

Director y Editor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS

57



SAN JOSE, COSTA RICA
MAYO — AGOSTO

1987



REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

1988



JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1988

Presidente:

Dr. Enrique Rojas Franco

Vicepresidente:

Lic. Rodrigo Montenegro Trejos

Secretario:

Lic. Marco A. Jiménez Carmiol

Prosecretario:

Lic. Bernal Ulloa Flores

Fiscal:

Lic. Oscar Fonseca Montoya

Tesorero:

Dr. Gonzalo Fajardo Salas

Vocal 1:

Licda. Aracelly Pacheco Salazar

Vocal 2:

Lic. Rafael Valle Guzmán

Vocal 3:

Lic. Pedro J. Beirute Rodríguez

Vocal 4:

Lic. Juan Diego Rojas Araya

Vocal 5:

Licda. María E. Solera Flores

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Director Consejo Universitario:

Dr. Nelson Gutiérrez

Rector:

Dr. Fernando Durán

Vice-Rectora de Docencia:

Licda. Jiannina Del Vecchio

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Gabriel Macaya

Vice-Rector de Acción Social:

Ms. Sc. Oscar Fonseca

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Licda. Rosa Isabel Blanco

Vice-Rector de Administración:

Dr. Alvaro Montoya Chaves

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Bernardo Van Der Laat

Vice-Decana Facultad de Derecho:

Lic. Egenery Venegas Villegas

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dr. Diego Baudrit Carrillo

Director Instituto de Estudios de Posgrado:

Dr. Luis Estrada Navas

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez



PRESENTACION

En este número se publican trabajos de investigación en los campos del derecho comercial, penal, administrativo, civil, constitucional y laboral.

El Colegio de Abogados para 1987 organizó el Congreso Jurídico respectivo dedicado a las celebraciones del centenario de la promulgación de nuestro Código Civil. Dentro de este espíritu sobresalen los artículos de los Profesores Wálter Antillón Montealegre y Víctor Pérez Vargas relativos a la temática civilista tanto de las obligaciones como de los valores de la personalidad. Con esta breve nota deseamos dejar constancia de las citadas celebraciones de ese notable centenario, con el cual también la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica contribuyó en forma destacada.

El director y editor



PRESENTACION

El Colegio de Abogados para 1937 organizo el Congreso Judicial respectivo dedicado a las celebraciones del centenario de la promulgacion de nuestro Código Civil. Dentro de este programa se inscribieron los señores de los Profesores Wilfredo Anselmo Montenegro y Vidal Pérez Vargas quienes a la vez se inscribieron como de las delegaciones como de los valores de la personalidad. Con esta prove nos desentendamos de las ciudades celebraciones de este carácter con el cual también se facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica concurrió en forma destacada.

- Vice Director de Estudios Jurídicos
- Dr. Adolfo Rodríguez Cordero
- Director Facultad de Derecho
- Dr. Bernardo Van Der Laan
- Vice-Director Facultad de Derecho
- Lic. Eusebio Venegas Villalón
- Director Instituto de Investigaciones Jurídicas
- Dr. Diego Rodríguez Cordero
- Director Facultad de Derecho de Montevideo
- Lic. Luis Rodríguez Novas
- Coordinador de la Comisión de Estudios
- Lic. Juan Rodríguez Novas

LA APARICION Y FLORECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES ANONIMAS COMO PARTE DEL PROCESO DE DESARROLLO DEL CAPITALISMO

Jorge Rhenán Segura*

Daniel Masís Iverson**

El estudio de la aparición y florecimiento de las sociedades anónimas como parte del proceso de desarrollo del capitalismo, requiere un análisis que considere tanto el aspecto económico como el jurídico. En el plano económico, se trata de un fenómeno que surge como consecuencia de la necesidad de reunir grandes cantidades de capital para financiar proyectos de inversión que requieren recursos que exceden la capacidad de los individuos o incluso de las familias. Este tipo de sociedades permiten la división del capital en acciones, lo que facilita su adquisición por un número mayor de personas, reduciendo así el riesgo individual y permitiendo la participación de inversionistas de diferentes horizontes económicos.

Desde el punto de vista jurídico, el surgimiento de las sociedades anónimas implica la creación de una entidad legal separada de sus socios, con personalidad propia y capacidad para adquirir bienes, contraer obligaciones y ejercer acciones legales. Este tipo de estructura jurídica es esencial para garantizar la seguridad de las inversiones y la continuidad del negocio, independientemente de los cambios que ocurran en la composición del grupo de socios.

El desarrollo de estas sociedades está estrechamente ligado al avance de la tecnología y a la expansión de los mercados. A medida que se descubren nuevos recursos y se desarrollan nuevas industrias, se requiere cada vez más capital para su explotación. Las sociedades anónimas ofrecen una solución eficiente para reunir este capital, ya que permiten atraer inversionistas que buscan oportunidades de crecimiento y diversificación de su patrimonio.

En conclusión, la aparición y florecimiento de las sociedades anónimas es un fenómeno que refleja el proceso de desarrollo del capitalismo y la necesidad de encontrar formas más eficientes de reunir y administrar el capital. Este tipo de estructuras jurídicas y económicas han sido fundamentales para el crecimiento de las economías modernas y la creación de riqueza a gran escala.

* Lic. en Derecho y Ciencias Políticas. Candidato al doctorado en Ciencias Políticas Universidad de La Sorbonne. París, Francia.

** Lic. en Derecho y Ciencias Políticas. Candidato al doctorado en Ciencias Políticas. Universidad de Washington. U.S.A.

INTRODUCCION

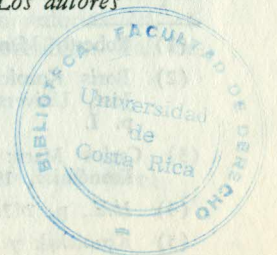
El propósito de este trabajo, tal y como lo indica su título, es el de indagar acerca de la evolución de la sociedad anónima como parte del proceso de desarrollo del capitalismo.

No es necesario señalar que el tema es difícil y que en nuestro medio la bibliografía es escasa. Se carece, sobre todo, de una bibliografía que enfoque interdisciplinariamente a la figura de la sociedad anónima, tanto como manifestación económica y social como jurídica de la sociedad moderna, del mundo actual.

Por lo anterior, nuestra meta ha sido modesta: en el primero de los dos capítulos que contiene este trabajo, hemos querido rastrear, aunque sea de modo general, el paralelismo entre la evolución de la sociedad anónima y la del capitalismo. La conclusión de este trabajo es que sí existe tal paralelismo, y que la sociedad anónima es a la vez un producto y una palanca del desarrollo del sistema capitalista; no creemos necesario repetir en una sección aparte lo que de todos modos está dicho en pocas páginas. El segundo capítulo realiza un inventario somero de algunas de las características de la sociedad anónima que la hacen predilecta de organización empresarial capitalista.

Un corolario de la conclusión de este trabajo es que, para la mejor enseñanza del derecho mercantil, si lo que se quiere formar son juristas y no simplemente técnicos del derecho, es que se requiere profundizar en los aspectos económicos y sociales, y aun los políticos, contenidos en la legislación y doctrina mercantiles.

Los autores



I. LA APARICION Y FLORECIMIENTO DE LAS SOCIEDADES COMO PARTE DEL PROCESO DE DESARROLLO DEL CAPITALISMO

La sociedad anónima es un producto y a la vez una promotora del desarrollo del sistema capitalista. Como correctamente lo señala Mantilla Molina, es erróneo pensar que las *societates publicanorum* del derecho romano sean antecesoras remotas de la sociedad anónima⁽¹⁾. La estructura de la sociedad anónima actual se origina, al parecer, de las grandes empresas de colonización y descubrimiento, como la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (1602), la Compañía Inglesa de las Indias Orientales (1612), la Compañía Holandesa de las Compañías Occidentales (1621), la Compañía Australiana del Sur (1626)⁽²⁾; de las *societates monopoliae* (llamadas así por Martín Lutero), que eran sociedades dotadas por el Estado de monopolio legal para la explotación de ciertas ramas comerciales e industriales; y de las sociedades que recibían subsidios del Estado por emprender ciertas industrias, como sucedía en Francia en la época de Colbert y en algunos estados alemanes en el siglo pasado⁽³⁾. Ya en los albores del régimen capitalista existían ciertas esferas de producción que exigían un mínimo de capital que no reunía ningún individuo, haciendo necesarias las dos últimas de subsidio y privilegio descritas⁽⁴⁾. En lo tocante a las compañías colonialistas fundadas en la época del mercantilismo europeo, también existía el problema de reunir capital suficiente para acometer las empresas de explotación de las riquezas de Oriente y del Nuevo Mundo, y el riesgo implicado se compensó con derechos y privilegios, "como la explotación de determinados negocios o la limitación de la responsabilidad de los accionistas a la cantidad aportada"⁽⁵⁾.

Como lo señalan Kozolchyk y Torrealba, los elementos que caracterizaban a estas compañías colonialistas eran, primero, su regulación por una carta que autorizaba su constitución, con responsabilidad limitada de los accionistas, carta que no podía ser modificada sin consentimiento

- (1) Roberto Mantilla Molina: *Derecho mercantil*, México, 1977, p. 323.
- (2) Boris Kozolchyk y Octavio Torrealba: *Curso de derecho mercantil*, San José, Universidad de Costa Rica, 1974, T. II, "La sociedad anónima", p. I.
- (3) Carlos Marx: *El capital* (trad. W. Roces), México, Fondo de Cultura Económica, 1971, T. I, págs. 247-24.8
- (4) *Ibid.*, p. 247.
- (5) Kozolchyk y Torrealba, *Op. cit.*, p. 2.

de la autoridad oficial; segundo, el goce de una personalidad jurídica independiente de la de los accionistas o empleados; tercero, la división de su capital en acciones, partes alcuotas de aquél⁽⁶⁾.

El permiso para fundar tales sociedades dependía de las políticas gubernamentales, que versaban, entre otras, sobre cuestiones tributarias, monopolios comerciales y privilegios⁽⁷⁾. En Inglaterra, por ejemplo, en el período que va de 1500 a 1720, inicialmente se formaron "compañías reguladas", siempre fundadas con base en una carta (*charter*) real, y autorizadas por la corona para el desarrollo del comercio exterior. Estas compañías fueron sustituidas posteriormente por sociedades de acciones transferibles. Hacia el final del período mencionado, debido a las dificultades existentes para obtener la carta de autorización, especialmente para el comercio interno, fueron creadas sociedades de acción sin personería jurídica legal reconocida como tales (*unincorporated joint-stock companies*), y que, si querían constituirse conforme a derecho, tenían como única alternativa legal las formas existentes de sociedades de personas (*partnerships*).

"El comercio y la industria se establecieron sobre una base capitalista, con un sistema de banca y crédito y un mercado de acciones y valores. Las clases más ricas, buscando invertir su capital, se asociaron con comerciantes y empresarios. La fundación del Banco de Inglaterra en 1694 fue de gran importancia, porque se estableció con base en el principio de la sociedad anónima. Los préstamos individuales de los financistas al gobierno se trocaron en los nuevos bancos que incorporaban a los prestamistas con base en el sistema de acciones. El banco retenía valores del gobierno, con fundamento en los cuales tenía la autorización de abrir crédito"⁽⁸⁾.

Ya para el final del siglo XVII se había formado un número suficiente de sociedades anónimas como para que naciera la profesión especializada de la correduría de bolsa. Los años de auge económico de 1692-95 fueron seguidos por una recesión en 1696, año en que el gobierno británico intervino para regular a los corredores y frenar la especulación. Sin embargo, ésta no disminuía y el *boom* especulativo de 1719-20 terminó en desastre. El Parlamento, preso del pánico, promulgó el *Bubble Act* en 1720, según el cual sólo con autorización, específica era legal formar sociedades de acciones transferibles. Tal decreto estuvo en vigencia hasta 1825⁽⁹⁾.

- (6) *Loc. cit.*
- (7) Encyclopedia Britannica, EEUU, 1972, Vol. VI, p. 219 (trad. libre).
- (8) *Ibid.*
- (9) *Ibid.*



En este período de 1720 a 1825, dada la virtual imposibilidad de fundar compañías por carta o estatuto, y pese al desprestigio en que habían caído ante la opinión pública y ante la oficial las sociedades anónimas no incorporadas (desprestigio que duró hasta entrado el siglo XIX), es decir no reconocidas legalmente como personas jurídicas, volvieron a surgir dichas sociedades, a través de un ingenioso mecanismo legal, resultante de la combinación de las figuras sí autorizadas por ley de sociedad, con la figura del fideicomiso⁽¹⁰⁾.

Durante el auge económico de 1824, nuevamente vinieron los abusos, a costa de una ciudadanía ingenua, por parte de los promotores de las sociedades anónimas, y resurgieron los argumentos contra las compañías por acciones. Pero la presión económica a favor de la forma jurídica de la sociedad anónima hizo nugatorias las dudas legales y la hostilidad de las autoridades⁽¹¹⁾.

Durante el siguiente período de 1825 a 1856, dos fueron los grandes temas discutidos: la autorización legal para constituir las sociedades anónimas como personas jurídicas distintas de los socios, y la cuestión de la limitación de la responsabilidad de estos últimos. Aunque ambas cuestiones se resolvieron separadamente, iban estrechamente unidas: los cambios económicos provocados por la Revolución Industrial requerían la posibilidad de constituir sociedades anónimas con responsabilidad limitada⁽¹²⁾.

La opinión oficial y la opinión de la mayoría del sector comercial se mantenían opuestas a tales concesiones. Los argumentos para estar en contra eran: que una economía sana debía basarse en la empresa privada con responsabilidad ilimitada, exceptuando el caso de los servicios públicos; que las sociedades anónimas debilitaban la empresa y tendían al monopolio (la corrección de esta afirmación la veremos más adelante), y que favorecían especulaciones arriesgadas así como promociones fraudulentas. Sin embargo, pesó más la fuerza del crecimiento bancario bajo la forma de compañías por acciones, entre 1826 y 1835 (se fundaron sesenta de tales bancos en ese período), así como el auge ferrocarrilero, que alcanzó su punto culminante entre los años 1835 y 1837. Se le concedió responsabilidad limitada a las compañías ferroviarias por vía de un decreto privado del Parlamento, y en el *Joint-Stock Companies Act* de 1844 se autorizó la incorporación por medio del simple registro. Por vez primera se estableció la distinción entre compañías por acciones y las antiguas sociedades de personas, a través del requisito obligatorio de inscribir en el registro a toda compa-

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*, p. 220.

(12) *Ibid.*

ña con más de veinticinco socios. Se establecieron así las bases del sistema moderno de sociedades en Inglaterra⁽¹³⁾.

En 1855 se aprobó el *Limited Liability Act*, decreto según el cual se autorizaba el privilegio de responsabilidad limitada para toda compañía inscrita al amparo del decreto de 1844 mencionado, menos para aquellas dedicadas a la banca y a los seguros. Sin embargo, en 1862 el privilegio de la responsabilidad limitada se extendió también a estas últimas. Así quedó establecida la compañía por acciones de responsabilidad limitada, y se convirtió en la forma más importante de asociación mercantil del Reino Unido⁽¹⁴⁾.

