijo.

Claro que no debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho singular e individual del que manda, en cada caso concreto. El poder discrecional está sometido a normas tan inviolables como las reglas del derecho taxativo y predeterminado con generalidad. Lo que ocurre es que en la facultad discrecional el poder no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variedad de los factores en los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe él determinar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, pero debe hacerlo ateniéndose a directrices o criterios generales y objetivos, y por consiguiente ajenos a su libre antojo.

El proceso intelectual de la decisión del funcionario se puede dividir en tres categorías de actos: apreciación de su papel propio; apreciación de la situación de hecho; apreciación de lo que exigen

los hechos. Respecto de la apreciación de su propio papel, el funcionario no tiene propiamente ninguna facultad discrecional, pues en su carácter de órgano del Estado, tiene encomendada la realización de las atribuciones que a éste corresponden, no pudiendo, por lo tanto, desviar el ejercicio de las facultades que se le otorgan como funcionario para satisfacer intereses personales. Por lo que hace a la apreciación de la situación de hecho, debe distinguirse entre la apreciación de la existencia de los hechos, su calificación jurídica y las consecuencias que esos hechos pueden originar. La existencia de los hechos constituye un dato objetivo en que, por lo tanto, no cabe propiamente la discreción. Su calificación jurídica tampoco admite la discreción, pues si se trata de determinar si un hecho especial constituye una falta o un delito, o en general, un acto creador de derechos y obligaciones, tal determinación, una vez admitida la existencia de los hechos, tiene que hacerse en virtud de un proceso lógico de aplicación de la Ley, en el que no debe intervenir la facultad discrecional.

III.—APLICACION DEL DERECHO CIVIL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo se ofrece en una variedad de normas jurídicas (leyes, reglamentos, ordenanzas) de contenido generalmente incompleto, de modo que se hace necesario recurrir a los principios jurídicos reconocidos como ayuda para completar la base jurídica de la actividad administrativa.

Esa supuesta falta de forma normativa, hace de esta rama del Derecho un atractivo, por cuanto en él la averiguación y la aplicación del Derecho tiene que dominar una escala extraordinaria y abundante de posibilidades lógicas que va desde la más estricta ordenación legal hasta los principios jurídicos. Los cambios en el estado social, en las condiciones políticas, sociales y económicas producen un incesante influjo más fuerte sobre este Derecho que cualquier otro, siendo su campo más amplio y más difícil.

Aunque se admita que el Derecho Administrativo en más de una ocasión tenga que valerse del Derecho Civil, es falso que por los defectos de forma normativa haya de necesitar constitutivamente de los auxilios de las otras ramas del Derecho.

Debemos admitir en Derecho Administrativo, del Derecho Civil, únicamente aquellas categorías cuyos rasgos esenciales sean comunes a instituciones de aquel Derecho, y en tal conformidad tenemos a las dos maneras de utilizar el Derecho Administrativo, las normas del Derecho privado: Una consiste en estimar determinadas normas de éste como expresión de una norma jurídica general, y por tanto no limitada al Derecho Civil y válida directamente para el Derecho Administrativo, que en su conjunto constituyen la llamada parte general del Derecho; la otra, es la analogía.

El órgano de la Administración Pública aparece como un sujeto que administra bienes que corresponden a un tercero: la colectividad. Es un administrador impuesto por normas públicas para darle más validez y eficacia a su labor de custodia y tutela de los intereses sociales. La gestión colectiva se crea para asegurar un mayor bienestar colectivo, una equitativa realización del bien común y una oportuna satisfacción. La figura jurídica de la administración como gestor de intereses, confirma el valor que debe tener su labor. El administrador debe hacer una buena administración; la gestión colectiva no se le ha entregado al administrador público para que la realice en la forma deficiente de la empresa particular si tuviese que satisfacer intereses sociales. Esa obligación la realiza poniendo al máximo su experiencia sobre el problema que debe apreciar, el conocimiento recto de la realidad que se ha de investigar, el sentimiento de justicia al evaluar todas las circunstancias que concurren al caso, para poder elegir el acto. Al hacer uso de la actividad discrecional debe hallar el medio oportuno, imponiendo el menor sacrificio a los administrados; la máxima utilidad con el mínimo de sacrificio privado.

La gestión del mandato, la administración de bienes de terceros, dirección de sociedades civiles o comerciales, de tutela o curatela, se desarrollan sobre derechos patrimoniales y no patrimoniales que no pertenecen a los que aparecen como representantes. Hay una custodia o dirección de intereses particulares, de un patrimonio de terceros; son ejecutores de un fin previamente establecido con un amplio margen de apreciación para determinar los actos particulares: tales fines y condiciones se hallan legislados en el Código Civil o de Comercio.

Estas actividades especiales de personas ajenas a la voluntad del dueño de los bienes que indirectamente se benefician de la

gestión, se identifican formalmente con las que llevan a cabo los órganos de la administración pública. Se trata de gestiones previamente determinadas con un fin también previamente establecido, pero de intereses que actúan en campos distintos: en las actividades públicas los intereses son sociales; en los privados, los intereses son particulares. Ambos gestores tienen amplio campo de apreciación, pero la apreciación del representante privado se desenvuelve en un margen libre de intereses privados, mientras que en la administración pública se realiza teniendo en cuenta los intereses públicos. En la discrecionalidad de la administración pública se acentúa un interés público afirmado en los valores de bienestar general.

Los poderes discrecionales del administrador no se ejercen caprichosamente, ni para satisfacer fines personales sino por motivos de interés social.

Los órganos de la administración se encuentran en una situación de deber para cumplir el cual el Derecho les atribuye determinados poderes jurídicos, cuyo ejercicio ha de guiarse por el objeto propio del servicio a su cargo, prescindiendo de toda idea extraña que pueda desviar su línea de conducta natural: el fin.—

IV.—AUTONOMIA DE LA ADMINISTRACION FRENTE AL DERECHO CIVIL

No ha de entenderse tajantemente que al Derecho Administrativo no le sean aplicables algunos de los preceptos del Derecho Civil en cuanto a obligaciones pecuniarias en beneficio o en contra del Estado u otra entidad administrativa, pero la peculiaridad que imprime a la relación jurídica la presencia de un sujeto administrativo ha motivado la creación de reglas especiales que deben ser tenidas en cuenta cuando se hace patente tal presencia. Toda esa combinación de reglas y principios especiales propios del Derecho Administrativo constituye la estructura autónoma del Derecho Administrativo de hoy.

Es notoria la tendencia a asimilar las instituciones del Derecho Administrativo a las instituciones del Derecho Civil. La terminología misma de aquél advierte esa influencia, como lo demuestran las expresiones de "dominio público", "dominio directo", "servidumbres públicas", "contratos administrativos", etc.

Pero esa terminología no debe dar origen a confusiones si se tiene un concepto claro de qué es Derecho Público, cosa que no es frecuente en nuestros juristas y jueces, que han sido educados en modo predominante dentro de las nociones del Derecho Civil, notándose la tendencia marcada entre ellos a encajar a como haya lugar las instituciones del Derecho Administrativo en las tradicionales de la legislación civil.

Esa inclinación produce deformaciones que no solamente interesan desde el punto de vista teórico, sino que se traduce en consecuencias perjudiciales, pues tratar de regir la vida del Estado por las normas que rigen las relaciones entre particulares, es subordinarlo al cumplimiento de condiciones que son un obstáculo para la eficaz satisfacción de las necesidades colectivas.

De acuerdo con las opiniones que intentan definir los casos de aplicación del Derecho Civil a la actividad administrativa, se ha querido señalar que quedan sometidas a esa legislación las relaciones pecuniarias del Estado, pero ese criterio se contradice por la realidad, ya que las relaciones pecuniarias estatales adoptan diversas modalidades. Cuando el Estado establece y cobra un impuesto, cuando el Estado expropia, interviene indudablemente en relaciones de orden pecuniario, y a pesar de ello, es bien sabido que las relaciones que surgen en tales casos corresponden esencialmente al Derecho Público.

Por ese motivo no se puede aceptar generalidad del principio, siendo de advertir que precisamente ese criterio es el que ha fundado las mayores confusiones por la tendencia de aplicar a instituciones de Derecho Público normas establecidas para instituciones de Derecho Privado, idea combatida por numerosos autores, la mayor parte, que han ahondado en el estudio del Derecho Administrativo. Otto Mayer, respecto de ella, se expresa así: "La liberación de todas estas instituciones (las constituidas por relaciones patrimoniales del Estado), no será definitiva sino cuando se haya hecho desaparecer de los cerebros de nuestros juristas, la idea absolutamente falsa de que las relaciones de derecho civil, son idénticas".

Sostiene el mismo autor que la razón por la cual el Derecho Civil es aplicable al Estado, es simplemente porque es bueno y natural presumir que lo que es igual por naturaleza debe ser igual

mente reglamentado; que como la ley civil se refiere directamente a relaciones entre particulares, es preciso, para que sea aplicable al Estado que éste entre en una relación idéntica a la que se establece entre particulares; que indudablemente sólo se puede tratar de aplicación de leyes que se refieren al derecho pecuniario para que se apliquen las reglas de la ley civil; es preciso que el Estado haga un acto de economía privada, y que en los casos dudosos será necesario hacer una investigación previa, aplicándole sucesivamente las normas de Derecho Público y las de Derecho Privado, pero siempre las que expliquen más natural y más ampliamente todos los detalles del caso concreto y dejen subsistir menor número de excepciones y contradicciones, serán las que convengan para el registro del caso de que se trate.

Pero toca saber en qué casos el Estado realiza actos de economía privada y cuáles de ellos se rigen convenientemente por el Derecho Público y cuáles por el Derecho Privado.

No debe desconocerse la dificultad que existe para poder definir en términos generales los casos de aplicación al Estado, de las normas del Derecho Privado, a pesar de lo cual creemos que está menos expuesta la noción apuntada, de que las normas del Derecho Público serán aplicables a todos aquellos casos en que la actividad del Estado se vincule estrechamente con la subsistencia misma de la organización estatal, o con el cumplimiento de las atribuciones que le corresponde, dejando para el Derecho Privado todas las actividades que no están en esas condiciones.

La situación del Estado como acreedor o como deudor, aun en los casos en que no interviene como Poder Público, presenta diferencias marcadas con la situación de un acreedor o de un deudor de Derecho Civil, diferencias que principalmente se distinguen en las prerrogativas y privilegios especiales que se le reconocen en las leyes al Poder Público, para hacer efectivos sus créditos.

Tales créditos pueden originarse por el pago de impuestos, por actos de soberanía o como resultado de actos en que el Estado interviene de modo semejante al individuo en los actos jurídicos de la vida civil, o por daños a sus bienes, siendo una fuente principal de derechos y obligaciones en el orden patrimonial la celebración de contratos. Son prerrogativas especiales que tiene el Estado, la hipoteca legal de los bienes de los administrados para

responder de ciertos impuestos, la inembargabilidad de sus bienes, la calidad de título ejecutivo que pueda imprimirle a las resoluciones que determinan un adeudo a cargo de los ciudadanos.

En cuanto a sus principios, admite la doctrina como útil en Derecho Administrativo el principio de buena fe, pero sin que tenga en este Derecho las mismas consecuencias que origina en Derecho Civil. Para justificar algunas soluciones, se acepta el enriquecimiento sin causa como principio determinante de derechos, sin que ello signifique que se admiten las reglas sobre el punto establecidas por el Derecho civil. Se ha discutido si las reglas sobre nulidad que contiene el Código Civil rigen los actos administrativos. Unos sostienen la negación. Otros la afirmación, y algunos están de acuerdo en la aplicación de ciertos principios generales que están implícitos en los textos del Derecho tradicional, que por ser de carácter general pueden aprovecharse en el Derecho Público. También suscita dificultades la introducción de las obligaciones naturales por formación analógica con el Derecho Civil. El Derecho administrativo como Derecho Público taxativo, no deja margen para estos matices propios del Derecho de obligaciones. La teoría de la imprevisión ha encontrado acogida en este campo, en el sector de los contratos administrativos.

Según jurisprudencia nuestra, el artículo 1043 del Código Civil, que regula el cuasicontrato, no es aplicable cuando se trata de funcionarios o empleados públicos, pues el Estado no se obliga sino mediante la observancia de las normas legales que rigen su gestión (Casación de 3:50 de 29 de setiembre de 1937). Las acciones de carácter cuasicontractual de los individuos no alcanzan a obligar al Estado (Casación de 16:45 de 14 de enero de 1959).

En una opinión extraordinaria la Sala de Casación ha sostenido que el artículo 12 del Código Civil sólo atañe a la materia civil y en consecuencia no tiene aplicación a una cuestión puramente fiscal (Sentencia de 2 p.m. de 25 de octubre de 1921), tesis sumamente discutible, pues no hay ninguna razón para que la disposición de aquel artículo de que "La Ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior; y contra su observancia no puede alegarse desuso ni costumbre o práctica en contrario", no sea perfectamente admisible en Derecho Fiscal, pues la legalidad de los impuestos y tributos es un principio fundamental de este Derecho.

Para poner un ejemplo no más de los errores y efectos contraproducentes a que puede llevar la aplicación indiferente de los principios y normas de Derecho Civil en el Derecho Público, voy a citar una sentencia reciente de la Sala de Casación, en juicio seguido por una Sociedad contra el Estado, al impugnar resolución del Tribunal Fiscal Administrativo que modificaba declaraciones de la renta. Desechando la defensa de caducidad opuesta por la accionante, el señor Juez de lo Contencioso-Administrativo adujo que el Estado no puede de buenas a primeras demandar judicialmente a un administrado, para el pago de impuesto, puesto que previamente debe agotar el procedimiento administrativo fijado por el ordenamiento jurídico para los efectos de la determinación y liquidación de la imposición, procedimiento que se agota cuando el ciudadano hace uso de cada uno y todos los recursos que en la vía administrativa tenga el negocio o cuando acepta el acto administrativo en forma expresa o de manera implícita: esto es, cuando no hace uso de los recursos administrativos. Para que la Tributación Directa pueda acudir a la vía ejecutiva en cobro del impuesto de la renta se requiere: o que el contribuyente acepte, no haciendo uso de los recursos concedidos por la Ley, o que el Tribunal Fiscal Administrativo resuelva lo pertinente, dando por agotada la vía administrativa. Antes de alguna de tales hipótesis, no puede la Tributación cobrar suma alguna proveniente de recalificación, en virtud de que no existe un acto administrativo definitivo o ejecutorio. No puede ser únicamente la demanda judicial la que interrumpa los plazos de prescripción o caducidad para el cobro de las diferencias del impuesto proveniente de recalificación, porque el artículo 28 de la Ley de Impuesto sobre la Renta alude simplemente al cobro y cobro realiza la Administración al comunicar al contribuyente el acto recalificación, tanto que el ciudadano puede pagar de inmediato la suma respectiva. Admitir que sólo la acción judicial interrumpe dicho plazo sería dejar en manos del contribuyente el adeudo y no de la Administración acreedora, independientemente de la procedencia o no de la caducidad o prescripción, pues bastaría hacer uso de los recursos administrativos para asegurarse el pago del impuesto.

La argumentación del señor Juez es clara y precisa.

A esta argumentación sólida y firme de la Sala de Casación sigue lo siguiente: el argumento de la Oficina de Tributación

Directa, acogida por la Sala de Instancia de que la resolución del Tribunal Fiscal Administrativo contiene un cobro de los impuestos sobre la renta debidos por la actora, cobro que no requería para interrumpir la caducidad el ser judicial, es infundado porque el cobro a que se refiere el artículo 28 entonces en vigencia es al que se refieren los artículos 50, 52 y 53 de la misma Ley, que le dan el carácter de judicial. Por otra parte, la doctrina acepta, además, que "en la caducidad se atiende sólo al hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término fijado prescindiendo de las razones subjetivas, negligencia del titular o como imposibilidad de hecho..." Refutando la razón que invoca el señor Juez acogida por la Sala de Instancia, de que admitir que sólo la acción judicial interrumpe el plazo sería dejar en manos del contribuyente el deudor, arguye de que tampoco es válido el argumento de que el deudor tendría en sus manos el hacer imposible el cobro con sólo retardar la resolución administrativa, pues además de que eso no ha ocurrido en el caso de autos, trasladado el problema al campo de la teoría, la negligencia del deudor consentida o tolerada por el acreedor se vuelve en contra de éste y le hace culpable de que el término de la caducidad trascurra hasta que se realice. Y de esa responsabilidad no se libran en el caso de examen los órganos administrativos que han dado lugar al atraso que se produjo, con las consecuencias que resultan del mismo. El señor Juez tiene por probado que no se inició gestión cobratoria en la vía judicial en ninguna fecha anterior a la presente demanda, y "podemos agregar que ni aún hoy, ni siquiera por la vía de contrademanda en este proceso, tal gestión existe" (Sentencia N° 28 de 16 hs. de 15 de abril de 1966). No quiero aquí, establecer ninguna objeción concreta al fallo citado, pero sólo me basta con hacer notar que ese pronunciamiento tiene un fuerte olor a concepción pura civilista de la caducidad, y por eso se advierte fácilmente que las argumentaciones del Alto Tribunal quedan como tuercas flojas dentro del mecanismo a que se trata de aplicar; suenan como si no fuesen dirigidas hacia donde se proponen, como algo que se trata de ajustar a la fuerza dañando un sistema, como que es una pieza que no pertenece a la estructura. En cambio el razonamiento del Juez de primera instancia es toda una comprensión cabal del principio entendido en el ámbito del terreno del Derecho Público, dentro del campo especial de regulación del Impuesto sobre la Renta, y ajustado al ordenamiento en que se pone a operar. Ha

habido una confusión de parte del Alto Tribunal y con ello ha puesto en peligro el cobro de las sumas adeudadas por numerosos contribuyentes derivadas de recalificaciones, modificaciones tasaciones de oficio, etc., llevadas a cabo durante períodos en que los plazos al efecto constituían caducidad, porque difícilmente habrá un caso en que la resolución definitiva que agote la vía administrativa se haya dictado en las condiciones que exige la Sala de Casación, por motivo de la interposición de los recursos respectivos cuyo procedimiento se llevaba mucho tiempo: petición de rectificación del cálculo dentro de treinta días ante el Departamento de la Renta; revisión ante la Dirección General, dentro de los quince días siguientes al rechazo; apelación ante el Tribunal de la Renta dentro de igual término, si fuere declarada inadmisibles la gestión, todo lo cual, conforme el pensamiento del Alto Tribunal significa que en un término de tres años la Tributación Directa estaba supuesta a llevar a cabo las modificaciones, recalificaciones, las tasaciones de oficio, etc., comunicarlas a los contribuyentes, esperar que éstos hicieran uso de tres recursos, y tener presentada antes del vencimiento del término la demanda de cobro judicial.

V.—LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con la legislación civil, las cosas públicas, están fuera del comercio, y por tanto son imprescriptibles. Las cosas privadas, aunque pertenezcan al Estado o los Municipios, los cuales para el caso se tienen como personas civiles, sin diferencia respecto de cualquier otra persona, prescriben.

El fundamento de la prescripción en Derecho Administrativo es igual al que tiene en Derecho Civil. La prescripción en Derecho Administrativo se funda en la necesidad de que las relaciones jurídicas no deben permanecer mucho tiempo en posibilidad de litigio y confusión. Por eso se señalan plazos para la interposición de recursos formales. Pero como características propias están, razones de certeza de la gestión financiera y patrimonial del Estado; evitar que los cambios de gobierno puedan permitir soluciones de oportunismo y la dificultad de la prueba de la existencia de la obligación entre más se aleja la fecha de la reclamación de la fecha de la obligación.

Según una opinión la prescripción produce sus efectos no al cumplirse el término fijado por la Ley, sino cuando se hace valer en juicio. El artículo 865 del Código Civil establece que "Por la prescripción negativa se pierde un derecho". Para ello basta el transcurso del tiempo, "sin que se exija la condición de juicio". La situación de que el Juez no pueda suplir de oficio la prescripción no alegada, no significa que la prescripción deba oponerse para que produzca sus efectos, sino que ello es aplicación simple del principio general en materia de derecho probatorio, según el cual el interesado debe alegar el hecho jurídico en que funda su derecho o la liberación de una carga, concretado en el artículo 719 del Código Civil nuestro, de modo que el Juez nunca podrá suplir oficiosamente el silencio de la parte interesada. El artículo 719 no sólo vale para la prescripción extintiva, sino para todos los medios de extinción de los derechos, hasta el pago, respecto del cual nadie duda que extinga la obligación ipso iure. La misma compensación que de acuerdo con el artículo 809 del Código Civil se opera de pleno derecho, no la suplirá el Juez de oficio, sino es opuesta por una de las partes en la demanda, como excepción, y como la prescripción, sin embargo, puede renunciarse, renuncia que resulta de no poner la prescripción o compensación.

Reconociendo el carácter extintivo de pleno derecho de la prescripción, el artículo 471 del Código Civil contiene la disposición para las hipotecas, ya sean comunes o representadas por cédulas, inscritas o detenidas por defectuosas, de que en cualquier tiempo que aparezcan como vencidas por más de diez años, sin que el Registro manifieste circunstancia que implique gestión probatoria o reconocimiento del crédito u otra interrupción, no surtirán, después de esa fecha, efectos en perjuicio de terceros, y el Registrador al inscribir nuevos títulos relativos a la finca respectiva, hará caso omiso de tales gravámenes.

Pero la prescripción no sólo es un medio de defensa contra quien pretenda ejercitar un derecho real o el crédito extinguido por ese medio, sino que también es un arma de ataque, por vía de acción, aunque no sea corriente. Así, por ejemplo, el artículo 802 ibídem, establece que el que por prescripción ha adquirido un derecho de servidumbre o se ha liberado de ella, puede hacerlo reconocer en juicio y solicitar su inscripción o cancelación en el Registro.

VI.—CARACTER PRIVADO DE LA RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO CIVIL

A pesar de que con el transcurso del tiempo se pierde un derecho, se extingue la obligación, por razones de índole moral la prescripción cumplida puede renunciarse, renuncia que resulta de no oponer la excepción antes de sentencia firme o de que quien puede oponerla manifieste por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor. Puede oponerse antes de la citación de partes para sentencia en la Sala Civil.

La renuncia de la prescripción efectuada antes del ejercicio de la acción en juicio, no tiene el efecto de conservarle al derecho prescrito su eficacia primitiva, sino que sólo produce en quien la hace la obligación personal de considerarlo como si no se hubiese extinguido. De allí se infiere que la renuncia a la prescripción de un derecho real no hace que éste subsista, sino que nazca en el renunciante la obligación personal de no impedir su ejercicio: la renuncia a la prescripción de un derecho de crédito garantizado por fianza o hipoteca, o por el vínculo de solidaridad, no hará que nazcan la fianza, la hipoteca, ni la solidaridad, ya que el fiador, los otros acreedores hipotecarios y los codeudores solidarios siempre pueden oponer la prescripción realizada, salvo el caso del acreedor quirografario que está obligado a respetar los efectos de la renuncia del deudor, pero tiene acción revocatoria contra los actos fraudulentamente realizados. Las personas que pueden hacer valer la prescripción, no obstante la renuncia, son las mismas que pueden oponerla, sino existiere, con la limitación de los acreedores quirografarios, los cuales si no la ha habido pueden hacerla valer substituyéndose en el ejercicio del derecho del deudor. Los interesados que tienen derecho propio para oponer la prescripción no obstante la renuncia no están obligados a probar otro requisito que la existencia de un derecho suyo que por la renuncia de la prescripción pudiese sufrir algún perjuicio: codeudores, solidarios, fiadores, acreedores hipotecarios, los adquirentes del fundo sobre el que pesaba un derecho real de goce o una hipoteca extinguidos por prescripción. Tal derecho es la consecuencia del carácter real que la ley reconoce a la excepción de prescripción, y de la eficacia meramente personal de la renuncia a hacerla valer.

La prescripción en cuanto tal no constituye una idea jurídica general. En principio, los derechos y deberes públicos no están sometidos a este estatuto. Pero es de considerar si los derechos patrimoniales de carácter público están afectados por ella. La prescripción aparece prevista en diversas leyes de la administración, sobre todo en las leyes fiscales. Mas por afectar éstas de modo especial los impuestos, sus reglas no pueden tomarse con pleno sentido para introducir las por analogía. Entonces no nos resta más perspectiva de referencia que la del Derecho Civil, lo que quiere decir que las reglas de este Derecho pueden ser aptas para una aplicación analógica en derecho público, pero esa analogía en la aplicación de los preceptos, debe ser apreciada caso por caso.

Podríamos sostener que las reglas de la prescripción en Derecho Civil, en lo substancial son admisibles en Derecho Administrativo, y en el ámbito de los Tribunales judiciales operan sin problema. Pero las reglas sobre su renuncia sí requieren un examen especial en la esfera de nuestro interés.

VII.—LA RENUNCIA DE LA PRESCRIPCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN

En comentario sobre el reconocimiento de derechos por parte de la Administración, dice el Doctor Rafael Bielsa que la expresión "reconocimiento es de significación o contenido amplio, tanto en derecho privado como público. Pero a diferencia del derecho privado, en el que una persona capaz de obligarse por virtud de un acto si lo reconoce válido se somete a la respectiva obligación, en el derecho público el reconocimiento no depende de la voluntad del órgano administrativo. Los órganos administrativos aún siendo incompetentes (concepto equivalente a "capacidad" en derecho privado), no por eso pueden reconocer actos, que generan obligaciones para la administración que ellos representan. Para ello debe probarse la existencia, la virtualidad y la legitimidad del acto. El reconocimiento de una obligación en derecho privado puede ser no sólo expreso sino tácito. La persona capaz puede disponer de su patrimonio, y eso no interesa a los demás, salvo que se consideren perjudicados, como en el caso de los acreedores, si se dispone simultáneamente en fraude. Los funcionarios u órganos administrativos no disponen de lo suyo sino de la administración pública, por lo

los reconocimientos no dependen de su voluntad, sino de la ley que los autoriza (página 323, Derecho Administrativo, Tomo V).

El mismo tratadista refiriéndose a la repetición de pago, declara que "no puede considerarse al fisco (sujeto activo) como acreedor en el sentido del derecho privado. El fisco es Estado en cuanto actúa en una parte esencial de su actividad, es decir, en la realización de una función sometida objetivamente a un régimen legal. El Fisco, a diferencia del acreedor en derecho civil, no tiene ese poder de disposición ilimitada en punto a su gestión patrimonial: él no puede disponer discrecionalmente de sus bienes; el acreedor de derecho común, por el contrario, puede hacerlo; salvo el derecho que a su vez tienen los acreedores o beneficiarios legales determinados, si el acto de disposición del deudor perjudica al acreedor de modo que la ley le atribuye una acción para impugnar judicialmente ese acto. El Fisco en punto a la recaudación y disposición de las contribuciones es ejecutor de la Ley, y como tal no tiene una potestad discrecional que le permita liberalidades directas o indirectas en beneficio de los deudores. Por eso tampoco puede dejar de invocar la prescripción operada en su favor; él debe acogerse a ella, a menos que la ley expresamente disponga lo contrario (página 314, Derecho Fiscal, Estudios de Derecho Público, tomo II).