Este proceso por medio del cual es fue desarrollando la sociedad anónima en el derecho inglés no difiere, mayormente, en sus etapas principales, del proceso francés:

"Una primera caracterizada por la concesión de privilegios incorporados a la regulación de tipo individual de la carta (1800-1807); la segunda, en la cual se hacía necesaria una autorización previa pero una vez concedida ésta, la sociedad anónima estaba sujeta a reglas generalizadas (1087-1867); y finalmente la fase en la cual la autorización previa, de ser requerida lo es pro forma y las autoridades son regidas por códigos, leyes y reglamentos de carácter general"⁽¹⁵⁾.

La similitud de las tendencias jurídicas francesa e inglesa no es causal. Obedecen ambas al mismo proceso de desarrollo del capitalismo, el primer modo de producción en la historia de la humanidad que alcanza escala mundial, partiendo de Europa. Interesa ahora examinar, aunque por fuerza someramente, la relación que tienen las sociedades anónimas con una de las características más sobresalientes del crecimiento y expansión capitalistas: la centralización de capitales.

Como señala Marx, "con la acumulación de capital se desarrolló el régimen específicamente capitalista de producción, y el régimen específicamente capitalista de producción impulsa la acumulación de capital"⁽¹⁶⁾. Durante el tránsito del artesanado a la industria capitalista, se da un proceso de *acumulación originaria*, que no interesa describir en detalle aquí. Baste decir que es el "proceso histórico de disociación entre el productor y los medios de producción", llamada *originaria* "por-

(13) *Ibid.*

(14) *Ibid.*

(15) Kozolchik y Torrealba, *Op. cit.*, págs. 3-4.

(16) *Op. cit.*, p. 528.



que forma la *prehistoria del capital* y del régimen capitalista de producción⁽¹⁷⁾; que la base de este proceso es la "expropiación que priva de su tierra al productor rural, al campesino"⁽¹⁸⁾; y que en el caso de Inglaterra ese proceso comenzó alrededor del siglo XVI y terminó a principios del siglo XIX⁽¹⁹⁾, cuando ya, naturalmente, el sistema capitalista era el dominante en ese país.

Dada la premisa histórica de la acumulación originaria, la *acumulación capitalista* se desarrolla con base en la *concentración de capital*.

Esta *concentración* es de producción, con el "mando consiguiente sobre un ejército más o menos grande de obreros... Al aumentar la masa de riqueza que funciona como capital, aumenta su *concentración* en manos de los capitalistas individuales y, la base para la producción en gran escala y para los métodos específicamente capitalistas de producción"⁽²⁰⁾. *Cacteris paribus*, los capitalistas individuales y su concentración de los medios de producción "crecen en la proporción en que son partes alícuotas del capital global de la sociedad" y simultáneamente "se desgajan de los capitales originales fragmentos de ellos que empiezan a funcionar como nuevos capitales independientes"⁽²¹⁾, interviniendo como uno de los factores importantes en este proceso la división de la fortuna entre familias capitalistas⁽²²⁾.

Una de las características importantes de esta concentración es que "la parte del capital social adscrita a cada esfera concreta de producción se distribuye entre muchos capitalistas, enfrentados como productores de mercancías independientes los unos de los otros y en competencia mutua"⁽²³⁾. De allí que esta acumulación y concentración están dispersas en muchos puntos; que la formación de capitales nuevos y el desdoblamiento de capitales antiguos contrarrestan la tendencia al incremento de los capitales que ya están operando. O sea de una parte, la acumulación actúa como un proceso de concentración creciente de los medios de producción y del poder de mando sobre el trabajo, de otra parte funciona también como resorte de *repulsión de muchos capitales individuales entre sí*⁽²⁴⁾.

(17) *Ibid.*, p. 608 (subrayados de Marx).

(18) *Ibid.*, p. 609.

(19) *Ibid.*, págs. 607-649, *passim*.

(20) *Ibid.*, págs. 528-529 (subrayados de Marx).

(21) *Ibid.*, p. 529.

(22) *Loc. cit.*

(23) *Ibid.*

(24) *Ibid.* (subrayados de Marx).

Sin embargo, la dispersión del capital global de la sociedad en manos individuales, y la tendencia a la repulsión son a su vez contrarrestadas por otra fuerza: la de un movimiento de *atracción*. No se trata de lo mismo que la concentración descrita, que hemos visto como idéntica a la acumulación, sino que se trata "de la *concentración de los capitales ya existentes*, de la acumulación de su autonomía individual, de la expropiación de unos capitalistas por otros, de la aglutinación de muchos capitales pequeños para formar unos cuantos capitales grandes. Este proceso se distingue del primero en que *sólo presupone una distinta distribución de los capitales ya existentes y en funciones; en que, por tanto, su radio de acción no está limitado por el incremento absoluto de la riqueza social o por las fronteras absolutas de la acumulación*. El capital adquiere, aquí, en una mano, grandes proporciones porque allí se desperdiga en muchas manos. Se trata de una *verdadera centralización*, que no debe confundirse con la *acumulación* y la *concentración*"⁽²⁵⁾. Según Marx, expuestas muy escuetamente, las características del proceso de centralización son las siguientes:

"La lucha de la competencia se libra mediante el abaratamiento de las mercancías. La baratura de las mercancías depende, *caeteris paribus*, del rendimiento del trabajo y éste de la escala de la producción. Según esto, los capitales más grandes desalojan necesariamente a los más pequeños. Recuérdese, además, que al desarrollarse el régimen capitalista de producción, *aumenta el volumen mínimo del capital individual necesario* para explotar un negocio en condiciones normales. Por tanto, los capitales más modestos se lanzan a las órbitas de producción de que la gran industria sólo se ha adueñado todavía esporádicamente o de un modo imperfecto. Aquí, la concurrencia actúa vertiginosamente, en razón directa al número y en razón inversa al volumen de los capitales que rivalizan entre sí. Y termina siempre con la derrota de los muchos capitalistas pequeños, cuyos capitales son engullidos por el vencedor, o desaparecen. Aparte de esto, la producción capitalista crea una nueva potencia: el crédito, que en sus comienzos se desliza e insinúa recatadamente, como tímido auxiliar de la acumulación, atrayendo y aglutinando en manos de capitalistas individuales o asociados, por medio de una red de hilillos invisibles, el dinero diseminado en grandes o pequeñas masas por la superficie de la sociedad, hasta que pronto se revela como un arma nueva y temible en el campo de batalla de la competencia y acaba por convertirse en un gigantesco mecanismo social de centralización de capitales"⁽²⁶⁾.

Las dos "palancas" más poderosas en el proceso de centralización de capitales son la concurrencia y el crédito, que se desarrollan a la par

(25) *Ibid.* (subrayados de Marx).

(26) *Ibid.*, p. 530.

de la producción y acumulación capitalistas, y en "idénticas proporciones"⁽²⁷⁾.

Para Marx la centralización es complementaria de la acumulación, ya que posibilita a los capitalistas industriales extender la escala de sus operaciones⁽²⁸⁾.

La centralización opera por dos medios fundamentales: el primero, violento, es el de la *anexión*, que sucede "cuando ciertos capitales se convierten en centros tan grandes de gravitación para otros, que rompen su cohesión individual, asimilándose luego sus trozos sueltos"⁽²⁹⁾. El segundo medio es el de la "fusión de una multitud de capitales ya formados o en curso de formación" a través de la creación de *sociedades anónimas*⁽³⁰⁾.

La escala de operaciones se extiende, pues, tanto por medio de la acumulación como por medio de la centralización. Sin embargo, dice Marx:

"...es evidente que la acumulación, o sea, el incremento paulatino del capital mediante la reproducción, que abandona su forma circular para desarrollarse en espiral, es un proceso harto lento, comparado con la centralización, a la que le basta con modificar la agrupación meramente cuantitativa de las partes que integran el capital social. Aún no existirían ferrocarriles si para ello hubiera habido que aguardar a que la acumulación permitiese a unos cuantos capitalistas individuales acometer la construcción de vías férreas. La centralización lo consiguió en un abrir y cerrar de ojos, gracias a las sociedades anónimas"⁽³¹⁾.

Este proceso de centralización conduce al monopolio: Engels, en una nota a la cuarta edición alemana de *El capital* (1890), observa que "los novísimos *trust* ingleses y norteamericanos... tienden a unificar, por lo menos, todas las grandes empresas de una rama industrial, en una gran sociedad anónima con monopolio efectivo"⁽³²⁾.

En el III tomo de *El capital*, Marx sintetiza (en cierta forma, porque, como se sabe, el III tomo no fue publicado en vida de Marx) los efectos de las sociedades anónimas en el desarrollo del capitalismo:

(28) *Ibid.*, p. 531.

(29) *Ibid.*

(30) *Loc. cit.*

(31) *Ibid.*

(32) *Ibid.*

"1) Extensión en proporciones enormes de la escala de la producción y de las empresas inasequibles a los capitales individuales. Al mismo tiempo, se convierten en empresas sociales algunas empresas que antes se hallaban regentadas por el gobierno.

2) El capital, que descansa de por sí sobre un régimen social de producción y presupone una concentración social de medios de producción y fuerzas de trabajo, adquiere así directamente la forma de capital de la sociedad (capital de los individuos directamente asociados) por oposición al capital privado, y sus empresas aparecen como empresas sociales por oposición a las empresas privadas. Es la supresión del capital como propiedad privada dentro de los límites del mismo régimen capitalista de producción.

3) Transformación del capitalista realmente activo en un simple gerente, administrador de capital ajeno, y de los propietarios de capital en simples capitalistas de dinero... En las sociedades anónimas la función aparece separada de la propiedad del capital y el trabajo aparece también, por tanto, completamente separado de la propiedad sobre los medios de producción y sobre el trabajo sobrante. Este resultado del máximo desarrollo de la producción capitalista constituye una frase necesaria de transición hacia la reversión del capital a propiedad de los productores, pero ya no como propiedad privada de productores aislados, sino como propiedad de los productores asociados, como propiedad directa de la sociedad⁽³³⁾.

Marx ve pues, que la sociedad anónima es la solución límite que dentro del propio régimen capitalista de producción se le da a la contradicción básica del sistema, que permea todos sus poros y lo conduce a crisis periódicas de superproducción y depresión crónica: La contradicción entre el carácter cada vez más social de la producción y el carácter cada vez más privado (en el sentido de monopolización) de la apropiación. Esta contradicción insoluble anuncia el advenimiento de un nuevo modo de producción, resultado y negación del capitalismo.

Después de que Marx escribiera *El capital*, aparecieron nuevas formas de empresas industriales, que Engels llamó "La segunda y tercera potencia de las sociedades anónimas"⁽³⁴⁾. No hay, observa Engels en 1890, "ningún país en que los grandes industriales de una determinada rama no se asocien para formar un consorcio cuya finalidad es regular la producción... En algunos casos han llegado a formarse incluso consorcios internacionales, por ejemplo, entre la producción siderúrgica de Inglaterra y de Alemania"⁽³⁵⁾. No obstante, esta medida

(33) *Ibid.* Tomo III, pág. 415.

(34) *Ibid.*, p. 416.

(35) *Ibid.*



tampoco ha logrado eliminar la crisis, ya que "el antagonismo de intereses entre las distintas empresas rompía con harta frecuencia los diques del consorcio y volvía a imponerse la competencia"⁽³⁶⁾. Esto a su vez condujo a un nuevo intento de solución: la de concentrar, en las ramas en que el nivel de producción lo consentía, "toda la producción de una rama industrial en una gran sociedad anónima con una dirección única", el ejemplo más notable de esto siendo el *United Alkali Trust* (en Europa, porque ya esta forma se había desarrollado en Estados Unidos considerablemente), que colocó toda la producción británica de sosa en manos de una sola empresa⁽³⁷⁾.

Todo este proceso de consolución de los monopolios como la forma de organización económica dominante dentro del capitalismo, a través de la asociación y la combinación, bajo la forma de la sociedad anónima, lo describió un célebre fabricante de jabón inglés, el señor Lever, en 1901 de la siguiente manera:

"En otro tiempo, un fabricante tenía una empresa individual. Después... (hubo) varios socios. Más tarde, el negocio exigió más capital del que podían suministrar dos o tres socios, y surgieron las sociedades anónimas. Actualmente, hemos alcanzado una nueva etapa, y es necesario reagrupar cierto número de sociedades anónimas en eso que llamamos una coalición (*a combine*)..."⁽³⁸⁾.

La sociedad anónima ha hecho posible los *trusts* y los *holding*. El grado de "democracia" económica y social alcanzado con los *holding* (compañías controladoras) ha sido admirablemente descrito por el economista Harry E. Barnes:

"La sociedad anónima ha facilitado en gran manera la organización de los negocios en grande escala, al hacer posible la compañía controladora, que constituye uno de los desenvolvimientos económicos recientes más importantes. Es el agente más efectivo de la tendencia a la combinación... La compañía controladora es también una sociedad anónima, pero su función principal consiste en adquirir la posesión de suficientes valores de otras sociedades anónimas para poder dirigir o controlar su política. La compañía controladora puede ser también una compañía que opere, es decir, que lleve a cabo operaciones manufactureras o comerciales. Pero su más vital y, a menudo, su único propósito es el de poseer acciones. La compañía controladora ha tendido en América, debido en

(36) *Ibid.*

(37) *Ibid.*

(38) Ernest Mendel: *Tratado de economía marxista*, México, Ed. Era, 1971. Tomo II, p. 17.

parte a las leyes restrictivas de otros métodos de combinación, a suplantarse los viejos *pool trusts*. Es un instrumento de gran importancia estratégica en la combinación de los negocios debido a sus posibilidades para pirámidar acciones. Los accionistas individuales, geográficamente esparcidos, pueden ejercer muy escaso control sobre las tendencias de la sociedad anónima. Los propietarios de grandes cantidades de acciones, aun cuando constituyen una minoría pueden, por tanto, dirigir a menudo dicha política. Las acciones de las sociedades anónimas, en la actualidad, casi todas son de carácter no votante y los íntimos controlan la compañía controladora mediante la propiedad de una porción considerable de la pequeña cuota de acciones con derecho a voto. Esto explica, por ejemplo, el control ejercido por H. L. Doherty sobre la gigante *Cities Service Company*"⁽³⁹⁾.

Según lo relata Paul Sweezy, el movimiento de las combinaciones se propagó a todos los países capitalistas avanzados en la última década del siglo pasado y en la primera del presente, dando lugar a un cambio cualitativo en el carácter de la producción capitalista: quedó sustituida la libre competencia, que había sido dominante en el funcionamiento del mercado capitalista, por el monopolio como norma dominante⁽⁴⁰⁾. El capitalismo entró así en su fase imperialista, en la que hoy día se enseñorean las compañías multinacionales. No podemos entrar aquí a discutir los problemas relacionados con éstas. Baste decir que son un producto típico del desarrollo capitalista; que su forma jurídica preferida ha sido la de la combinación de sociedades anónimas; y que si bien es cierto que han provocado crecimiento económico de los países subdesarrollados, otra cuestión muy distinta sería preguntarse si con la penetración de dichas empresas en las economías atrasadas, se ha logrado el verdadero "desarrollo", es decir, el auténtico y libre progreso material y espiritual de sus pueblos.

II. ASPECTOS JURIDICOS RELACIONADOS CON LA SOCIEDAD ANONIMA COMO FORMA PREFERIDA DE ORGANIZACION EMPRESARIAL

Como hemos visto, la sociedad anónima es por sus características especiales la forma idónea de constitución de sociedades comerciales, como también la forma preferida para la concentración de grandes masas de capital y su inevitable proceso de internacionalización. Segui-

(39) Harry Elmer Barnes: *Historia de la economía del mundo occidental*, México, UTEHA, 1970, págs. 628-629. (Subrayados de Barnes).