Importa no olvidar que si el contribuyente ha pagado una deuda prescrita (por contribuciones) no puede repetir el pago, y esto es así, no sólo por aplicación del principio general, sino porque la Administración Pública no puede renunciar a los derechos adquiridos por el pago válido de una contribución fiscal. "Lo contrario implicaría un acto de disposición discrecional; además, la Administración fiscal está obligada a oponer la prescripción, pues para ella es un beneficio irrenunciable. Se dice que la prescripción es un recurso de mal deudor, pero esto es explicable en derecho privado, ya que el particular dispone de sus propios bienes patrimoniales; la Administración Fiscal, por el contrario es ejecutora de la Ley, y ésta establece normas de orden público para la formación del erario, al que concurren todos los contribuyentes. Cualquier acto de liberalidad equívoca de la Administración fiscal, determina un injusto aumento, por poco que sea, para los demás contribuyentes, lo que a la vez afectaría la igualdad (página 324,

... (secho). A diferencia de la legislación argentina, nuestro Poder Público sí autoriza la repetición de pago de contribuciones. En caso de los fallos dictados por el Tribunal Fiscal de la Federación de la República de México, se pronuncia en que "Puesto que la renuncia a la prescripción en materia fiscal no existe doctrinariamente ni por texto legal expreso, cabe concluir que a la renuncia realizada por un causante destinada a obtener facilidades para pagar un impuesto ya prescrito, no puede dársele el carácter de renuncia a la prescripción ya realizada", y en otro dijo que tampoco puede atribuirse a dichos actos los efectos de una renuncia a la prescripción porque aun cuando el Código Civil reconoce la posibilidad de la renuncia tácita, su régimen no es aplicable subsidiariamente en razón de que el Código Fiscal no tiene disposición alguna que reconozca la renuncia de la prescripción, por lo que no puede considerarse que exista alguna en el derecho positivo que lo supliera. Extinguido un crédito fiscal por prescripción, es posible, en ausencia de disposición expresa que así lo establezca, declarar que el crédito renace por voluntad unilateral del contribuyente, aun en el supuesto de que tal voluntad existiese, tanto que la prescripción ha sido establecida con fines exclusivos de protección de los intereses sociales generales (citadas por Luis Martínez López, Derecho Fiscal Mexicano, página 149).

Es criterio del tratadista de Derecho Civil, señor Francesco Carnelutti, después de analizar la prescripción y el interés público que ésta produzca sus efectos, de modo que sólo después de haberse producido está en el poder dispositivo del individuo para producir tal efecto, con un acto de voluntad contrario, que "para producir válidamente la renuncia es necesario el poder de disponer (artículo 64, Derecho Civil y Comercial, tomo II).

Opina don Enrique Sayagués Laso, que mediante la renuncia la Administración extingue unilateralmente una obligación, más que una regla general la administración tiene que hallarse expresamente autorizada para renunciar a sus derechos" (página 423, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, edición de 1953).

VII.—IRRENUNCIABILIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN EN NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO

Cuando el artículo 113 de la Ley de la Administración Financiera de la República dispone, que "Toda acción contra el Estado o sus instituciones o Corporaciones Autónomas o Semi-Autónomas, fundada en pago indebido de impuestos, contribuciones o tasas, prescribirá en tres años después de que sea exigible, considerándose como exigible la acción desde el momento en que se hubiere hecho el pago que se estima ilegal o erróneo", pone una obligación a cargo del órgano u órganos respectivos de la administración fiscal, de no reconocer ninguna acción o reclamo fundado en pago indebido que se establezca o gestione una vez transcurrido dicho plazo, por haberse extinguido. Admitir que la administración fiscal puede o no reconocer el derecho, sea, que pueda hacer valer o no la extinción, sería desconocer el sentido mismo del mandato que es el de señalar a los particulares un plazo definitivo para que dentro de él reclamen los pagos indebidos por esos conceptos, lo que a la vez implica un orden a los órganos financieros de que sólo podrán reconocer los reclamos procedentes siempre que se establezcan dentro de ese periodo.

Nuestra legislación nos da otros ejemplos de la tendencia a impedir el reconocimiento de obligaciones o pagos para los cuales se ha determinado plazo. El artículo 23 de la Ley de la Administración Financiera de la República establece que la Tesorería Nacional, durante un año, a partir de su emisión, mantendrá a la orden de los interesados los giros emitidos; pasado ese plazo procederá a anularlos, quedando el derecho a los interesados para solicitar de nuevo, durante el año siguiente, la emisión de giros mediante nueva tramitación; pasado el citado plazo de dos años, los giros que no hubieren sido retirados prescribirán de pleno derecho en beneficio del Tesoro Público.

Es indiscutible que si a pesar de lo dispuesto por el artículo 113 la administración pública reconociese la devolución de una suma pagada indebidamente, pero reclamada con posterioridad al término fijado, calificaríamos ese reconocimiento como ilegal. De igual manera, si se expidiese un giro a pesar de que no fue retirado dentro de los dos años que señala la Ley, tendríamos ese acto como ilegítimo. Pues, igual tendríamos que pensar, respecto de

un derecho extinguido de acuerdo con el artículo 868 y siguientes del Código Civil, a falta de norma expresa y especial, porque no hay norma en la Administración pública que autorice la renuncia a la prescripción, sino más bien al contrario, hay reglas de administración y contralor financiero que tienden a evitar los actos de disposición indebidos o ilegales.

El proceso volitivo de la administración comienza con la existencia de los hechos. Establecidos los hechos la administración los examina en el terreno jurídico para darles calificación legal. Aquí puede haber discrecionalidad, porque tratándose de normas jurídicas sólo puede haber una verdad legal. Si la calificación es errónea el acto adolece de ilegalidad en el fondo. En el examen de los hechos para calificarlos legalmente, el órgano ha de constatar la existencia del derecho. Pero tal existencia no ha de tener un sentido de presencia histórica, sino de existencia legal, y un derecho prescrito, sea, que se extinguió con el decurso del tiempo, ha dejado de existir jurídicamente, y al no depender de la discrecionalidad la verdad legal, ha de tenerse por inexistente el derecho, lo que obliga a que la resolución haya de ser desfavorable al particular.

El poder de obrar jurisdiccional es la potestad de decidir conforme a derecho las reclamaciones o controversias que se presentan a la Administración, obrando así a manera de los jueces, por cuanto resuelve en caso concreto y a petición de parte, aplicando la norma jurídica. Y es aquí donde, entonces, el órgano administrador como Juez, a la vez que como parte, como órgano o representante de la Administración, en esta calidad debe velar al decidir, por la defensa de los intereses generales, de los intereses públicos recomendados, de manera que si conforme a la ley no sacrifica el interés privado al negarle el derecho al reclamante, por haberse extinguido por prescripción, cumple plenamente las dos funciones, igual que si tratándose de un derecho del Estado, invoca la prescripción el deudor y en aplicación de la regla jurídica, reconoce la extinción de ese derecho.

No se trata de que el órgano administrativo siempre ha de obrar de lado de su representado, sino de que cuando entren en juego dos intereses: el privado y el público, sin que la ley dé preferencia al primero en forma especial, el órgano debe escoger por la tutela del último, cuando la ley o los principios estén de parte, debiendo hacer valer cualquier derecho que lo beneficie.

No habría fundamentación para admitir que si el Estado encarga a los funcionarios la administración de la cosa pública, la gestión de los intereses generales, el administrador pueda caprichosamente abandonar la protección de los intereses confiados para decidirse por el individual, tomando en consideración simplemente razones personales, de modo que indistintamente en condiciones idénticas, pueda actuar en una u otra forma.

Las leyes de orden público, de seguridad y las de servicios públicos, son siempre imperativas, obligatorias y de estricto cumplimiento para el Poder Ejecutivo.

Las disposiciones de ordenamiento fiscal y financiero como normas de orden público deben ser cumplidas por el Poder Administrador, por todos los órganos de la administración, con carácter obligatorio.

El artículo 5º de la Ley de Administración Financiera de la República dispone que sin perjuicio de la fiscalización superior que corresponde a la Contraloría General de la República, cada una de las oficinas que en conjunto forman la organización financiera del Estado, está obligada a ejercer vigilancia y la fiscalización internas de todas las operaciones de cualquier naturaleza que sean, procurando que ellas se realicen dentro de los mandatos legales vigentes y en beneficio del Estado. El artículo 6º ibídem, sienta responsabilidad para los funcionarios, empleados o agentes del Gobierno encargados, de recibir, custodiar o pagar bienes o valores del Estado, o cuyas atribuciones permitan o exijan su tenencia, por la pérdida, daño, abuso o empleo o pago ilegal que sea o sean imputables a su dolo, culpa o negligencia, y define como empleo ilegal, además de otros, el manejo de los bienes o valores en forma distinta a la prescrita por las leyes, reglamentos o disposiciones superiores, lo que pone de manifiesto que la disposición de los bienes o fondos públicos ha de ajustarse a las leyes, y al beneficio del Estado.

IX.—LA PRESCRIPCIÓN COMO BENEFICIO DEL ESTADO
DEBE Oponerse SIEMPRE, SEA POR EL PODER
EJECUTIVO, O LA CONTRALORIA GENERAL DE LA
REPUBLICA. - IMPUGNACION POR LESIVIDAD A LOS
INTERESES PUBLICOS ECONOMICOS

La prescripción es un beneficio irrenunciable, del Estado, innegablemente.

No hay una disposición expresa de Derecho Administrativo en nuestra legislación que autorice su renuncia, aparte de que como acto de disposición, para esa renuncia se requiere el poder de disponer. No es aplicable la norma de derecho civil que la permite dentro del ámbito de los intereses privados, en Derecho administrativo, ya que no se ajusta al mecanismo legal de la organización económica financiera ni a los principios propios de la administración pública. Podría aducirse que bajo ciertas circunstancias tendría justificación el reconocimiento de un derecho prescrito. Así el artículo 45 de la Ley de Contabilidad de la República de Argentina, autoriza al Poder Ejecutivo, para que, no obstante haberse producido la prescripción, pueda ordenar el pago, teniendo en cuenta la modalidad de cada caso, por previo y especial pronunciamiento; sea que lo faculta para reconocer derechos prescritos mediante una motivación expresa.

Aunque la regla da la apariencia de ser justa, también es cierto que un mal uso de la misma, llevaría en una forma indirecta al mismo resultado que se lograría si se le diera a tal Poder la facultad para y simple de desoír el interés general, de reconocer derechos extinguidos.

Sin embargo, como una garantía plena para el Estado, y para los ciudadanos, la colectividad, creo que la fórmula sana es la de establecer como principio general que ningún órgano, ni el Poder Ejecutivo mismo está autorizado para el reconocimiento de derechos prescritos en beneficio del Estado.

La solución debe ser tajante de manera que no permita la arbitrariedad, ni deje el asunto al campo de lo discrecional, ya que implicando la renuncia un acto dispositivo, como tal y como renuncia requiere autorización explícita de la Ley.

La Administración pública se obliga y se libera por los actos de sus representantes y en estos campos de acción es de rigor que las disposiciones liberatorias tengan fundamento en las leyes.

Dar a los órganos de la administración la facultad de renunciar a la prescripción en el reconocimiento de derechos, sería dar paso al mando arbitrario, ya que la posibilidad de ser favorecido con la renuncia dependería de circunstancias subjetivas, personales; amistad, identidad política, relaciones familiares, capricho o antojo, de un obrar sin arreglo a ninguna norma o criterio objetivo, y nuestra legislación no prohija esa clase de conductas.

Tenemos que aceptar, pues, que, el Poder Ejecutivo a falta de una autorización legal que se lo permita, no puede renunciar a la prescripción, lo que involucra en sentido contrario la afirmación de que siempre que al examinar las reclamaciones de derechos los funcionarios competentes para el reconocimiento adviertan que tales derechos están prescritos, necesariamente están obligados a hacerla valer.

Ahora bien, cuál sería el resultado del acto o resolución que reconoce un derecho prescrito del particular, sea que establece una obligación a cargo del Estado: la intervención del organismo contralor y vigilante de la Hacienda Pública; la Contraloría General de la República.

De acuerdo con el artículo 184 inciso 1º) de la Constitución Política "no se emitirá orden de pago contra el Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella". La Contraloría refrenda las obligaciones del Estado y sin la aprobación del gasto correspondiente la Tesorería Nacional no emitirá giro u orden de pago, formalidad sin la cual el giro u orden no constituye obligación.

En ejercicio de esas atribuciones y deberes, la Contraloría General de la República está obligada a hacer valer la prescripción, cuando el Poder Ejecutivo la ha ignorado reconociendo el derecho prescrito. Y si aún la Contraloría no enmienda el daño, le queda a la Administración, de conformidad con la Ley que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la impugnación del acto o resolución por lesividad a los intereses públicos econó-

...cos, y si nada se hace por defender estos intereses, se habrá perjudicado la Hacienda Pública, y echado un injusto aumento sobre las cargas de los demás ciudadanos.

OBRAS CONSULTADAS

- 1) — Tratado de Derecho Administrativo, Ernst Forsthoff, 5ª edición.
- 2) — La Discrecionalidad en la Administración Pública, Bartolomé A. Fiorini.
- 3) — Derecho Administrativo, Félix Sarria.
- 4) — Doctrina General del Derecho Civil, Dr. Nicolás Coviello.
- 5) — Derecho Fiscal Mexicano, Lic. Luis Martínez López.
- 6) — Derecho Administrativo, Rafael Bielsa, tomo V.
- 7) — Derecho Civil y Comercial, Francesco Messineo, tomo II
- 8) — Derecho Administrativo, Enrique Sayagués Laso, tomo I, edición de 1953.
- 9) — Tratado de Derecho Administrativo, Gabino Fraga, 4ª edición.
- 10) — Tratado de Derecho Administrativo, Fernando Carrido Falla, tomo I, 3ª edición.
- 11) — Filosofía de Derecho y Estudios de Filosofía del Derecho, Del Vecchio y Recasén Siches, tomo I.
- 12) — Pouvoir Discretionnaire, Waline, Revista de Derecho Público 1930.
- 13) — Derecho Administrativo, Andrés Serra Rojas. 2ª edición, 1961.

LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA COSTARRICENSE

Lic. EDUARDO ORTIZ ORTIZ
Titular de Derecho Administrativo I
Facultad de Derecho.

CAPITULO I

SITUACION CONSTITUCIONAL

Dice el artículo 188 de nuestra Constitución Política:

“Las Instituciones Autónomas del Estado gozan de independencia en materia de Gobierno y de administración”...

Y agrega el artículo 184 incisos 2) y 4):

“Son deberes y atribuciones de la Contraloría: examinar, aprobar e improbar los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación”, así como “examinar, glosar y fenecer las cuentas de las instituciones del Estado y de los funcionarios públicos”.

En síntesis, nuestra Constitución crea la autonomía y expresamente la limita a través de la Contraloría, como “institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública” (Artículo 183).

No dice más nuestra Constitución sobre el contenido y prerrogativas de la autonomía que tan escuetamente consagra. No existen en nuestra Constitución, como en otras (Uruguay) preceptos que indiquen los controles sobre las instituciones autónomas, en aquellos aspectos de su actividad que no sean los puramente fiscales o secundarios. Y, sin embargo, la existencia de los artículos 188, 189 y 190 de nuestra Carta Fundamental, que crean la autonomía y los entes menores en particular, califica la situación jurídica de los mismos dentro de nuestro orden e impone a la legislación un límite fijo e infraqueable de contenido en la regulación de la vida de los entes.

Siempre que se hable de autonomía en Costa Rica habrá que definir primero cuáles son esos límites que enmarcan su concepto constitucional, y resolver después el problema concreto que se presente. Sin claridad en cuanto a este extremo sólo puede haber oscuridad en la solución de otros problemas, que son nada más derivación necesaria de aquel concepto fundamental. El objeto de estas líneas es definir, lo más ceñida y teóricamente posible, el contenido y límites de la autonomía administrativa en Costa Rica.

Este trabajo excluirá de su objeto la autonomía propia de los entes llamados constitucionales (porque creados por la Constitución misma) y de los municipios (también de origen constitucional) que representan formas muy calificadas dentro del género común en examen. No obstante, los principios y conclusiones a que arribemos en el análisis de las autonomías comunes, de origen legal, podrán extenderse también a aquellas otras de suyo tan particulares, siempre y cuando se trate de reglas teóricas deducidas del contenido esencial de la descentralización administrativa o del tipo liberal y democrático de nuestro Estado, y no de simples comentarios a textos positivos asumidos como ejemplo o ilustración.

Con estas salvedades —y la de que también marginaremos de nuestro objeto de estudio el caso de la Contraloría General de la República, por ser el suyo un problema de exégesis no hecha a textos positivos— podemos iniciar nuestro itinerario hacia la verdad de la descentralización.

Naturaleza administrativa de la autonomía =

Los entes autónomos son una forma de la administración pública, que ha dejado intocada la función legislativa en Costa Rica. Ello quiere decir que frente a los entes autónomos, la Asamblea Legislativa conserva iguales potestades que frente a las dependencias administrativas centralizadas del Poder Ejecutivo, salvo disposición constitucional en contrario. En consecuencia, la Asamblea puede crear, suprimir, modificar y regular el funcionamiento de esos entes, salvo limitación constitucional que se lo impida. Frente a la legislación, en otras palabras, no hay descentralización.

Lo dicho sugiere dos implicaciones, contenidas en la afirmación anterior. En ente, por un lado, aparece como subordinado a la

Asamblea, que puede crearlo y regular cualquier aspecto de su organización o funcionamiento; el ente, por otro, aparece desprovisto de la potestad de legislar, defecto que le impide dictar normas oponibles a las de la Asamblea, que tengan, dentro de su campo, igual fuerza que las de ésta, para derogarlas o para resistir su derogación.

En razón de esta doble situación —que tiene una causa única y común, como inmediatamente se explicará— la Asamblea Legislativa puede abarcar con sus leyes la totalidad de la vida de la Institución Autónoma, en la interno y lo externo, y derogar cualquier norma emitida por ésta en uso de su autónoma potestad de reglamentación.

a) Subordinación de los entes autónomos a la Asamblea Legislativa

La subordinación del ente a la Asamblea se funda en los artículos 189 inciso 3) y 190, relacionados con el artículo 121 inciso 1) de nuestra Constitución. Resulta de los dos primeros, en efecto, que la Asamblea puede crear las instituciones autónomas mediante una mayoría calificada, pero siempre en uso de su potestad legislativa común, que no es incompatible con la necesidad de esa mayoría. Y resulta del último que la potestad legislativa incluye siempre la capacidad de reformar, derogar y dar la interpretación auténtica de las leyes creadas por su ejercicio, en este caso las de organización y funcionamiento del ente autónomo de que se trata.

La combinación de los artículos citados es decisiva para entender y ubicar institucionalmente nuestra autonomía, porque la subordina claramente a la legislación, en razón del origen. La potestad para crear un ente, que ostenta la Asamblea con base en la interpretación realizada, incluye las de reformarlo y extinguirlo.

Debe advertirse, sin embargo, que tal proyección de la potestad constituyente de una persona pública, por virtud de la cual el autor del ente puede también continuar rigiendo su vida después de crearlo, tiene también buen fundamento en la lógica y en la doctrina.

Se trata, en efecto, no sólo de la relación exegética ya consagrada, con las normas constitucionales citadas (artículos 189, inciso 1), 190 y 121 inciso 1)) sino también del objeto propio de la potestad de creación de un ente, que implica racionalmente —según la

mejor doctrina— las potestades restantes de regular su funcionamiento y disponer continuamente sobre su organización.

Es obvio, en efecto, que la creación de una persona incluye generalmente su organización básica. Para crear un ente puede ser aconsejable no sólo darle una competencia y un fin, sino también regular detalladamente el órgano u órganos que habrán de distribuirse o monopolizar el respectivo ejercicio. No creemos que sea esencial, para la creación de la persona, la regulación detallada de su estructura o su funcionamiento; pero creemos que tal regulación es usual y, en todo caso, perfectamente compatible con el acto de su creación, como lo es con la potestad de crear una sociedad privada la de darle sus estatutos.

Un ente es, nada más, un centro ideal con un nombre, al que se refieren en último término situaciones jurídicas concretas, deberes o poderes.

Para que haya persona jurídica basta con que una voluntad capaz de fundarla se manifieste válidamente con ese simple y escueto contenido, designación de un centro de imputación con un nombre, y atribución al mismo de una serie de deberes o poderes. La distribución interna de esos deberes y poderes, entre los diversos componentes u oficinas del ente, así como la composición de cada una de éstas, es cosa que no se necesita regular, aunque sea posible y usual hacerlo.

“El elemento constitutivo del substrato o causa (de una persona jurídica) puede reducirse a la manifestación de la voluntad de crear un nuevo ente expresada por los interesados o capacitados en las formas requeridas... Si, en cambio, por substrato se entiende una cierta organización preexistente no se puede afirmar que su presencia sea siempre necesaria... La norma, en efecto, puede crear un centro de referencia de situaciones jurídicas sin requerir la constitución de una organización... Igualmente puede decirse que la existencia de una persona jurídica no va ligada a la constitución de su organización interna... El fenómeno de la subjetividad requiere la concentración de varias situaciones subjetivas en torno a un único centro de imputación y no su distribución entre los diversos departamentos o titulares interesados. Si esto ocurre (y puede no ocurrir del todo) es en un momento sucesivo a la personificación, ya que para ocuparse de la distribución de las compe-

...aciones y derechos, ocurre ante todo que el ente los tenga ya previamente atribuidos, o, en otros términos, que ya sea primeramente persona jurídica" (Vittorio Ottaviano, Consideraciones sobre los entes públicos instrumentales, Padua, 1959, págs. 49 y 53).

La tesis opuesta, que afirma el carácter esencial de la organización interna, como coetánea con el nacimiento del ente o persona jurídica, y exige la regulación básica de esa organización para considerar existente al sujeto de derecho, tiene también ilustres sostenedores, tan ilustres como Kelsen.

"La persona jurídica en el sentido estricto de la palabra no es sino la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos o por decirlo así: un punto común de imputación de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden. . . Varios individuos forman un grupo, una asociación, solamente cuando están organizados y cada uno de ellos tiene una función específica en relación con los demás. Puede decirse que están organizados cuando su conducta recíproca se encuentra sometida a un orden, a un sistema de normas. Lo que hace que varios individuos formen una asociación es este orden, o, lo que equivale a lo mismo, la organización de la asociación. . . El orden u organización constitutivo de la sociedad es su estatuto, es decir, un conjunto de normas que regulan la conducta de sus miembros" (Hans Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. García Maynes, págs. 100 y 101).

Así pues, la pugna está entre los que consideran el estatuto como causa y esencia de la personalidad, y los que lo consideran como consecuencia de ésta. O, desde el punto de vista que nos interesa, entre los que consideran que la capacidad para crear un ente incluye la de organizarlo y darle su estatuto fundamental, con determinación de oficinas y distribución de cometidos, además de su nombre y su competencia; y los que creen que ello no es esencial, y que sólo se requiere al efecto la creación de un nombre como punto ideal e impersonal de referencia de esos cometidos y poderes.

Para el presente desarrollo una u otra tesis valen lo mismo, puesto que ambas coinciden en que la posibilidad de conferir una organización interna del ente, está naturalmente ínsita en la voluntad de creación.

La potestad constituyente que tiene la Asamblea frente al ente autónomo le permite, entonces, regular todos los aspectos de la vida interna y externa de éste, sin residuo alguno.

Es ésta la primera importante consecuencia de la subordinación de origen que existe entre el ente autónomo y la Asamblea Legislativa.

b) Carácter administrativo de la función descentralizada

En segundo término, cabe afirmar que el ente autónomo carece en Costa Rica, por razón de los mismos artículos constitucionales citados, de la potestad de legislación, o de una potestad de normación sobre su materia específica con normas que tengan fuerza y valor de ley. Los entes autónomos, en Costa Rica, tienen potestad para darse en forma independiente "su gobierno y administración", pero ello no incluye en modo alguno el poder de emitir actos con valor de ley. Esto requiere una aplicación pormenorizada y, sobre todo, un concepto claro de lo que entendemos y creemos que debe entenderse por ley.

La ley debe entenderse, para este efecto, como el acto emanado de la Asamblea Legislativa, de contenido impersonal, de efecto externo y con una especial eficacia innovadora frente al orden jurídico. El efecto externo consiste en que la ley puede referirse a centros diversos del órgano (Asamblea Legislativa) que la emite, que son extraños a su organización; y su especial eficacia es en lo que hemos llamado la fuerza de ley. Esta fuerza de ley presenta dos aspectos: uno es su virtud activa, por la cual la ley es el acto —y es, además, el único acto— que puede derogar y suprimir cualquier otra manifestación de voluntad estatal que se oponga, salvo si se trata de una norma constitucional rígida; y otra es su virtud pasiva, por la que la ley puede resistir la oposición con cualquier otra norma, excepto si es constitucional, y sólo puede ser derogada por otra ley, emanada también de la Asamblea Legislativa o de otro organismo equiparado a ésta.

La fuerza de la ley es puramente formal, porque la Constitución la hace depender enteramente del procedimiento y del órgano emisor, y adscribe a cada acto formado por ese órgano con el procedimiento correspondiente esas dos especiales virtudes. Con

las mismas, imprime a la ley otro carácter fundamental, que es su carácter primario. Una ley es un acto primario porque, pudiendo derogar y resistir toda norma que no sea constitucional, está subordinada nada más a la Constitución y, fuera de los vínculos que esta puede ponerle, goza de absoluta libertad en cuanto a sus fines y a los contenidos de su disposición.

Habrán un acto con fuerza de ley, en estas condiciones y con esa definición como supuesta, siempre que la Constitución otorgue otro ente la potestad, o bien de emitir normas que deroguen leyes y que sólo puedan ser derogadas por éstas, o bien de emitir normas que sólo estén subordinadas a la Constitución, porque sean enteramente libres en su fin y su contenido, salvo límites constitucionales.

Cabe ahora formular la pregunta sobre el punto inicial, a saber: puede una institución autónoma, con base en la Constitución, emitir normas referidas a cualquier clase de fines, con cualquier contenido, directamente operantes sobre la conducta y los intereses de terceros extraños a la institución misma, y con fuerza para derogar leyes y para resistir a toda derogación que no provenga, a su vez, de otra ley?

La respuesta negativa parece ser clara. Se vio ya, por un lado, que nuestra Constitución subordina el ente autónomo a la ley, lo que significa que la conducta de ésta y sus actos —tanto normativos como administrativos— sólo pueden darse bajo una doble subordinación, a la Constitución y a la ley a un tiempo. Los fines y los contenidos, tanto como los motivos y modos de actuación del ente autónomo, están determinados por la ley, que puede regularlos exhaustivamente.

El ente no puede actuar sino de conformidad con la ley en los aspectos regulados por ésta, y tal potestad carecería de sentido si el ente, por su parte, tuviera la potestad de derogar las normas relativas que establecen el régimen de su propia vida. La potestad de intervención de un ente u órgano sobre la organización y el funcionamiento de otro, cuando se da en forma unilateral y sin consentimiento del último, implica siempre una subordinación lateral al ente creador del régimen en cuestión. Tal es el caso de la Asamblea y de los entes autónomos.

X

Puede afirmarse, entonces, que los entes autónomos sufren unilateralmente el poder regulador de la Asamblea en su propio campo, y que no pueden nunca derogar con sus normas reglamentarias las que ésta ha creado a su respecto. Lo que, visto por la otra vertiente, implica que la ley puede derogar siempre esas normas reglamentarias del ente autónomo, sin reciprocidad alguna en favor de éste. Los reglamentos autónomos, en resumen, carecen de fuerza de ley, porque no pueden derogar leyes ni pueden resistir su derogación por obra de éstas.

Esto indica que los reglamentos del ente tampoco pueden considerarse como primarios, porque están subordinados unilateralmente a dos fuentes superiores y no sólo a la Constitución, fuentes representadas por ésta y además por la legislación común.

Cabría pensar, sin embargo, que los entes autónomos están supeditados a la Asamblea nada más en forma inicial, sólo en el instante de su creación. Una vez creados, la Asamblea perdería todo poder sobre ellos y el ente adquiriría sobre sí la supremacía sucesánea. El ente vendría a ser un centro especializado, respecto del cual la Asamblea se paralizaría, por virtud de lo que podría llamarse la superioridad exclusiva de la competencia material de la institución.

Pero hemos visto que la fuerza de ley consiste en una supremacía sobre toda norma o acto no constitucionales, por razón de la forma de creación y no por el contenido de la norma. Una ley es tal y tiene fuerza de ley, porque ha sido creada por la Asamblea en uso del procedimiento específico para formar leyes. Una vez formada, la ley está destinada a prevalecer y a derogar cualquier otra disposición de cualquiera otra fuente formal, incluso legal, sea cual fuere el contenido o la competencia material específica de la fuente subordinada. De este modo, en todo sistema en que pueda mantener el concepto de fuerza de ley ya antes expuesto, hay una jerarquía y desigualdad de órganos y procedimientos para la creación del derecho, por la que unos pueden imponerse a otros por el solo hecho de ser tales e independientemente de toda referencia a los fines de la actuación examinada. En un sistema así, la jerarquía de las normas, por razones de contenido o especialización en la materia, y no por razones de sujeto y procedimiento, es inconcebible.