(40) Paul Sweezy: *Teoría del desarrollo capitalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, págs. 291-292.

damente intentaremos señalar algunos de los aspectos jurídicos que justifican tal preferencia por la sociedad anónima como forma de organización empresarial.

La sociedad anónima se sitúa dentro de las *sociedades de capital*, que conforman las sociedades mercantiles. Es una sociedad de capitales, en contraste con la *sociedad de personas*. El tratadista Joaquín Rodríguez dice que la sociedad es de capital, "porque en ella lo importante es lo que cada socio aporta a la sociedad, y no sus características personales"⁽⁴¹⁾.

A diferencia de las otras formas de sociedad, donde el elemento personal es un elemento vital, en este tipo de sociedad "la solvencia de un accionista no incide jurídicamente sobre la integridad financiera de la sociedad debido a la personalidad independiente de la última y a la responsabilidad limitada a la aportación del primero"⁽⁴²⁾.

Las sociedades anónimas se originan en una contrato o pluricontrato, como prefiere llamarlo el Profesor Ascarelli⁽⁴³⁾, sin contraprestación típica, sino con un interés común, el cual es el del desarrollo de una actividad económica y lucrar con su producto. De aquí que su fin primordial es el lucro, como toda sociedad *mercantil*, a diferencia de la sociedad *civil*.

Los contratantes que constituyen la sociedad de capitalistas, no aportan su nombre, ni constituyen razón social alguna determinada porción de capitales en acciones u otra forma cierta, para una empresa mercantil. Como se aprecia, no hay un elemento personal, los accionistas en ningún momento responden individualmente, sólo responden hasta el máximo de sus acciones e intereses en la empresa.

La sociedad anónima no tiene razón social, sólo un nombre distintivo que las diferencia de otras sociedades anónimas; esta denominación social que se le da a la sociedad anónima según el criterio del citado tratadista Rodríguez, no debe mencionar nombres de personas, sean o no socios... Agrega que "la práctica contraria es producto de la razón sentimental de conservar el nombre de los antiguos negocios individuales o sociedades de personas transformados en anónimas, las que con frecuencia conservan el nombre del antiguo empresario o la vieja razón social"⁽⁴⁴⁾. En Costa Rica este problema se ha resuelto judicialmente, en el sentido de permitir la inclusión del patronímico en la razón social, mas el agregado del vocablo "sociedad anónima", o

(41) *Cit.* por Kozolchik y Torrealba. *Op. cit.*, p. 78.

(42) *Ibid.*, p. 5.

(43) *Ibid.*, p. 150.

(44) *Ibid.*, p. 78.

la abreviatura "S. A.", suficiente para prevenir a terceros sobre la naturaleza de la entidad, distinguiéndola de una sociedad de personas⁽⁴⁵⁾.

Otro de los elementos de por qué la sociedad anónima es la forma preferida de sociedades de inversión, es que permite invertir, sin la necesidad de ser comerciante, ya que existe un divorcio entre el accionista y la administración de la sociedad; de esta forma la sociedad anónima se convierte en un mecanismo jurídico apto para permitir las transacciones económicas, la "máquina jurídica" de que hablaba George Ripert, creada por "el capitalismo moderno para recoger el ahorro con el fin de fundar y explotar nuevas empresas"⁽⁴⁶⁾.

Que la administración esté divorciada de los accionistas obedece a la gran dimensión económica de las empresas que actúan bajo la organización jurídica de sociedades anónimas, que permite una elevada concentración de capitales en empresas constantemente más grandes y la delegación de la dirección en manos de un grupo de personas más reducido.

La costumbre más generalizada hoy día, significa que el órgano de dirección se va colocando por encima de la asamblea de accionistas. Poco a poco se ha ido configurando la neta separación entre la aportación de capital y la gestión de la empresa, sea por su directorio o gerentes designados al efecto. Keynes señala que las grandes sociedades anónimas llegan a un punto en el cual los accionistas quedan casi completamente desligados de la administración. Para los directores o gerentes la obtención, según algunos autores, de beneficios de la empresa que administran queda relegada frente a la responsabilidad que tienen ante el personal, los clientes, proveedores y otros grupos de la población⁽⁴⁷⁾.

De esta forma se convierte el accionista minoritario en un sujeto pasivo que recibe dividendos y cuya única obligación es la de asistir a las asambleas ordinarias y extraordinarias, convocadas con el propósito de oír a los gerentes que son los que controlan administrativamente a la empresa.

La sociedad anónima es preferida por encima de otras formas de sociedades por la clase de acciones que tiene; la acción de una sociedad anónima es definida en el artículo 120 de nuestro Código de Comercio

(45) Véase sentencia de *Lizano Solé y otros Vs. Registro de Marcas*, N° 41, 1965, Primer Semestre, pág. 657, *Cit.* por Kozolchik y Torrealba, *Ibid.*, p. 25.

(46) George Ripert: *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, cit., por Pedro Pascual Megna: *La gerencia de la sociedad anónima*, Buenos Aires, 1970, p. 52 (Edit. Gangallo).

(47) Edward Mason, *La sociedad anónima en la sociedad moderna*, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1967, p. 70.

como "el título mediante el cual se acredita y trasmite la calidad de socio", a diferencia de otras sociedades, por ejemplo las sociedades de responsabilidad limitada, en las que las acciones no pueden transmitirse por endoso, o las sociedades en nombre colectivo, en las cuales el socio no puede ceder su derecho sin el consentimiento de los demás socios la sociedad anónima ofrece un mecanismo dinámico de transmisión y adquisición de la calidad de socio, lo que permite una serie de privilegios de tipo económico y fiscal que veremos posteriormente. Antes examinaremos las distintas formas de acciones que encontramos en una sociedad anónima.

Existen dos tipos de acciones: las *comunes* y las *preferidas*. Las primeras, como su nombre lo indica, son las que confieren a sus dueños iguales derechos de participación en el capital social, y las segundas, que de acuerdo con el artículo 121 del Código de Comercio, son las que gozan de "amplia facultad para autorizar y para emitir una o más clases de acciones y títulos valores, con las designaciones, preferencias, privilegios, restricciones, limitaciones y otras modalidades que se estipulen en la escritura social y que podrán referirse a los beneficios, al activo social, a determinados negocios de la sociedad, a las utilidades, al voto, o a cualquier otro aspecto de la actividad social". El abogado costarricense Harry Zurcher Acuña nos dice que la redacción liberal de este artículo 121 permite imprimirle una gran flexibilidad a los títulos que mejor ayudan a la sociedad anónima; y aunque el artículo 713 del citado Código pone una serie de requisitos para la emisión de títulos valores en serie y al portador provenientes de sociedades anónimas, sin estar registrados en el Banco Central de Costa Rica, es importante notar que estas restricciones no se aplican a las acciones al portador, lo que permite una mayor flexibilidad⁽⁴⁸⁾ de acción a la sociedad.

En la sociedad anónima, las acciones también pueden clasificarse como *nominativas* o *al portador* (artículo 120, C. de C.). Las acciones al portador constituyen una gran ventaja para el accionista, ya que además de la fácil transmisibilidad que tienen, al ser títulos al portador, hay una gran dispersión de los valores mobiliarios emitidos por las sociedades anónimas, una fácil transferencia de los papeles y en consecuencia una pérdida de control fiscal por parte del Estado. Se movilizan grandes capitales de un lado para otro sin control ni fiscalización, hay una clara evasión de impuestos, lo que permite invertir grandes masas de dinero en nuevos rubros de expansión de actividades, siendo este un factor más, naturalmente, aunque carezca de ética, de la mayor rentabilidad de empresas constituidas como sociedades anónimas con acciones al portador.

(48) Harry Zurcher Acuña, "Comentario a la Base N° 29", *Proyecto Revisado* (del Código de Comercio de Costa Rica), cit. por Kozolchik y Tortrealba, p. 56.

LA CAUCION EN COSTA RICA: MITO Y REALIDAD

Dr. Daniel Gadea Nieto

Profesor
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica





SUMARIO

INTRODUCCION

- I. CONCEPTO
- II. FINALIDAD
- III. VALORACION
- IV. INTERPRETACION
- V. CAUCIONES ECONOMICAS
 - A. Caución personal
 - B. Caución real
- VI. CAUCION JURADA

CONCLUSION

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La excarcelación permite al imputado en un proceso penal recobrar la libertad mediante la fijación de una caución que viene a ser establecida por el órgano jurisdiccional. Es interesante cuestionarse lo que sucede con dicho mecanismo dentro de la realidad cotidiana costarricense, pues muchas veces los juristas pretenden conocer la teoría y en muchos casos se desconoce el aspecto práctico. Otras veces el órgano jurisdiccional conoce el principio teórico, pero le da una aplicación práctica diversa, dependiendo sobre todo de la formación y capacitación de cada juez penal. Se pretende entonces a través de este trabajo establecer cómo funciona la caución desde sus diversas perspectivas en Costa Rica, para poder establecer si se trata de un concepto bien comprendido por el funcionario judicial en lo penal: la caución, mito o realidad?

I—CONCEPTO

La caución es una especie de seguridad que establece el órgano jurisdiccional para que el imputado salga en libertad cuando estuviere recluso en prisión.

"Se ha establecido que la excarcelación debe ser concedida bajo determinadas seguridades garantizadoras del cumplimiento de las condiciones impuestas".⁽¹⁾

Quando se habla entonces de caución como seguridad hablamos de una garantía que tiene que rendir el imputado a satisfacción del órgano jurisdiccional, con el fin de que la excarcelación se pueda hacer efectiva.

El vocablo de caución implica una verdadera medida coercitiva que tiene un efecto directo sobre la libertad del individuo.

"Cauciones y condiciones significan pues, medidas coercitivas que restringen la libertad."⁽²⁾

(1) CLARIA OLMEDO (Jorge A.) *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediar, T. V, 1966, p. 338.

(2) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, p. 342.

Estamos en presencia entonces de un instituto que se relaciona con la libertad del individuo, porque la caución se aplica a aquellas personas que están en prisión preventiva.

La caución implica una conexión de tipo individual o colectivo, pues ella se refiere o se puede referir tanto al imputado como a terceros, sea porque la caución o condición lo establece el propio indiciado, sea cuando la caución establece una condición o un tercero. Según se trate de una conexión individual o de una conexión colectiva (de terceros), la caución constituye una verdadera amenaza o coacción contra el patrimonio de la persona que establece la garantía.

La amenaza lleva implícita una especie de obligación de parte de la persona que da la garantía, porque se deben cumplir una serie de sujeciones. La caución significa entonces una verdadera restricción a la libertad de disposición del garante, pues como veremos luego, la garantía puede establecerse con un respaldo patrimonial. Ello quiere decir que si la persona obligada incumple las obligaciones impuestas por el órgano jurisdiccional, el obligado o los obligados pueden tener algún tipo de limitación o disminución de su patrimonio.

II—FINALIDAD

La finalidad de la libertad bajo caución es en realidad el hecho de no mantener innecesariamente a una persona en prisión, cuando ésta podría estar perfectamente dentro de la sociedad libre.

Es importante señalar que la caución no tiene en ningún momento una finalidad represiva; el hecho de que haya una persona imputada de la comisión de un hecho delictuoso, esto se refiere solamente a una sospecha y ello en ningún caso puede hacer nugatoria la caución.

La situación procesal del imputado, con respecto a la posibilidad o probabilidad de que haya cometido un delito, no impide que el imputado pueda lograr su liberación.⁽³⁾

La caución tiene una finalidad genérica que se desprende en realidad del objeto procesal. La caución pretende la actuación o cumplimiento de la ley penal. Esto se logra por medio del aseguramiento de que los obligados van a cumplir con las restricciones impuestas por el órgano jurisdiccional.

(3) RUBIANES (J. Carlos) *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, T. III, 1982, p. 440.

Como finalidad específica la libertad bajo caución tiende a asegurar la presencia del imputado durante la sustanciación del proceso, para que dicho proceso transcurra en forma normal y el imputado esté atento al llamado o citación del órgano jurisdiccional. Esta seguridad implica una especie de seguimiento o de control hacia la persona indiciada en un proceso penal, puesto que se deben tener garantías suficientes de que en el supuesto que se de una condenatoria penal hacia el procesado, éste se presentará para que dicha condena se haga efectiva en el establecimiento penitenciario que las leyes y reglamentos determinen.

III—VALORACION DE LA CAUCION

Las condiciones u obligaciones que van a ser impuestas por el órgano jurisdiccional son de diversa índole pero todas ellas implican una valoración.

"Para decidirse en general entre uno y otro tipo de caución, el juez debe efectuar valoraciones estimativas de diversa índole".⁽⁴⁾

En ese sentido el juez debe valorar el caso concreto pues tiene que determinar cuál es el tipo penal que se considera quebrantado, lo cual es necesario para establecer si el imputado le podría ser concedido el llamado beneficio de ejecución condicional (artículo 310, inciso 1 Código Procesal Penal). Lo anterior que debe ser el punto de partida de la valoración debe ser complementado con otros elementos a considerar que se relacionan directamente con el imputado y que se refieren a sus condiciones humanas, sociales y económicas. Aquí el juez debe determinar la personalidad moral del imputado. En este punto es esencial la capacitación del juez y del profesional en derecho que se dedica a una labor en el derecho penal, pues para poder comprender bien la condición personal del imputado se necesita de conocimientos adecuados en materia criminológica.⁽⁵⁾

Por otra parte, la valoración del juez se debe también establecer con respecto al hecho, tratando de determinar las circunstancias que rodean la comisión del posible delito, para así poder analizar la gravedad del hecho. Pareciera que la gravedad de los hechos no se deben analizar en forma fría, es decir, sólo tomando en cuenta la penalidad de la figura. Por ello es importante que el juez no considere la norma penal en abstracto, sino que tome en cuenta que está en consideración una sospecha de quebrantamiento jurídico-penal, es decir, una situación hipotética.

(4) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, p. 339.

(5) En este sentido, GADEA NIETO (Daniel) *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 51, ver Colegio de Abogados, setiembre-diciembre, 1984.

Dentro de la valoración jurisdiccional otro elemento a considerar es con respecto a la magnitud de los daños causados. Cuando hablamos de daño tenemos que separar el daño físico hacia la integridad de la persona, del daño patrimonial. Lógicamente si estamos en presencia del primero el juez tendrá que valorar las secuelas físicas de la víctima, para poder determinar además el impacto psicológico del mismo ofendido, como el de sus familiares. En el segundo caso, lo que se debe establecer es el monto económico que es consecuencia del daño, pero ello en ningún momento debe ser motivo para establecer una valoración negativa en contra del imputado. Con ello queremos establecer que pareciera que el daño físico o moral produce una reacción más intensa de parte de la sociedad y en ese sentido se debe valorar con respecto del imputado.

Por último tenemos los antecedentes penales del imputado como medio de valoración por parte del órgano jurisdiccional. Antecedentes penales se refieren entonces a todos aquellos casos en que una persona es condenada por una sentencia firme que es luego objeto de inscripción en el Registro Judicial de Delinquentes. Los antecedentes penales constituyen así un registro oficial y un verdadero mecanismo de control social para establecer sistemáticamente la delincuencia de una determinada persona, es decir, sus antecedentes criminales.

Los antecedentes como objeto de valoración no deben ser analizados por el órgano jurisdiccional en forma cuantitativa, sino que en forma cualitativa. Con ello se trata de establecer que el juez debe analizar a conciencia cada uno de los delitos que se señala en la hoja criminal del imputado, porque puede que una persona tenga varios antecedentes por ejemplo por lesiones culposas (en asuntos que se relacionan con colisión de vehículos) y no por ello podríamos afirmar que estamos en presencia de un verdadero y peligroso criminal.

Todos estos supuestos de valoración encuentran su aplicación legal en el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, pues con dicha valoración, el juez establece un verdadero camino para la determinación de las cauciones.⁽⁶⁾

IV—INTERPRETACION

Es necesario indicar la interpretación que debe seguir el órgano jurisdiccional a la hora de fijar y de establecer los diferentes tipos de caución.

(6) En ese sentido, CALDERON CALVO (Oscar E.) *La excarcelación en Costa Rica*, Tesis de grado, Facultad de Derecho, U.C.R., 1980, p. 82.

"La ley persigue evitar el encarcelamiento, esto es facilitar la excarcelación, cuando se den elementos suficientes para suponer que aquél puede ser más gravoso que la propia pena".⁽⁷⁾

Es preciso indicar que la interpretación que se debe establecer es una interpretación amplia y sobre todo muy seria, estudiada del caso, de la realidad social circundante y centrar su atención en las consecuencias nefastas que puede producir en un imputado, sobre todo primario, una reclusión penitenciaria preventiva en forma prolongada.

Para nadie es un secreto que los efectos de la prisión en un sujeto primario pueden ser devastadores desde el punto de vista moral, como desde el punto de vista de la contaminación. El aspecto moral comienza a producir sus efectos desde que el imputado entra en contacto con el establecimiento penitenciario. Allí, una serie de formalidades administrativas producen una serie de privaciones y de modificaciones a la personalidad que tienden a afectar la parte moral de todo individuo.⁽⁸⁾ Aspecto moral que también se ve afectado para todos aquellos primarios que se ven humillados, insultados y hasta violados por parte de los reos con mayor experiencia delictiva. Entonces hay que dejar muy en claro que la prisión también contamina al imputado primario, porque en su contacto con otros "reos de experiencia", eso lo puede llevar luego a la reincidencia, por medio de esa "escuela del crimen" que representa el establecimiento carcelario.

"Las maravillas de la prisión modelo lejos de disminuir el efecto —de separación del mundo— lo multiplican".⁽⁹⁾

Habiendo analizado los anteriores elementos se llega a la conclusión que cualquier medida que tienda a producir la privación de libertad de la persona debe interpretarse de manera restrictiva. Esto significa que el juez debe tener siempre presente que se debe establecer lo menos posible y el menor tiempo posible que un imputado primario o no peligroso permanezca en prisión, todo ello tomando en cuenta, los criterios de valoración establecidos en el punto anterior.

En base a los criterios establecidos se debe apuntar que la excarcelación, más que un derecho procesal debe ser analizado como una especie de concesión o beneficio que se otorga en favor del imputado.

El criterio de beneficio no es unánime en la doctrina y en tal sentido Vélez Mariconde considera que desde un punto de vista subjetivo "la excarcelación es un derecho que tiene el procesado a que no se

(7) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, p. 339.

(8) En ese sentido, GADEA NIETO (Daniel), *Les vêtements du détenu*, Tesis de doctorado, Universidad de Burdeos I, setiembre, 1981, p. 99.

(9) MOREAU (Pierre) Los suicidios en las prisiones, *Revista Foro*, N° 1, enero-abril, 1978.

le somete a prisión preventiva cuando concurren las condiciones aludidas y no un simple beneficio que la ley lo acuerda".⁽¹⁰⁾

Sea como beneficio o como derecho, la libertad bajo caución debe ser otorgada para evitar que el imputado pueda tener una serie de trastornos en su vida normal.

V.—CAUCIONES ECONOMICAS

La caución económica es en realidad una forma severa que consiste en una responsabilidad pecuniaria que adquieren ciertas personas que de acuerdo a la ley procesal se obligan a una contraprestación de tipo pecuniario. Se trata de un aporte que se hace de acuerdo al monto fijado por el órgano jurisdiccional.

La prestación económica tiene como consecuencia un aporte pecuniario, que va a estar respaldado mediante el otorgamiento de hipoteca sobre bienes inmuebles, mediante una prenda sobre bienes muebles o el depósito de dinero en efectivo, o algún valor cotizante. Cuando se habla de valores cotizables se hace referencia a bonos, certificados de depósito a plazo y cualquier tipo de documento mercantil que conlleve un respaldo económico, es decir, susceptible de ser traducido en dinero.

En cuanto a la persona que puede establecer dicha garantía económica puede tratarse del mismo imputado o de un tercero mediante otorgamiento de una fianza.

La caución económica conlleva una serie de requisitos que deben ser cumplidos a cabalidad por el o los obligados a la caución. Sobre todo, se debe estar velando porque el imputado cumpla con cualquier restricción que le haya impuesto el órgano jurisdiccional, así como cumplir con el deber de presentación cada vez que sea requerido por medio de una citación judicial. Lógicamente en caso de incumplimiento a cualquiera de los requisitos estipulados para la caución, ésta se hará exigible y el imputado puede ser puesto en prisión. Se habla por ello en doctrina de una verdadera responsabilidad pecuniaria de carácter subsidiario, puesto que sólo ha de ser exigible si no se cumplen las condiciones impuestas.⁽¹¹⁾

Lo que pareciera que no ha sido claramente establecido por la doctrina es en cuanto a la determinación del monto que se debe fijar para la caución económica. Si se considera, que dicho monto no debiera ser tan alto que importe en la práctica una denegatoria implícita de la excarcelación.⁽¹²⁾ Esto es un problema real que se presenta diariamente

(10) VELEZ MARICONDE (Alfredo) *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, T. II, 1980, p. 521.

(11) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, p. 340.

(12) RUBIANES, *op. cit.*, p. 146.

en la práctica procesal penal en Costa Rica pues muchos de los jueces de instrucción, al igual que los jueces superiores fijan religiosamente fianzas sumamente elevadas que hacen negatorio cualquier intento de excarcelación.

Los jueces que así proceden, olvidan tal vez que la mayor parte de la llamada delincuencia común, está compuesta en Costa Rica, como en muchos países, por personas que provienen de los estratos sociales más desfavorecidos. Pareciera entonces que el hecho de fijar una caución exorbitante es una forma disfrazada de denegar llanamente la excarcelación.

Hay dos tipos de cauciones económicas establecidas por la legislación procesal penal costarricense: una es de carácter personal y la otra real.

A—Caución personal

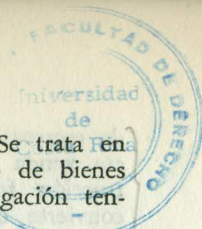
Este tipo de caución está regulada por el artículo 302 del Código de Procedimientos Penales de Costa Rica. Consiste de acuerdo al citado cuerpo legal, en la obligación que el imputado asume con uno o más fiadores solidarios de pagar, en caso de incomparecencia, la suma que el juez fije al conceder la excarcelación. Cuando la ley procesal penal habla de incomparecencia se refiere a los casos en que el imputado no comparece a una citación judicial o cuando se sustrae a la ejecución de la pena privativa de libertad.

La caución personal está integrada pues por una obligación asumida por el imputado en calidad de principal obligado por la caución, con el concurso de un tercero o varios que asumen una responsabilidad solidaria de la obligación principal y a dichos terceros se le denomina fiadores. Cuando se habla de fianza personal se hace referencia única y exclusivamente a la fianza otorgada por el tercero⁽¹³⁾ en favor del procesado, ya que éste no puede ser fiador de sí mismo.⁽¹⁴⁾

La caución personal no implica como erróneamente se considera en la práctica procesal penal costarricense en ciertos casos un adelanto de dinero o una contraprestación pecuniaria, sino que se trata únicamente de una especie de compromiso que adquiere el imputado mismo en forma personal junto con un tercero o varios de pagar el monto fijado para la caución, pero sólo en caso de incumplimiento de las obligaciones a las cuales está sujeto el imputado en el proceso. Nótese entonces que ni el imputado ni los terceros deben realizar alguna operación de tipo pecuniario, sino que lo que deben establecer es un documento formal ante el juez de instrucción en el cual se obligan y que

(13) CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, p. 340.

(14) RUBIANES, *op. cit.*, p. 146.



dan sujetos a las imposiciones establecidas por el órgano jurisdiccional. En la práctica procesal penal en Costa Rica se resuelve frecuentemente tanto de parte de los jueces, otorgando la caución en forma real o personal, como si ambos conceptos signifiquen lo mismo. Tal vez la confusión se da porque a la hora de determinar la solvencia de los terceros, la ley procesal penal requiere que para sumas elevadas, el tercero debe presentar certificación del Registro Público de la Propiedad en la que se estipula la naturaleza, situación, medida, linderos y gravámenes del inmueble; el valor de dicho inmueble puede comprobarse con una certificación de Tributación Directa. Esto se da para montos de tres a cinco mil colones (artículo 303 Código de Procedimientos Penales). Nótese que en ningún momento se habla aquí de depositar dinero o valores cotizables, ni tampoco otorgar hipoteca o prenda.

En los casos de montos de garantía personal superiores a cinco mil colones el tribunal puede condicionar (facultativo) el otorgamiento de la excarcelación a que la fianza se anote previamente en el Registro Público. Dicha anotación se considerará como un gravamen impuesto a la propiedad (artículo 303 Código Procesal Penal). La redacción de parte del legislador costarricense de este párrafo debe considerarse un error o una confusión que es la misma que tienen muchos jueces en la práctica porque como ya se vio no puede haber identidad entre caución personal y caución real. El hecho que hay que tener presente es que la caución personal sólo debe implicar un compromiso que se hará efectivo en caso de incomparecencia del imputado, pero al darle el legislador al facultad al juez de anotar la fianza como gravamen, ya se sustituye el principio de compromiso por el de una especie de contraprestación. Lógicamente al quedar anotada la propiedad del tercero, ya el inmueble no estará libre de gravámenes y por ello hubo confusión con la redacción de dicho párrafo que como lo veremos debió ser contemplado para la caución real.

B—Caución real

La caución real está regulada en Costa Rica por el artículo 304 del Código Procesal Penal y se establece que ella se constituirá depositando dinero, efectos públicos o valores cotizables, u otorgando prendas o hipotecas, por la cantidad que el juez determine. Todo ello queda sometido a un privilegio especial para el cumplimiento de las obligaciones en caso de incumplimiento.

La caución real puede ser garantizada por el propio imputado o por un tercero.

En la caución real la garantía se establece mediante una contraprestación económica, lo cual sirve para identificarla y separarla de la caución personal. Aquí no interesa determinar si la persona es responsable o si es solvente, lo importante es que haya una persona que

deposite un dinero o que afecte un bien de su propiedad. Se trata en estos casos de una verdadera afectación de fondo, valores o de bienes muebles e inmuebles para garantizar específicamente una obligación tendiente a permitir la libertad del imputado.

Se establece por parte de cierta parte de la doctrina, que los efectos o bienes que sirven de garantía no deben estar afectados por ningún gravamen.⁽¹⁵⁾ Esta posición no es del todo correcta, porque lo que el juez debe considerar no es tanto que el inmueble esté gravado, sino más bien establecer el valor del inmueble para poder determinar si éste puede recibir más gravámenes, ello porque es bien sabido que por ejemplo un inmueble puede concederse en primero o segundo grado, como garantía y en realidad lo que importa es el valor de la propiedad.

VI—CAUCION JURADA

Este tipo de caución conocida también como promesa jurada⁽¹⁶⁾ está regulada por el artículo 301 de la ley procesal penal costarricense.

La caución jurada significa una simple promesa que se hace prestar bajo juramento al imputado, en el cual se le impone una serie de sujeciones o restricciones. Entonces se trata de una promesa del obligado de estar atento a las citaciones judiciales y presentarse oportunamente cada vez que sea requerido.

La caución juratoria se debe, de acuerdo a la ley procesal penal, conceder en dos circunstancias:

- 1—Cuando se estime prima facie que, en caso de condena, ésta será de ejecución condicional o procede el perdón judicial.
- 2—Cuando no obstante proceder la excarcelación sea real, sea personal, el juez considera que el imputado por su pobreza, no puede ofrecerla y que, no obstante, cumplirá con sus obligaciones.

La aplicación de la caución juratoria en Costa Rica es muchas veces más un enunciado teórico que una circunstancia real. En asuntos de citación directa que es donde más debiera proceder, este tipo de caución se da muy poco. En donde la palabra excarcelación juratoria adquiere una concepción de mito, es en los asuntos de instrucción formal. Hay que hacer notar en forma muy clara que la caución jurada debe otorgarse de una forma más normal para aquellos casos de imputados primarios a los cuales les cabe la ejecución condicional o el perdón judicial o como lo establece la ley, cuando se trata de una persona

(15) En ese sentido CLARIA OLMEDO, *op. cit.*, p. 342

(16) *Ibid.*

de escasos recursos económicos. Los jueces de instrucción deben quitarse esa venda de los ojos y empezar a dar cauciones juratorias en la instrucción formal; el problema es que como nadie lo hace, esto se convierte en un hábito, costumbre que consideramos viciada (por la represión misma), pero hay que dar el primer paso, para que luego otras personas imiten estos actos en aquellos casos que el juez considere otorgarla así, de conformidad con la ley.

En realidad lo que se busca con la caución jurada es evitar que la posibilidad a la libertad se haga ilusoria para aquellas personas que no poseen los medios o los fiadores para otorgar algún tipo de caución económica.

CONCLUSION

La caución en la legislación procesal penal costarricense ha quedado demostrado que enfrenta una serie de problemas a nivel práctico, que como se esboza a lo largo del trabajo entraban y falsean la labor cotidiana del órgano jurisdiccional. En tal sentido hemos llegado a la conclusión que lo anterior ha sido producto de errores de concepción que se han venido pasando de generación en generación, cuyas causas valdría la pena investigar en otro trabajo más profundo. Lo que es muy importante es que el funcionario judicial y el estudioso de lo penal tenga muy claro el concepto de lo que significa la caución dentro del procedimiento penal. Partiendo de una clara concepción de ello, tendremos un procedimiento más técnico y en última instancia más justo.

BIBLIOGRAFIA

- CALDERON CALVO (Oscar E.) *La excarcelación en Costa Rica*, San José, Tesis de grado, Facultad de Derecho, U.C.R., 1980.
- CLARIA OLMEDO (Jorge A.) *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediar, T. V, 1966.
- GADEA NIETO (Daniel) *Les vêtements du détenu*. Francia, Tesis de doctorado, Universidad de Bordeaux I, setiembre 1981.
- GADEA NIETO (Daniel) La criminología a nivel académico, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 51, setiembre-diciembre, 1984.
- MOREAU (Pierre) Los suicidios en las prisiones *Revista Foro*, N° 1, enero-abril, 1978.
- RUBIANES (J. Carlos) *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, T. III, 1982.
- VELEZ MARICONDE (Alfredo) *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediciones Lerner, T. II, 1980.