En Costa Rica la ley, por el solo hecho de su origen y procedimiento de formación, puede invadir el campo de la autonomía someterlo unilateralmente a su régimen. Se trata, como mejor se explicará después, de un sistema de ordenación formal de las potestades y de los entes, que impone esa conclusión como definitiva para la solución del problema en examen. Podemos afirmar, por todo lo que se ha dicho, que el ente carece de potestad legislativa, porque incluso cuando emite normas lo hace bajo el imperio de la ley y sin capacidad alguna para derogarla o resistirla.

Nos resta por examinar si las potestades de gobierno y administración que la Constitución atribuye al ente son externas y capaces de proyectar su efecto a los sujetos extraños a la institución, en cuanto no son ni sus titulares ni sus usuarios. Para este efecto la idea de tercero que adoptamos es precisamente esa: es tercero respecto al ente el particular que no ha sido incorporado al mismo, ni como su servidor ni como usuario de sus servicios.

Lo que es la administración queda ya definido, como reflejo de la definición de ley. Es administración la actividad emanada del Poder Ejecutivo o de un ente público menor, con carácter secundario porque está sometida y limitada por la ley.

Esta potestad administrativa —ejecutoria en virtud de los fines públicos de satisfacción continua e ininterrumpida que cumple— incluye la de dictar reglamentos. Pero es claro que tanto éstos como la administración común son inconfundibles con la legislación. En su esencia, lo contrario de ésta.

¿Ocurre lo propio con la potestad de gobierno?

Naturaleza del gobierno autónomo

Precisa advertir, ante todo, que hay dos conceptos, uno amplio y otro estricto, de la potestad de gobierno y de la respectiva función. En sentido amplio, gobierno es toda actividad que tiene por objeto mantener y promover la unidad y la existencia del Estado, sin distinción con intereses parciales ni fines especializados. En sentido estricto, el concepto se funda primordialmente en dos notas sobresalientes: la actividad de gobierno tiene por objeto el planeamiento y el impulso de la actividad del Estado; y la actividad de gobierno es una actividad libre y discrecional, no susceptible de someterse a

esquemas legales fijos ni a recursos jurisdiccionales que puedan paralizarla o impedir su eficaz desarrollo. > Así, pues, la actividad de gobierno se define, en este sentido estricto, por su objeto y por su posición frente al orden jurídico. Y se acostumbra contraponer a la actividad administrativa común con afirmar de ésta que es la encargada de ejecutar los planes formulados por el gobierno dentro del marco de la ley y que, por eso mismo, la actividad administrativa es casi siempre más reglada o menos discrecional.

En cuanto ³ la actividad de gobierno es de impulso, consiste principalmente en la elección de los fines del Estado o del ente público, y en la puesta en marcha de su realización. > El Estado es una organización colectiva, en la que la unidad está dada por la comunidad de fin y de territorio, es decir: por el fin único de una comunidad dentro de un territorio, también único. Y ya alguien ³ ha dicho que toda sociedad, realistamente considerada, "se agota en cometidos a realizar y medios elegidos para realizarlos" (Giorgio Calladore Pallieri, Doctrina del Estado, pág. 141).

El aspecto fundamental del Estado y de toda organización pública es, pues, la elección de sus fines y programas y la de los medios aptos para realizarlos. En el caso del Estado central la actividad de fijación de fines tiene la notoria característica de ser autónoma y sólo dependiente de sus propios órganos, mientras —por contraste— aparece como subordinada y dependiente del Estado Central y de sus leyes, en el caso de los entes autónomos. Este ente está limitado al fin que se le ha asignado legalmente, sólo ese puede perseguir bajo sanción de incompetencia en su ejecución. > Es la Asamblea y no la propia institución la que traza el fin de la actividad de ésta, fin que es justamente el motivo y límite infranqueable de su autonomía. >

Dentro de este fin cada institución puede fijar los programas a realizar que, a su vez, se ponen como fines frente al resto de las actividades administrativas que el ente desarrolle para conseguirlos. > En este modo, toda actividad de un ente implica una progresiva concreción de su fin a tareas cada vez más concretas y limitadas, cada vez más alejadas de su carácter genérico inicial. La administración implica planificación y especialización por igual, es decir: una armonización con decisión práctica. >

En general, toda actividad humana exige los tres momentos de reflexión, la decisión y la ejecución. La actividad estatal o

En un ente público, en cuanto no es otra cosa que actividad humana, se aplica siempre esas mismas etapas, de igual naturaleza real. Para iniciar un litigio, la parte procede a resumir su caso y sopesar la justicia o injusticia de sus pretensiones, y si pesa más aquélla que ésta, actúa de seguido en busca de un abogado. Abogado que, a su vez, estudia el planteo y los hechos y, finalmente, se decide a llevar adelante el litigio. Ya decidido lo comunica al cliente y hace su demanda, basada en su anterior conclusión. Claramente están aquí —como en todo quehacer humano— los tres momentos de toda conducta: preparación reflexiva, decisión interna de actuar y ejecución externa de lo decidido.

En el sujeto físico tales momentos carecen de relevancia individual y son, por esos mismo, incontrolables. Ninguno —fuera de la manifestación final de lo resuelto y ejecución posterior— tiene una forma típica y adecuada para manifestarse, un acto revelador de su existencia en el preciso momento de aparición. Ni las consultas y dudas previas, ni las vacilaciones y las decisiones internas, en el momento en que nacen y cumplen su función, tienen expresión independiente en el proceso de la conducta individual, ni aún siquiera en el de la conducta jurídica privada. Igualmente que con la iniciación de un litigio —actividad puramente material— con la formación de un contrato. La oferta de formación —que es la primera etapa— es ya una decisión externada y perfectamente concluida, después de agotada la fase de la reflexión y de la decisión interna. Así con todos los actos jurídicos de la persona física y también con sus omisiones. Por qué, cómo y cuándo han surgido los principios de la conducta finalmente exteriorizada, hacia dónde se dirige y cuál es su preciso contenido inicial, todos son aspectos que al derecho nada importan, cuando se propone regular la conducta y la voluntad privadas de una persona física.

La razón que lleva a tal situación normativa es, precisamente, la irrelevancia del fin escogido, mientras el mismo sea lícito y posible.

Y para saber que lo es, basta como plena evidencia la final manifestación de lo ocurrido y actuado.

Ocurre diversamente en el campo de los entes públicos. Aquí es la causa de la conducta del ente, a la vez que el límite de su actuación. No se trata sólo de un fin lícito (no

prohibido) y posible (viable realmente) sino del fin constitutivo del centro, que es para el mismo el único permitido y el que está obligado —y no sólo facultado— a perseguir y lograr.

Es preciso que cada momento de la conducta del ente, desde su iniciación hasta su término, se desarrolle con esa clara motivación y adecuación al cometido público porque éste se estima de realización obligatoria. A tal efecto es necesario, en primer lugar, distribuir bien las funciones que llevan a esa realización y, en segundo lugar, permitir la externación de cada momento en la formación de la conducta pública, a efecto de lograr su control.

Así, puede decirse, que mientras en el sujeto individual sólo tienen relevancia jurídica actos de voluntad aislados y puntuales, en el sujeto colectivo sólo tienen relevancia operaciones o procedimientos de actuación, y no simples actos. Procedimientos que implican bien la intervención de varios centros u órganos, cada uno con un interés o una función propia dentro del curso de acción, o bien la sucesión de varias etapas claramente distintas y necesariamente ordenadas, de preparación, decisión interna, externación de la decisión, control de lo decidido y ejecución de lo aprobado.

De todo esto cabe destacar ahora un punto clave. Es el siguiente: toda actividad jurídica implica, concebida como procedimiento y no como mera sucesión de actos puntuales y aislados, un momento principal, que es el de decisión sobre la conducta a adoptar, y otro momento accesorio de éste, que es el de ejecución de la decisión tomada. Es decir, una voluntad de conseguir un fin a través de un complejo de conductas con determinados resultados, unida a una declaración puramente enunciativa de esa voluntad, como algo pendiente de ejecución a través de otros actos posteriores —materiales o volitivos— que la concretan y desarrollan. Es esto lo que se llama una deliberación.

Se trata, en otras palabras, de una decisión que no pretende por sí misma resolver el problema ni conseguir el fin, porque no intenta producir efecto jurídico ni material alguno, directamente sobre la materia de que se trata. Se limita la deliberación a enunciar los medios aptos para realizar ese fin, su modo de utilización y sus posibles efectos, y la decisión de que unos y otros sean efectivamente empleados y puestos en juego frente al fin perseguido. La deliberación intenta, en otras palabras, regular la futura conducta

que otro órgano (o el mismo, pero a través de otros actos de voluntad) habrá de observar para obtener el cometido asignado.

La deliberación supone, en consecuencia, que siempre deberá aparecer otra conducta posterior conforme con los criterios y normas de contenido, de oportunidad y de forma que la deliberación misma ha señalado, y que será la que en definitiva satisfaga directamente por sí la necesidad o el fin público perseguidos. Por eso puede decirse que la deliberación es también un acto de alcance interno, incapaz por su propio contenido para afectar a sujetos extraños al Estado o al ente. Será la conducta posterior de ejecución, y no la deliberación, la que habrá de producir tal resultado y llenar directa e inmediatamente la necesidad pública —material o jurídica— de que se trate.

Normalmente el efecto de la deliberación es hacer posible el acto de ejecución, que no podría darse sin aquella. Lo característico al respecto es, podría decirse, que de acuerdo con la ley es imposible al órgano externo del ente actuar para ciertos fines o con ciertos efectos, sino sobre la base previa de una deliberación que le indique cómo debe hacerlo. Si lo hace en forma diversa, queda sometido a la sanción automática de la nulidad.

La deliberación, en resumen, es la manifestación jurídicamente relevante del momento de decisión interna en la vida de un ente autónomo. Es, como ha dicho Giannini, el acto príncipe del derecho interno de los entes públicos, porque su función más grave, como se ha visto, no es únicamente hacer posible la ulterior aparición de otros actos cualesquiera para ejecución de un fin determinado, sino sobre todo establecer las normas y directivas vinculantes de esos actos, en la actuación de los órganos externos que habrán de conseguir práctica y directamente los cometidos del Estado o de la institución. Se trata de una mezcla híbrida de acto administrativo y de norma.

Si, de la indicación pormenorizada de medios y recursos concretos, la deliberación pasa a la regulación de los fines básicos de un ente o del Estado, y fija los programas más importantes de su acción dentro de un período determinado, entonces la deliberación se convertirá precisamente en un plan y, más pulcramente, en un plan de empleo de la función o funciones a cargo del centro planificador. La deliberación que tiene por objeto la fijación de los fines

o programas
planes financieros (presupuestos) o de empleo de medios jurídicos
tipicos (programas) corresponde precisamente a la función de
gobierno.

La función de gobierno, por lo que se ve, es anterior a cualquiera de las funciones clásicas del Estado —legislativa, administrativa o jurisdiccional— porque consiste fundamentalmente en planificar su contenido o las metas de su empleo. No desde el punto de vista de su efecto más o menos general, ni de su relación más o menos libre con el orden jurídico, sino principalmente desde el punto de vista de su contenido y de su fin, es que logra clasificarse como autónoma la función de gobierno. Con ella y a través de ella puede lo mismo prepararse la función legislativa que la administrativa, porque ambas pueden perseguir fines variables en el espacio y el tiempo. Sólo la función jurisdiccional, por su innegable sumisión a la ley, permanece al margen de toda orientación finalista política. La función judicial no se planifica porque el juez sólo puede perseguir un fin idéntico en cualesquiera casos y frente a cualesquiera apelaciones de la vida: la aplicación de la ley y su eficacia.

Quede claro, de este modo, que cuando la Constitución habla de gobierno como de una actividad propia de los entes autónomos, que éstos pueden desempeñar en forma independiente, se refiere cada más a una actividad interna y dependiente de la actividad ejecutiva externa, de índole administrativa, encomendada como función típica a cada uno de aquellos. Lo que la Constitución ha querido significar con la palabra gobierno, no es entonces una actividad libre del vínculo legislativo que iguale la fuerza jurídica creadora del ente con la de la Asamblea, sino nada más —pero nada menos— la potestad, vinculada en cuanto al fin genérico, de empeñar dentro de éste y para éste, los fines específicos y más determinados para los que debe empeñarse cada año o cierto número de años la actividad administrativa de la Institución. Es, en otras palabras, la potestad para deliberar los planes jurídicos y financieros de la institución en forma independiente de toda interferencia del Estado central o de otro ente cualquiera. >

Es necesario aclarar, para concluir el anterior análisis, que hay tres formas posibles de jerarquizar y armonizar las fuentes (o entes creadores de derecho) dentro de un orden jurídico, a saber: a) En razón de la forma del acto, entendiéndose por ésta el sujeto, el procedimiento y la forma de manifestación del mismo. Desde este punto de vista, el orden califica unos procedimientos como superiores a otros en virtud de su propio modo de desarrollo y supedita unas normas y actos jurídicos a otros, por el simple hecho de ser diverso su autor. Se trata propiamente de una ordenación de entes más que de fuentes, independiente de toda consideración sobre el contenido posible o la importancia objetiva, social o política, de las materias reguladas; b) En razón del contenido de la función, que se erige en causa de creación o extinción de otras normas. Es decir, por el hecho de ser uno determinado y no otro el contenido de la función, el ente adquiere supremacía sobre la materia del caso, frente a todos los demás del orden. Se puede presentar la doble hipótesis de actos emanados de un mismo sujeto que son jerarquizados entre sí, por razón de su diverso contenido; así como el caso de actos emanados de sujetos diversos con igual jerarquía entre sí, por referirse cada uno a una materia de su exclusiva incumbencia. La primer hipótesis —que rebasa la organización de los actos o los entes con criterio puramente material— es la de las leyes reforzadas, que sólo pueden ser creadas por una mayoría especial sobre una determinada materia, de modo tal que las mismas resultan intangibles para la propia Asamblea, cuando no reúne esa mayoría para su modificación o derogación. Y la segunda hipótesis es la de la competencia por servicio especializado en virtud de la cual sólo el ente limitado a un servicio tiene potestad para proveer sobre éste, con exclusión de la Asamblea misma; c) Cabe, finalmente, un tercer modo de organización institucional, que se da cuando se adopta como criterio para jerarquizar los actos el tiempo de aparición de los mismos, de modo que el principio de que “lo posterior deroga lo anterior” cobra ilimitada vigencia, y cada ente puede hacerlo todo en cualquier ámbito de acción (material, territorial o personal) pero expuesto a la inmediata derogación por acto posterior de otro ente cualquiera del mismo orden.

Este esquema sirve para evidenciar que nuestra Constitución como régimen de las fuentes— ha optado por el primer sistema jerarquizado a los entes sin considerar sus fines y contenidos de actuación, colocando en el vértice a la Asamblea Legislativa, frente a la cual todo ente autónomo es inferior y subordinado, en sí y en sus actos, por el mero hecho de ser tal.

Excepciones hay, como la Universidad nuestra, que sí parece ser un caso de jerarquía institucional por razón de la materia. De la misma ha dicho nuestra Constitución que “goza... de plena capacidad jurídica para darse su organización y gobierno propios”, en terminos más categóricos que los del artículo 189 ya citado, donde se habla de independencia, pero no plena en materia de gobierno y administración. La diversa formulación se ha interpretado como una más amplia autonomía de la Universidad, frente a la común de los otros entes autónomos, que significa fundamentalmente su capacidad para regular en forma plena y exclusiva su servicio, sin subordinación a las normas de la Asamblea. Quiere decir esto que la Universidad tiene la potestad de emitir normas con fuerza de ley dentro de su materia o especialidad, intangibles e inderogables por las de la Asamblea; y, también, que ésta se halla constitucionalmente inhibida para regular la materia de los servicios universitarios o académicos de alto nivel, por ser materia exclusiva de la Universidad. En definitiva, se trataría de una ordenación de las fuentes por razón de la materia, que impediría a la Asamblea intervenir normativamente a la Universidad en su campo, pero que, a la vez, impediría a ésta actuar fuera del mismo. En ausencia de norma de la Universidad, podría la Asamblea emitir una propia que llenara la laguna, pero siempre supeditada a lo que en el futuro regulara la Universidad sobre el punto, siempre por vía normativa. Mientras la norma o reglamento universitarios no se den, la Universidad queda obligada a obedecer la ley de la Asamblea, aún en asuntos de su especialización.

En este sentido —de una jerarquía o coordinación de las funciones de la Universidad con las de la Asamblea, por razón de la materia y no por razón del sujeto fuente— es que nuestra jurisprudencia ha afirmado que la Universidad tiene un poder de legislación.

Es valioso y revelador el ejemplo de la Universidad, porque clarifica lo que puede ser el sistema opuesto de regulación

de las fuentes, consistente en la jerarquización formal de sujetos y actos. Situación esta última que es, como antes quedó aclarado, la típica y común de todas nuestras instituciones autónomas, salvo excepción constitucional en contrario (como el caso mismo de la Universidad).

No puede dejar de advertirse, para acabar la idea de la ordenación de fuentes por competencias materiales, que la autolegislación de que parece gozar la Universidad se refiere exclusivamente al fin propio de ésta y al régimen de sus medios para cumplirlo, y no a la Universidad como ente, es decir: como un sujeto más de un orden jurídico, poblado de otros entes y fines, en obligada armonía.

No toda norma que obligue a la Universidad o afecte su situación jurídica, sino exclusivamente aquella dirigida a regular la prestación del servicio universitario de alta cultura superior, es la que entra en su competencia exclusiva y reviste fuerza de ley.

La Universidad, como cualquier otro sujeto del orden jurídico nacional, queda sometida a todas las regulaciones legales que, aun afectando su situación jurídica e interfiriendo indirectamente con la prestación de su servicio y la organización de sus medios, afectan por igual a todos los otros sujetos del mismo orden, porque están motivadas en razones a todos comunes, extrañas a su especialización funcional. De este modo, quedan sujetos a las normas de la Asamblea, el régimen de sus propiedades, la regulación del tránsito por sus calles, los delitos cometidos dentro de sus aulas y, en general, toda conducta del estudiante o del profesor dentro de la Universidad que coincida con una hipótesis legal, distinta de la enseñanza académica.

Lo que queda a la Universidad, fuera de la potestad de autoorganización que todos los entes tienen y que puede comprender todos los aspectos de su estructura, es la fijación de programas académicos, de técnicas de prestación del servicio y las relaciones de su prestación. Es éste propiamente el servicio de la alta cultura, único que puede resistir a la ley detrás del escudo protector de la autonomía universitaria.

Es, pues, la materia de la norma, según que afecte o no a la prestación, organización y modo de prestación del servicio universitario, lo que forma el criterio de distinción entre la autonomía

privilegiada y reguladora de la Universidad, y su autonomía usual y plenamente sometida a la fuerza de la ley y a la supremacía de la Asamblea.

Desde este punto de vista queda librado también al exclusivo poder organizador y directivo de la Universidad, el complejo de sus medios personales y patrimoniales, en cuanto es parte de situaciones jurídicas individuales y consolidadas, para el cumplimiento de ese fin puramente técnico y especializado de la alta cultura. Es decir, no el régimen de esos medios desde el punto de vista de la comunidad o del orden jurídico a fin general que es el Estado, punto de vista expresado por la ley de la Asamblea, sino ese régimen en cuanto adapta aquellos medios (personal y patrimonio adquirido) al fin de una buena enseñanza académica, que es el objeto exclusivo e intangible para la Asamblea de la potestad legislativa de la Universidad.

Y Para ser más precisos, puede decirse que las relaciones de servicio de la Universidad con sus empleados administrativos y profesores (ingreso, duración, escalafón, régimen de jubilaciones y pensiones, etc.), son parte natural de su competencia exclusiva, porque se trata del medio indispensable para realizar la función de enseñanza que está encomendada a la Institución, aunque aparecen también el aspecto laboral común de todo servicio subordinado en el que está interesada la Nación misma como tutora de la clase trabajadora. Razón por la cual para que las regulaciones reglamentarias universitarias con este objeto cobren validez y prelación sobre cualquier ley que se les oponga, precisa que los mismos respeten los mínimos protectores que ha establecido la ley a favor de los profesores, como trabajadores y no como servidores especializados de la Institución; e igualmente, el régimen de la propiedad privada y todas las consiguientes limitaciones habrán de aplicarse a todos los bienes que integren el patrimonio universitario mientras se trate de normas no específicamente dirigidas a regular la situación particular de la Universidad, sino encaminadas más bien a regular aquel derecho en sí mismo, con independencia de su naturaleza y función de su titular.

En general, puede decirse que el criterio práctico más seguro es distinguir las normas lícitas y constitucionales de la Asamblea que se aplican a la Universidad, porque no regulan la materia típica de la

competencia de ésta, es considerar que las mismas son aquellas que no se refieran particularmente a la Universidad, sino a una situación abstracta a la que pueda ingresar ésta exactamente como cualquier otro sujeto y precisamente como persona jurídica común, no como institución especializada.

Limitaciones intrínsecas de la legislación frente a la Autonomía

límites naturales de la ley frente a la autonomía

Hemos visto, después de este breve análisis, que las funciones de las instituciones autónomas son todas no legislativas, incluso las de gobierno. Podemos concluir, en consecuencia, que la Asamblea puede regular su organización y acción, con el solo límite del modo de ejercicio que la Constitución les otorga, que es la "independencia". Antes de entrar a analizar las limitaciones nacidas de ese "modo de gestión", que son las típicas del problema de la autonomía, convendría también analizar las que le vienen a la legislación de su naturaleza propia, según nuestro sistema de división de poderes. Se eliminarán y aclararán así algunos equívocos usuales siempre que una ley interviene en forma especial la vida de una institución. Lo que sigue traerá alguna claridad en el tema.

En el sistema de división de poderes hay un principio fundamental (perogrullo pero relegado por nuestra jurisprudencia): cada poder sólo puede tener una función materialmente definida, ningún poder más de una, salvo excepción constitucional. Lo que sigue será aplicación más o menos directa de ese principio.

En primer lugar la ley operante frente a una institución autónoma debe ser constitucional. En segundo lugar debe ser realmente una ley y no un acto administrativo en forma de ley (que es una forma de inconstitucionalidad).

Las normas que se refieren a un ente autónomo son, por su destinatario, más individualizadas y de más restringido alcance desde un punto de vista empírico— que las leyes comunes. Aquellas, en efecto, van dirigidas sólo al limitado grupo de los proveedores del ente y de los usuarios de sus servicios y, en tal sentido, su verdadero destinatario es siempre un grupo más reducido aún de personas, que son los directores de la Institución

encargados de aplicarlas. Sin embargo, los criterios clásicos de distinción entre ley y acto administrativo revelan aquí su utilidad. Será ilícita toda ley que introduzca un cambio en la vida del ente, modificando o creando una situación jurídica para un funcionario, un acto o un bien particulares, de modo que resulte irrepetible y única la situación creada. Y sólo será lícita, en cambio, la reforma que cree una situación susceptible de ser actuada repetida e indefinidamente, con la intervención o la participación de cualesquiera funcionarios o usuarios del ente, considerados impersonalmente.

A este respecto cabe, sin embargo, una observación decisiva. La ley puede crear y suprimir el ente con entera libertad, pero sólo puede modificarlo con una básica restricción: mientras mantenga el fin inicial debe mantener el equilibrio financiero de la institución que le permita continuar y hacer frente a sus compromisos. Más claro: en Costa Rica, donde la autonomía está constitucionalmente consagrada y protegida, la ley no puede crear una institución, fundarla en su especialización de fin, proveerla de los medios financieros para cumplirlo y, después, cercenarlos hasta impedir al ente el cumplimiento de ese fin y de sus responsabilidades.

Cuando hablamos del patrimonio del ente nos referimos al ya devengado o percibido por éste, según su sistema normal de ingresos. No importa en el caso la naturaleza de esos ingresos ni el acto que los produce, subvención, tasa, aportación fundacional única o escalonada, etc., porque siempre se tratará de un patrimonio que pertenece a la Institución desde que entra en su esfera de poder administrativo y que queda, a partir de ese instante, irrevocablemente destinada a cumplir el fin de ese mismo poder.

En este sentido, el patrimonio de la institución no comprende el régimen de sus ingresos, que sí queda sometido ilimitadamente al imperio de la ley.

La razón para ello es doble: en primer lugar, ese régimen es legal o estatutario, y está expuesto por su propia naturaleza jurídica a una constante modificación de sus términos por obra de la misma ley, incluso si el cambio sobrevenido es desfavorable para el ente en cuestión; en segundo lugar, los ingresos no devengados no son objeto de derecho alguno del ente ni, por ello mismo, están destinados al cumplimiento de su fin o especialidad funcional. Se puede concluir, por esto, que el régimen de tarifas, subvenciones,

variaciones graduales o escalonadas, etc., y en general todo sistema continuo o periódico de ingresos de una institución autónoma, puede ser modificado por ley en cualquier momento y en cualquier dirección, aún con perjuicio del ente y disminución de sus actividades normales, mientras no toque sus reservas o ingresos ya comprometidos.

Resta una importante advertencia final: la ley no puede en ningún caso quebrar al ente o incapacitarlo para cumplir sus compromisos contraídos, aún si ello es consecuencia exclusiva de una modificación desfavorable de su régimen legal de ingresos. La institución tiene el derecho a cumplir sus compromisos sobre las bases de previsión y financiación con que los adquirió, salvo imposibilidad provocada por acto propio. Este principio debe entenderse no como la consagración de un derecho de la Institución a la intangibilidad anual de sus presupuestos, que le permitiría consolidar indefinidamente sus rentas e ingresos; sino como una prohibición para modificar éstos en la medida estricta en que tal modificación impida cumplir compromisos ya contraídos sobre bases de previsión conocidas y determinables exactamente en un momento dado. Lo contrario sería hacer inefectivo por razones supervinientes no legalmente previstas el ejercicio legítimo de una potestad administrativa del ente, ocurrido cuando éste tenía —como se dice arriba— “sustento económico” para llevarlo a cabo.

La observación que antecede carecería absolutamente de importancia si el Estado fuera tácito garante, solidario e ilimitado, de la gestión de todos los entes autónomos, lo que es un ideal pero no una realidad positiva. La idea de una personalidad propia y elemento básico de todo ente, que por eso es tal— impide llevar fuera de éste, hasta el Estado, las responsabilidades que corresponden a las instituciones autónomas. La idea de persona jurídica precisamente, la de un centro ideal y último de imputación de los hechos que hasta él llegan y en él se detienen todos los poderes y deberes que puede tener.

Podemos afirmar de este modo, si dejamos de hacer derecho natural y nos atenemos al orden jurídico positivo y sus conceptos técnicos, que el Estado central no es fiador de ningún ente autónomo mientras la ley no lo haya convertido en tal. Si tal previsión no existe, cada ente responde por su gestión y si quiebra,

salvo que esté expresamente dicho que no puede hacerlo (que es lo mismo que una garantía implícita del Estado) habrá perjuicio definitivo sólo para el ente y sus usuarios, ninguno de los cuales podrá exigir del Estado ningún pago subsidiario. En este sentido, para estos entes que no tienen a su favor la garantía legal del Estado central, y para esta hipótesis de quiebra, es que tiene relevancia la observación hecha: el ente tiene derecho, frente al Estado, a quebrar sólo por acto propio; el Estado central carece de potestad para imponerle una modificación de su régimen patrimonial, sea cual sea, que incida, además, sobre las situaciones jurídicas individuales, derechos o deberes, creados con su gestión normal y asumidas con solvencia perfecta, al momento de contraerlas.