TEORIA GENERAL DE LOS COMETIDOS DEL PODER PUBLICO

(Perspectiva mexicana de una doctrina de validez universal)

Dr. León CORTIÑAS-PELAEZ

Coordinador del Taller de Derecho Público, Catedrático por oposición de derecho administrativo y Presidente del Colegio de Profesores en derecho económico, de las finanzas y de la administración públicas, en la Universidad Nacional Autónoma de México; Presidente del *Club Alexander von Humboldt* de México (*)

(*) Dirección postal del autor:

Prof. Dr. L. Cortiñas-Peláez
Villa Olímpica 11-902.
14020 Tlalpan (22) - D.F.
MEXICO.



SUMARIO (**)

INTRODUCCION

1. De la cameralística al sector paraestatal moderno.
 - I. LA SISTEMATIZACION DE UNA TEORIA GENERAL
 - 2.A) Un nuevo concepto de libertad.
 - 3.B) La exigencia de libertades concretas.
 - 4.C) Una nueva Administración Pública para los objetivos supremos de los cameralistas.
 - II. FUNCION DEL PODER Y PODER DEL ESTADO
 - 5.A) Deslinde de nociones capitales
 - 6.B) Las funciones del Poder Público.
 - 7.C) Los poderes del Estado.
 - III. LA NOCION DE FACULTAD
 8. Las facultades del órgano.
 - IV. LA CATEGORIA DE LOS COMETIDOS ESENCIALES
 - 9.A) La función y el cometido.
 - 10.B) Los cometidos esenciales clásicos.
 - 11.C) Los cometidos esenciales del constitucionalismo social mexicano.
 - 12.D) El régimen jurídico.
 - 13.a) Intensidad de facultades.
 - 14.b) Severidad de sanciones.
 - 15.c) Los destinatarios como súbditos.
 - 16.E) Los cometidos en la doctrina mexicana.
 - V. LA CATEGORIA DE LOS COMETIDOS DE SERVICIO PUBLICO
 - 17.A) La participación de los particulares.
 - 18.B) Enumeración.
 - 19.C) Concepto.

(**) Versión castellana, actualizada y anotada, de las conferencias dictadas, en misión de la Universidad Nacional Autónoma de México, en febrero de 1981 en las universidades francesas de París I - (Panteón-Sorbona), de Estrasburgo III, de Greroble y de Tolosa III y, en marzo de 1985, en la Universidad de Sao Paulo (Brasil).

A los Señores Profesores

Alejandro NIETO-GARCIA (Alcalá de Henares),
Dieter Helmut SCHEUING (Wuerzburg) y
Enrique SILVA-CIMMA (Santiago de Chile),

cuyo magisterio, científico y de vida y acción,
"ciencia con conciencia", enriquece a los adminis-
trativistas de Europa y de Nuestra América.

- 20.D) El régimen jurídico.
- 21.a) Un concepto funcional en sentido estricto.
- 22.b) Una amplitud clásica pretérita
- 23.c) La clásica naturaleza mediata de la prestación.
- 24.d) El régimen de derecho público.
- 25.e) El condicionamiento histórico.
- 26.f) El requisito del acto legislativo.
- 27.g) Los caracteres irrenunciables.
- 28.h) Un control exorbitante.
- 29.i) Tipos de titularidad.
- 30.j) El destinatario como usuario: un régimen estatutario.

VI. LA CATEGORIA DE LOS COMETIDOS SOCIALES

- 31.A) La noción más reciente: un derecho propio del particular.
- 32.B) Enumeración.
- 33.C) Naturaleza de la prestación.
- 34.D) El destinatario como beneficiario.
- 35.E) Concepto.
- 36.F) El régimen jurídico.
- 37.a) Una finalidad eminentemente social.
- 38.b) Un financiamiento especial.
- 39.c) Una obligación prestacional ineludible.
- 40.d) El acto de autorización.

VII. LA CATEGORIA DE LOS COMETIDOS PRIVADOS

- 41. Recapitulación introductoria.
- 42.A) Intervencionismo y libre concurrencia.
- 43.B) El concepto.
- 44.C) Enumeración.
- 45.D) Autonomía de la noción.
- 46.E) Régimen jurídico.
- 47.a) Un derecho individual: actuación administrativa directa o indirecta.
- 48.b) El requisito del acto legislativo.
- 49.c) El derecho público y sus matices.
- 50.d) Subsistencia del régimen administrativo.
- 51.e) Las actividades individuales de interés público.

VIII. RECAPITULACION DE CONCLUSIONES.

IX. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

INTRODUCCION

1. *De la cameralística al sector paraestatal moderno.* Corresponde que nos ocupemos con alguna prolijidad de la categorización de las actividades del Poder Público, en cuanto cometidos de éste en función administrativa.

La ciencia de la administración se centra en el estudio del Estado como síntesis de mecanismos de promoción y desarrollo, en la búsqueda de la felicidad individual y colectiva, para lo cual sus objetivos, en función administrativa, desbordan necesariamente los raquíticos moldes del abstencionismo liberal. Sin pretender silenciar la gravitación que esta expansión de las misiones o los cometidos del Poder Público pueda tener y tiene en la burocratización de los organismos públicos, sociales y aún privados, parece oportuno desarrollar aquí un aspecto poco planteado, al no ser frecuente una vinculación explícita con la cameralística alemana de los siglos XVIII y XIX en cuanto administración patrimonial de los bienes del Estado, *grosso modo* y *mutatis mutandis*, con los gérmenes del llamado "sector paraestatal moderno". En verdad, la expansión algo indiferenciada de las instituciones administrativas encargadas del cumplimiento de los cada vez más diversificados cometidos o misiones del Poder Público, desborda la clásica naturaleza privada del "fisco" y nos lleva a hablar de una única personalidad jurídica estatal o de derecho público, alternativamente beneficiaria de regímenes de derecho público o de derecho privado, según sean los intereses tutelados en juego y las estructuras jurídicas, de derecho público o de derecho privado, a las cuales se confíe su administración centralizada o paraestatal. Complementariamente, la administración pública paraestatal, en el caso de México se vale, al igual que la centralizada, de instituciones administrativas de derecho público, es decir, los organismos descentralizados; pero también utiliza figuras de derecho privado, tales como las empresas públicas de participación estatal mayoritaria o de participación estatal minoritaria, así como esa original figura del derecho privado en misiones de derecho público, que son los fideicomisos públicos⁽¹⁾; todo lo cual no es sino expresión de los multiformes horizontes de la ciencia de la administración, ahora particularmente matizada por el estudio de las relaciones financieras entre instituciones públicas y privadas. Este lleva a

(1) Cfr. la reciente tesis, con mención honorífica, de FERNÁNDEZ-IBARRA, Marcela, *El fideicomiso público como institución administrativa paraestatal* (Algunos aspectos, en el marco de los derechos administrativo y financiero, en cuanto derecho constitucional concretizado), U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 1985, 507 ff.

hablar, algo más complejamente que en la primigenia doctrina cameralística y española del fomento, de un régimen de "cooperaciones" entre Federación y Entidades Federativas⁽²⁾, de "subsidios" a actividades económicas prioritarias⁽³⁾ del sector público, y de "estímulos" tributarios y no-tributarios a actividades del sector privado, englobadas estas últimas con el rubro de "promoción fiscal" del desarrollo y del comercio exterior, particularmente⁽⁴⁾.

— I —

LA SISTEMATIZACIÓN DE UNA TEORÍA GENERAL

2.A) *Un nuevo concepto de libertad.*—En el pensamiento de los cameralistas alemanes y, en general de casi todos los autores clásicos que se ocupan de la acción del Estado, existen bosquejos convergentes respecto de las tareas concretas, asumidas por el Poder Público, actuando en función administrativa. Nos hallamos ante una consecuencia institucional y funcional del cambio en el concepto de libertad⁽⁵⁾. Al pasar ésta de ser la resultante de nuestra individualista esfera de acción, que defendemos inclusive contra el abstencionista Estado liberal, y devenir una "libertad potenciada" por nuestra activa participación como destinatarios y hasta gestores de las prestaciones del Estado intervencionista, nos encontramos con una radical transformación de ambas partes: el individuo y su libertad han cambiado, precisamente porque "se enriquecen" con la transformación operada en las intervenciones sociales y económicas del Estado. Naturalmente, la nueva coyuntura histórica supone la plenitud permanente de las libertades individuales clásicas, que pre-

(2) Habilitado al margen de la Constitución por las leyes de coordinación fiscal de 28 dic. 1953 y de 27 dic. 1978, ha sido constitucionalizado por los nuevos preceptos adicionados y reformados en el art. 115 frac. IV de la Constitución, por decreto de 3 de febrero de 1983.

(3) Ahora constitucionalizados por decreto de 3 de febrero de 1983, en el art. 28, párrafo 11º de la Carta federal.

(4) Sobre el régimen jurídico de estas "ayudas" financieras, v. CHEUNG, Dieter-Helmut, *Les aides financières publiques (aux entreprises privées en droit français et européen)*, París: Berger-Lévrault, Préface de Prosper WEIL, 1974, 381 pp.; GARCÍA, Filiberto, *Aspectos jurídicos de la intervención del Poder Público, a través del fomento, en la economía (El caso de los estímulos)*, U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 1986, 428 ff., tesis profesional.

(5) Cfr. HABA, Enrique Pedro, *La idea de totalitarismo y la libertad individual (autopsia de una noción mistificadora)*, Bogotá: Temis: Prólogo de León CORTIÑAS-PELÁEZ, 1976, XXXVI-256 pp.; más específicamente, MAIER, Hans, "Verwaltungslehre und politische Theorie" [Doctrina administrativa y teoría política], Madrid: *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique SAYA-GUÉS-LASO (Uruguay)*, ed. I.E.A.L., 1969, t. I, pp. 781-802, esp. 788.

LIBRERÍA FACULTAD DE DERECHO

tendíamos aseguradas por el Estado "juez y gendarme", simplificado por los escasos cometidos encomendados a la "raquítica" administración centralizada" de los cuatro "ministerios" de la época del Presidente Benito Juárez (1858-72). En aquellos tiempos del liberalismo del siglo XIX y de la Constitución mexicana de 1857, todavía era válido el aforismo de que "cuanto menor sea la esfera de acción del Estado, tanto mayor será la esfera de libertad de los individuos".

Nuestro tiempo, además de aquellas libertades clásicas o abstractas, se plantea la exigencia de libertades concretas⁽⁶⁾, que el individuo aislado parece incapaz de lograr plenamente en la sociedad de masas. Estas libertades concretas invierten, con su mera exigencia, "la mentalidad defensiva" ante el Estado⁽⁷⁾, y ello a tal grado que, muy por el contrario, el aforismo de la segunda mitad del siglo XX —en el marco del Estado democrático y social de Derecho, preceptuado vg. por la Constitución federal mexicana de 1917 y sus adiciones y modificaciones— bien podría ser que, "cuanto mayor queramos que sea la esfera de libertad de los individuos, tanto mayor y eficiente deberá ser la esfera de acción del Estado".

3.B) *La exigencia de libertades concretas.*—Reiterando, no nos basta con los clásicos cometidos esenciales del Estado burgués de Derecho del liberalismo, pues resulta insuficiente satisfacer las exigencias contemporáneas de plenitud del ser humano (*Mensch*), con los meros cometidos legados por los soberanos medievales, es decir, defensa, seguridad interior o "policía" (aquí, en sentido contemporáneo estricto), relaciones exteriores e interiores y hacienda. Del Estado, las personas y la comunidad política exigen diversas categorías de libertades concretas: así, agua, transporte colectivo, drenaje, alcantarillado, alumbrado, limpia, mercados y centrales de abastos, panteones, rastro, etc.⁽⁸⁾, en el nivel de vida mu-

(6) Sfr. por todos BURDEAU, Georges, *Traité de science politique*, París: L.G.D.J., 2a. ed., 11 vols., 1966-1977, especialmente t. VI, vol. I, 1971, Nos. 6 y 117.

(7) Para una crítica de la postura liberal "defensiva", v. MARTÍN-MATEO, Ramón, *Manual de derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 8a. ed., 1986, pp. 91-93; y, más ampliamente, CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Las ciencias administrativas en América Latina*, Caracas: Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, 1972, Nos. 9-12 y 63, pp. 17-28 y 121-124.

(8) Así, por ejemplo, lo preceptuado en el adicionado art. 115 frac. III de la Constitución federal, por decreto de 3 de febrero de 1983.

(9) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Organización administrativa de las áreas metropolitanas", Santiago de Chile: *Crónica del V Congreso hispanoamericano-americano-filipino de Municipios*, cd. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, t. II, pp. 41-81, nov. 1969; reproducido en Montevideo: *Revista de derecho jurisprudencia y administración*, 1971, t. 70, pp. 1-20; y en ciudad de México: *Vivienda*, órgano de INFONAVIT, en versión actualizada bajo el título "Del gobierno y administración de las zonas metropolitanas",

municipal el cual, de este modo, tiende a satisfacer "micro-necesidades" mediante estos cometidos de servicio público, eventualmente concesionables a particulares.

Ahora bien, además de la satisfacción de estas "micro-necesidades" casi siempre domésticas, *la vida en sociedad*, y en particular en las zonas urbanas metropolitanas⁽⁹⁾, genera "macro-necesidades" que también devienen exigencias prestacionales del individuo y la comunidad al Poder Público. Con un sentido estrictamente social, tenemos las prestaciones educativas no esenciales (es decir, las que no son exclusivas del Poder Público, por imperio del artículo 3º constitucional), las prestaciones de vivienda, urbanismo y salud y, en general, las de asentamientos humanos⁽¹⁰⁾. Finalmente, en campos otrora vedados para la administración pública, ésta se ve obligada a entrar en libre competencia con los particulares respecto de cometidos agropecuarios, industriales y mercantiles, de manera de asegurar calidades mínimas y precios máximos razonables a sus destinatarios.

4.C) *Una nueva administración pública para los objetivos supremos de los cameralistas.*—De esta manera, las exigencias sociales y el devenir histórico han rebasado los marcos de los escasos cometidos y estructuras institucionales administrativas del Estado liberal. Si a mediados del siglo XIX podíamos conformarnos con cuatro dependencias centralizadas encargadas de la ejecución de otros tantos cometidos del Poder Público, en esta segunda mitad del siglo XX⁽¹¹⁾ la administración pública federal mexicana, por ejemplo, cuenta, con unas veinte dependencias centralizadas y jerarquizadas, y con alrededor de mil⁽¹²⁾ enti-

año 2, No. 10, junio 15 de 1977, pp. 2-33. Más ampliamente, v. *Problemas de las áreas metropolitanas*, ponencias presentadas al Congreso sobre problemas metropolitanos, celebrado en Toronto, con ocasión del centenario de Canadá, *Reconocimiento* por Ramón MARTÍN-MATEO, *Introducción a la edición española* por Warren HURST, Madrid: I.E.A.L., 1969, 871 págs.

- (10) Cfr. SILVA-HERZOG FLORES, Jesús; GONZÁLEZ-AVELAR, Miguel y CORTIÑAS-PELÁEZ, León, directores, *Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda* (Cometido del Poder Público en la segunda mitad del siglo XX), ciudad de México: Porrúa S. A., *Prólogo por Jesús SILVA-HERZOG FLORES*, 1977, 788 pp., esp. nuestra contribución, dedicada a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (p. 304.3), y titulada "De la posibilidad de un derecho latinoamericano de los asentamientos humanos, el urbanismo y la vivienda", pp. 34.01 a 328.
- (11) Cfr. *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso* (Uruguay), Madrid: I.E.A.L. *Préface* de Marcel WALINE, 5 vols., 5418 pp., 1969, especialmente la contribución de WOLFF, Hans-Julius, "Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones", vol. V, pp. 349-382.
- (12) En una investigación del Taller de Derecho Público de la U.N.A.M./E.N.E.P. "Acatlán" se llegó en 1985 a un total de 1226 entidades integrantes de la administración pública federal paraestatal. Esta cifra

dades coordinadas⁽¹⁸⁾, para la ejecución de los actuales cometidos del Poder Público mexicano.