Hasta aquí sobre los límites naturales de la legislación frente a la autonomía, que son —como se vio— límites generales de la misma frente a cualquier sujeto o relación jurídica, porque aluden a la definición de ley dentro de un sistema de división de poderes. Resta por examinar ahora los límites propiamente autonómicos de la legislación, quiere decirse: los que le vienen de la independencia que guardan las instituciones autónomas dentro del ordenamiento jurídico costarricense.

LOS PODERES DEL ENTE AUTÓNOMO

El principio rector

El principio que debe regir las relaciones entre Asamblea Legislativa y Autonomía, es el siguiente:

Las instituciones autónomas tienen la titularidad y el ejercicio inicial, independiente e irrestricto de todas las potestades administrativas para el cumplimiento de su especialización material. La Asamblea Legislativa puede regular el control sobre ese ejercicio, sin quitarle ninguna potestad al jerarca de la institución, ni impedirle su ejercicio en forma independiente e irrestricta. Tal es el principio general.

El mismo contiene tres formulaciones fundamentales: a) La Constitución le ha dado a la institución autónoma la totalidad de los poderes administrativos necesarios para el cumplimiento de su gestión; b) La institución tiene el derecho, de acuerdo con la Constitución, de ejercer sus potestades por primera vez, en forma independiente y libre de interferencias de cualquier poder extraño; c) La Asamblea tiene potestad para regular el funcionamiento y organización de las instituciones autónomas y el control sobre su actividad, pero sin menoscabar ese modo independiente e irrestricto, ni restarle ninguna de las potestades que le son necesarias. Expliquemos este principio parte por parte.

Los poderes totales de la Institución

La Constitución le ha dado a cada ente autónomo todas las potestades del jerarca necesarias para el cabal desarrollo de su gestión. En este sentido la interpretación dada es obviamente correcta.

El alcance del artículo 188 de la Constitución sólo puede ser ese, que es, además, el que le otorga la doctrina extranjera a disposiciones similares de los respectivos ordenamientos. Dice, por ejemplo, Sayagués Laso:

“Cada Consejo Directorio es el jerarca de su respectivo servicio, el que lo dirige y por tanto posee todos los poderes de administración necesarios en la materia que constituye su especialidad”... La ley que niega un poder de administración al Consejo o Directorio de un ente autónomo y lo atribuye al Poder Ejecutivo, es inconstitucional; la enumeración de los poderes atribuidos a los consejos directorios, no es taxativa y debe considerarse que éstos poseen todos los poderes de administración no mencionados expresamente ya que por mandato constitucional son los administradores de sus respectivos servicios” (Ob. cit. tomo 11, pág. 180-181).

La cita de Sayagués es convincente porque está construida alrededor de los artículos sobre autonomía de la constitución uruguaya, que no sólo la consagran como la nuestra sino que, también, definen los controles a que la someten. En este sentido puede decirse que la constitución uruguaya es menos amplia que la nuestra en la consagración de la autonomía y que los argumentos válidamente extraídos de aquélla para ampliar la libertad del ente autónomo, son aplicables por mayoría de razón en favor de nuestras instituciones. Sin embargo, no basta con esa cita para justificar el principio sentado, de imputación al ente autónomo de la totalidad de los poderes de administración. Ese principio debe calificarse y aclararse, para evitar confusiones que lleven a la destrucción de la autonomía por ilimitada ampliación.

El artículo 188 C. P. y los poderes del ente autónomo

a) Hay, en primer lugar, una razón exegética, basada en la fórmula literal del artículo 188 de la Constitución, que permite sostener la aserción hecha, de que al ente corresponden constitucionalmente todos los poderes del jerarca administrativo, razón que es la siguiente: dicha norma expresa la prerrogativa fundamental de las instituciones autónomas cuando dice que “tendrán independencia en materia de gobierno y administración”, pero no fija límite ni hace enumeración alguna de los poderes de esa naturaleza de que gozará aquélla como mínimo o máximo de su capacidad pública. Ello lleva a pensar, ateniéndose puramente a la lógica del texto, o bien que esas potestades son las mínimas en ese aspecto —lo que sería absurdo porque equivaldría a crear un ente para darle un radio de acción más exiguo que el propio de las oficinas centra-

haciendas, que pueden tener más de ese mínimo— o bien que esas potestades son las máximas concebibles, lo que resulta razonable siempre que sigan siendo posibles las vinculaciones necesarias entre la institución y el Estado. Un tercer término no existe, porque consistiría en una graduación de poder autonómico no coincidente ni con un máximo ni con un mínimo posibles, graduación fundada en razones contingentes de oportunidad, sin asidero lógico ni límites necesarios en el concepto doctrinario de autonomía, que sólo sería admisible a texto expreso de la Constitución.

Dudosa sería la interpretación realizada si la norma que es su objeto especificara, aunque sin un tajante carácter taxativo, el número y contenido de los poderes de gobierno y administración del ente. En tal caso habría que estar —casi seguro— por la negativa a la tesis amplia, y afirmar que aquellos entes sólo tendrían las potestades expresamente conferidas, salvo nuevos elementos de juicio. Pero, en el estado actual de nuestra Constitución cabe afirmar lo contrario, y es que el principio irrestricto y sin enumeraciones ni salvedades ahí sentado, para definir la esencia de la autonomía y su prerrogativa fundamental, le permite a cada ente ejercer todas las potestades clásicas del jerarca que también corresponden dentro de su campo y por igual razón al Presidente de la República dentro del suyo.

b) La descentralización administrativa máxima y los poderes del ente autónomo

En segundo lugar, es cierta la existencia de la totalidad de los poderes administrativos en el jerarca del ente autónomo, fuera de las razones exegéticas aducidas, también por una razón de ciencia de la administración. Cabe decir, simplemente, que la autonomía es la máxima forma posible de descentralización administrativa y el punto extremo en la línea de la independencia, como forma de organización de los servicios públicos. Descentralización e independencia que exigen aquella totalidad.

Varias son las formas que puede asumir la organización administrativa en su intento por cristalizar la distribución y especialización de las oficinas públicas, para mejor prestar el servicio.

a) Es posible, en primer lugar, que la ley cree los llamados servicios especiales o haciendas autónomas, que son oficinas depen-

dientes del Poder Ejecutivo y, por tanto, carentes de personalidad, pero titulares de un régimen especial que les asegura autonomía funcional y financiera dentro de la organización centralizada. Sus características fundamentales son: a) presupuesto propio, fundado en la previsión de entradas (tasas o impuestos) afectadas especialmente al mantenimiento y funcionamiento del servicio prestado, cuya recolección puede estar también descentralizada en la misma hacienda, que es quien opera en sus oficinas la recaudación./ Tal presupuesto no figura en el general del Estado pero, en definitiva, está sometido a la aprobación de un órgano central de control financiero, generalmente la Contraloría o el Tribunal de Cuentas; b) Un aparato u organización propios, en el sentido de que sus oficinas se articulan verticalmente hasta llegar a un jerarca propio, quien dispone del personal y distribuye internamente el trabajo, sin intervención ni control del presidente y ministro; c) Un cierto grado de autonomía funcional, consistente en la posibilidad de no obedecer órdenes, limitada siempre por la posibilidad de sufrir la revisión y hasta la sustitución de sus actos por el Estado, incluso por razones de oportunidad. En todo caso el jerarca del servicio autónomo es un alto funcionario de confianza, obligado a obedecer las directivas generales de programa o actividad anual que le fije el ministro, y sujeto a destitución por injustificada desviación o incumplimiento reiterado de esas directivas.

Las haciendas autónomas se crean cuando se intenta formar un centro de acción sometido a dirección y estrecho control, pero suficientemente desligado del centro como para lograr su especialización. La responsabilidad por sus actos es la general de los funcionarios u oficinas públicas, y afecta la Hacienda Pública y no sólo el fondo propio de la Hacienda Autónoma.

b) La ley puede crear igualmente los llamados entes o sujetos auxiliares, que también pueden llamarse instrumentales. Se trata ahora de entes jurídicos, cuyos fines son propios del Estado y no sólo del ente mismo. La personalidad, concebida como centro último y definitivo de imputación de situaciones jurídicas, existe por el solo hecho de que los medios para el cumplimiento de los fines públicos, que son esas situaciones, pertenecen al ente y no al Estado. Pero nada impide que, siendo propias las situaciones jurídicas, sean extraños los fines e intereses a satisfacer con la actividad del ente, y que éste se halle subordinado a un sujeto extraño en

el desarrollo de su gestión, como el sujeto verdaderamente interesado en ésta.

Desde este punto de vista las normas que crean un ente pueden considerarlo en dos formas, en cuanto al fin que le atribuyen: o bien crean un ente cuyo fin es enteramente propio e independiente del Estado, respecto del cual éste tiene nada más interés en coordinar su gestión con otros ramos de la actividad pública, propia o ajena; o bien se trata de un ente cuyo fin es igual y paralelo a otros del Estado, porque éste se halla interesado en conseguirlo como si fuera propio.

En el primer caso, el Estado debe tener sobre el ente un poder de vigilancia que se funda en la repercusión que pueda acarrear sobre otros campos de actividad pública, que si son directamente suyos, la del ente autónomo. En el segundo, no se trata sólo de limitar o coordinar la actividad de la institución con otras, en defensa de éstas o del Estado mismo, sino de lograr que aquella actividad se oriente efectivamente hacia su meta y la cumpla, como fin que el Estado considera de imprescindible atención. Por eso, en relación con estos entes cuyo fin el Estado considera como propio, resulta indispensable que el Estado pueda no sólo regular, coordinar y limitar (como lo hace también frente a la actividad privada) sino también dirigir y mandar, estableciendo la conducta que el ente debe observar para alcanzar plenamente su cometido. Los programas del ente y su función de gobierno entran plenamente en la órbita de intervención del Estado, que puede imponer un plan de acción en vez de otro. Y también el modo de cumplimiento de esos programas, exactamente como si se tratara de una oficina centralizada.

En el caso de estos últimos entes —que pueden llamarse instrumentales frente a los primeros, que pueden llamarse simplemente relevantes para el Estado— la autonomía queda reducida a la posibilidad de no obedecer órdenes concretas y de no ver sustituidos sus actos por los del Estado en vía de revisión.

¿Cuál es el motivo que aconseja crear un ente instrumental, según descrito, en vez de una hacienda autónoma?

En primer lugar, la imposibilidad de control sustitutivo por el Estado, que garantiza a éste el desplazamiento total y defini-

ente instrumental

tivo de responsabilidades patrimoniales hacia el ente instrumental, cuya hacienda será la única pasible de las mismas, cuando se produzcan. En segundo lugar, el ocultamiento del Estado bajo la máscara de la autonomía, como entidad independiente, en campos sensibilizados políticamente a la pugna entre libertad-autoridad, liberalismo-socialismo, empresa pública o empresa privada, y en los que, sin embargo, el Estado considera indispensable tomar la iniciativa y restringir la del particular. Para ambas finalidades, la existencia de entes instrumentales que son en realidad centros jerarquizados con una mínima apariencia de autonomía equivale a la existencia de un instrumento ideal de realización, que permite el engrandecimiento del Estado a costa de administraciones parásitas.

Podemos agregar que ejemplos de los tipos de organización expuestos no existen en nuestro país. No existen en Costa Rica ni oficinas centrales con organización propia de personal, caja y presupuesto propios, como tampoco entes autónomos sometidos a órdenes con pérdida de su potestad de gobierno y planificación independientes. Ninguna de estas hipótesis es lógica, sino contradictoria con la íntima esencia de la autonomía misma.

Las haciendas autónomas, cuya principal característica y sustento es su autonomía financiera, resultan imposibles en Costa Rica a la luz de los artículos 176 y 180 de la Constitución Política que imponen el sistema de caja única de los fondos públicos centrales; y los entes instrumentales resultan igualmente imposibles, por el solo hecho de no estar expresamente consagrada su posibilidad. El principio es, por lo contrario, que todo ente autónomo, por el mero hecho de ser ente y no órgano, es libre y no súbdito frente al Estado. Así se desprende claramente del artículo 188 de nuestra Constitución Política.

c) Pues, en efecto, basta el hecho de una ley creadora de un ente público con una función especializada (por territorio, materia o personas) para que nazca sin más una institución autónoma, libre de toda sujeción jerárquica al Poder Central. En cuanto punto ideal y último de imputación jurídica, toda persona pública, por el solo hecho de serlo y salvo expresa disposición constitucional en contrario, debe reputarse dueña de todos los poderes necesarios para cumplir su cometido, pues la falta de los mismos motivaría una automática dependencia del otro

centro que habría de suplírseles y que, por ello, vendría a ser el punto de imputación verdaderamente operante de su competencia. De este modo, la idea de persona implica la de autosuficiencia en la acción como requisito indispensable para la libertad en ella, y como condición también para la responsabilidad emanada de sus actos, que tiene que ser propia y no del Estado, por ser propios y sólo a ella imputables los actos que la motivaron, si se quiere que sea verdadera responsabilidad.

El fenómeno de la imputación independiente produce, como se ve, el de la responsabilidad propia y ésta lleva finalmente, aunque por otro camino, a exigir una casi total libertad de acción, mientras no esté expresamente denegada por la Constitución. La personalidad de los entes públicos, entonces, encapsula la totalidad de los poderes administrativos necesarios para lograr su cometido en forma independiente y para evitar o asumir justificadamente las responsabilidades que se le imponen como consecuencia de su tarea. Debido a ello, el solo hecho de que nuestra Constitución trate a nuestras instituciones autónomas como si fuesen entes, y a sus directores como si fuesen personalmente responsables por su gestión, implica una titularidad plena y completa a su favor de todos los poderes administrativos propios de un jerarca central para el cumplimiento de sus cometidos. Se trata, quede bien claro, del simple hecho de la personalidad jurídica como fuente suficiente de la totalidad de los poderes administrativos en cabeza de la institución.

Hemos llegado, por dos diversos caminos (de exégesis y de lógica) a la única conclusión que en este largo discurso nos ha interesado verdaderamente: el ente autónomo en Costa Rica tiene la totalidad de los poderes administrativos necesarios dentro de su campo, en paridad de condición al respecto con el Presidente de la República y sus respectivos ministros. Resulta inconstitucional la ley que prive a un ente de alguno, algunos o de todos esos poderes, para dárselos al Estado o a otro ente, mientras no suprima al ente mismo. Sólo están vedados al ente aquellos poderes administrativos que resulten de exclusiva incumbencia del Poder Ejecutivo, por expresa disposición constitucional. I

Demostrado todo lo cual, por las razones apuntadas, cabe hablar brevemente del objeto y naturaleza de cada una de estas potestades.

LA NATURALEZA DE LOS PODERES DEL ENTE AUTÓNOMO

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD COSTA RICA

Se ha examinado en el capítulo anterior la necesidad de que el ente autónomo se considere dotado en Costa Rica de todos los poderes administrativos útiles para el desarrollo de su función y propios de todo jerarca administrativo, en razón de su misma calidad de tal.

Conviene considerar ahora la naturaleza de cada uno de esos poderes.

Hemos analizado ya la naturaleza y alcances de la potestad de gobierno, que es la fundamental del ente. Su expresión más acentuada y típica está en la formulación de planes de administración y en la emisión de los presupuestos del ente. Aparte de este su aspecto de planificación funcional o financiera la potestad de Gobierno presenta otro de importancia, que es el poder reglamentario de la institución. Típico modo de decidir cómo debe realizarse en detalle el plan y el presupuesto previamente acordados en uso de su potestad de gobierno, la potestad reglamentaria del ente presenta finos problemas en el campo de la autonomía, todavía no exhaustivamente aclarados por la doctrina.

a) Las potestades comunes

De previo podemos enunciar brevemente aquellos poderes cuyo estudio es simple y cuya naturaleza, contenido y límites en las instituciones autónomas coinciden con los ya definidos y estudiados en textos y tratados como clásicamente propios de un jerarca administrativo. Ya se sabe cuáles son esos clásicos poderes: frente al interés público y frente a los subordinados. La posición del jerarca frente a la función pública implica la posibilidad legal de preparar las decisiones, a través de actos de inspección, comprobación, consulta, información, etc.; lo que significa que el ente puede darse a sí mismo —mediante reglamento autónomo— todos los órganos consultivos, inspectores o de información e investigación que estime necesarios para ejercer su función.

Esa misma posición frente al interés público exige y permite la potestad de decidir y de notificar las decisiones, así como también la de ejecutarlas.

Los poderes del jerarca frente a sus empleados son los que comprende su relación de jerarquía, de tan gastada enumeración: nombramiento, vigilancia, disciplina, ordenación de la conducta en forma concreta o a través de circulares, control de legalidad y de oportunidad, revisión, sustitución, avocación y delegación. El jerarca es, naturalmente, la Junta Directiva del ente, que es el órgano inicial del mismo, con el que principió su funcionamiento.

Cabe afirmar, al respecto, que nuestra Constitución implica y exige el carácter colegiado del jerarca del ente autónomo. Cuando dice el artículo 147 de la misma que corresponde al Consejo de Gobierno "nombrar a los directores de las instituciones autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo" supone claramente dos normas: a) que el órgano directivo del ente deberá estar integrado por varios y no por un solo Director; b) que hay Directores de este cuerpo que podrán ser nombrados por un ente distinto del Poder Ejecutivo.

El carácter colegiado es una forma implícita de afirmar la libertad del funcionamiento de la institución, pues los colegios están por encima de toda jerarquía por su propia estructura. Se trata de un grupo de titulares iguales en grado y poder, encargados de decidir por libre deliberación y no según voluntades extrañas, que eliminan toda alternativa de decisión.

b) La desconcentración dentro del ente autónomo

Generalmente nuestras leyes creadoras de entes autónomos se limitan a organizar al jerarca colegiado de los mismos y omiten la previsión de órganos o departamentos auxiliares. Resulta posible, pese a esta "unicidad" de órgano supremo, que el ente cree otros encargados de prestar funciones en su nombre?

La respuesta debe ser afirmativa. El ente puede, mediante reglamento propio, crear otros órganos que auxilien a su jerarca. El ente puede, en primer lugar, crear todos los órganos internos de preparación y ejecución de sus decisiones y programas, como ya antes se había advertido: órganos auxiliares de consulta, informa-

ción, investigación y requisición de actos y de hechos, y órganos de control.

El ente puede, en segundo lugar, crear órganos externos, no legalmente previstos, que lo descarguen de sus funciones ante el público. Pero, relativamente a este tipo de desconcentración externa, cabe hacer una salvedad desde ahora. La dicha potestad sólo existe cuando el servicio que la institución presta es material o técnico, y de libre goce por el particular usuario; y es imposible, al contrario, cuando la actividad de la institución es jurídica y autoritaria, porque es propiamente de imperio y coacción, y no un servicio público. En el primer caso, en efecto, el ente ejerce una potestad permitida por la misma ley, aunque sea tácitamente, porque entre las potestades del jerarca debe considerarse incluida la de crear y utilizar los modos de gestión de su servicio que hagan posible la prestación eficiente del mismo, cuando ello no entrañe disminución del poder legal del jerarca ni ataque los derechos del particular. Modos de gestión que obviamente incluyen la potestad de desconcentrar las funciones del ente, cuando la concentración quebrante la agilidad y regularidad del servicio.

En el segundo caso, cuando se trata de una actividad externa de imperio, encomendada a una institución como medio para el cumplimiento de su específico fin, opera también en toda su amplitud el principio de la legalidad. Es decir, opera la necesidad de respetar la ley formal de organización del ente y de atribución de poderes y de cometidos al jerarca, sin posible interferencia de una norma no legislativa, que pueda desvirtuar la garantía constitucional de la libertad y de la propiedad que tal reserva legal persigue. El ente, en este caso, sólo puede desempeñar sus funciones a través de su Junta Directiva, que es la única que las tiene por ley. Desde el punto de vista de la reserva legal, que sólo persigue la protección a la libertad y a la propiedad individuales, resulta una garantía adicional el que sea una Junta Directiva, y no otro órgano de menor rango y con menor capacidad determinativa, la que haga uso de aquellas funciones, que por sí representan un peligro para esos derechos.

En el caso de los servicios públicos hay una posibilidad de beneficio más que de perjuicio en su funcionamiento y el ente puede, precisamente en ventaja del particular, imprimir a su organización la estructura más ágil y matizada posible. No obstante,

ello tiene una fundamental limitación: el reglamento autónomo puede desconcentrar las potestades legales de la Junta Directiva trasladándolas a otros órganos, siempre y cuando mantenga a éstos sometidos a jerarquía plena en cuanto a su funcionamiento. La jerarquía supone una fungibilidad unilateral de la competencia del inferior frente al superior, en virtud de la cual éste debe poder hacer lo mismo que aquél y sustituirlo en su función, mediante el poder de avocación. Fundamentalmente, además, la jerarquía implica subordinación frente a las órdenes puntuales y detalladas del jerarca. En síntesis puede decirse que la jerarquía supone que existe un órgano superior, con una competencia igual a la del inferior, naturalmente en cuanto a la materia y el territorio correspondientes.

Por lo que puede afirmarse que es posible la desconcentración dentro de la jerarquía, en la hipótesis de los entes autónomos que emiten reglamentos, porque en el caso esa desconcentración significa darle poderes a un nuevo centro sin quitárselos al jerarca que ya los tenía.

Principio éste que permite sentar otro: los entes autónomos no pueden desconcentrar sus poderes mediante la creación de órganos colegiales que decidan en lugar del ente, porque los colegios —como se vio— no pueden estar sometidos a plena jerarquía. Frente a los mismo el poder de decisión avocatoria y de ordenación —por actos concretos o circulares— no existe.

c) Las potestades de imperio y el principio de legalidad

Están dentro de las potestades implícitas de la Constitución las llamadas de "imperio", que permiten mandar y disponer de derechos de terceros, extraños a la institución, que no son sus empleados ni sus usuarios? Tales potestades no van implícitas en la posición de jerarca administrativo, porque están rígidamente sometidas al principio de legalidad. Precisemos mejor el alcance de éste, para dividir bien el problema que el mismo plantea.

Nuestra Constitución —en tanto que típica de un estado liberal— ha reservado el régimen de las interferencias contra la libertad y los derechos individuales, a la Asamblea Legislativa. Ello significa que no puede realizarse ningún acto de imperio, que perjudique un derecho o imponga un deber, sin que lo autorice

una ley formal y material a la vez. Es la formulación del principio de legalidad, que equivale a una reserva de ley dentro de un Estado liberal, cuando se trata de regular los derechos y las garantías fundamentales del individuo. Este principio lo consagran los artículos 28 y 45 de nuestra Constitución, pero es el resultado, sobre todo, de los motivos y de los fines de un régimen con división de poderes, cuyo texto expreso carecería de sentido si no se aceptara la dicha interpretación.

Todo Estado liberal de derecho, como el nuestro, se compone de tres fundamentales elementos que enmarcan la actividad del Gobierno, a saber: a) Definición de los derechos y garantías individuales y sociales, como límite infranqueable para la acción del Estado; b) Sumisión de todo acto concreto a una norma general previa y de toda autoridad inferior a los actos legítimos de las otras autoridades superiores; c) División de poderes según un criterio de distribución de las funciones y no según un criterio de especialización en el trabajo, variable con la calidad y cantidad de las necesidades públicas.

Estos ingredientes tienen un orden de importancia inverso al que se les dio en su enumeración. De este modo, puede decirse que la separación de las funciones existe fundamentalmente para hacer posible que se respeten las normas generales y, a través de éstas, las garantías o derechos fundamentales del individuo. La división de poderes no es otra cosa que una garantía de esos derechos constitucionales. Dentro de esa distribución de funciones —cada una igual a una definición lógica invariable— corresponde la primacía a la Asamblea, que es la llamada a definir las posibles limitaciones, restricciones o supresiones de los derechos por la autoridad pública. El objeto principal de la ley es, justamente, hacer posible la certeza y la seguridad en cuanto al contenido actual y las limitaciones posibles a los derechos individuales, mediante una norma general que se pueda conocer exactamente antes de su aplicación al caso concreto. Por tanto, es normal en la ley disponer sobre los derechos individuales y definir las potestades públicas que pueden interferirlos o limitarlos. Puede haber una ley que no tenga ese contenido, pero no puede haber una norma que lo tenga y que no sea una ley normal. El reglamento, frente a la ley, carece de la fuerza necesaria para suprimir derechos o imponer deberes de prestación personal y sólo puede regular las cargas o requisitos para el ejercicio de los

derechos o deberes, sin agravar extraordinariamente los previstos directamente por la ley.

En virtud de todo ello, sólo la Asamblea puede autorizar la supresión o restricción de las libertades, o derechos constitucionales o legales, aunque sea otro ente o Poder el que lleve a cabo el acto concreto que causa el perjuicio. Esta reserva es absoluta e indelegable en todo caso, o relativa y compatible con la delegación del régimen correspondiente en el Poder Ejecutivo? Al respecto cabe hacer una observación definitiva: la Asamblea puede delegar, sentando las líneas directivas y contenidos fundamentales de la actuación delegada en regímenes que expresamente admitan tal potestad en sus constituciones; no lo puede hacer en un sistema como el nuestro, cuya constitución expresamente consagra el opuesto principio de la indelegabilidad de funciones públicas, de poder a poder. Para este efecto la regulación detallada de una materia excluye la delegación, porque la norma siguiente que se produzca después de la misma habrá de equipararse necesariamente a un reglamento de tipo ejecutivo.

Así, pues, sólo por ley formal o con base en una ley formal puede el Estado o el ente autónomo interferir la esfera de derechos ajenos de tercero, como las garantías constitucionales. Estas garantías y en general todo "derecho originario", según la palabra de Burgoa, aunque sea de fundamento legal y por el solo hecho de no ser "derivado", nacido de acto administrativo del ente o del Estado, están reservados a la ley en todo lo concerniente a su régimen. Sólo con la naturaleza, fundamento, función y alcances que la ley les otorgue pueden existir o darse las potestades de supresión o disminución de tales "derechos originarios". Si no los otorga la ley, tales poderes no existen, aunque resulten necesarios.

Sobre la base de esta conclusión resulta fácil saber lo que puede hacer o no hacer una institución autónoma, por la vía del imperio y la coerción. El ente autónomo se halla al respecto en igual situación que el Estado central, que sólo puede hacer en ese campo lo que la ley le permite, en la medida en que se lo permite. Es el principio de legalidad.

Este principio tiene que ser interpretado en forma flexible, para no paralizar la actividad pública. Es imposible exigir que siempre haya una ley que expresamente prevea la potestad o el acto de

que se trata, en forma específica y completamente detallada. Es decir, no se requiere que se precisen expresamente todos los elementos del acto administrativo, sujeto, objeto, presupuesto, motivo, fin, forma, procedimiento. La previsión del acto puede ser genérica, imprecisa e incompleta. Pero se requiere, en todo caso, que haya una disposición expresa que especifique no sólo el sujeto y el fin, sino también el presupuesto de hecho o el contenido posible del acto de autoridad. La fundamentación de este principio sale del ámbito de este trabajo, porque lo dicho no es otra cosa que compendio de lo expuesto en tratados generales alrededor del problema también general de la legalidad administrativa. Pero, quede claro que existe una razón fundamental para que ello sea así, que satisfice suficientemente la curiosidad en cuanto a los fundamentos de la afirmación hecha. Razón que es la siguiente: la función primordial de la ley es desarrollar la Constitución y ajustarla a la realidad en que se aplican sus preceptos. La ley debe ser y tiene que ser más precisa que la Constitución, sobre todo en lo tocante a libertades. Y la Constitución acostumbra regular la actividad pública que puede colisionar con esas libertades a través de la expresión de sujetos, cuando organiza los poderes y de fines, cuando les atribuye cometidos o tareas. Si la ley sólo regulara sujetos y fines mantendría igual vaguedad e imprecisión que la Constitución misma en cuanto a las potestades jurídicas de autoridad. En rigor, prescindiría absolutamente de la regulación detallada de los medios aptos para lograr esos fines, cuya concepción y coordinación con la realidad social es precisamente la función de lo legislativo. Para que ésta se cumpla se requiere, que, además de sujetos y fines de las potestades de imperio, se diga al menos en forma genérica e imprecisa cuáles pueden ser los presupuestos de hecho, o el contenido y efectos posibles de los actos que se realicen para llevar a cabo aquellos cometidos.

Este circundar la conducta y precisarla en los aspectos que la individualizan y diferencian de otra que tenga igual materia genérica y competa a igual sujeto, expresando su presupuesto o su contenido, es precisamente la función del principio de legalidad, que así se distingue de una mera y peligrosa constitucionalidad en relación con la conducta de imperio.

Puede, entonces, reiterarse el concepto sentado: Todo acto de imperio de una institución autónoma, normativo o no, debe estar

regulado en cuanto a su sujeto, fin y, alternativamente, presupuesto de hecho o contenido posible. Si no lo está el acto no es jurídicamente posible y es nula su emisión, aunque la misma sea justificable por graves razones de interés público.

d) Las potestades de imperio y la analogía

Cabe, sin embargo, avanzar una decisiva cuestión: ¿cuándo se discute sobre la naturaleza pública o privada de una relación jurídica o de cualquiera de sus elementos (sujeto, objeto, acto, hecho) no se intenta precisamente descubrir la condición necesaria para aplicar por analogía el derecho público, cuando calla o es omisa la ley en algún importante aspecto del régimen de esa relación o acto? ¿No es posible legitimar por analogía actos no previstos ni expresamente regulados, siempre y cuando provoquen necesidades iguales y tan urgentes como las que motivan la emisión de otros actos que sí están expresamente regulados? ¿Y si ello no es posible no consisten, entonces, el derecho administrativo como ciencia en una mera exégesis positivista de textos legales, sin adición alguna de principios y reglas nacidas de un criterio más ajustado a las necesidades públicas y a los fines de la ley administrativa que tiende a satisfacerlas?

Creo yo que esta última pregunta —cuya contestación afirmativa es consecuencia lógica e inevitable de la contestación afirmativa a las dos primeras— implica en sí misma la solución acertada del problema. Porque, según todo lo anteriormente expresado, el derecho administrativo es un derecho cuyo típico objeto es vincular la conducta a una finalidad y condicionar su legalidad a la persecución correcta de su logro.

Hemos visto, en efecto, que la administración es una actividad dirigida a obtener ciertos resultados o a realizar ciertos valores en la vida social, a través de obras de todo tipo. Es esencial, para comprender el derecho administrativo, entender sobre todo los resultados prácticos que la aplicación o creación de sus normas quieren producir. Lo fundamental para comprender lo que el derecho administrativo permite —incluso cuando se trata de las potestades de imperio— es atender a las necesidades públicas en juego y, sin más, aplicar la misma disposición ahí donde hay la misma razón. Este sencillo y manido aforismo jurídico es la máxima elemental fundamental en la interpretación del derecho administrativo.

El derecho administrativo carece de sistema positivo y es, en lugar, un derecho lagunoso y contradictorio en el texto de las leyes, pero armónico y lógico en las construcciones doctrinarias, hechas para suplir esas lagunas mientras la ley expresamente no lo haga por su cuenta o en contradicción con los principios de esa doctrina. La interpretación de la ley administrativa está centrada toda ella en la tendencia a ampliar los alcances de la ley incompleta con las generalizaciones de la doctrina, siempre y cuando ello sea razonablemente posible a partir de un texto expreso.

Sólo nos cabe agregar aquí que el método de interpretación que se sigue en el derecho administrativo es el llamado teleológico y no el lógico; y que la lógica para construir y acabar las generalizaciones inductivas que completan su contenido es la de lo razonable, según palabras de Recasens, y no la silogística.

Se trata, en todo caso, de un principio de interpretación y no de uno de integración, en el sentido técnico distintivo de ambos vocablos. Interpretación, que es captación de sentido de una ley existente, e integración, que es creación de una norma nueva para el caso concreto. La integración en cuanto a las potestades de imperio, para permitir una que no es legitimable siquiera por analogía, resulta imposible. Sólo se puede llegar —pero es también lo más a que se puede llegar— a la analogía, concibiendo ésta —como lo hacemos nosotros— como una forma de interpretación y no como una forma de integración. Porque esta última, dada la rígida limitación que produce el principio de legalidad sobre la actividad autoritaria del Estado, cuando exige la existencia de una regla que autorice esa actividad para hacerla legítima, está implícitamente prohibida en un sistema demócrata liberal como el nuestro. Su aplicación queda restringida, como también se explicó anteriormente, al ámbito interno de organización de cada ente. Dentro de este campo, en el cual el Estado puede actuar sobre la base de simples reglamentos autónomos, puede también hacerlo sin sujetarse a una norma previa, realizando actos atípicos de autoridad.

Cuando el Estado sale del ámbito interno, para prestar servicios o para controlar y limitar el ejercicio de los "derechos originarios" de los particulares, el Estado sólo puede actuar sobre la base de una ley o por analogía con ella, nunca en posición de creador del

orden jurídico. Pero mientras tenga pie para extender sus potestades expresadas a hipótesis similares, aunque parcialmente diversas, el Estado puede hacerlo si en ambos casos hay igual necesidad pública a satisfacer. La interpretación analógica de las potestades de policía es extensiva y, salvo el caso de las penas, no puede considerarse excepcional.

Un ejemplo sencillo y convincente (fuera del clásico caso del cartelón ferroviario que prohíbe el ascenso al vagón de pasajeros con perros o gatos, y respecto del cual se preguntaba el tribunal en un famoso caso alemán: prohíbe también el ascenso con un cachorro de león o de tigre?): nuestro reglamento de bombas de gasolina, que exige toda clase de dispendiosas condiciones de seguridad, está hecho nada más para el expendio de gasolina a vehículos automotores. En el campo se acostumbra expender gasolina para fines diversos y en menores cantidades, pero en condiciones totalmente primitivas (en estañón, con venta a mano y succión por "guacal", en negocios que también expenden otros materiales inflamables, etc.), y con mucho mayor peligro que el que objetivamente presenta o puede presentar en un caso concreto una bomba urbana para vehículos automotores. ¿Habrá de permitirse al expendedor rural que ponga en peligro la vida de peatones, clientes y trabajadores de su expendio simplemente porque el mismo no es una bomba según la definición legal y, tal vez con el cálculo del dueño, no le son literalmente aplicables las normas que regulan aquellas? Obviamente, hay igual necesidad, igual falta de medios para eliminarla e igual o mayor peligro que en el caso de una bomba urbana común. Las exigencias de aquel reglamento, cuando menos en lo compatible con las propias del caso en examen, habrán de imponerse al comerciante rural que funciona en tales condiciones y prohibirle el expendio o imponerle su acomodo a la seguridad.

Igualmente puede decirse con la norma de nuestra Ley de Construcciones que otorga facultad a la Municipalidad para, mientras no planifique la urbanización de sus pueblos, disponer caso por caso donde deben ubicarse los establecimientos molestos y, si fuere necesario, clausurarlos. Sería posible considerar que tal norma no es aplicable al establecimiento o expendio de gasolina arriba descrito, aunque ningún artilugio lógico pueda equiparar lo molesto con lo peligroso? O más claro, aunque lo molesto no sea

lo peligroso y el dicho expendio sea peligroso y no molesto, ¿no es aplicable en nuestro caso tal potestad municipal de clausura y traslado, si las razones, necesidades e intereses que se consideraron cuando se creó aquella disposición (artículo 63, Ley de Construcciones) son las mismas que inevitablemente entran en consideración cuando se considera este segundo caso?

Este ejemplo, visto desde el doble ángulo expuesto, revela que el principio de legalidad administrativa tiene su principal punto de flexión en el principio de la interpretación analógica; y su punto de mayor rigidez cuando se trata de un caso de integración, porque ésta, en cuanto supone una total ausencia de norma sobre caso similar o un caso totalmente disímil y nuevo, asume como base de operación aquella hipótesis que el principio de legalidad precisamente excluye de toda intervención autoritaria y abandona a la soberana libertad del particular. Existe al respecto y frente a la potestad de imperio del Estado una limitación formal casi tan rígida como la que existe en el Derecho Penal, donde dice la Constitución que no hay crimen ni pena sin previa ley que los defina. Sólo hay —ente la potestad punitiva penal y la administrativa— una diferencia esencial, a saber: que en materia penal la interpretación analógica en disfavor del reo está prohibida e impuesta la contraria a favor de éste; en tanto que en el derecho administrativo está permitida la analogía que amplíe el ejercicio del imperio a casos no específicamente previstos en su totalidad, y prácticamente prohibida la interpretación en favor del particular afectado.

Con estos elementos de juicio puede responderse claramente a la cuestión primeramente formulada sobre la existencia y amplitud de las potestades de imperio en el jerarca de un ente autónomo. Puede contestarse: todo ente autónomo que ejerza una potestad de imperio tiene que hacerlo con base en una ley formal, emanada de la Asamblea Legislativa; y es inconstitucional y viola el principio de división de poderes, toda disminución de un derecho o imposición de una obligación por la vía del imperio que realice un ente autónomo con base diferente, aún si es otra norma general, como un reglamento autónomo propio. Un reglamento de un ente o uno del Poder Ejecutivo pueden regular también actos de imperio, pero sólo si se trata de reglamentos ejecutivos, que desarrollen las condiciones, requisitos y modos de ejercicio de

los derechos o deberes consignados en una ley formal previa. Es decir, sólo si no son autónomos a ese respecto. En ningún caso puede la Asamblea Legislativa delegar en un ente autónomo o en el Poder Ejecutivo la regulación inicial y primaria de una materia, sobre bases enteramente libres o no sustancialmente reguladas por ella misma, para permitir actos de imperio y limitaciones a los derechos de libertad y propiedad.

Es por todo ello, finalmente, que un ente autónomo puede dar órdenes, imponer prohibiciones, expedir certificaciones necesarias para adquirir derechos o ejercerlos, crear servidumbres públicas, expropiar o requisar, etc., exclusivamente si hay una ley que se lo permita y establezca por sí misma el régimen fundamental —en lo tocante a sus consecuencias jurídicas— de tales potestades, aunque sea en forma genérica e imprecisa. Que es la última advertencia que resta en lo tocante a la legalidad del imperio descentralizado: tal legalidad, como en el caso de la administración central, es perfectamente compatible con la discrecionalidad que indica una posibilidad de escoger y de precisar lógicamente los conceptos vagos, equívocos o imprecisos.

e) La potestad reglamentaria del ente autónomo

Sobre las ideas y conclusiones expuestas, toca ahora analizar brevemente la potestad reglamentaria de las instituciones autónomas. Porque resta una importante aclaración: todo lo dicho, en cuanto a la reserva legal de los derechos y libertades individuales oponibles a un ente autónomo, se refiere exclusivamente a la actividad de imperio de éste, que puede suprimir poderes o crear deberes en perjuicio de terceros extraños al servicio, o en perjuicio de los mismos usuarios de éste en la medida en que también son extraños y no se consideran como usuarios. Porque la potestad de imperio y reglamentación subsiste a favor del ente autónomo sobre todos los aspectos del servicio en prestación, siempre y cuando afecte a los usuarios únicamente en cuanto receptores del servicio.

Más claro: el usuario es un sujeto de situaciones jurídicas múltiples, además de la de usuario; es padre de familia, propietario de bienes raíces, socio de empresas, profesional, funcionario público, trabajador, etc. Y, además de todo eso, es usuario del servicio

prestado por una institución. En aplicación del principio de reserva legal de los derechos individuales, el ente público no puede afectar ni perjudicar ninguno de los derechos que el usuario tiene en calidad diversa de ésta, porque ello sería interferir coactivamente con una esfera garantizada de libertad y está prohibido por la Constitución, sin una ley expresa que habilite a hacerlo. Así como el ente autónomo no creó esos derechos, en cuanto gestor del servicio que le corresponde, así tampoco puede suprimirlos o desminuirlos sin el consentimiento de sus dueños.

En cambio, sí puede regular la prestación del servicio e imponer al usuario todos los sacrificios de su libertad que estime necesarios para asegurarle la continuación en el goce del mismo. En este caso no hay privación de la libertad, porque el Estado no impone el servicio ni su continuación, sino que deja libre al individuo para aceptarlo o rechazarlo. Pero, si el individuo lo acepta, tiene que hacerlo en las condiciones de organización y prestación que el jerarca indique, y sometido al poder unilateral de administración de este jerarca. El particular, en otras palabras, toma el derecho el servicio en las condiciones en que el ente autónomo se lo ofrece, y entre ellas la fundamental es aquella sumisión de los usuarios a la potestad pública del jerarca para organizarlo y acomodarlo al interés público. En uso de este poder el jerarca puede imponer al usuario toda clase de restricciones y obligaciones de conducta, para hacer posible la concurrencia con los otros usuarios; y aún algunas sanciones pecuniarias que puedan considerarse por su monto como accesorias del servicio, y como punición razonable en comparación con lo que aquél recibe económicamente del ente o del Estado. Lo más que el usuario puede perder a título de sanción, o que el ente puede cobrarle o quitarle en ese concepto, es el equivalente económico de la prestación suministrada; nada más. Todo lo que exceda de este límite y exija una responsabilidad disciplinaria de valor económico mayor que el del servicio procurado como contraprestación, es una forma de pena incidente sobre el patrimonio del usuario en cuanto es tercero, porque no guarda relación con lo que éste recibió o ha recibido de la organización dentro de su esfera de poder.

Tampoco puede la institución autónoma regular e imponer por reglamento las condiciones de admisión al servicio ni la extinción del derecho del usuario. No puede regular la admisión del parti-

cular al goce del servicio porque el acto correspondiente afecta una situación jurídica del particular cuando todavía no es usuario, para convertirlo en tal. La función del acto de admisión es, justamente, convertir el derecho a ser admitido, en el derecho al servicio mismo. Aquel derecho lo tiene o puede tener el particular desde que el servicio —como organización— queda abierto al público, en virtud de su instalación completa; a partir de ese momento todo particular tiene derecho, en virtud del principio de igualdad en la prestación propio de todo servicio público, a ser admitido al goce de éste si reúne las condiciones previstas. Pero, entonces o todavía entonces, no es usuario, porque le falta ser admitido y obtener el derecho al disfrute de la prestación: el acto de admisión lo mismo que el de rechazo del particular afectan una relación de éste antes de ser usuario, que, por eso mismo, queda fuera del ámbito de la potestad reglamentaria y de imperio del ente. Las condiciones de admisión o de rechazo sólo pueden ser creadas por ley formal, emanada de la Asamblea Legislativa.

Lo mismo puede decirse —por iguales razones— de la facultad de la institución para regular en forma autónoma la caducidad del derecho o su extinción, salvo retiro voluntario del usuario. El derecho al servicio ha sido previsto y está regulado necesariamente por la misma ley que lo crea. Aún si la ley no habla expresamente de ese derecho y lo configura como tal, implícitamente lo consagra al organizar el servicio y ponerlo a disposición del público. La extinción de ese derecho sólo puede ser regulada por ley formal, que es la vía única para su creación, y nunca por reglamento autónomo de la institución que lo presta. Lo contrario sería extinguir por reglamento un derecho creado por ley formal.

Es obvio, también, que la institución no puede regular, sin una ley expresa que así se lo permita, la imposición del servicio, ni para iniciarlo ni para continuarlo. Ello representaría una imposición del servicio, convirtiéndolo en obligatorio para su beneficiario, con restricción evidente de la libertad del individuo. Sólo la ley puede operar y regular tal efecto, como lo ha hecho con el seguro social, la enseñanza primaria, los riesgos profesionales de cobertura obligatoria, la afiliación obligatoria a las Cámaras o Colegios Profesionales, etc. Toda disposición similar o igual emanada de un ente autónomo sería evidentemente inconstitucional.

Fuera de estos casos —que son los de más común ocurrencia— y de todos los otros que puedan implicar violación del principio de reserva legal de los derechos y garantías individuales, el ente conserva irrestricta su capacidad para reglamentar exhaustivamente todos los aspectos de prestación del servicio, así como lo concierne al contenido de la prestación, su horario, el lugar, las tasas, la calidad y técnica empleadas, el volumen de la prestación, etc., todo lo cual puede ser regido por reglamento autónomo mientras no viole prescripciones legales o constitucionales y no perjudique derechos del usuario o de terceros, extraños a la relación de servicio que se ejecuta.

Es esta potestad de reglamentación autónoma del servicio, en lo que se refiere exclusivamente a la organización del mismo y a sus relaciones con el usuario como tal, ámbito que podría llamarse “interno”, la que la doctrina llama supremacía especial de la administración, frente a un derecho también especial, llamado en Italia y Alemania “derecho de casa” (*diritto della casa*).

Dice Renato Alessi al respecto:

“En conclusión, el problema relativo a la identificación de las relaciones administrativas de las que puede ser accesoria una supremacía especial del ente público, fuente de deberes y de derechos para los particulares, con una sujeción correlativa de los mismos, se resuelve diciendo que una total supremacía puede existir siempre que el tipo de relación implique un directo contacto personal, permanente y continuo entre el particular y la administración, que exige disciplinar el comportamiento personal del individuo para asegurar el mejor cumplimiento de la relación misma, porque resultan insuficientes para el caso tanto la normal supremacía general de la administración, como también en especial, su común poder preventivo de policía, que en esta supremacía se funda (*Sistema Institucional del Derecho Administrativo Italiano*, pág. 206).

Esta potestad o supremacía especial, que lleva a la reglamentación autónoma de los servicios por las instituciones públicas que están encargadas, es una potestad subordinada a la ley, como toda otra manifestación de la autonomía según ya quedó anteriormente demostrado. Se había afirmado que cuando una institución puede emitir reglamentos especializados en su materia y hacerlo en forma autónoma, aunque no haya ley preexistente que ejecutar, las

normas así nacidas están potencialmente subordinadas a las futuras leyes que recaigan sobre igual materia porque así lo impone la superioridad de la legislación frente a la autonomía, fundada en los artículos 188, 189 y 190 de nuestra Constitución.

Y vimos también que ello es así, no obstante la especialización por materia propia de la institución como tal, porque nuestra Asamblea puede en virtud de esa su afirmada y gratuita supremacía constitucional regular toda clase de materias que no le estén expresa o inequívocamente vedadas por la Constitución, como en los casos de la Universidad y del Tribunal Supremo de Elecciones (competencias excluyentes por materia) según lo anteriormente analizado. Por ello interesa ahora hacer un estudio somero del fundamento y alcances de esta potestad reglamentaria de las instituciones autónomas. Es decir, analizar su compatibilidad con el sistema de división de poderes, su causa y su posición frente a los reglamentos del Poder Ejecutivo.

f) La potestad reglamentaria de los entes y la división de poderes

En líneas anteriores hemos aceptado, sin fundamentarlo expresamente, que los entes autónomos tienen la potestad de reglamentar su servicio, en tanto no toquen ni disminuyan derechos de terceros ni de los usuarios considerados como terceros.

Los reglamentos de las instituciones autónomas son posibles en un sistema con el nuestro por doble razón: 1) porque los entes autónomos ostentan una función administrativa y ésta implica la potestad reglamentaria común, de tipo ejecutivo; 2) porque todas las instituciones autónomas tienen una función de servicio público, de asistencia y fomento, que implica igualmente la potestad de regular esa prestación en beneficio de su regularidad y consecuentemente del público mismo.

1) Para acabar la primera idea expuesta en cuanto al fundamento y necesidad de la potestad reglamentaria común, dentro de un régimen de división de poderes, conviene reseñar brevemente la doctrina sobre el tema, que evidencia el carácter inmanente de dicha potestad en cualquier función administrativa.

Con su acostumbrada lucidez, el tratadista Sayagués Laso ha dicho:

“La potestad reglamentaria es inherente a la función administrativa y, por consiguiente, propia de la administración. Esta tiene a su cargo múltiples cometidos, para cumplir los cuales eficientemente necesita no sólo realizar actos subjetivos y operaciones materiales, sino también dictar normas generales, especialmente para regular la actuación de sus propios órganos. El poder reglamentario radica, pues, en la naturaleza misma de la función administrativa” (op. cit. pág. 134, tomo 1).

Es curioso observar la confirmación práctica o velada de esta misma tesis aún por los más tenaces sostenedores de la opuesta, que exige expresa previsión para la existencia del poder reglamentario. El profesor Alessi, dice al respecto:

“Con base en la división de poderes, por la que la competencia normativa de la autoridad administrativa tiene que ser excepcional y derivada, se revela justamente que la competencia reglamentaria no puede subsistir sino con base en una atribución de potestad por la Constitución o la ley” (ob. cit. pág. 290).

Pero continúa diciendo:

“Esta atribución, tómesese en cuenta, puede darse en diversos modos y también en forma puramente implícita. Así para los estatutos de los entes auxiliares, la potestad relativa deriva implícitamente de la concesión de autonomía al ente auxiliar... en el caso de reglamentos para el ejercicio de servicios públicos la atribución está implícita en la atribución de la potestad para prestarlo, que exige una reglamentación de parte de la autoridad que lo presta” (ob. cit. pág. 290).

Resulta claro de esta cita que la potestad reglamentaria es imprescindible para prestar un servicio público y que, por ello, existe en el jerarca del mismo, aunque implícita en sus otros poderes administrativos. Para nosotros esto es lo mismo que decir que está directamente fundada en la necesidad de su existencia y en la función administrativa de que se trata y no en una expresa y específica atribución de ley o de Constitución. Son aquellas y necesidad y función, y no estas normas en cuanto específicamente referidas a la potestad reglamentaria, las que la producen automáticamente y sin conflicto alguno con la división de poderes.

En qué forma logra armonizarse un potestad reglamentaria de leyes de policía de alcance limitativo de las libertades y derechos individuales, indirectamente radicados en la Constitución, con los principios de legalidad y de reserva de ley, ya previamente explicados, es algo claro si se piensa que se trata, ahora, de la potestad reglamentaria común y que ésta, por su propia función, supone siempre una ley de cuyo contenido toma el suyo propio y también los límites de éste. Más claro: se trata de un tipo de reglamento que tácitamente se funda, caso por caso, en expresa, la autorización para detallarla y hacerla aplicable, siempre con absoluto respeto a su contenido y su fin. No es, pues, una específica atribución abstracta de la potestad —de origen legal o constitucional— abierta para toda clase de futuras reglamentaciones, sino una autorización tácita para una ulterior regulación de sus propios términos, contenida en cada ley y dirigida a la autoridad administrativa que es su destinatario.

2) Esto es así, en relación con la potestad reglamentaria de leyes preexistentes, que cristaliza en los llamados reglamentos ejecutivos. Igual panorama, aunque con más laboriosa fundamentación, en el caso de los llamados reglamentos internos o autónomos, como los de organización o de servicio. En esta hipótesis es bien claro que la potestad necesaria existe fuera de toda autorización constitucional expresa y aún contra toda previsión legal opuesta.

Estos últimos reglamentos se reconocen unánimemente como fundados en la simple necesidad de su existencia y en la división de poderes. Aún los autores que admiten la necesidad de una ley expresa para la potestad reglamentaria común, de alcance externo frente a terceros derecho-habientes, llanamente aceptan el carácter tácito e inevitable de la potestad autónoma interna de regulación del servicio. Dice al respecto el ordinario de derecho administrativo de la Universidad de París, profesor Marcel Waline:

“Los poderes de policía se hallan estrechamente limitados por la noción de libertad pública. Las autoridades de policía deben respetar las libertades públicas en todo lo que una restricción de las mismas no sea ineludiblemente exigida por una necesidad pública... Al contrario, a partir del momento en que la actividad reglamentada puede ser considerada como parte del funcionamiento de un servicio público, toda libertad desaparece y la autorización

para asumir la gestión de aquél puede condicionar las relaciones entre el servicio y el público a un minucioso elenco de cargas y abarcar el cuadro de tarifas máximas a percibir de los usuarios; desaparece, en realidad, la libertad de precios..." En general, se puede decir que todo jefe de servicio autónomo tiene poder para regular la organización y prestación del servicio" (Tratado de Derecho Administrativo, págs. 112 y 605).

O bien, como claramente apunta Ernesto Forsthoff:

"La relación especial de poder sólo debe darse por existente cuando hay un círculo de personas perfectamente delimitado —con o sin asiento territorial cerrado— que se halla en una situación particular de dependencia respecto del poder público, ya sobre la base de una norma, ya en virtud de una declaración efectiva y no fingida de cada uno de los interesados. Estos son los reglamentos administrativos dados en el marco de los llamados establecimientos públicos..." "La facultad de dictar reglamentos administrativos va incluida en el poder general de soberanía propio de la Administración. Por consiguiente, no necesitan autorización especial..." "Los miembros de una corporación de derecho público se hallan, respecto de ésta, en una relación especial de poder. Las resoluciones que únicamente obligan a los miembros usuarios y no tienen ninguna repercusión sobre el exterior, representan únicamente una réplica del reglamento administrativo y no tienen carácter de norma jurídica... Por lo mismo, no necesitan un especial fundamento legal ni una forma determinada de darse —al público— conocimiento de las mismas" (Tratado de Derecho Administrativo, pág. 201, 204 y 205, ed. Instituto de Estudios Políticos, trad., Legaz Lacambra).

Aparte de la consideración de los reglamentos internos como normas no jurídicas, que rechazamos, resulta claro que el autor sostiene el carácter originario y autónomo de la potestad reglamentaria, porque su ámbito es interno y restringido a los usuarios del servicio en cuestión. Podemos agregar que así es, además, porque ese ámbito interno asegura automáticamente la compatibilidad entre un poder normativo de la institución y la división de los poderes.

3) Pues, en efecto, ésta se hizo para el Estado Gendarme, propio del liberalismo, en el que el Estado aparece ejerciendo únicamente potestades de limitación y de control de la actividad privada y como

un peligro para la libertad individual. La división de poderes no tomó en cuenta la posibilidad de un Estado benefactor —así considerado a priori— que interviniera en la vida económica para dar servicios al costo o a menos del costo, en beneficio de la colectividad. La reglamentación autónoma del ejercicio de la policía (supresión de derechos, imposición de cargas) por el propio ente o poder titular de ese ejercicio, representaba lógicamente un peligro de engrandecimiento y abuso de los gobernantes a costa de los gobernados. Pero la reglamentación de un servicio público y la supresión de derechos o la imposición de cargas al particular, como condición para que éste goce de un servicio de disfrute voluntario por su parte, solidariza las posiciones de ambos y hace menos peligroso e inofensiva la potestad reglamentaria.

4) El sistema de división de poderes como ingrediente del Estado liberal supone los tres siguientes elementos: a) La existencia de derechos de libertad anteriores al Estado mismo, que se llaman originarios; b) el tercero o individuo extraño al Estado, que es el titular de los derechos originarios; y c) la división misma, según el concepto clásico, dirigida a evitar los abusos contra aquellos derechos.

Es necesario insistir en la distinción ya apuntada entre derechos originarios y derivados, tal y como la expone Burgoa. Los primeros creados por la Constitución o por la ley, pero siempre a partir de un hecho jurídico y no de un acto administrativo. Otorgados generalmente por el solo hecho del nacimiento del individuo como en el caso de las garantías individuales, que son los derechos originarios de tipo fundamental. Y frente a éstos, aquellos derechos creados por el Poder Administrador, mediante un acto administrativo —naturalmente autorizado por ley— que es llamado acto de admisión. La admisión es el acto que convierte un derecho a ser admitido en un servicio en el derecho a gozar del servicio que el Estado presta; y en esto se diferencia de la concesión que es el acto que crea un derecho a un servicio en forma puramente discrecional, sin que preexista en el particular derecho alguno a obtenerlo.

En todo caso, por actos de admisión o concesión, el particular entra en contacto con la Administración, que así amplía la esfera jurídica y material de aquél procurándole la oportunidad de gozar de un derecho y de una prestación que nunca hubiera tenido sin

la intervención administrativa. El Estado deviene benefactor del individuo, a quien ayuda a completar su felicidad y bienestar, y abandona su misión puramente contralora y opresora de la actividad privada para convertirse en un agente conformador de la vida social, que intenta dirigir y lograr la realización de la justicia distributiva en la comunidad. Compite con el que puede más para proteger al que puede menos; sustituye al que no puede —aunque quiera— prestar un servicio o participa con él en su prestación. Ha nacido el Estado intervencionista o asistencial, que es liberal en su estructura pero autoritario en su funcionamiento.