Por lo expuesto en este apartado I, las intensas transformaciones experimentadas por las relaciones prestacionales entre el Estado y los particulares significan un cambio cualitativo tal, que exige un *esfuerzo de las ciencias de la administración pública para dar cuenta*, en lo orgánico pero también en lo funcional, de esta situación inusitada desde la perspectiva liberal. Ciñéndonos en lo pertinente al marco jurídico de la administración pública mexicana, creemos oportuno, en diálogo con nuestros lectores, de proceder seguidamente a una sistematización *de la Teoría general de los cometidos del Poder Público*, inspirada es cierto en algunas espléndidas elaboraciones constituyentes⁽¹⁴⁾, legislativas⁽¹⁵⁾ y doctrinales⁽¹⁶⁾ de otros países pero *catapultada al cumplimiento contemporáneo*

no ha podido ser confirmada por investigaciones posteriores por lo que, conservadoramente y atendiendo a las liquidaciones y fusiones dispuestas desde entonces por el Gobierno Federal, preferimos tentativamente hablar de unas mil entidades paraestatales.

- (13) Nos referimos tanto a la coordinación globalizadora como a la coordinación sectorial, asumida ésta por cada una de las respectivas "cabezas de sector". Respecto de la coordinación, como facultad paralela a la jerarquía, en la "galaxia" de nuestras instituciones administrativas, cfr. la tesis, con mención honorífica, de CASTILLO-MEJÍA, Héctor Lidio, *De las relaciones intraadministrativas e interadministrativas* (Dos enfoques de la Reforma Administrativa), U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 1979, 132 ff.
- (14) Cfr. por todas, las Constituciones alemanas de Weimar de 1919 (art. 1 en su Primer Título, 89, 101 y 165) y Ley Fundamental de Bonn de 1949 (arts. 30, 33 apartado 4, 87a. apartado 3, 87d. apartado 2, 89 apartado 2, 91a. *ab. initio*, 104a. apartado 1, etc.); las cuales emplean sistemáticamente el vocablo "Aufgabe", en el sentido que entendemos correcto de "misión" o "cometido".
- (15) La Ley Orgánica de la Universidad de la República No. 12549, Montevideo, 1958.
- (16) El horizonte comparativo nos ilustra con las aportaciones siguientes:

En Francia, frente a la muy dispersa noción clásica del "servicio público" (*tâches de la puissance publique*), en *Rev. internationale de droit comparé*, 1966, p. 130-131, y 1981, pp. 809-811, en general; y, específicamente respecto del cometido social de la enseñanza superior, en *Rev. du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1963, pp. 31-32; nueva categorización que hemos tenido el honor de discutir favorablemente, en misión docente de la Universidad Nacional Autónoma de México, en nuestras conferencias de 1981 en las Universidades de París I (Panteón-Sorbona), Grenoble y Tolosa III, en esta última durante con un enriquecedor debate con el profesor Jean-Arnaud MAZÈRES, quien no escatimó elogios, en el anfiteatro Maurice HAURIU, respecto de esta invaluable contribución mexicana a la categorización de tareas y destinatarios de la administración pública contemporánea.

En Venezuela, reiteradamente, se hace mención del concepto de los "cometidos estatales" y de sus cuatro principales categorías: en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Carabobo, 1962, Nos. 11-12, p. 122 y concordantes; en *ibidem*, fuentes alemanas, se dice que "el

de aquellos objetivos supremos de los cameralistas, es decir, la protección del interés público⁽¹⁷⁾, la lucha contra la pobreza y la búsqueda del bienestar y cultura del pueblo, fines que también son objetivos supremos de la Constitución federal de 117 y, por consiguiente, de la administración pública mexicana.

esfuerzo cotidiano del administrativista se multiplica en proporciones nieperadas, (...) al descenderse del Estado como ser (*Sein*) al Estado como cometido (*Aufgabe*"); en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, vol. 1, 1968-1969, pp. 159-191, esp. 176 ss.; y en *ibidem*, vol. 2, 1970-1971, esp. 20-33, siguiendo igualmente la doctrina alemana (CHEUNER), fundamentada en las constituciones precitadas supra, nota (25).

En Uruguay, la enseñanza del Maestro SAYAGUÉS-LASO, superando al francés BONNARD y a su continuador mexicano FRAGA, lleva a comprender la estrechez conceptual del término "atribuciones" y la desvirtuación del sentido lato de "servicio público", para concluir en la utilidad didáctica y científica del castizo "cometidos": *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XVII, Nos. 2-3-4, ab.-dic.1966, in *totum*, esp. 337-348, 349-364 y 617-618.

En Brasil, siguiendo la literal traducción francesa de los cometidos (*tâches*), se adopta el concepto con el vocablo "tarefas": *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Fac. II, 1967, pp. 441-469, esp. 463.

En Costa Rica, la doctrina de los cometidos tiene eco en la máxima publicación, la de la Suprema Corte de Justicia, San José: *Revista Judicial*, año VIII, No. 27, dic. 1983, pp. 111-123, esp., 114 y 122; en el mismo sentido, San José: *Revista de ciencias jurídicas*, No. 37, 1979, pp. 209-240, esp. 221, 229, 230 y 238-239.

En Chile, idéntica postura la encontramos en la *Crónica del V Congreso Hispano-Luso-Americano-Filipino de Municipios*, Santiago de Chile, nov. 1969, tomo II, pp. 41-81, esp. 64 ss., con la explícita adhesión del eminente Maestro Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Jefe de la Escuela Democrática del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración en España; criterio convergente igualmente en la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción: *Revista de Derecho*, año XXXIX, No. 157, sept.-dic. 1971, Editorial Andrés Bello, pp. 5-49, esp. 8-19.

En España, conocemos estas referencias: en Barcelona: *Revista del instituto de derecho comparado*, No. 18, ene.-jun. 1962, pp. 55-69, esp. 64-66; en Madrid: *Revista de administración pública*, ene.-ab. 1963, pp. 465-503, esp. 474-475; en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, ed. I.E.A.L., 5 vols., 1969, t. I, pp. 51-52, con múltiples concordancias de los 176 autores de 22 países que contribuyen en dicha obra colectiva; finalmente, también en España, la recopilación 34 artículos seleccionados de la revista de *Administración Pública con ocasión su centenario*, Madrid y Alcalá de Henares: Instituto Nacional de la Administración Pública, 1983, pp. 550-58, esp. 559.

Terminando esta rápida ojeada comparativa respecto de países más afines (Francia, Venezuela, Uruguay, Brasil, Costa Rica, Chile y España), cabría, respecto de culturas más lejanas, puntualización de idéntica recepción del concepto y vocablo que consideramos exacto: así, en Alemania, país originario del término *Aufgabe*, en el sentido de "obligación de servicio" o "cometido": Stuttgart/Berlín/Colonia/Maguncia: Kohlhammer,

FUNCION DEL PODER Y PODER DEL ESTADO

5.A) *Deslinde de nociones capitales*.—En un intento por superar las confusiones terminológicas frecuentes entre los cultivadores de las ciencias de la administración y del derecho público, parece importante contribuir previamente aquí a un deslinde, lo más preciso posible, de ciertas nociones capitales. En este sentido, *seanos permitido hacer referencia a los conceptos de función del Poder Público, de Poder del Estado, de facultad y de cometidos del Poder Público*.

La construcción teórica se apoyará naturalmente en vocablos de acepción no siempre unívoca, por lo cual resultará oportuno prescindir de algunos, no por frecuentes menos multívocos en su significación. Así, *se prescindirá de utilizar la voz "función"*, con la generalidad excesiva con que suelen manejarla algunos apresurados burócratas, poco aficionados a estas finezas conceptuales; igualmente, y sin perjuicio de la muy alta estima intelectual que nos merece la obra de Gabino FRAGA⁽¹⁸⁾, *eliminar el vocablo "atribuciones"*, que nos parece referirse más bien a los poderes jurídicos de un aislado órgano administrativo y no a las tareas concretas o actividades de competencia de una institución; finalmente, *sólo marginalmente y en sentido muy restringido nos referiremos a la respetabilísima noción de los "servicios públicos"* porque, como lo

Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht (Beiträge zum Verhältnis von Bürger und Staat aus Völkerrecht, Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht), [Nuevos desarrollos en derecho público (contribuciones a la relación entre ciudadano y Estado en los campos del derecho internacional, derecho constitucional y derecho administrativo)], 1979, 487 pp., esp. 447-463; así también en la Bélgica de lengua neerlandesa, Antwerpen: *Tijdschrift van de vrije universiteit van brussel* (Revista de la Universidad Libre de Bruselas), 1963, pp. 75-104, -sp 88.

(17) Cfr. la reciente tesis profesional de licenciatura, con mención honorífica, de MARTÍNEZ-CASTAÑÓN, José Antonio, *El interés público y la intervención estatal*, U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 1984, 423 ff.

(18) A nuestra emocionada adhesión al Homenaje a Fraga, tributado por la *Revista de administración pública*, ciudad de México: I.N.A.P., "Gabino Fraga: la concepción de la administración pública al través del derecho administrativo mexicano. Pasado y presente", nov. 1982, 413 pp.; y al estudio de Antonio CARRILLO-FLORES, "Doctor Gabino Fraga Magaña, forjador del derecho mexicano moderno administrativo", publicado en FRAGA, Gabino., *Derecho administrativo*, 23a. ed. póstuma revisada y actualizada por Manuel FRAGA MOURET, ciudad de México: Porrúa, S. A., 1984, pp. 468-482; añádase nuestra recensión de la 23a. ed. de 1969, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, vol. I (1968-1969), Caracas, 1971, pp. 625-630.



documentan la doctrina⁽¹⁹⁾ y alguna reciente legislación⁽²⁰⁾, su vaguedad e imprecisión la hacen incompatible con el deslinde terminológico que buscamos.

6.B) *Las funciones del Poder Público.*—Partiendo de estas salvedades, las funciones del Poder Público son cuatro: la constituyente, la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa. Genéricamente, *la función del Poder Público es una manifestación de la voluntad general que, mediante la emisión de actos jurídicos y/o la realización de operaciones materiales, tiende al cumplimiento de los fines supremos del Estado, preceptuados por la Constitución y demás reglas subordinadas del ordenamiento jurídico objetivo.* En lo que aquí directamente interesa a las ciencias de la administración, las tres primeras funciones del Poder Público se agotan en la emisión de actos jurídicos (constituyentes, legislativos, jurisdiccionales), sin que requieran para su plenitud la realización de operación material alguna. Por el contrario, específicamente, *la función administrativa es la única que no puede contentarse con la simple emisión de actos jurídicos, pues su plenitud exige la ejecución de los mismos mediante operaciones materiales.* Por ello, definimos a *la función administrativa* como una manifestación de la voluntad general que, mediante la emisión de actos jurídicos y su ejecución mediante operaciones materiales, tiende al cumplimiento de los cometidos del Poder Público, impuestos a la Administración Pública, por la Constitución y demás reglas subordinadas del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, las funciones del Poder Público están precisamente atribuidas, en su ejercicio de principio o predominante⁽²¹⁾, a un específico Poder Público: la función constituyente al Poder Constituyente, la función legislativa al Poder Legislativo, la función jurisdiccional al Poder

(19) Cfr. CORAIL, Jean-Louis de, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París: L.G.D.J., Préface de Paul COUZINET, 1954, *in totum*; LATOURNERIE, R., "Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie? Convalescence? ou Jouvence?", París: *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1960, p. 61; EISENMANN, Charles, "Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif", en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique SAYAGUÉS-LASO (Uruguay)*, Madrid: I.E.A.L., t. IV, pp. 417-438; así como la bibliografía en ellos citada y los Manuales usuales.

(20) La utilización indiscriminada, sin terminología ni concepto precisos, del "servicio público" explica las al parecer insuperables contradicciones de la Ley General de Salud, decretada el 26 de diciembre de 1983, publicada en el *D. O. de la Federación* el 7 feb. 1984, y entrada en vigencia el 1º de jul. 1984.

(21) En efecto, puede haber función legislativa, por atribución, en el Ejecutivo (reglamento, actos-regla subordinados) o en el Judicial (regla jurisprudencial); puede haber función administrativa en el Legislativo (presupuesto, ratificación de nombramientos) o en el Judicial (licencias).

Judicial y la función administrativa al Poder Ejecutivo. De donde el Poder Ejecutivo es el titular de *principio*⁽²²⁾ de la función administrativa⁽²³⁾.

7.C) *Los Poderes del Estado.*—Los órganos de la administración pública suelen organizarse, mediante los mecanismos de la jerarquía o de la tutela, en "sistemas orgánicos", a los cuales por lo general incumbe el ejercicio de principio de una función del Poder Público. De esta manera, en sentido muy estricto, definimos al Poder Público (sea éste el Constituyente, el Legislativo, el Judicial o el Ejecutivo) *como una porción orgánica competencial de principio.* Para decirlo de otra manera, con un ejemplo, el Poder Ejecutivo es el sistema orgánico al que, en principio, incumbe el ejercicio de la función administrativa. En otros términos, regresando por otra vía a la generalización anterior, *Poder del Estado es un órgano o sistema de órganos al que compete la exclusividad de principio, en el ejercicio de una función del Poder Público.*

Presentadas así sendas definiciones de "función del Poder Público" y de "Poder del Estado", podemos aproximarnos a los otros dos

(22) Para la distinción de las funciones de principio respecto de las de atribución v. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional*, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México/Coordinación de Humanidades, *Prólogo* de Enrique GILES-ALCÁNTARA, 1982, 314 págs., esp. 55-80.

(23) Ello, salvo texto constitucional expreso que atribuya el ejercicio de la función administrativa a algún otro de los Poderes del Estado. Así, *el Poder Constituyente*, por imperio inmediato de la Carta mexicana de 1917, *es titular de atribución, de una clara expresión de la función administrativa:* la supresión de la Secretaría de Justicia (por aplicación del artículo 14º transitorio).

Así, *el Poder Legislativo es titular, de atribución de la función administrativa*, por imperio del art. 73 de la Constitución, en estos casos cuyas fracciones indicamos entre paréntesis: admisión de nuevos Estados (I); formación de nuevos Estados (III); arreglo definitivo de límites entre los Estados (IV); cambio de la residencia de los Supremos Poderes de la Federación (V); aprobación de nombramientos de magistrados (VI, base 4a.); creación y supresión de empleos públicos de la Federación (XI); declaratoria de la guerra (XIII); otorgamiento de licencia y aceptación de la renuncia del Presidente de la República (XXVI y XXVII); y además, en estas otras hipótesis: examen y discusión anuales del Presupuesto de Egresos y revisión de la Cuenta Pública del año anterior (art. 74, frac., IV, párr. 1º); autorización de salida y entrada de tropas (76, III); disposición de la Guardia Nacional fuera de sus respectivos Estados (76, IV); etc.