El supuesto de las relaciones entre Estado e individuo es ahora el opuesto al del Estado liberal clásico: el Estado no sólo puede sino que debe intervenir para procurar su felicidad al individuo, quien no es capaz para lograrla por sí mismo. El Estado debe otorgar derechos sociales y administrativos al individuo, que llenen de posibilidades prácticas de empleo sus vacías libertades individuales, y una relación de confianza debe instaurarse entre estado e individuo, entre benefactor y desvalido.

Cada autoridad que preste el servicio, por el sólo hecho de hacerlo, tiene la potestad para regularlo frente a sus usuarios y éstos la obligación (sujeción) de gozarlo con las limitaciones y en las condiciones de organización y funcionamiento que el jerarca autónomamente imponga.

El contacto entre el usuario y el Administrador, que le presta un servicio, produce un orden jurídico nuevo existente sólo para hacer posible el mejor funcionamiento de aquél en beneficio de ambas partes interesadas en su prestación, el jerarca administrativo y el particular usuario. La potestad que nace en el jerarca es llamada supremacía especial, por contraposición a la supremacía general del Estado, y se caracteriza porque, a diferencia de ésta, tiene por objeto lograr que se obtenga un beneficio y un buen resultado final de su prestación y no sólo evitar un mal o un abuso del particular; y tiene como supuesto —también a diferencia de la soberanía o imperio comunes del Estado— una relación personal y especial de servicio entre administración y particular, de modo que sólo el que es usuario en la medida en que lo es, y nadie más, está sujeto a aquella especial supremacía. En el particular nace una doble situación, de sujeción al poder del jerarca para organizar

el servicio, y de derecho a exigir la prestación del mismo con un mínimo razonable de eficiencia en igualdad de condiciones con todos los otros usuarios.

El fundamento de estos reglamentos de servicio no está sólo en el carácter interno de su ámbito, sino en el fin de solidaridad y asistencia frente al individuo que los mismos persiguen, en cuanto regulan y hacen posible la prestación de un servicio o la ampliación de la esfera jurídica en favor del particular. El Estado no es, entonces, como en la doctrina liberal, el enemigo sino el amigo del individuo y resulta poco probable y en todo caso legalmente inconcebible que el administrador que así actúa en beneficio del público esté interesado en derogar las normas que él mismo ha creado para favorecerlo, con el sólo fin de perjudicarlo arbitrariamente. La potestad de emitir reglamentos autónomos de servicio, que puede verse también como un simple aspecto de la potestad de auto-organización, es simple algo más que ésta y se enfoca más claramente si se mira, además, como una contrapartida del beneficio que el Estado presta al particular cuando le suministra los servicios materiales o jurídicos que hacen posible su bienestar.

Todo esto permite concluir en que la autonomía incluye de pleno derecho la facultad de emitir reglamentos autónomos de servicio y de ejecución de leyes, sobre la materia propia de la especialidad orgánica, y que esa potestad reglamentaria le viene directamente de la Constitución en países que, como el nuestro, la tienen consagrada constitucionalmente. Esa potestad existe, aunque tácitamente, en iguales condiciones que la propia del Poder Ejecutivo, con igual rango y función, porque en ambos casos sirve exclusivamente para hacer posible la prestación del servicio de que se trata por el jerarca que lo tiene a su cargo, y en ambos casos proviene de la misma fuente, la Constitución.

Con los antecedentes expuestos, podemos abocarnos mejor a la solución del problema originalmente planteado: Tiene el Poder Ejecutivo potestad reglamentaria de las leyes concernientes a la autonomía, y si la tiene, ¿cuál es su rango frente a la potestad correspondiente del Poder Ejecutivo?

g) El Poder Ejecutivo, los entes autónomos y la potestad reglamentaria

Quede anticipada nuestra respuesta: el Poder Ejecutivo carece de potestad para reglamentar las leyes concernientes a la autonomía. En efecto: el Poder Ejecutivo puede emitir dos tipos de reglamentos, a saber: a) los autónomos de servicio, que comprenden su organización interna, su patrimonio y personal, y las relaciones con los usuarios; b) los reglamentos de ejecución de leyes.

En relación con los reglamentos autónomos de servicio del Poder Ejecutivo resulta manifiesta la imposibilidad de conflicto con los propios de los entes descentralizados. Los reglamentos autónomos del Poder Ejecutivo sólo pueden referirse a sus propios servicios y nunca a los de otros entes. Los reglamentos autónomos se fundan en la titularidad del servicio como competencia propia y responden al máximo al carácter de instrumentos para dirigir su prestación, por quien tiene en igual grado el conocimiento de todos sus problemas y particularidades. En ningún caso puede un reglamento autónomo del Poder Ejecutivo abarcar los detalles y técnicas de un servicio que por pertenecer a un ente extraño es parte de una situación jurídica originaria frente a él y, en consecuencia, intocable para su potestad sin una expresa autorización constitucional, que en el caso no existe.

En relación con los reglamentos ejecutivos de las leyes que se refieren a la autonomía cabe afirmar que tampoco el Poder Ejecutivo puede emanarlos. Obrán para afirmarlo así las siguientes muy importantes razones:

1) El reglamento ejecutivo es un medio importante de un jerarca para acomodar la ley a las particularidades de su servicio y, en cuanto la ley es el origen de las condiciones más importantes de prestación del mismo, es también uno de los medios principales del jerarca para lograr la prestación de ese servicio en forma expedita y eficiente. El reglamento, entendido como medio importante para la prestación del servicio descentralizado, es también fuente de responsabilidad para el jerarca porque a él se le puede imputar el fracaso o el éxito nacidos de su cumplimiento. En ningún caso puede tener la potestad reglamentaria de una ley el centro público que no esté llamado a aplicarla o a hacerla aplicar, ni a hacerse respon-

able por las consecuencias de su aplicación. Porque ello conduce a interferir la administración con la ignorancia o la despreocupación, y a producir responsabilidades por obra y gracia de quien no intenta evitarlas por no estar llamado a sufrirlas. Ni, al revés, en ningún caso debe carecer de dicha potestad el que va asumir esa gestión y sus consecuencias, porque ello sería hacerlo responsable y quitarle, todo al tiempo, los medios para actuar con eficiencia. En el caso que nos ocupa es indudable que el ente autónomo es el responsable por el servicio descentralizado y el Poder Ejecutivo es el extraño, de donde se puede concluir que la Constitución ha permitido a aquél monopolizar toda la potestad reglamentaria de sus servicios, y la ha negado al Poder Ejecutivo, para evitar desaciertos y responsabilidades sin base.

2) Según todo lo ya explicado cada institución tiene un poder autónomo de reglamentación sobre el ámbito interno de sus servicios, que se expresa a través de reglamentos no basados en ley preexistente, dirigidos exclusivamente a sus servidores y a los usuarios del servicio descentralizado. Y dijimos que tal potestad de reglamentación autónoma es el medio principal y la expresión máxima de la capacidad de dirección del respectivo jerarca, que así demuestra y pone a prueba, no sólo sus dotes para actuar sin la guía de la ley, sino también su amplio conocimiento y valoración de todos los detalles importantes del servicio. Es decir, su verdadera especialización. Cabe decir, por ello, que el que puede emitir reglamentos autónomos debe también emitir los ejecutivos, y no por una razón banal sino precisamente por esa su máxima capacidad directora del servicio en cuestión. En este sentido —el que puede lo más puede lo menos— la capacidad técnica que implica la potestad de reglamentación autónoma es mayor que la que supone la reglamentación de sus leyes y, en consecuencia, engloba también esta última.

3) El objeto propio de todo reglamento ejecutivo y el motivo básico de toda descentralización, están contra la idea de una potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo sobre las materias de la autonomía, ya reguladas por ley. Es cierta y definitiva la caducidad de la tesis que explicó la potestad reglamentaria por la potestad discrecional del centro administrativo. Hoy se sabe —y abundan ejemplos positivos— que hay potestad reglamentaria incluso en el caso de que no hay potestad discrecional que regular. Pero es obvio, también,

que el campo principal, sino esencial, de la reglamentación es la generalización de los criterios de ejercicio de la potestad discrecional. Generalmente, donde hay reglamentación es porque hay libertad de acción para la aplicación de reglas de oportunidad y no de ley. Si la gestión de un servicio se agotara en aspectos legales o puramente técnicos, sin juego ninguno de criterios y apreciaciones, ciertamente no sería necesaria la especialización en los mismos ni existiría la razón fundamental de su descentralización. Pero lo cierto es lo contrario, y puede decirse que la gestión del servicio se agota más bien en decisiones y planteamientos dictados por la técnica y por la valoración inteligente y subjetiva de los medios empleados. El problema de la descentralización no es obtener el mínimo de eficiencia que coincida con el cumplimiento de sus leyes propias, sino el máximo de oportunidad en su gestión, que corresponda al mejor uso de sus potestades discrecionales. Dentro de este mínimo y aquél máximo —de la legalidad a la oportunidad y eficiencia completas— es que está la verdadera función del ente.

Todo lo que es juzgar sobre oportunidad del servicio, es igualmente ejercer potestades discrecionales de decisión. Regular en general el uso de esas potestades, en lugar de hacerlo caso por caso, es precisamente ejercer la potestad reglamentaria.

La potestad reglamentaria de leyes se ejerce sobre dos campos fundamentales: la regulación de la discrecionalidad y la complementación de la ley. La primera hipótesis se da cuando la ley requiere de una precisión lógica o terminológica, porque ha utilizado conceptos técnicos o empíricos no detallados, o referencias a criterios culturales como la moral, las buenas costumbres, la necesidad pública, el escándalo, la urgencia, la peligrosidad, etc., cuya exacta comprensión depende del criterio variable y subjetivo, dentro de límites razonables, del jerarca o funcionario llamado a aplicarla. El reglamento interviene, entonces, para precisar, detallar, enumerar, aclarar. Se trata, en síntesis, de interpretar la ley con alcance general y de vincular aquella posibilidad de elección que la imprevisión legal permitió al funcionario.

Por otra parte, la potestad reglamentaria sirve para completar la ley, cuando no ha regulado los medios lógicamente imprescindibles o prácticamente necesarios para aplicar sus disposiciones. Cuando una ley, por ejemplo, regula una potestad de control y no regula la consiguiente potestad de vigilancia, el reglamento puede

establecer los medios de vigilancia porque para ello se halla implícitamente facultado por la misma, que alguna forma de intervención habrá de permitir para hacer posible aquel control. Cuando una ley regula las funciones de un ente autónomo y no contempla los poderes necesarios para que éste pueda actuar frente al público, siempre que se trate de exigencias prácticas de aplicación realmente concluidas en cuanto a su naturaleza, el reglamento puede discrecionalmente indicar esos medios, salvo si son de imperio. Así, la función esencial —algunos sostienen que la única posible— del reglamento es llenar los espacios en blanco dejados por la ley, por omisión o por imprecisión. Es decir, regular lo no regulado, partir de la ley hacia la conveniencia y fijar soluciones de imaginativa eficiencia administrativa. Reglamentar coincide, entonces, con resolver en cuanto a la oportunidad y la conveniencia, en términos generales y con carácter enteramente discrecional.

Pero ya vimos que en este campo, precisamente, la autonomía tiene el peso de la balanza: entre especialización y no especialización administrativas, sólo el ente y no el Estado es el que puede decidir bien.

La descentralización es un cambio en la clásica distribución de los cometidos estatales, que ha dejado intacta la clásica separación de las funciones, como luego se verá. En virtud de la descentralización se estima que la división de poderes no opera bien desde el punto de vista de la distribución de los cometidos, considerada frente al servicio que se descentraliza. Implica afirmar que, para la prestación de ese servicio y la disposición de los medios necesarios, es más capaz el ente autónomo que el Poder Ejecutivo y, por lo tanto, más oportuna y eficiente la regulación de aquél que la de éste sobre los modos y condiciones de prestación. Los supuestos de la descentralización pueden ser varios cualesquiera, pero el único que en todo caso resulta necesario es este juicio comparativo de capacidad para el servicio, favorable enteramente al ente autónomo frente al Poder Ejecutivo. Desde este punto de vista es claro no sólo que el Poder Ejecutivo carece de potestad de reglamentación de las leyes sobre la autonomía, sino, incluso, que el ente autónomo es el único capaz para ejercer aquella discrecionalidad y la potestad reglamentaria que en ella se fundamenta.

En síntesis: la potestad reglamentaria de las leyes referentes a la descentralización administrativa corresponde ahora, en nuestro

país, a la propia institución y no al Poder Ejecutivo, por las siguientes definitivas razones: a) porque a la institución le corresponde la responsabilidad por la gestión del servicio, en aplicación de las normas que lo regulan, y el reglamento ejecutivo es el instrumento básico para evitarlas y lograr una buena gestión; b) porque a la institución corresponde sin discusión alguna la potestad de reglamentación autónoma de los aspectos internos del servicio —que comprenden las relaciones con los usuarios como tales— y, por mayoría de razón, tiene que corresponderle también la potestad de reglamentación ejecutiva de leyes sobre esos mismos aspectos, que es de ejercicio más simple y subordinado; c) porque la descentralización implica por sí misma un traspaso al ente autónomo de las potestades de dirección y administración del servicio, para un uso mejor de las potestades discrecionales que supone siempre toda actividad de alta administración. Razón por la cual la potestad reglamentaria de las leyes atinentes tiene que corresponderle al ente autónomo, siendo como es no otra cosa que la regulación del ejercicio de esas potestades en forma general, y creación de derecho también discrecional en cuanto a los medios necesarios para la aplicación de la ley, no específica ni detalladamente regulados por ésta.

h) La clasificación de los entes autónomos y la naturaleza de sus potestades

Resta una final y decisiva observación sobre las potestades de imperio y reglamentación del ente autónomo frente a su servicio. Los servicios son, en amplia perspectiva, de tres tipos: los servicios administrativos o autoritarios, los servicios de previsión y asistencia social, y los servicios comerciales o industriales. Los primeros representan, cuando se personifican, una descentralización del ejercicio de ciertas potestades de vigilancia y control de la actividad particular, que puede desembocar también en ampliarla: es la actividad de los Colegios Profesionales, que tienen el monopolio de la admisión al ejercicio profesional y la potestad disciplinaria sobre los profesionales; del Servicio Nacional de Electricidad que vigila el uso y distribución de las aguas y concede los permisos necesarios para su explotación. En general, por servicios administrativos se entiende para este efecto cualquiera de las funciones esenciales del Estado o principalmente la administración pública del derecho privado,

en que el Estado interviene para constituir, modificar o extinguir una relación entre particulares. Si el notariado estuviera entregado a una institución pública sería la forma típica de un servicio administrativo descentralizado; pero hoy es una forma privada de ejercicio de las funciones públicas.

Los servicios asistenciales son los que "tienen por objeto suministrar prestaciones sociales a sus usuarios, es decir: prestaciones dirigidas a garantizar a los particulares más o menos desamparados económica y socialmente contra los riesgos inherentes a su condición social" (Laubadere Andre, Tratado Elemental de Derecho Administrativo, pág. 630). Son casi tan necesarios como los anteriores en el Estado moderno y a menudo son de disfrute obligatorio; enseñanza primaria, seguro social, seguro de riesgos profesionales, asistencia a los menores por el Patronato Nacional de la Infancia, asistencia gratuita y obligatoria de los desvalidos y enfermos por las Juntas de Protección Social, etc. Representan la actividad típica y realmente indispensable de todo estado intervencionista de hoy día.

Con los servicios asistenciales están las prestaciones de fomento y superación vital, que condicional el progreso del país: fundamentalmente la educación. Como el que no progresa retrocede y la educación no es otra cosa que una forma de previsión social, también la incluimos —abarcando la universitaria— dentro del régimen de asistencia social. Igual régimen, casi igual urgencia, igual carácter público eminente en su prestación.

Surgen ahora las actividades de tipo económico, industriales, agrícolas o comerciales del Estado. Marginamos de toda consideración los casos llamados de sociedad mixta, que no configuran realmente organizaciones públicas sino meras entidades privadas, ocultas bajo la máscara de un aparente estatismo. Nos referimos aquí, exclusivamente, al caso de los entes creados por acto de fundación, sin asociación ni participación alguna de voluntades privadas en su estructura, acto que es siempre estatal y tiene que ser legislativo en nuestro sistema.

Se trata de servicios creados mediante fundación, consistentes en actividades que antes pertenecían a los particulares pero que ahora son oficiales, sobre la base de que éstos las prestaban mal o no podían seguirlas prestando. Son, pues, servicios que el Estado

asume por una insuficiencia o una desviación inevitable de fines siempre presente en la actividad privada sustitutiva. Pueden darse en régimen de monopolio o no, al costo o no, pero en todo caso sus medios de prestación continúan siendo iguales o lo más similar posible a los de la actividad particular. En esta pervivencia de los tipos y las técnicas privadas de prestación del servicio está la posibilidad de su éxito, y es ello rasgo general y decisivo en los mismos. El ente que presta el servicio es público, pero la actividad con que lo presta tiene que someterse al derecho privado. Es un derecho privado especial, porque se expresa en los llamados contratos tipo o de adhesión, pero es siempre un derecho privado que se centra en la coordinación de las voluntades del ente y del particular como si fuesen iguales, y en la imposibilidad de producir variaciones sin el consentimiento —inicial o reiterado— del particular. Tenemos así, caso paradójico y familiar a la vez, un ente público que desarrolla una actividad privada y sometida a régimen de derecho privado. El ente es público porque ha sido creado por ley del Estado, pero su actividad es privada. ¿Podrá sostenerse que es privado y no público el servicio mismo y todos los otros aspectos de organización y funcionamiento del ente? Si se logra demostrar que el ente es público no obstante el carácter privado del servicio que desarrolla habrá nacido la posibilidad de servicios privados en su prestación que son públicos en su organización. La doctrina ha mantenido la respuesta afirmativa y ha considerado público el ente y privado el régimen del servicio que prestan las descentralizaciones económicas, industriales, comerciales o agrícolas.

“Después de la primera guerra mundial no solamente se ha ampliado el número de servicios y de empresas públicas de carácter económico, sino que éstos han empezado a parecerse, en sus rasgos típicos, cada vez más a las empresas industriales y comerciales; si la diferencia entre el servicio ferroviario o el de correos y un comercio privado continúa siendo sensible, en cambio ha desaparecido entre una fábrica de automóviles nacionalizada y otra que no lo está” (Fernando Garrido Galla, Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, pág. 133).

Después de explicar prolijamente cómo la actividad lucrativa y empresarial no es la típica sino la secundaria o accesoria de las otras instituciones públicas no económicas, el profesor Alessi se refiere a las de tipo económico en los siguientes términos:

“En el caso de los entes ahora analizados, en cambio, nos encontramos justamente ante entes cuyo núcleo esencial, por decirlo así, consiste en una empresa, en una organización unitaria de elementos económicos (bienes y personas) encaminadas a la producción de bienes y servicios lucrativos, en términos que esa producción constituye el objetivo exclusivo o prevalente de la entidad. Aquí el ente no tiende a la realización de un fin público desinteresado (gratuito o al costo) sino más bien a la realización de intereses patrimoniales, y resulta suficiente para el interés público que sea público el ente que los persigue . . . Esto dicho, revelemos otro interesante fenómeno: la privatización gradual de estos entes y de su actividad, por la invasión del Código Civil o Mercantil, ha llevado al resultado final de que la publicidad para esta categoría se ha reducido en muchos casos al mero aspecto pasivo de la sumisión a un control particular y más penetrante que el que se ejerce sobre los sujetos privados; para estos entes, en otros términos, la publicidad ha devenido una mera publicidad pasiva” (Sistema Institucional del Derecho Administrativo Italiano, pág. 50).

El cuadro de estos entes continúa siendo, pese a ello, el de lo público, igualmente que el del servicio de que se trata, que nunca podría considerarse como privado mientras esté en manos de la institución. Lo que ocurre es que, en un vuelco muy importante, ni la doctrina ni las leyes consideran ya indispensable que el régimen del servicio sea privilegiado frente a los usuarios, con poderes unilaterales de mando y modificación del respectivo vínculo legal, para que sea público. Un servicio, según esta última tendencia doctrinaria, es público aunque se desarrolle frente a los usuarios bajo régimen de derecho privado, siempre y cuando los demás aspectos internos del servicio puedan tratarse como públicos y someterse a un régimen especial consecuente.

“Es preciso, entonces, distinguir —en el ente público— el sujeto, de la actividad, y referir a la actividad y no al sujeto, la disciplina privada que excluye el poder discrecional, salvo la hipótesis marginal de una incidencia del derecho público que prevalega sobre los derechos privados del particular y los suprima . . .” Una vez hecha tal distinción, pierde todo relieve el criterio de la prevalencia cuantitativa. Aún si la actividad realizada se desenvuelve toda bajo el imperio del derecho privado, el sujeto permanece atado a la disciplina del derecho público, con todas las consecuencias . . .

Si consideramos uno por uno, toda la serie de los entes públicos económicos, veremos que en cada uno hay siempre una actividad extra-económica por la cual el ente da vida a actos administrativos y usa poderes discrecionales, sujeto a los controles necesarios... Basta pensar en los controles a que están sujetos para sus actos fundamentales, así como en los actos relativos a la organización de los propios órganos o a la disposición de los propios medios. Aparece muy significativo, además, el relieve de que en la raíz misma de la actividad privada, que tiene un carácter instrumental, está la discrecionalidad del ente para disponer y regular, en sus líneas generales, la actividad misma de que se trata. Mientras el contrato aislado de un Banco es expresión de actividad privada y está disciplinado por el derecho privado, la decisión del ente de, por ejemplo, activar una nueva categoría de inversiones, de reformar el propio estatuto, de procurarse medios para la financiación general de las propias operaciones, actualizan poderes discrecionales sujetos al control de la autoridad de vigilancia. Por lo cual la prevalencia cuantitativa aparece superada por aquella que podría llamarse cualitativa, y la discrecionalidad queda vinculada a la fase (pública) dominante y anterior al ejercicio de la actividad económica" (Valente Simi, Revista Trimestral de Derecho Público, año X, N° 4, pág. 929).

De conformidad con ello cabe afirmar que, si es posible que el Estado preste actividades sometidas al derecho privado (por ejemplo: la obtención de su equipo diario de oficina del que haya abundancia en el mercado y respecto de cuya adquisición exista un régimen civil que no le permita a la autoridad actuar mediante requisición de bienes, salvo casos de emergencia) es imposible que el fin esencial del Estado o de cualquier ente creado por él para prestar un servicio, sea de naturaleza privada e igual al fin de un particular. El solo hecho de que el Estado asuma una actividad —aunque sea con ánimo de lucro y bajo régimen de derecho privado— impregna de publicidad la organización construida para prestarla, y toda ella queda o debe quedar sometida a un régimen privilegiado de excepción diverso al que se da entre particulares, salvo expreso régimen legal en contrario.

Usualmente el Estado asume una actividad con el incentivo del lucro, porque la actividad tiende a ser lucrativa a bajo costo y precio, y sin irrogar grave desembolso económico al público. Pero el motivo

de la prestación no es el ánimo de lucro sino una deficiencia previa de la actividad particular, que muchas veces consiste en lo exigüo y pobre de la oferta frente a una demanda del servicio cada día más amplia. El hecho de que haya lucro y de que éste se persiga empeñosamente por la institución, no desvirtúa la función primordial de la respectiva actividad, que es suplir aquella deficiencia y poner la actividad a la altura de la demanda, también privada por su origen pero pública por su generalización. Es esto lo que expresa Laubadere cuando dice:

“La noción de satisfacción de un interés general no es en absoluto extraño a estas actividades, pese a su carácter interesado que les viene de su naturaleza misma; es que, en efecto, la realización eventual de los beneficios no es más que el resultado legítimo de la gestión, mientras que el móvil que ha llevado a la administración a crear el servicio ha sido la necesidad general y la idea de que esta necesidad sería mal satisfecha si la colectividad pública no atrajese a sus manos aquella gestión (ob. cit. pág. 543).

Es, pues, la distinción entre resultado objetivo (material o jurídico) y móvil del servicio, lo que permite afirmar que en un ente que presta un servicio económico, es pública no sólo la organización del ente mismo en razón de su origen (ley, acto administrativo) sino también el propio servicio, que va dirigido inevitablemente a un fin público también, aunque con apariencia mercantil.

La cuestión sobre el carácter público y la naturaleza de los actos de los entes que hemos llamado económicos, puede replantearse en cuanto a aquellas entidades públicas que prestan un servicio con el exclusivo fin de conseguir ingresos al Fisco. La cuestión habría que contestarla diciendo que tales entes son también públicos pero que su actividad es privada en todo caso, aún si es monopolística. Ello así por el simple hecho de que la actividad la presta el Estado para procurarse fondos para sus fines, pero, a la vez, sin reflejar externamente ese destino, expresándolo a través de actividades iguales a las de los particulares. Veamos, por ejemplo, el caso de nuestra Fábrica Nacional de Licores. Los ingresos que la Fábrica logra, a través de su monopolio, son los que podría lograr el Estado mucho más onerosamente si aumentara el sistema tributario hasta conseguir suma igual. Simplemente varía el método, pero no la función de los fondos ni la jerarquía e importancia de

la función, que es la satisfacción de una necesidad financiera del Estado. Sin embargo, la actividad impositiva es la clásica actividad de derecho público del Estado y la actividad de la Fábrica, en la venta de licores, el clásico ejemplo de su actividad privada.

Hay alguna diferencia objetiva de naturaleza que permita la distinción entre ambas actividades en otros aspectos, o hay sólo una aplicación excepcional del derecho privado a las relaciones de la Fábrica con el público que debe interpretarse restrictivamente y no extenderse a ninguna otra zona de vida y funcionamiento de aquella?

Estamos decididamente por la respuesta favorable a la tesis de alcance restrictivo, porque —incluso si el fin es fiscal y lucrativo— se está satisfaciendo una necesidad de fondos del Estado, que no sólo no es diversa de la que se llena con el sistema tributario, sino que es, además, un sucedáneo de la actividad tributaria típica que no podría desarrollarse adecuada y políticamente en este caso. Es, pues, un recurso último y necesario de ingresos del Estado, de igual o mayor importancia que la misma actividad impositiva. El régimen que debe aplicarse a estos entes debe ser y tiene que ser el público especial, salvo en lo que la ley disponga lo contrario o resulte incompatible con la finalidad propia del servicio, que es justamente encubrir el carácter autoritario del Estado gestor. Esta conclusión la encontramos evidente, sobre todo, tratándose de instituciones con un monopolio, como la Fábrica de Licores.

¿A qué conduce esta conclusión? ¿Es que, entonces, hay derecho público cuando se compra una botella de Talamanca a la Fábrica?

Queremos decir exactamente lo siguiente: que todo servicio prestado por el Estado o sus instituciones debe regirse por principio —es decir, cuando no hay ley expresa ni antecedente legal que permita fundar en él, por enalogía o interpretación, una solución cualquiera— en el régimen de derecho público, diverso en cuanto a su nacimiento, ejecución, extinción, interpretación y modificación, del derecho privado. Ello —repito— siempre que no haya ley que conduzca a diferente solución. Todo esto implica la existencia de un derecho público, con sus instituciones, sus métodos y su contenido especial, que existe por principio y se puede concretar siempre que se dé la condición necesaria para su aplicación. Es la definición de esta condición, justamente, lo que nutre el problema de la distin-

ción entre ambos derechos. Aquí hemos afirmado que esa condición o criterio distintivo es la aparición subjetiva del Estado, siempre que sus actos concretos o una ley imperativa no evidencien la necesidad de aplicar un régimen civil o mercantil.

i) Régimen público del ente.

En cuanto al contenido del régimen público, que se resume en el predominio de la voluntad unilateral del ente cuando no hay una norma civil o mercantil que lo impida, sus aspectos fundamentales son los siguientes: a) relaciones del ente con sus empleados. Las relaciones de un ente descentralizado (fiscal y asistencial y, en último caso, industrial y comercial) son administrativas y no laborales y deben estar regidas por el derecho público. Al respecto debe suponerse que el ente puede variar en cualquier momento la organización interna del servicio y terminar sus relaciones de trabajo con un empleado determinado, sin que éste tenga derecho a prestaciones sino sólo a una indemnización por daño patrimonial lícitamente causado. Si no hay norma que regule las relaciones del personal con el servicio, el jerarca puede en todo caso introducir dentro de éstas todos los cambios que sean necesarios, aunque causen grave perjuicio al trabajador o empleado, que deberá reputarse como funcionario público. Salvo caso de incompatibilidad de contenido con las normas administrativas del Servicio Civil —cuando éste exista— las mismas deben siempre aplicarse supletoriamente, si no hay expresa disposición legal que lo impida. No debe considerarse como causa de incompatibilidad el hecho de que el ente desarrolle actividades económicas, puesto que las mismas son privadas sólo hacia afuera y no dentro de la organización del ente.

En Costa Rica, el artículo 579 del Código de Trabajo resuelve el punto en el sentido precisamente opuesto y convierte a todos los empleados y servidores de instituciones autónomas en trabajadores comunes, cuya inclusión en el presupuesto de gastos —individual o globalmente— equivale para todos los efectos al contrato de trabajo. Quede claro que fuera de un caso como el nuestro, —donde la duda está expresamente eliminada a favor de la aplicación del Código de Trabajo, y para aquellas hipótesis en que haya una simple relación atípica o regulada doblemente por un código privado y una ley pública —el vínculo entre ente autónomo y servidor debe

concebirse como de contenido normativo o reglamentario y no contractual, aún si el ente contrató y no hizo nombramiento.

Pues si el patrono privado que contrata puede renunciar a la persecución del fin de su empresa, e incluso clausurar ésta, el ente que contrata no puede hacer lo propio, aún si desarrolla una actividad de índole privada, y está internamente obligado por la misma ley de su organización a hacer funcionar su aparato siempre que se presente la necesidad que satisface. Esta obligada actividad lleva necesariamente a un régimen de poder e intervención del ente público más intenso que el patronal común y, sobre todo, a la posibilidad de tratar el contrato de servicio como si fuera un reglamento y no un contrato. Pues, en definitiva, el hecho de que el origen de la relación sea contractual en su estructura no borra el carácter de acto administrativo de la manifestación de voluntad del ente que integra el contrato, formada a través de procedimientos de derecho público y con fines legalmente impuestos. Lo que permite considerar que, aún tratándose de un ente público, económico o comercial, el acto por el que decide contratar un nuevo empleado para prestar una actividad de tipo privado, se impone sobre el contrato ya formado, que desde ese instante queda supeditado a la voluntad de la institución. Si el servidor resulta con derecho a indemnización será en virtud del principio de igualdad ante la ley, que conduce a dar indemnización a todo el que sufra un daño legítimo e individual por causa de un interés público, pero no en virtud de una pretendida ilicitud de la conducta de la Administración que en el caso no existe.

b)—**Patrimonio del ente.** El patrimonio del ente debe reputarse público, salvo régimen legal expreso en contrario. Urge, al respecto, distinguir netamente la naturaleza del patrimonio y la de las actividades de inversión y de administración del mismo. En otras palabras: entre el funcionamiento del ente que causa los compromisos y derechos de la institución frente a terceros, y el patrimonio del ente con que tales compromisos se pagan y garantizan. Una es actividad patrimonial externa y fragmentada en múltiples contratos, todos en serie y siguiendo un esquema legal típico, ya previamente definido por la Junta Directiva; y otra es de planificación de esa misma actividad. Actividad que, bien se ve, es la de gobierno interno del patrimonio y reservas del ente. Cuando hablamos de patrimonio del ente nos referimos a la masa de sus reservas, prontas

para inversión a través de los moldes jurídicos, eventualmente privados, que fije su Junta Directiva; y cuando hablamos de actividad patrimonial nos referimos igualmente a esta actividad de decisión sobre el destino de esos fondos.

La actividad que desarrollen los entes comerciales e industriales es de derecho privado pero su patrimonio es y tiene que ser público. La asignación de un cometido público al ente obliga y responsabiliza a sus Directores frente al Estado por el cumplimiento de su gestión. En este sentido el uso del patrimonio del ente, su conservación y su continua afectación al fin especializado, que es su competencia material y también su razón de existir, revisten una importancia capital y tienen que estar regulados por el derecho público. Ello significa que, en ausencia de una disposición que diga lo contrario y permita la libertad de actuación al respecto, el patrimonio del ente deberá tener las siguientes mínimas limitaciones: 1) no podrá, en primer lugar, invertirse para fines que sean extraños al específico del ente, aún si se trata de reservas innecesarias e inmóviles de éste, mientras no haya una ley o reglamento autónomo que defina cuáles son esos fines y en qué clase de inversiones extrañas puede emprender la institución. Si la ley o el reglamento existen podrán autorizar inversiones en actividades ya reguladas por régimen de derecho privado y salvo los cambios que introduzcan al respecto imponiendo un régimen de imperio (con las limitaciones ya arriba explicadas) ese régimen privado se aplicará íntegramente a dichas actividades, como manifestación y efecto de la potestad pública de auto-organización; 2) Las actividades de Proveduría del ente, así como el manejo interno de todos sus fondos y patrimonio —mueble o inmueble— debe estar sometido a las normas que regulan las compras y ventas y la contabilidad del Estado Central, si no son incompatibles con las necesidades de desarrollo del ente. Aunque no haya una ley que expresamente sienta las normas generales al respecto, frente a las instituciones autónomas, basta con que haya regulaciones para el Estado Central compatibles con la naturaleza de la institución de que se trate, para que aquellas sean aplicables a ésta por clara y necesaria analogía. Si para las actividades de proveduría y venta se requiere licitación pública en las oficinas centrales, también deberá requerirse ésta para el ente autónomo, salvo incompatibilidad por entramamiento o ineficiencia en la gestión; y si la contabilidad del Estado exige un mínimo de requisitos, cuando menos ese mínimo debe ser exigido

también para el ente autónomo, aún si industrial o comercial;

3) El presupuesto de la Institución autónoma está sometido al órgano central contralor de las finanzas públicas aún si no hay ley que expresamente permita una tal intervención. En ningún caso, ni aun por ley, como se verá, puede estar supeditado el presupuesto de la Institución a un concurso con otro acto del Estado Central para lograr perfección jurídica, porque ello sería colocar en igual plan a éste que a la institución en el diseño de su presupuesto, que es el acto fundamental de su vida financiera. Ello sería desconocer la autonomía y restarle la potestad completa de emitir su presupuesto sin interferencia ni participación de ningún otro ente extraño. Una ingerencia de un ente extraño, para determinar paritariamente con la institución la emisión de su presupuesto, sólo resultaría posible con base en la Constitución y en la medida de la Constitución. Fuera de esta hipótesis, ni aún la ley podría regular y autorizar una ingerencia de ese tipo, en perjuicio del servicio descentralizado. Pero sí puede la ley y manda el orden constitucional de Costa Rica, con base en principios generales de su derecho público implícitos en la Constitución, que el Poder Central pueda intervenir discrecionalmente para informarse de los actos de las instituciones autónomas y paralizarlos, sin modificarlos ni sustituirlos, improbándolos por razones de ley. En este caso, el presupuesto se perfecciona y existe sin más, por la sola voluntad del ente, pero no puede ser eficaz ni producir efecto jurídico ejecutable mientras no haya obtenido la aprobación del contralor. Así como la aprobación condiciona y permite la eficacia y ejecutividad del presupuesto, así también la improbación las impide, aunque no toque la validez ni la perfección finales del acto. Un presupuesto aprobado es no sólo un presupuesto válido, sino también un presupuesto ejecutable; un presupuesto improbado, en cambio, es un presupuesto incapaz para legitimar ningún ingreso o egreso que pretenda fundarse en él. La validez o perfección formal del presupuesto es, como se ve, anterior e independiente de su eficacia, que puede darse incluso a favor de presupuestos viciados e inválidos. Sin embargo, el acto de aprobación condiciona la vigencia del presupuesto y aunque éste sea válido no puede regir mientras aquél no haya sido obtenido.

“Válido es el negocio cuando, además de haberse perfeccionado, contenga todos los requisitos técnicos de ley genéricos y específicos (o voluntariamente añadidos por las partes) y estos requisitos no

estén afectados por vicios; y cuando ello sea lícito... Eficaz es el negocio cuando, además de ser válido sea idóneo para producir, sin más, sus efectos normales... Hemos dicho que la eficacia presupone normalmente la validez del negocio... Debemos ahora precisar, observando que puede haber eficacia de un negocio anulable; eficacia que cesa, sí, con la eventual anulación, pero perdura si no se hace valer por anulabilidad... El Estado de ineficacia del negocio puede ser engendrado por varias causas: por la autolimitación de la voluntad, como la condición suspensiva todavía no verificada... La ineficacia implica que el negocio no produce su formal efecto por algún obstáculo (negativo o positivo) de carácter extrínseco que lo hace (ipso jure) inidóneo para operar... La eficacia presupone normalmente la validez (o perfección); pero la recíproca no es cierta: esto es que la validez dé siempre lugar a la eficacia. En efecto, si de ordinario el negocio válido es también eficaz, sin embargo, el ser él mismo válido (perfecto) no significa siempre y necesariamente que sea eficaz; se perfila así, el concepto de negocio válido (perfecto) pero ineficaz; ejemplo, testamento antes de la apertura de la sucesión" (Messineo Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo II, pág. 487, 488, 498 y 499).

Todo esto puede aplicarse bien al presupuesto de un ente autónomo —regularmente emitido y perfecto— antes de su aprobación por el contralor central competente, sobre base expresa o en virtud de un principio general de derecho público.

La eficacia de todo presupuesto de una institución autónoma en Costa Rica está sujeta al control de su legalidad financiera por el Estado Central, aún si no hay ley —como la de Administración Financiera y de la Contraloría General de la República— que expresamente atribuya tal potestad a un centro contralor. Tal control no puede darse nunca antes de emitido el presupuesto, ni reformar ni sustituir éste por otro acto del órgano contralor. En este control discrecional y oficioso del Poder Ejecutivo sobre los presupuestos de los entes autónomos en Costa Rica, como en cualquier otro orden jurídico, radica un índice fundamental del carácter público de los fondos o patrimonio de toda institución autónoma, aun si es comercial o industrial el servicio encomendado. En Costa Rica, por otra parte, tal control existe expresamente con base en las leyes que se indicaron (Administración Financiera y Contraloría General de la República) y con base además en

muchas leyes orgánicas de las Instituciones, que se remiten a estas
dos, o bien crean nuevos principios aun más rigurosos de control
presupuestario a favor de los Poderes Centrales.

c) Relaciones con los usuarios

El principio general es que, aun si no hay disposiciones espe-
cíficas y se establece la relación a través de contratos, los mismos
deben reputarse administrativos y sometidos al imperio del ente
en su ejecución, interpretación y extinción, salvo si la actividad
externa es comercial o industrial. El poder unilateral de mando y
determinación de las condiciones del contrato asume aquí un papel
decisivo. Se quiere decir con ello que el hecho de que la relación
haya tenido un origen contractual en nada perjudica su naturaleza
pública, ni el carácter de verdadero acto administrativo de la deci-
sión o manifestación de voluntad por la que el ente se comprometió
con el particular. Pese a esa estructura contractual de base, el ente
siempre podrá hacer uso de su potestad de imperio en la ejecución,
interpretación y modificación del servicio, si en el futuro sobrevienen
leyes formales o reglamentos —según el ámbito interno o externo
de la potestad de imperio en cuestión— que autoricen el uso de
dicho imperio; o si resulta posible hacer lugar a una interpretación
por analogía con otras leyes similares y sobre la misma materia,
cuando preven igual necesidad pública que la buscada por el contrato
en cuestión.

En resumen, el contrato base no es uno común sino uno
equiparable al acto administrativo.

Dice al respecto Guido Zanobini (Curso de Derecho Adminis-
trativo, tomo I, pág. 236):

“Dada la posibilidad de que algunas relaciones de tipo público
se originen por vía formalmente contractual, es necesario advertir
que el contrato cuando interviene, no proyecta alteración alguna
sobre el contenido y régimen de dicha relación . . . El interés público,
que es el fin del contrato, y la potestad pública, con la que participa
el ente, son elementos que a la vez que explican la pertenencia
del contrato al derecho público procuran a éste la misma eficacia
del acto administrativo. La concesión formada contractualmente,
tiene la misma eficacia que aquella formada por acto administrativo
de efecto bilateral”.

Desde este punto de vista es indudable que la situación del usuario de un servicio descentralizado, tal y como quedó calificado, nunca es contractual en cuanto a su régimen, aunque sea contractual en cuanto a su origen. Ese régimen siempre será legal o reglamentario y susceptible de toda modificación impuesta por el interés público, dentro de las circunstancias cambiantes de la prestación. Salvo, naturalmente, que la naturaleza de la institución y la ley o el reglamento de conformidad, otorguen un diverso régimen a esa relación con el usuario.

Es este justamente el caso de las instituciones comerciales o industriales, de tipo económico, ya antes examinado. Por lo que respecta a los otros aspectos de la regulación (personal, patrimonio) estas instituciones son iguales a las demás y deben reputarse como públicas, salvo expresa disposición legal en contrario. Pero, aparte de esos aspectos y en lo que mira el funcionamiento de la institución, es posible y casi siempre necesario que se sometan al derecho privado, generalmente mercantil. El principio afirmado (régimen público de imperio, exorbitante del derecho civil o mercantil, mientras éste no disponga expresamente lo contrario) puede mantenerse aquí sólo muy débilmente. Ello, sobre todo, porque aquí impera la norma civil o mercantil sin concesiones al carácter público de la necesidad que se pretende satisfacer, en comunión frecuente con otra norma de derecho público que expresamente se remite a aquella, para hacerla operante en una plenitud sin reservas. Ya vimos que Alessi afirma que la publicidad de estos entes es meramente pasiva, y que se revela casi sólo a través del control más penetrante del Poder Central. Aunque la afirmación debe tomarse a beneficio de inventario —pese a su ilustre origen— la misma revela el extremo de privatización a que han llegado estos entes en cuanto a su actividad. Puede decirse que, en general, la actividad de un ente económico debe estar sometida a régimen de derecho privado si el ente no es un monopolio y la actividad sigue siendo propia de la iniciativa privada.

Mientras la ley no cambie el estado de cosas, la actividad y modos de prestación del servicio frente al particular usuario siguen siendo de derecho privado. Un servicio público, moldeado por el derecho privado, frente a los usuarios del servicio, concebidos como clientes particulares. Tal es el caso de la mayoría de nuestras instituciones autónomas, Instituto de Vivienda y Urbanismo, Instituto Nacional

de Seguros, Instituto Nacional de Turismo, Sistema Bancario Nacional, etc.

En esta hipótesis sólo las cláusulas exorbitantes aceptadas por el particular al tomar el servicio, lo mismo que las leyes imperativas de orden público —como entre particulares— que limiten su libertad de estipulación, pueden dar lugar a una modificación del contrato y sus condiciones cuando ya el particular tal vez no quiere —aunque haya querido— la modificación o modalidad de prestación que se le impone. La Institución, en este ámbito, pierde incluso su poder interno de imperio frente al usuario y desaparece el llamado derecho de casa, salvo en lo que significa la potestad defensiva del servicio y de su integridad material, que resulta siempre indispensable. La Institución sólo puede hacer lo que prometió inicialmente o cambiar lo que la otra parte previó y aceptó originalmente que podía cambiar, al momento del primer contrato. Nada fuera ni después de eso, a través de reglamentos o leyes nuevas. En todo caso si éstas entran a regir y modifican de inmediato la situación, lo tendrán que hacer en iguales condiciones y con igual alcance que frente a otros contratos entre particulares, porque el Estado ha conservado voluntariamente aquí frente al usuario el carácter común de la relación. Frente a sus empleados, como se dijo, el jerarca conserva íntegras sus potestades, lo mismo que frente a la organización de su patrimonio. Pero, en la prestación del servicio hacia afuera y en sus relaciones con los usuarios, sólo podrá emitir aquellos reglamentos, instrucciones, circulares o demás actos de jerarca administrativo, que los mismos quieran aceptar libremente. No se tratará, en realidad, de reglamentos o disposiciones unilaterales, con inmediata aplicación en perjuicio del cliente usuario, sino de modificaciones de las cláusulas del contrato privado respectivo, operadas por el libre e igualitario consentimiento de éste con el ente en cuestión.

Resta advertir que este es el cuadro puro de la privatización padecida o buscada por el Estado en el marco de una descentralización de tipo industrial o comercial, pero no necesariamente el cuadro real y neto de la actual situación. No a través de actos de imperio, sino a través de regulaciones legales de aplicación inmediata —como de orden público grave— el Estado logra vitalizar el servicio y eliminar de su paso los obstáculos que la autonomía particular ofrece a su autonomía propia. Esas leyes a menudo

producen daños indemnizables que no se indemnizan y cercenan o intervienen con controles imprevistos situaciones perfectamente consolidadas a la luz del derecho privado. Es el desenlace de una relación que funciona normalmente como privada, pero que inevitablemente termina por reclamar en algún grave sentido la virtud y el dinamismo público del ente que la desarrolla. ¿Estas normas de inmediata aplicación transforman la relación contractual en una relación pública de índole administrativa?

No, mientras no se perfile con base en ellas una intervención unilateral y concreta del ente en cuestión, adaptando al interés público los intereses del particular usuario. Porque, tratándose de su prestación y no del patrimonio ni del personal, un servicio llega a ser público cuando resulta admisible el imperio para desarrollarlo y para extinguirlo. Mientras las leyes regulan y adaptan esos aspectos en forma imperativa e inmediata, por sí, no habrá "publicación" de la actividad, sino simple limitación de la misma por razones de orden público. Pero, no bien abandone la ley esta técnica de limitaciones de aplicación directa e inmediata, para autorizar una intervención concreta del ente que tenga el mismo efecto y nacerá el carácter y el régimen públicos de la relación. Este concepto de lo público ha sido formulado por el profesor Garrido Falla así:

"Cuando la Administración pública interviene por vía reglamentaria o por actos concretos en relaciones entre particulares, está surgiendo junto a éstas, y precisamente para asegurarlas en un sentido dado, otra serie paralela de relaciones entre esos particulares y la Administración Pública. Así, cuando en la ejecución de una ley, un reglamento administrativo determina la tasa de venta de determinados productos y confiere poderes a la Administración para vigilar, decomisar o sancionar a los particulares en las transacciones que de tal producto realicen, el Derecho Público surge no porque los posibles contratos de compra-venta que al amparo de tal reglamentación se celebren hayan dejado de ser privados, sino por la obvia razón de las múltiples relaciones que entre la Administración y dichos particulares puedan surgir; relaciones que pueden incluso ser discutidas contenciosamente entre la Administración y el particular con entera independencia de la suerte que hayan corrido los derechos y obligaciones recíprocos entre particulares" (ob. cit. pág. 123, nota 13).

En resumen: la diferencia fundamental entre entes públicos económicos y autoritarios está en lo siguiente: los unos son entes públicos con actividad sometida a derecho privado, carecen de potestad discrecional frente a los particulares usuarios y se relacionan con éstos a través de contratos que se consolidan y sólo pueden alterarse con base en futuras normas de interés público y aplicación inmediata, en conflicto con el interés de las partes. El régimen de su actividad es civil o mercantil y por eso no puede ser unilateralmente modificado, por la Administración o el ente, como si se tratase de una situación abstracta y puramente reglamentaria, modificable en todo momento.

El ente autoritario, en cambio, es un ente público con su actividad sometida al derecho público y con potestad, por eso mismo, para modificar el contenido de sus relaciones con el usuario a través de actos reglamentarios, que agotan ese contenido. En la trama de estas relaciones reglamentadas entre institución y usuario no hay derechos consolidados a favor de éste, porque hay potestades discrecionales a favor del ente para adaptar la relación al interés público, acomodándola a sus cambiantes exigencias. En lo interno, sin embargo, el ente autoritario resulta igualmente público que el ente lucrativo, cuyo patrimonio, personal y gobierno están —como los de aquél— controlados y regulados por ley y dispuestos en forma totalmente diversa de la de los entes colectivos privados.

Mientras el ente económico puede adaptarse y adaptar sus contratos a nuevas necesidades sólo mediante la aplicación de normas imperativas de orden público, de inmediata vigencia, esa adaptación puede lograrse en las otras instituciones mediante la simple emisión de reglamentos innovadores que cambien para lo futuro las reglas y el contenido de las situaciones existentes. Porque mientras los contratos de las instituciones económicas producen derechos adquiridos desde su formación, o pueden producirlos, en el sentido de que pueden regular contractualmente el nacimiento y contenido de esos derechos caso por caso y para determinados usuarios individualmente considerados, los reglamentos de los entes autoritarios, en cambio, no son de contratos sino de actos de autoridad (concesión, autorización y sobre todo, admisión) y no consolidan ningún derecho mientras no se hayan realizado las condiciones varias que cada uno de esos reglamentos

señala para un sinnúmero de hipótesis, todas iguales e intercambiables.

La naturaleza privada del régimen del servicio veda al ente económico el uso del imperio en perjuicio del particular usuario, pero no a éste la consideración —en su beneficio— de la prestación debida como si fuera pública, que es lo que es. Más claro: el ente no puede tratar el servicio frente al usuario como si fuera público en los casos en que el ente es económico (comercial o industrial), pero el particular sí tiene el derecho de exigir que el servicio se le preste en condiciones iguales a las de los servicios públicos. Esto tiene una definitiva importancia para calificar la posición del ente frente al usuario, en lo que a su aspecto pasivo se refiere. Pues si el ente —puede decirse— no tiene potestades de imperio frente al usuario, si tiene en cambio todas las obligaciones y deberes que normalmente van aparejadas al imperio, en lo que aquellos sean compatibles con la naturaleza privada de la actividad. Esto lleva a lo siguiente: la prestación económica del ente comercial o industrial tiene que funcionar como si ésta fuera pública, en beneficio del usuario, y al respecto sí ostenta un cierto régimen excepcional. El servicio tiene que prestarse en forma regular, continua e igualitaria y, generalmente, las leyes contienen las regulaciones necesarias para asegurarlo. Así, la huelga está prohibida para los servidores de las instituciones del Estado, incluso si son económicas; la discriminación infundada entre clientes de un ente económico puede dar lugar al juicio de responsabilidad contra el ente y sus directores; y el mal servicio puede producir igual consecuencia.

Ello admitido, conviene advertir que la aplicación de tales principios varía sensiblemente cuando de entes económicos se trata. Pues, por ejemplo, en materia de seguros, cada póliza es un negocio individualizado y particular insusceptible de reducirse a contratos tipos sin variación que mantenga una igualdad mecánica entre todos los asegurados. Sin embargo, tal igualdad mecánica y de masa ha de ser el ideal y deberá actuarse con base en ella siempre que la institución, con su estado actual de organización y medios, pueda hacerlo sin perjuicios graves para el público o su patrimonio. La esencia misma de las actividades que desarrollan los entes económicos es la de un negocio móvil y variable, según toda clase de circunstancias imprevistas, y no puede sujetarse a reglamentaciones de detalle, en cuanto al contenido ni al método o el momento de la prestación,

que hagan perder negocios u oportunidades de ensanchamiento que no puedan entrar dentro de aquellas previsiones. Es esencial en estos entes que sean sus regulaciones y su organización los que se adapten a los intereses y particularidades variables de cada negocio y de cada cliente, y no al revés, los clientes y los negocios a las previsiones de la institución. En general el principio a sentar es que cada negocio debe y puede resolverse de acuerdo con sus términos particulares, pero que deberá irrogar al cliente un desembolso y un perjuicio, si lo irroga, no mayor en proporción que el causado en otros negocios de naturaleza y fines parecidos. El particular tiene derecho a que se dé el servicio, pero no a que se dé en un grado máximo de bondad y regularidad; sólo un mínimo, acorde con las posibilidades actuales de prestación y organización, puede exigir el particular.

Todo lo dicho aquí conduce a corroborar otra afirmación ya hecha, a saber: la inexistencia de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo sobre las leyes de la descentralización administrativa. En efecto: hemos visto que el ámbito interno del servicio —sus relaciones con empleados y usuarios— está reservado al ente mismo por la vía del reglamento autónomo y, con mayor razón, por la del reglamento ejecutivo. Dijimos que era un estrecho ámbito de acción el que correspondería al Poder Ejecutivo y a su potestad reglamentaria de las leyes sobre la autonomía si precisamente el campo más importante de esa reglamentación, que son las relaciones del servicio con el usuario, está reservado a la Institución misma, por el razonamiento a fortiori que se hizo. Ahora comprobamos como en el caso de los entes económicos esa disminución de potestad es todavía mayor, porque en los mismos no hay siquiera potestad interna de reglamentación del servicio para el ente ni para ningún otro poder, dada la naturaleza privada del vínculo que conecta a la institución con el usuario. En esta hipótesis, fuera de todos los razonamientos oportunamente hechos, resaltaría todavía más patente la inutilidad de una potestad que nada tiene que hacer, porque sólo la ley puede afectar directamente y dentro de los límites de su aplicación inmediata, la relación de que se trata. La potestad del Ejecutivo en este aspecto es una potestad que ni la Constitución le autoriza ni la vida institucional le exige. Una facultad innecesaria e inoperante caso de existir, como no son las entidades que en el derecho real existen y cumplen su función. Una potestad, pues, inexistente.

AUTONOMÍA Y UNIDAD ESTATAL

a) El momento de la independencia

La Constitución ha garantizado la independencia en el funcionamiento a toda institución autónoma. Con ello ha significado que la institución puede ejercer por primera vez su competencia en todas sus etapas, desde el primer acto de impulso hasta el último de decisión, agotando todos los pasos intermedios de preparación.

Equiparada a esta capacidad para adoptar sus decisiones—incluyendo los actos de iniciativa y preparación— la autonomía implica la exclusión de terceros del trámite preparatorio. Implica también la imposibilidad de que otro ente intervenga en la fase de decisión, que finaliza el procedimiento administrativo, en situación de superioridad frente al ente autónomo, con potestad para determinar su actividad. Y, finalmente, la autonomía apareja la capacidad para resistir cualquier control de oportunidad sobre los actos después de emitidos, porque ese control es incompatible con la autonomía, que es precisamente descentralización de criterios de oportunidad.

Cabe preguntar, sin embargo, el por qué de este límite aparentemente arbitrario, por virtud del cual la institución es autónoma para actuar por primera vez, pero no para mantener su resolución y ejecutarla, después de emitida. Es cierto que una vez emitido el acto la institución puede hallar sometida su conducta a impedimentos y controles, e incluso a la supresión por anulación dictada por el contralor. La actividad inicialmente autónoma puede ser condicionada y paralizada después. ¿A qué obedece esta aparente contradicción? ¿Existe, de veras, contradicción?

El caso es un típico ejemplo del carácter polar de toda norma y de toda institución jurídicas. Ahí donde haya norma de derecho, habrá un conflicto de intereses, resuelto a favor de los que se consideran primarios en contra de otros estimados secundarios. Aquí el conflicto es el que se da entre la autonomía como modo de gestión de lo público y la unidad del Estado como condición de existencia de todo lo público.

Concepto de unidad estatal

El problema a resolver consiste en garantizar la autonomía sin destruir la unidad, o mejor aún, en garantizar la unidad antes que la autonomía, pero sin destruir ésta última. No se trata en realidad, de una elección entre dos posibilidades iguales, sino de una limitación necesaria en el desarrollo de una posibilidad: la limitación que impone la unidad del Estado a la autonomía de los entes menores.

Esa limitación es necesaria, porque es la consecuencia de un principio lógico de la existencia y del funcionamiento del orden jurídico. Ese principio describe cómo tiene que ser el derecho con vista de los fines y motivos básicos del mismo, y no simplemente cómo debe ser. Es decir, las características y condiciones de existencia que un orden tiene que reunir si quiere lograr los fines que persigue: aquellas notas y condiciones que definen la existencia y la vigencia de lo jurídico, como orden positivo.