Finalmente *el Poder Judicial*, para su organización y disciplina interiores, *tiene amplia función administrativa*, vg. respecto del nombramiento, reelección o promoción de los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito; nombramiento de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito supernumerarios; designación de comisionados especiales en averiguación; distribución, para su visita, de los tribunales de circuito y juzgados de distrito; nombramiento y remoción de secretarios y demás empleados, designación del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sometimiento a la de la Comisión Permanente, etc. (art. 94 y concordantes de la Carta vigente de 1917).

conceptos propuestos, el de "facultades" y el de "cometidos" del Poder Público.

— III —

LA NOCION DE FACULTAD

8. *Las facultades del órgano.*—Los órganos de los Poderes del Estado están dotados de facultades para el cumplimiento de los cometidos que les son eventualmente encomendados. Así, por ejemplo, para el cumplimiento del cometido de hacienda, *el órgano* Presidencia de la República *tiene la facultad* de promulgar y ejecutar las leyes hacendarias, la facultad de nombrar y remover libremente al Secretario de Hacienda y Crédito Público, la facultad de nombrar con aprobación del Senado a los empleados superiores de Hacienda y de removerlos libremente, la facultad de dirigir las negociaciones diplomáticas crediticias y de celebrar tratados financieros con las potencias extranjeras, la facultad de habilitar toda clase de puertos y de establecer aduanas marítimas y fronterizas y designar su ubicación, la facultad de hacer llegar anualmente a la cámara la correspondiente ley de ingresos a más tardar el día 15 de noviembre, etc., es decir, que *las facultades son poderes jurídicos específicos de que están dotados los órganos de la administración pública (en este caso, la financiera) para el cumplimiento de los respectivos cometidos* (en el ejemplo, el cometido esencial de Hacienda), en función administrativa.

Resumiendo los conceptos hasta aquí visualizados, y siguiendo con el ejemplo hacendario, *el Poder Ejecutivo*, titular de principio de la función administrativa, *está dotado de facultades específicas para el cumplimiento del cometido* esencial de hacienda. Insistiendo. Una cosa son las funciones, sus actos derivados ó las manifestaciones eventualmente aisladas de la voluntad general (vg. un nombramiento, en función administrativa), otra cosa es la facultad específica de poder nombrar; una tercera cosa es el órgano, titular en cuanto Poder, de esa función y de esa facultad; *una cuarta y muy distinta cosa, es la actividad global (lo hacendaori) o tarea concreta* que incumbe a dicho órgano o Poder del Estado, en su caso. A esta actividad o tarea, *que es responsabilidad u obligación del Poder u órgano, la llamamos* en castellano *cometido*.

— IV —

LA CATEGORIA DE LOS COMETIDOS ESENCIALES

9.A) *La función y el cometido.*—Importa distinguir radicalmente, —en un lenguaje jurídico que mucho ayuda en su precisión a los estudios de los derechos económico, financiero y administrativo— *entre*

la función y el cometido. El Poder Ejecutivo es, salvo texto constitucional expreso, el titular de principio de la función administrativa. En verdad, *en todos los tiempos y lugares se ha dado cada una de las funciones del Poder Público y, con este sentido estricto y en particular, el concepto de función administrativa:* en efecto, Augusto en Roma como Netzahualcóyotl en Texcoco tenían, igualmente que los gobernantes de nuestros días, que ejecutar, mediante operaciones materiales (recaudación de tributos, construcción de obras hidráulicas, prestación de cirugía y medicamentos, provisión de vituallas para la población económicamente débil), sus actos jurídico-administrativos consistentes, respectivamente, en una determinación de impuestos, en una planeación de la distribución de aguas, en una decisión relativa a la salubridad de áreas geográficas o clases sociales necesitadas, en una determinación de suministro de enseres y alimentos a los desprotegidos. En otros términos, a cada operación material concreta la precede un acto abstracto y formal. Genéricamente pues, *no existen limitaciones de las expresiones formales de la voluntad administrativa.* Cabe entonces interrogarse respecto del régimen jurídico atribuible, y sistematizable, a la muy variable gama de estas operaciones materiales en función administrativa, las cuales sí vienen condicionadas por consideraciones históricas, de tiempo y lugar.

Con otras palabras, *mientras las funciones constituyen una categoría abstracta y universal, válida para todos los países y para todas las épocas; los cometidos, por el contrario, constituyen una categoría concreta y particular, que puede variar según el "genio propio" de cada país y de cada circunstancia histórica,* según el grado mayor o menor de intervencionismo estatal en la vida civil.

10.b) *Los cometidos esenciales clásicos.*—En algunos casos, las operaciones materiales, que dan plenitud a la acción administrativa anunciada por el acto jurídico formal, son exclusivas del Poder Público; y sus destinatarios, compelidos por actos de imperio en ejercicio directo de la soberanía, se encuentran en calidad de súbditos (en el caso, contribuyentes), siéndoles aplicable un régimen estricto de derecho público, cuya plenitud excluye la posibilidad de concesionar esta actividad a los particulares. Así y desde la Edad Media, parece inconcebible que un particular arrebatase al Fisco su cometido hacendario. Llamamos *cometidos esenciales a estas tareas concretas, en función administrativa y mediante actos de autoridad o imperio, insusceptibles de toda concesión a los particulares, en régimen estricto de derecho público, y cuyos destinatarios se encuentran frente a ellas en calidad de súbditos.*

En la era abstencionista del Estado liberal, como vimos, los cometidos esenciales se limitaban a muy escasas actividades: relaciones exteriores, defensa, hacienda y crédito público, seguridad interior o policía, relaciones interiores o gobernación.

Tales eran los "únicos" cometidos esenciales en el siglo XIX, a los cuales podríamos calificar de *cometidos esenciales "clásicos"*.

11.C) *Los cometidos esenciales del constitucionalismo social mexicano*.—Ahora bien, el creciente intervencionismo del Poder Público, en la mayoría de los países y señaladamente en México con posterioridad a la Primer Guerra Mundial y a la crisis de 1929-30, llevó a incorporar otras tareas concretas de la administración pública, al régimen estricto de los cometidos esenciales. A diferencia de otros países y mediante el mecanismo de las adiciones y modificaciones a la Constitución federal, el actual estado del derecho constitucional positivo de la administración pública mexicana, preceptúa los siguientes "cometidos esenciales del constitucionalismo social mexicano"⁽²⁴⁾, por oposición a los "clásicos" antedichos⁽²⁵⁾: el "cometido esencial"⁽²⁶⁾ de banca y crédito⁽²⁷⁾, la actuación de moneda, los correos, los telégrafos, la radiotelegrafía y la comunicación vía satélite, la emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del Gobierno Federal; el petróleo y demás hidrocarburos, la petroquímica básica, los minerales radioactivos y la generación de energía nuclear, la electricidad, los ferrocarriles⁽²⁸⁾, los puertos y aeropuertos y, ahora, la programación, el presupuesto y la evaluación del gasto público y genéricamente, la planeación democrática del desarrollo⁽²⁹⁾, en el marco de la rectoría del Estado⁽³⁰⁾, en régimen de economía mixta⁽³¹⁾.

(24) Cfr. por todos, SAYEG-HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, 4 vols., 1972-1975, esp. su t. IV, 1975, "La integración constitucional de México (1917-1974)", ed. Cultura y Ciencia Política A.C., esp. 187-319.

(25) Partimos de los fundamentos constitucionales respectivos, esp. de los artículos 28, 25, 26 y 27 de la Constitución.

(26) La doctrina no está obligada por las impropiedades o errores terminológicos del constituyente o del legislador. El régimen jurídico es tan estricto, que lleva a la convicción de hallarnos ante un "cometido esencial", y no ante un "cometido de servicio público", pues el régimen de la banca y el crédito, al ser insusceptible de concesión a los particulares, pone de manifiesto su verdadera naturaleza de "cometido esencial".

(27) Esto, por adiciones y modificaciones del Constituyente Permanente, publicadas el 17 de noviembre de 1982, intocadas por las reformas del 3 de febrero de 1983.

(28) Estos son una adición específica del 3 de febrero de 1983, que rompe la unidad de régimen jurídica del "transporte", el cual tendrá así niveles de cometido esencial y de cometido de servicio público, según los casos.

(29) Por imperativo del nuevo artículo 26, en sus cuatro párrafos, adicionado por decreto publicado el 3 de febrero de 1983.

(30) Reconocida por la doctrina, en el marco del artículo 131, párr. 2º de la Constitución, cuyo tenor desde el 28 de marzo de 1951 establece:

"El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir y suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de producto, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin (...) de realizar cualquiera otro propósito en beneficio del país. (...)".

12.D) *El régimen jurídico*.—Todos estos cometidos esenciales son aquéllos que incumben al Estado por su calidad de tal y que, según las ideas dominantes en un estado cultural de una sociedad económico-política determinada, vg. actualmente en México, no se conciben sino ejercicios directamente por la administración pública, sea mediante dependencias centralizadas como en el caso de los cometidos esenciales "clásicos", sea mediante las entidades paraestatales. Estas últimas asumen los "cometidos esenciales del constitucionalismo social mexicano" o "áreas estratégicas", según la terminología de las adiciones constitucionales⁽³²⁾. En los Estados modernos, y peculiarmente en un Estado democrático y social de Derecho

En esta disposición tiene su lógico fundamento la Ley sobre atribuciones del Poder Ejecutivo en materia económica de 30 de diciembre de 1950, adicionada y modificada en marzo de 1959.

Ahora bien, esta rectoría ha sido formalmente ratificada, por el texto expreso del art. 25 de la Constitución, cuyo tenor vigente desde el 3 de febrero de 1958, preceptúa:

"Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional (...)."
"El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional (...)."

"El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan".

"Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo".

(31) El nuevo texto del art. 25 de la Constitución, precitado, dispone en su párrafo 3º:

"Al desarrollo económico nacional concurrirán (...) el sector público, el sector social y el sector privado (...)."

De esta forma se ratifica igualmente la consideración doctrinal de que, la coexistencia y hasta colaboración en México de tres sectores en la economía, configura un régimen de economía mixta, carente hasta el momento de la doctrina sistemática que merece. Como desarrollos precusores, tanto de este punto como de la rectoría estatal de la economía mencionada en la nota anterior, puede verse: MADRID-HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México: I.C.A.P., 1982, pp. 545-627, esp. 598-617.

(32) El texto precitado *supra*, en la nota (30) *in fine* del art. 25 párrafo 4º de la Constitución, alude a las "áreas estratégicas", lo cual es ratificado, como allí mismo se indica, por el párrafo 4º del art. 28, que a la letra establece:

"No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las áreas estratégicas a las que se refiere este precepto: Acunación de moneda; correos; telégrafos; radiotelegrafía y la comunicación vía satélite; emisión de billetes por medio de un solo banco, organismo descentralizado del Gobierno Federal; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad; ferrocarriles; y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión".

Con excepción del cometido esencial de banca y crédito, estamos ante el enunciado literal de los "cometidos esenciales del constitucionalismo social mexicano" que mencionábamos en la primera parte de nuestra enumeración del párrafo 11.C, *supra*.

como los Estados Unidos Mexicanos, no cabe imaginar que tales cometidos puedan estar a cargo de particulares, ni siquiera en carácter de concesionarios.

Respecto de estos cometidos esenciales, tanto clásicos como propios del constitucionalismo social mexicano, proceden ciertos señalamientos relativos a su régimen jurídico⁽³³⁾:

13.a) *Intensidad de facultades.*—En primer lugar, en el ejercicio de los cometidos esenciales, la administración está dotada de facultades más intensas, que cuando desempeña los demás cometidos; así, por ejemplo, puede imponer prestaciones personales⁽³⁴⁾, limitar la libertad individual⁽³⁵⁾, exigir aportaciones pecuniarias, etc.

Para las finanzas clásicas, el impuesto era la contrapartida de los cometidos esenciales, reservándose derechos y productos para los restantes cometidos; *para las finanzas modernas, el parajeaguas obedece a otros cri-*

Sin perjuicio de ulteriores desarrollos, se nos ocurren en este momento ciertas precisiones:

a) Al igual que indicamos en las notas (26) y (41) de este trabajo, la impropiedad terminológica del constituyente carece de validez para la doctrina. Por ello, la incorrección del vocablo "funciones", manejado en el sentido vulgar, no impide el señalamiento de que, en verdad, estamos únicamente ante manifestaciones de una única función, de la función administrativa, la cual en estas hipótesis, al excluir radicalmente la participación de los particulares, se configura en la modalidad de típicos "cometidos esenciales".

b) La expresión monopolios está reservada técnicamente a las actividades propias de la iniciativa privada y resulta una redundancia en la forma como aquí está manejada. En efecto, el carácter común de todo monopolio es la disminución de la libre concurrencia y el mismo únicamente se refiere a actividades reguladas por dicho principio, es decir, regidas por la libertad de industria y comercio, y totalmente ajenas a la órbita exclusiva del Poder Público que son los "cometidos esenciales". En otros términos, la idea de los "cometidos esenciales" enumerados por la Constitución, no tiene nada que ver con la idea de monopolio, pues ambas se sitúan en dos planos radicalmente distintos: en la concepción del constituyente mexicano, estos cometidos son propios y exclusivos del Estado y nadie tiene un derecho individual ni a organizarlos ni a ejecutarlos, pues la naturaleza misma de ellos excluye en México toda intervención de los particulares a título individual, amparados en la libertad de profesión o trabajo regulada por el art. 5º de la misma Carta.

(33) Cfr. por todos, SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo: Barreiro y Ramos S. A., 4a. ed. actualizada con notas de Daniel-Hugo MARTINS, 1974, 2 vols., en su vol. I, 48-86, esp. 56-57.

(34) Así, en la organización de la defensa nacional, podrá ser obligatorio el "servicio" de las armas; es obligación de los mexicanos recibir instrucciones cívica y militar que los mantenga (...) diestros en el manejo de las armas y conocedores de la disciplina militar; así como alistarse y servir en la Guardia Nacional (arts. 5, 31 frac. II y III, y 36 frac. II de la Constitución).

(35) Vg. en el ejercicio de las facultades de policía, de fiscalización tributaria, etc.

terios, que tienden a abandonar el criterio de la "contraprestación" y a hacer prevalecer la "universalidad" de destinatarios del servicio, al margen de la escasa capacidad contributiva de grandes mayorías de la población⁽³⁶⁾.

14.b) *Severidad de sanciones.*—En segundo lugar, la violación de las reglas de estos cometidos o el incumplimiento de los deberes que imponen, motivan generalmente sanciones más severas que cuando se trata de los demás cometidos⁽³⁷⁾.

15.c) *Los destinatarios como súbditos.*—En tercer lugar, la posición de los particulares frente a la administración es distinta a la que tienen respecto de los demás cometidos del Poder Público. En éstos, según los casos, pueden situarse como usuarios, beneficiarios o clientes, mientras que aquí, como ya indicáramos, los contribuyentes se hallan en calidad de súbditos. De ello derivan importantes consecuencias, por ejemplo en lo relacionado con la naturaleza jurídica del vínculo entre la administración y el particular, el derecho a la prestación del cometido, la responsabilidad de la Administración, etc.

16.E) *Los cometidos en la doctrina mexicana.*—Hemos así distinguido la cualitativamente más importante categoría de los cometidos del Poder Público, aquella mejor perfilada en el derecho constitucional mexicano y de más fácil aceptación por la doctrina mexicana.