Desde este punto de vista puede decirse que el conocimiento de la existencia del derecho, equivale a la formulación de las que García Maynez llama reglas técnicas para conseguir los fines humanos, en tanto que contrapuestas a las reglas normativas o propiamente preceptivas.

“La palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: lato sensu aplicase a toda regla de comportamiento obligatoria o no; stricto sensu corresponde a la que impone deberes o confiere derechos. Las reglas prácticas cuyo cumplimiento es potestativo se llaman reglas técnicas. A las que tienen carácter obligatorio o son atributivas de facultades les damos el nombre de normas. Estas imponen deberes o conceden derechos, mientras los juicios enunciativos se refieren siempre, como su denominación lo indica, a lo que es... Las reglas prácticas de cumplimiento potestativo prescriben determinados medios, con vista de la realización de ciertos fines. Si digo, por ejemplo, que para ir de un punto a otro por el camino más corto es necesario seguir la línea recta, formularé una regla técnica. Si afirmo: debes honrar a tu padre, expresaré una norma... Las reglas de conducta expresan una necesidad condicionada cuando indican los medios que es indispensable emplear para la consecución de determinado fin.

Estos principios suelen formularse de manera imperativa, mas no son normas, puesto que no imponen deberes. Cuando se dice, verbigracia, para recorrer la distancia más corta entre dos puntos debe seguir la línea recta, úsase de una expresión impropia. Si una persona se propone ir de A a B por el camino más breve, tomar la línea recta es para ella una necesidad, no un deber. Nadie obliga a optar por tal camino; pero si quiere realizar su empeño no podrá prescindir del único medio idóneo" (Introducción al Estudio del Derecho, págs. 4 y 10).

Así, con las condiciones necesarias en la existencia de un orden jurídico para lograr los fines de seguridad y justicia que persigue. El orden no podría lograrlo si no se compusiera de normas referidas a conducta externa, ni si, con esa referencia, las mismas carecieran de un mínimo de efectividad y aplicación, cuando menos en las zonas en que habrían de ser cumplidas por los órganos de producción jurídica, el legislativo y el judicial. La efectividad de las normas sobre la legislación y la jurisdicción —que son las que permiten la creación y la conservación del derecho como orden efectivo y no como mera utopía lógica— así como algunas notas del ser jurídico, en tanto que necesarias para el cumplimiento de su función práctica, son, una vez descritas, las reglas prácticas y necesarias de que el hombre se vale para lograr los fines del derecho. Así, por ejemplo, con su naturaleza ideal. Sería absurdo decir que el derecho debe ser ideal: el derecho es y tiene que ser ideal para ser derecho. Prescindiendo de la definición de la idealidad, como forma de existencia de los objetos, baste en el caso advertir esta perogrullada: que el derecho vale aunque sea violado y aunque mueran los gobernantes que lo crearon, y desaparezcan las fuerzas políticas que determinaron su contenido. La norma existe, con su particular forma de existencia, con indiferencia frente a la suerte real de sus preceptos y frente a las condiciones materiales o sociales de su aplicación. Es el desiderátum que la norma no sea —en su contenido— indiferente a la realidad, sino impregnado por ella; pero es la realidad que el derecho es tal aún si es impráctico. ¿Por qué así? La norma pretende llenar una necesidad humana, que es la de certeza y seguridad en las relaciones sociales: por su propia función la norma tiene que ser lo mismo si es obedecida que si es violada, si está vivo que si está muerto el gobernante que la creó. La idealidad de la norma es precisamente este

valer aparte de su aplicación o su eficacia, aunque no sea aplicada sea desconocida. Mientras tal ineficacia práctica no ataque la vida positiva de las normas sobre la legislación y jurisdicción, ni, en general, aquellas de cuyo funcionamiento en un momento dado depende el de la totalidad del orden mismo, porque son las que mantienen viva la posibilidad de hecho de ejercer supremacía en un cierto territorio, que es la esencia o condición primera para la autoridad del Estado, aquella ineficacia queda confinada a normas de rango y tipo diverso, cuya validez y existencia se revelan tanto más cuanto más violadas y urgidas de protección aparezcan. La idealidad del derecho no es una regla científica sino la forma de la realidad jurídica, pero la enunciación de esa idealidad, como una nota necesaria para que el derecho cumpla su función, es una regla técnica.

Si ahora, en lugar de mirar la naturaleza y las notas que definen la norma, examinamos sus condiciones de creación y aplicación, los procesos activos en virtud de los cuales el derecho cobra vida ideal y práctica, entonces vemos que también en este campo pueden formularse reglas científicas, que describen o enuncian los supuestos de existencia de esos procesos y su mutua relación. Así como podemos llamar a las primeras las reglas técnicas estáticas del derecho, porque describen lo que es la norma jurídica ya producida, así también podemos llamar a éstas las reglas técnicas dinámicas del derecho, porque describen los procesos de su producción. Dentro de estas últimas la fundamental es la regla que enuncia la unidad del Estado.

“La existencia, o lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan los significados de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por normas jurídicas. Para describir ese conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia natural describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica” (Hans Kelsen; *La Teoría Pura del Derecho*, pág. 41).

Así también con el llamado principio de la unidad del Estado. Como antes ocurrió con la naturaleza ideal de la norma como enunciación científica, aquí también es posible extraer de la experiencia jurídica este principio de unidad: basta observar que en una sociedad dada son muchos los hombres que crean y aplican el derecho, aún más los que lo obedecen e innumerables las normas y sus cambios. Y que, sin embargo, toda esa variedad de manifestaciones puede reconducirse a través de varios escalones desde el acto más insignificante de un simple particular hasta el acto primero de autoridad social, por el que unó o varios individuos decidieron mandar a otros como si fueran representantes o partes de una entidad ideal y superior, no coincidente con ninguno de ellos.

El Estado moderno, en efecto, presenta la nota esencial de ser institucionalizado, quiere decirse: de consistir en una entidad ideal, que, sin embargo, actúa a través de sujetos físicos cuya conducta le es atribuida. Pero este resultado, que es una construcción jurídica, es el final de un proceso con varios estadios previos. Cuando se dice que el Estado forma una unidad no se quiere decir que hay un solo ser que abarca a todos sus funcionarios o agentes dentro de su misma categoría de seres humanos, a modo de superhombre. La unidad del Estado, como realidad jurídica, consiste simplemente en la armonía planeada, mediata o inmediata, entre todos los centros jurídicos reconocidos de creación y aplicación del derecho. No es sólo una idea de sustancia sino también de relación, entendida como la "referencia de una cosa a otra". La unidad del Estado significa que cada órgano, o centro de aplicación y creación del derecho, se halla directa o indirectamente referido a todos los demás del sistema jurídico, hasta formar un conjunto no contradictorio, al que —como tal— se atribuye el origen de todo el derecho. ¿Cómo nace esta idea de unidad?

Si se piensa cuál puede ser el factor básico de unidad entre los variadísimos elementos integrantes del Estado, destaca el hecho fundamental de un solo orden jurídico, común para gobernantes y gobernados. Tan dispares elementos, de diversa naturaleza real como el gobierno y el territorio, como el territorio y la población, no pueden unificarse por sí mismos en razón de un elemento exclusivo de su propia constitución, sino a través de un solo elemento común a todos que, en alguna forma, los abarca y articula armónicamente. Ese común elemento es, precisamente, el orden jurídico

respecto del cual todos se ponen como condiciones de existencia y dentro del cual todos se refieren unos a otros. Es el poder, en definitiva, el elemento que aquel orden contempla como constitutivo del Estado y único que, en realidad, puede reputarse como elemento sustancial de éste. El Estado, jurídicamente hablando, es el gobierno puesto en relación de dependencia y de dominio a la vez, respecto de aquellos otros elementos o condiciones de su existencia. Y se entiende por Gobierno, para este efecto, el conjunto de autoridades constituidas dentro de un orden jurídico, titulares del poder de mando a nombre de un centro ideal inconfundible con su persona física. Si se intenta encontrar, entonces, el criterio de pertenencia de una norma a un orden se concluirá lógicamente en que ese criterio sólo puede estar en su derivación directa o indirecta del poder común regulado y creado por ese orden.

Desde este punto de vista cabe decir que la unidad del orden jurídico y del Estado como organización productora del mismo, está dada por la unidad o la armonía entre las normas que regulan la producción y aplicación del derecho. Un conjunto de normas forman un orden unitario, en otras palabras, cuando han sido todas creadas —directa o indirectamente— por la aplicación de una sola norma reguladora de la producción del derecho; y un conjunto de órganos o entes creadores de derecho forman una organización unitaria cuando han sido todos autorizados por un sólo órgano fundamental, que en ellos delega o inviste la competencia para hacerlo. Más claro: todo orden se compone de normas que regulan la conducta y de normas que organizan la producción de las primeras. Estas últimas —las normas sobre la producción del derecho— designan un centro con un nombre (órgano), le atribuyen uno o varios poderes (capacidad para crear derecho general o concreto) detallan el procedimiento de ejercicio del poder y regulan el nombramiento o investidura de las personas físicas encargadas del mismo. Una misma norma puede regular simultáneamente todas las formas de producción del derecho, o permitir que el órgano designado por ella designe y construya, a su vez, otros que lo hagan, en situación de inferioridad frente a él. Pero, en todo caso, a través de uno o de varios grados, directa o indirectamente, todos los órganos se escalonan del superior al inferior, con o sin órganos colaterales e iguales en cada línea de la gradación. Todos —directa o indirectamente— provienen de un sólo órgano, al que todos los

demás están subordinados: el órgano inicial previsto por la norma primera sobre la producción del derecho.

Aquí, en Costa Rica, el órgano supremo es la Constituyente, y los que le siguen, ya organizados, la Asamblea, sin colaterales ni iguales; los otros poderes, con las instituciones colaterales e iguales, etc. Sea cual fuere la amplitud y complejidad de esta varia jerarquía es preciso tener en mente un rasgo esencial de la misma:

El hecho de ese común origen —directo o indirecto— de todos los órganos que forman la organización estatal, implica que el centro de que todos provienen ha dispuesto lo necesario para mantener su armonía y existencia, que desaparecería si todos pudieran hacer lo mismo en idénticas condiciones, igualmente que si cada una pudiera hacer algo diverso en condiciones totalmente diferentes de los demás.

En esta última hipótesis el orden jurídico tendría una unidad de origen pero carecería de unidad en su funcionamiento, por la concurrencia o el paralelismo absolutos entre las diversas funciones de los órganos creados. Para que haya unidad real se requiere, entonces, no sólo la comunidad última de origen de todas las normas que integran el orden, sino la ordenación de todos los entes dentro de competencias más o menos concurrentes. Se necesita que, en alguna forma, coincidan en su quehacer, aunque en alguna forma se diferencien al respecto. Con ello no se quiere decir que todos los órganos deban actuar en idénticas condiciones de espacio, tiempo, materia, personas o grado, lo que sería lógicamente imposible, sino que siempre debe haber una relación entre todos los entes, que permita reducir su funcionamiento y no sólo su origen a un sólo ente, capaz en alguna forma para determinar el contenido de sus actos.

Ello hace pensar en dos tipos posibles de relación entre los órganos o instituciones del Estado, a saber: a) dos o más entes unilateralmente subordinados, dentro de una relación en que uno puede determinar o afectar la conducta del otro, que sólo puede obedecer sin reciprocidad; b) dos órganos coordinados entre sí, cada uno con libertad de conducta frente al otro, pero necesariamente subordinados a un tercero, según el tipo indicado en el inciso a). Resulta imposible prescindir de la relación de subordinación, salvo cuando se mira del órgano supremo hacia abajo, porque el mismo no está

entonces subordinado a ningún otro. Però, en cualquier otra hipótesis y respecto a cualquier otro órgano, la relación de subordinación frente a un tercero siempre hace presencia, porque es el medio único de vincular al ente o entes de que se trata al órgano supremo, del que todos los demás directa o indirectamente derivan, y al que todos los demás están subordinados, en cuanto al contenido posible de su conducta.

De este modo, en ningún caso debe cuestionarse si, por ejemplo, existe alguna relación entre Poder Central y entes autónomos, porque alguna tiene que existir y es jurídicamente imposible que ninguna exista; única pregunta atinada al respecto puede ser la que indague concretamente sobre el tipo de esa relación, si de coordinación o de subordinación.

c) La independencia y la unidad estatal

La solución de este problema queda reservada para cuando indagemos las relaciones entre Poder Ejecutivo y entes autónomos. Pero podemos preguntar, desde ahora, cómo se desarrolla la subordinación que media entre éstos y la Asamblea Legislativa expresamente consagrada por la Constitución.

Si se reflexiona que tal subordinación no es otra cosa que expresión del principio de unidad, puede entenderse bien el modo de operar de esa subordinación. Su alcance principal es dinámico y quiere decir fundamentalmente dos cosas: a) que la Asamblea es el centro creador y, en consecuencia, el órgano superior de las instituciones autónomas; b) que la Asamblea, en tal calidad, debe poder no sólo dar vida a las instituciones autónomas sino —según lo anteriormente expresado— determinar en alguna forma el contenido de su función.

Si se considera que la Asamblea está constitucionalmente inhibida para dictar actos concretos o realizar intervenciones individualizadas sobre los entes autónomos, por virtud de su misma función, resulta claro que la potestad de intervención y dirección asignada a la Asamblea Legislativa significa nada más la potestad de ésta para atribuir a otro órgano —que sí puede actuar en forma sub-

jetiva— aquellos poderes sobre la actividad de la institución descentralizada. El problema que esta posibilidad institucional plantea está, pues, en averiguar cómo la Asamblea puede autorizar a un órgano administrativo para intervenir y determinar la conducta de la institución autónoma, o a sus funcionarios, sin violar la autonomía. Nos preocupa ahora, sobre todo, la ubicación exacta del momento debido para esa intervención.

Es obvio advertir, de paso, que tal problema no se plantea frente a los actos de imperio en sentido estricto, tal y como han quedado ya definidos: actos frente a terceros extraños a la institución, o frente a sus usuarios, en cuanto titulares de derechos originarios e independientes de la actividad y de los servicios de la institución. Las potestades de imperio, en este estricto sentido entendidas, no son parte natural de la autonomía y pueden no sólo limitarse sin trabas en cualquier momento, sino también sustraerse a la competencia de la institución y atribuirse al Estado o a otro ente. Así, por ejemplo, con las expropiaciones requeridas por los entes autónomos en ejercicio de sus funciones, que no pertenecen a ésta sino siempre a nuestro Poder Ejecutivo. Tal disociación es lícita y regular.

El problema se plantea exclusivamente para aquellas potestades de la institución frente a su servicio especializado y dentro de la órbita del mismo, referente a su patrimonio, sus empleados o sus usuarios.

¿Cuándo debe la ley y en qué forma permitir o imponer una intervención de un ente extraño en las actividades de la institución autónoma, con aquellas características de imperatividad externa?

No son muchas las posibilidades de elección. Si la intervención de la Asamblea, o la autorizada por ésta, se da antes de que la entidad autónoma emita su primer acto sobre la materia en gestión, y determina el contenido de éste antes de producirse por primera vez, la decisión que resulte no será libre sino subordinada y limitada, como la de cualquier ente sometido a jerarquía. Si, por ejemplo, la Asamblea regula una intervención por virtud de la cual otro ente recolecta el material de información necesario para que la institución juzgue y decida el caso, se producirá una automática limitación en los motivos de hecho de la resolución que se produzca, que estarán siempre determinados por ese material de

información y la entidad no decidirá sino en dependencia de otro ente.

Es de advertir, por otra parte, que la misma palabra autonomía significa capacidad propia de decisión y no de mera preparación o ejecución de un acto ajeno. En consecuencia, la potestad de decidir después de haber preparado las bases de la decisión es el objeto típico de la autonomía, que la Constitución protege. Esta potestad de iniciativa completa, o decisión autónoma por primera vez, es el mínimo de autonomía que la Constitución garantiza y debe siempre respetarse.

d) La independencia y el control central

Pero, entonces, ¿dónde queda la unidad del Estado frente a la autonomía, si ésta implica una potestad de libre decisión por primera vez? ¿No se fracciona con ello la armonía de política y también de disposiciones normativas que debe existir en todo orden jurídico?

Unidad y armonía quedan a salvo si se permite intervenir a un extraño sólo después de que el ente ha tomado su decisión sobre el asunto y antes de que la ejecute; es decir, cuando ya ha usado de su libertad pero todavía no ha dañado realmente la armonía establecida por el orden emanado del Estado Central o de las otras instituciones.

Si regulaciones de este tipo no fueran posibles, la Institución autónoma sería libre en todos los momentos de su conducta y no habría ninguna posibilidad constitucional para mantener respeto de ella la unidad del Estado, que ya vimos que exige que todo órgano o ente público se halle directa o indirectamente subordinado a un órgano o ente común, respecto del cual estén también subordinados todos los demás, por su origen y por su funcionamiento. Ya vimos que ese órgano es, frente a los demás entes autónomos, la Asamblea Legislativa.

¿Cómo describir más exactamente el momento adecuado para la intervención del superior sobre el ente autónomo, que hemos calificado como aquél que corre entre la emisión primera del acto y su ejecución?

Este momento es el que corresponde a la pendencia del acto de la Institución y coincide con lo que llama la doctrina la ineficacia del acto, como "situación jurídica objetiva" del mismo.

Una extensa transcripción de Messineo, definió bien el concepto de eficacia como distinto e independiente del de validez. Podemos ahora aclarar tal concepto, aunque sin penetrar la ruda corteza de problemas y conexiones que lo cubre, sino en lo indispensable a este tema. En general, todo efecto jurídico se produce según una ley de causalidad por virtud de la cual siempre va precedido de ciertos hechos —que la doctrina latinoamericana denomina "supuestos"— productores de ese efecto. El desarrollo, tipos y conexiones entre las diversas causas jurídicas posibles se ha estudiado pormenorizadamente casi sólo en relación con esos supuestos, que son precisamente las causas simples del efecto definido, cuando éste es producto de un solo hecho o de un solo acto jurídico. Pero es evidente que, en el mundo jurídico y sobre todo dentro del derecho público, abundan los casos de efectos jurídicos producidos después de una laboriosa articulación de actos con ese fin, que a menudo proceden de múltiples sujetos y no de uno solo. Y de actos que se ordenan con una función específica y parcial dentro del curso de acción cuyo final es un acto que, como principal, habrá de considerarse la causa inmediata del efecto escogido. Así con la sentencia y la ley, así también con el acto administrativo.

En general, los eventos que participan en la producción de un efecto jurídico escogido pueden clasificarse en anteriores o posteriores a la emisión del acto principal, alrededor del cual giran. De este modo, dentro del derecho público, los procedimientos tienen la característica de orientarse casi todos no sólo a la preparación de un efecto jurídico sino también a la formación de un acto jurídico, que habrá de considerarse como causa del mismo. Es en relación con este acto que resulta lógico y útil establecer las clasificaciones de los eventos diversos que hacen posible su aparición y operación jurídicas.

Cabe una primera gruesa contraposición: elementos preparatorios del acto público, elementos constitutivos del acto público y elementos integrativos del mismo. Los primeros son necesariamente anteriores y lo hacen posible; los segundos son el acto y lo componen, y los terceros son la condición para la operatividad del acto. Cada acto procesal preparatorio tiene un efecto, que es permitir que otro posterior se realice con una esencia jurídica y un nombre

determinados, y no con otro cualquiera. Si quiero, por ejemplo, proponer una terna para el nombramiento de un empleado es preciso, primero y en este estricto orden, que antes se haya hecho el concurso y declarado el orden de preferencia entre los diversos concursantes. Ese concurso hace posible la subsiguiente valoración de resultados, como valoración jurídicamente operante y no como simple juicio privado de los funcionarios llamados a graduar el resultado; y, a su vez, esta graduación hace posible la ulterior presentación de terna, con el carácter de antecedente necesario para un nombramiento, y no como mera sugerencia espontánea e irrelevante del funcionario que la propone. El acto preparatorio determina una posibilidad o imposibilidad de aparición de otro acto posterior, dentro del curso de acción que desemboca en el acto principal. Condiciona la validez de éste y su omisión causa la nulidad de todo lo actuado con posterioridad.

Podemos observar, desde ahora, que la aparición de un acto preparatorio no atribuye en definitiva ningún derecho a ningún sujeto, sino que, simplemente, hace posible que éste realice otra conducta destinada a producirlo. Crea, dicho acto, una cualidad o estado jurídicos, por virtud de la cual es posible que otro sujeto realice un acto productor de situaciones jurídicas externas y definitivas, con base en aquella calificación.

Si ahora suponemos que ya se han agotado todos los trámites preparatorios y que el acto principal ya se ha realizado, es posible todavía concebir una situación provisional del acto en cuestión. El mismo reúne todos los elementos y supone todos los antecedentes que la ley le ha prefijado, como posible causa de un cierto efecto jurídico escogido. Desde este punto de vista, de su completa conformidad con el esquema legal de su nacimiento y composición, el acto puede decirse perfecto, perfeccionado o válido. Es como el derecho manda que sea, en las condiciones y con los antecedentes también prescritos por el derecho. Pero ese acto, válido y perfecto, puede ser incapaz todavía de producir el efecto buscado. Su validez ya no podrá atacarla ningún hecho superviniente, pero su capacidad para generar el efecto previsto, en ese caso concreto y dentro de las particulares circunstancias, puede depender todavía de un hecho futuro, cierto o incierto.

Esta separación entre perfección del acto y productividad del mismo, entre validez y eficacia (para decirlo de una vez) es usual

dentro del derecho privado y responde ampliamente al principio de la autonomía de la voluntad. Aquí cada cual puede escalar la producción de los efectos jurídicos que busca como medios para llenar sus intereses, también de acuerdo con éstos y para que se produzcan en las más variadas circunstancias. El término, la condición y el modo, son figuras exhaustivamente examinadas en el derecho privado.

No ha sido lo mismo en el derecho público. Y, sin embargo, también dentro de éste es usual el caso de un acto perfecto, cuya productividad queda suspendida mientras no se realice una determinada condición. En esta hipótesis y mientras la condición no se realiza, el acto se halla en estado de pendencia, estado que le impide producir efecto jurídico. Pero, una vez que se realiza un acto posterior llamado de control, el efecto aparece y desde la fecha del acto. La función del acto de control no es, entonces, producir un efecto jurídico propio sino hacer posible que otro acto ya realizado lo produzca. Así como el acto preparatorio tiene por función hacer posible que se realice un acto posterior, con una naturaleza y función jurídicas determinadas y no con otras cualesquiera, así también el acto de control tiene por función integrar y completar la virtud productiva de otro acto necesariamente anterior, para que el mismo despliegue su efecto propio. En un sentido estricto ambos actos, el de control y el controlado, son actos necesarios para producir el efecto, pero es innegable la subordinación objetiva del agente contralor frente a la autoridad controlada. Pues aquél sólo persigue remover el obstáculo para el nacimiento de los efectos del acto ya realizado por ésta, obstáculo que es precisamente la no aprobación o la pendencia de la aprobación. El acto contralor juega el papel de una condición suspensiva que opera, como todas las de su clase, retroactivamente desde el momento de realización del acto aprobado. Posteriormente podremos ver, con más holgura, este desdoblamiento entre los elementos constitutivos de un acto, cuando éste es complejo, y sus elementos puramente condicionales, cuando se trata de un simple control.

e) Las situaciones jurídicas objetivas y el control

Quede claro, por ahora, que en el derecho público es usual la separación entre la perfección normal del acto (su validez) dada por

su conformidad plena con el esquema legal correspondiente a su formación y composición, y su eficacia, dada en su capacidad concreta para producir efectos jurídicos ejecutables. Entre ambos momentos —validez y eficacia— intermedia el estado de pendencia que permite controlar la legalidad del acto, antes de que éste pueda ser ejecutado.

La validez es independiente de la eficacia y viceversa, lo que deja abierta la posibilidad de anular un acto eficaz, si posteriormente se descubre su invalidez. En general, la escisión entre validez y eficacia del acto es un fenómeno que cubre todos los campos del derecho y que coincide con la distinción entre capacidad de goce y del ejercicio, nacida en el derecho privado.

Puede decirse con Donati que “cada poder resulta en realidad de dos elementos o poderes elementales, el poder de titularidad nuda de una dada esfera de actividad, y el poder de ejercitar la actividad reconocida, en los límites de aquél otro, que es precisamente la potestad también nuda de ejercicio del poder” (Acto complejo, autorización, aprobación, Archivo Jurídico, pág. 5, separata, citado por Sandulli, El Procedimiento Administrativo, pág. 32).

Tal distinción puede erigirse en categoría jurídica y afirmarse que, en general, todo derecho se compone de dos potestades separadas y distintas, que son las correspondientes al contenido del derecho y las correspondientes a su actuación práctica, por la conducta propia o ajena.

Puede incluso afirmarse que la norma produce dos modos de atribución del poder, una en el plano puramente lógico que consiste en imputar la posibilidad normativa, fuera de toda consideración de espacio y tiempo, y otra en el plano de un tiempo y espacio determinados, que pueden sobrevenir después de existente ya la primera atribución normativa de tipo puramente lógico y abstracto. De este modo, así como observamos a menudo que la potestad de acción está disociada o fragmentada entre varios sujetos, uno sólo de los cuales es el verdadero titular del respectivo derecho (poderante-mandatario; menor —tutor; sociedad— gerente) así también es posible que exista una situación jurídica y, a la vez, la imposibilidad legal de ejercerla actualmente. O bien, una autorización y la imposibilidad legal para ejercerla. Trasladando a los actos la distinción usual entre las capacidades de goce y ejercicio mencio-

nadas, puede afirmarse que hay, a la par de las situaciones jurídicas subjetivas como formas de acción atribuidas normativamente a los individuos, situaciones jurídicas objetivas, como condiciones de realización o actuación de las primeras, por las cuales es posible que éstas puedan o no ser ejercidas. No se trata de posibilidades de acción, útiles por sí mismas, sino de cualidades de las cosas, las personas, los hechos o los actos, que existen y aparecen en función de otros actos, objeto de situaciones jurídicas (derecho o deber) preexistentes. Tienen por función afectar el ejercicio de esas situaciones y como tales cualidades son el presupuesto para que esas situaciones jurídicas se puedan ejercer o no ejercer, mantener o suprimir.

“Todas estas situaciones jurídicas objetivas están, consecuentemente, establecidas en orden a la acción del sujeto. No en el sentido de que se refieran a la conducta del sujeto (porque entonces serían situaciones subjetivas) sino en el sentido de que en presencia de las mismas las situaciones subjetivas pueden desplegarse o no, o manifestarse en algún modo particular: aquellas, en síntesis, determinan el ejercicio o la observancia de las situaciones subjetivas” (Massimo Severo Giannini, Lecciones de Derecho, pág. 378).

Podemos dar el ejemplo del acto administrativo de una entidad autónoma pendiente de aprobación, como la imposición de una tasa municipal. Mientras la aprobación no se ha dado el acto tiene una cualidad, que es la de ser ineficaz. La aprobación tiende a permitir que pueda nacer el derecho de la Municipalidad a cobrar la tasa, así como la improbación viene a impedirlo. En ambos casos se trata de actos que tienen la función de asegurar la adecuación de la tasa proyectada a la capacidad contributiva de los administrados y a las leyes de la República. Puede decirse, por ello, que la pendencia de un acto, como situación objetiva del mismo nacida de la necesidad de un control, tiene por objeto adecuar y coordinar el interés de la institución al del contralor, que es generalmente el del Estado Central. Es decir, ubicar ese interés especializado dentro de un cuadro más amplio de necesidades e impedir que su especialización pueda lesionar la justa satisfacción de esas otras urgencias centrales e igualmente importantes. Se trata, en otras palabras, de someter el acto a la ley que regula su actividad especializada y a las actividades conexas o concurrentes del Estado Central. En consecuencia de todo lo dicho resulta claro lo que esta actividad integrativa significa.