La Teoría general de los cometidos del poder público, entendidos como *prestaciones obligatorias que generan derechos subjetivos públicos en sus destinatarios*, viene teniendo una creciente aceptación, no solamente en el campo del derecho comparado (v. *supra*, nuestra extensa nota 16), sino en el propio trabajo presentado para un reciente concurso de oposición, en la materia de derecho administrativo, se afirma:

"La Teoría de los cometidos del Poder Público ha venido a perfeccionar el campo del derecho administrativo que, hoy en día, se ha visto en la necesidad de replantear sus conceptos e instituciones, en virtud de ser el catalizador de la movilidad social que presenta el Estado Mexicano".

"Consideramos que con la aceptación que, lenta pero paulatinamente se va haciendo, sobre todo de los cometidos esenciales, se solucionan entre otros puntos, algunos aspectos de la problemática que universalmente ha presentado el concepto y el alcance del término servicio

(36) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos", Madrid: *Revista de administración pública*, 1953, No. 12, pp. 129-158; y, más ampliamente, FAYA-VIESCA, Jacinto, *Finanzas públicas*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., "Estudio preliminar" por León CORTÍNAS-PELÁEZ, 1986, pp. 95-116.

(37) Sanciones de multa y arresto, que no excluyen la represión penal.

LA CATEGORIA DE LOS COMETIDOS DE SERVICIO PÚBLICO

17.A) *La participación de los particulares.*—Al abordar el punto de los cometidos de servicio público, nos encontramos con prestaciones en cuya ejecución pueden eventualmente participar los particulares, habiéndose para ello por un acto de concesión del Poder Público, el cual de esta manera, disminuye la intensidad de su control sobre el servicio y permite la existencia de ciertas cláusulas menores de derecho privado, en un régimen jurídico global en el cual se mantiene empero la supremacía del derecho público y cuyos destinatarios se encuentran, frente a la administración y al eventual concesionario, en la posición de usuarios. Importa señalar, desde el principio, que nos encontramos ante una *transición categorial que, alejándonos de la plenitud de los actos de imperio característicos de los cometidos esenciales, nos irá acercando por grados a veces imperceptibles a otros niveles de cometidos*, en los cuales se desvanecerá la hegemonía del derecho público e irrumpirán progresivamente categorías, de actos y de destinatarios, cada vez más próximas a los derechos privado y social.

Si el acto de concesión deviene "*pedra de toque*" de la aplicación del régimen de los servicios públicos en sentido estricto, se reitera que todos aquellos cometidos inconcesionables (vg. hacendario en general, bancario, crediticio, programático, presupuestario y de planeación) quedarán reservados a la categoría de los "cometidos esenciales". Precisamente, la legitimidad de una concesión en la prestación del cometido abre las puertas de los "servicios públicos en sentido estricto" a los particulares y plantea la posibilidad de que este cometido pueda derivar en una relación de particular (concesionario) a particular (usuario) pero siempre regida la soberanía de la autoridad concedente, a quien corresponde la soberana fijación del régimen tarifario, como tan acertadamente precisa la más reciente doctrina⁽⁴⁰⁾.

18.B) *Enumeración.*—Históricamente, los cometidos de servicio público son todos aquellos que han sido o son prestados, total o parcialmente, en régimen de concesión: gas, transportes (exceptuando en México los ferrocarriles, cometido esencial desde 1983), seguros, fianzas, radio, televisión, minería, teléfonos, el "servicio público de banca y crédito" que desde 1982 deviene cometido esencial, la educación primaria, secundaria y normal, y la de cualquier tipo o grado destinada a obreros y campesinos⁽⁴¹⁾.

(40) Cfr. FAYA VIESCA, Jacinto, *Finanzas públicas*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., "Estudio preliminar" por León CORTIÑAS-PELÁEZ, 1986, pp. 96, 99-103 y ss.

(41) Tampoco aquí está obligada la doctrina por las impropiedades, o errores terminológicos, del constituyente o del legislador, los cuales sin distinguir los distintos niveles de cometidos, hablan genéricamente del "servicio

público, así como de las actividades exclusivas del Estado que no son objeto de concesión por su propia naturaleza"⁽³⁸⁾.

Al respecto y haciendo propia la terminología económico-constitucional de las "áreas estratégicas", el trabajo citado entiende que éstas ensanchan considerablemente el campo de las actividades cuya exclusividad prestacional por el Estado las sustrae al régimen tradicional de los servicios públicos; consideramos, empero, que confunde la titularidad orgánica de los cometidos esenciales pues, considerándolos necesariamente como emisores de actos de autoridad, no parece comprender la realidad de que ya muchos de ellos tienen por titular a una entidad paraestatal⁽³⁹⁾.

Veamos ahora una categoría más sutil y de límites menos precisos, la de los cometidos de servicio público o servicios públicos "en sentido estricto".

(38) Cfr. PÉREZ y PÉRFZ, Marcial, *Teoría de los cometidos del Poder Público*, U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 16 de enero de 1985, 20 págs.

(39) Ahora bien, planteamientos convergentes hacia la recepción doctrinal de una moderna Teoría general de los cometidos del Poder Público, pueden apuntarse en los siguientes autores mexicanos: CHUAYFFET-CHEMOR, Emilio, "Derecho administrativo", en *Introducción al derecho mexicano*, ciudad de México: U.N.A.M., 1981, pp. 45-46; ACOSTA-ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 4a. ed., ciudad de México: Porrúa S.A., 1981, pp. 345-346; GONZÁLEZ-COSÍO, Arturo, *El juicio de amparo*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., Prólogo de León CORTIÑAS-PELÁEZ, 1985, 305 págs., esp. pp. 235-236, y, del mismo autor, *GONZÁLEZ-COSÍO, El Poder Público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., 1982, pp. 55, 67, 71-72, aquí con una expresa remisión a la obra de SAYAGUÉS-LASO, precitada supra, en nuestra nota (33); el mismo autor reenvía a la extensa recensión que dedicáramos a la *Teoría General del derecho administrativo*, de ACOSTA-ROMERO, publicada en ciudad de México: *Vivienda*, año VI, No. 6, nov.-dic. 1981, pp. 610-621, donde apuntáramos algunas diferencias en el manejo de la terminología de los cometidos con el distinguido Director (1981-1989) de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M. A estas referencias, cabe añadir, por parte de los constitucionalistas mexicanos: MADRID-HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México: I.C.A.P. del P.R.I. y Porrúa S.A., *Presentación* de Miguel ACOSTA-ROMERO, 1982, 680 págs., esp. en sus numerales 710, 799, 804, 1004 y 1400, respectivamente en sus pp. 329, 378, 379, 469-470 y 626; y, del mismo Miguel de la MADRID, *Estudios de derecho constitucional*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., 1980, pp. 17-19.

Cabría tener igualmente presentes las referencias a la Teoría general de los cometidos del Poder Público, contenidas en las revistas mexicanas siguientes:

Revista de la Facultad de Derecho de México, ciudad de México: U.N.A.M., tomo XVI, jul.-dic. 1966, Nos. 63-64, pp. 955-976, esp. 967; *Revista mexicana de ciencia política*, ciudad de México: U.N.A.M./Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Año XVIII, Nueva Época, ab.-jun., 1972, No. extraordinario "Administración Pública y Desarrollo", pp. 75-99, esp. 82; y *Vivienda*, ciudad de México: INFONAVIT, Año 2, No. 10, junio 15 de 1977, pp. 2-33, esp. 19-28.

Además, los típicos cometidos de servicio público municipales antes mencionados: agua potable y alcantarillado, alumbrado público, limpia, mercados y central de abasto, panteones, rastro; calles, parques y jardines; seguridad pública y tránsito; así enumerados por el art. 115, frac. III de la Constitución, adicionada y reformada en 1983.

19.C) *Concepto*.—Ateniendo a los rasgos generales que acaban de indicarse, llamamos cometidos de servicio público a aquellas tareas concretas en función administrativa, ejecutadas directamente por la administración pública o por particulares bajo concesión, en régimen de derecho público y cuyos destinatarios se encuentran frente a ellos en calidad de usuarios.

20.D) *El régimen jurídico*.—En el siglo XIX, en la era abstencionista del Estado liberal, la entonces relativa escasez y hasta inexistencia categorial de los cometidos esenciales convertía, a los cometidos de servicio público, la principal "tarea" estatal de la época, en una actividad casi monopolizadora de una gran intensidad de imperio en sus actos típicos de autoridad. Eran, por así decirlo, la categoría "expansiva" en el seno de las actividades de la administración pública, a tal punto que León DUGUIT llegó a sostener la naturaleza de "servicios públicos" inclusive para las actividades comerciales del Poder Público⁽⁴²⁾.

público" de educación. Ciertamente que, en lo que se refiere a los niveles educativos indicados en el texto, la discrecional autorización expresa del Poder Público, que "podrá ser negada o revocada, sin que contra tales resoluciones proceda juicio o recurso alguno", es una autorización puramente semántica y debe ser entendida como un radical acto administrativo de concesión, en el más puro sentido jurídico-administrativo.

(42) En efecto, DUGUIT desarrolla una noción amplísima de "servicios públicos", la así equivalente a la totalidad de las actividades prestacionales de la administración pública, es decir, que la categoría duguitiana de "servicios públicos" es sinónimo de nuestros "cometidos del Poder Público", sin hacer la distinción de sus cuatro modalidades o niveles, por lo cual nuestro segundo nivel (cometidos de servicio público) se confundía con todos los otros niveles, inclusive con el cuarto (cometidos privados). Cfr. DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*, París: Fontemoing/Boccard, 3a. ed., t. II, 1928, pp. 59-107, esp. 59-61:

"El Estado (...) es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por gobernantes. Los gobernantes (...) están obligados a cumplir las obligaciones que les impone la regla fundada sobre esta solidaridad (...), fundamento de lo que yo he llamado la disciplina social (...).

"...los poderes de los gobernantes tienen como único fundamento sus deberes (...) que les impone la disciplina social.

"Nos damos cuenta entonces de la noción del servicio público: es toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por los gobernantes (...)" subrayado nuestro).

Cuando DUGUIT escribía, en el primer cuarto del siglo XX, no habían tenido lugar las radicales transformaciones sociales y jurídicas explicadas *supra*, en nuestro parágrafo 2.A): la obsolescencia relativa de su noción

En nuestros días y respecto de estos cometidos de servicio público, proceden ciertos señalamientos relativos a su régimen jurídico⁽⁴³⁾.

21.a) *Un concepto funcional en sentido estricto*.—En primer lugar, adoptamos una noción funcional y muy restringida del "servicio público", que descarta las perplejidades de la utilización simultánea o alternativa de una noción orgánica, reservando para sustituir a esta última la terminología típica de la legislación administrativa mexicana, que distingue entre las distintas especies de los géneros de "dependencia centralizadas" o "entidades paraestatales".

22.b) *Una amplitud clásica pretérita*.—En segundo lugar, la riqueza de los "cometidos esenciales" en derecho mexicano provoca un "empobrecimiento" de los "cometidos de servicio público" cuya identidad parece dudosa respecto de las constitucionalmente denominadas "áreas prioritarias", complementando por el surgimiento de "cometidos sociales" y "cometidos agropecuarios, industriales y mercantiles" que también disminuyen la amplitud de la otrora categoría "totalizadora" del servicio público.

Respecto de las áreas prioritarias, la fluidez e indefinición económico-política de esta terminología de origen económico y que el constituyente no quiso o no se atrevió a precisar en 1983, se revela en 1986 en el nuevo texto de la Ley federal de las entidades paraestatales, cuyo artículo 6º, después de remitirse a la Constitución respecto del concepto de "áreas estratégicas", añade en su párrafo 2º:

"Se consideran áreas prioritarias (...) los tendientes a la satisfacción de los intereses nacionales y necesidades populares, tales como la producción y distribución de bienes, así como la prestación de servicios socialmente necesarios, la protección de la planta productiva y del empleo, la promoción, fomento y fortalecimiento de la industria nacional y la investigación e incorporación de avances científicos y tecnológicos". ¡Así, sería todo!

23.c) *La clásica naturaleza mediata de la prestación*.—En tercer lugar, la prestación directa e inmediata a los integrantes de la comunidad parece una nota distintiva del pasado en la medida en que, por lo antes indicado, existen cometidos esenciales y de otras categorías, en los cuales la inmediatitud con el destinatario es igualmente de principio. Así por ejemplo, entre los cometidos esenciales, también se caracterizan por

no nos impide empero reconocer la por momentos grandiosidad de su concepción, exaltada justamente por autores de tantos países. Cfr., por todos, la *Introduction* de Harold LASKI a su versión inglesa de *Law in the modern state*, 1919, reimpresión en Nueva York: Howard Fertig, 1970, XLIV + 247 pp., edición que concluye con una abrumadora *Bibliographical Note* de libros y artículos de y sobre el Decano de Burdeos. Añádase: GRIMM, Dieter, *Solidarität als Rechtsprinzip* [La solidaridad como principio jurídico], Frankfurt: Athenäum Verlag, 1973, 122 pp.

(43) Cfr. SAYAGÜES-LASO, precitado *supra* en nota (33), pp. 63-77.



la naturaleza directa e inmediata de sus prestaciones, la electricidad y los ferrocarriles; por lo demás, también parece exigible esta naturaleza respecto de los cometidos sociales de salubridad y vivienda, y el cometido privado de abastecimiento de subsistencias populares.

En otros términos, la existencia concreta de un destinatario individual no bastaría ya para tipificar la categoría de "cometido de servicio público".

24.d) *El régimen de derecho público.*—En cuarto lugar, en común con los "cometidos esenciales", los cometidos de servicio público se regulan predominantemente por reglas de derecho público, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del derecho privado, en los casos excepcionales en que expresamente lo establezca el derecho positivo, o cuando proceda conforme a los principios generales. Es la solución de principio. Si se excluye o se concede la actividad privada, es porque el régimen de derecho privado no permite la plena satisfacción del interés general. Para lograrlo, es necesario un régimen administrativo, que posibilite la aplicación de los procedimientos y potestades típicos del derecho público: expropiación, servidumbres y limitaciones de la propiedad, uso especial de bienes públicos, sanciones administrativas y aún penales, etc. Así, para la construcción de autopistas y de ferrocarriles, la expropiación resulta un procedimiento frecuentemente ineludible; igualmente, no se concibe la construcción del subterráneo metropolitano (metro) o del cableado telefónico, sin la imposición de servidumbres o la utilización de bienes públicos. En suma, aunque quizá con una intensidad de imperio algo menor que respecto de los "cometidos esenciales", la regulación por el derecho público es típica de los cometidos de servicio público.

25.e) *El condicionamiento histórico.*—En quinto lugar. Reiterando que nos hallamos ante una transición categorial, cabe recordar que no solamente en otros países existen cometidos de servicio público que para los mexicanos ya son "cometidos esenciales" (hidrocarburos, banca y crédito), sino que el derecho mexicano considera "cometidos de servicio público" a actividades que en otros países se desarrollan en el marco de los "cometidos sociales"⁽⁴⁴⁾ o inclusive en régimen de libertad indi-

(44) Así, todos los niveles del cometido de educación pública configuraban un "cometido social" e inclusive un cometido mercantil, en la época abstenionista del Estado liberal, tal cual siguen configurándolo, con matices a veces importantes, en países como Francia y Uruguay; por el contrario, por imperio del art. 3º de la Constitución, en su frac. II, constituyen un servicio público en sentido estricto, como indicáramos *supra*, nota (41) y texto. Cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Entes autónomos de enseñanza en el Uruguay", oMntevideo: *La justicia uruguaya*, Doctr., 1963, pp. 85-115; reproducido en Madrid: *Rev. de administración pública*, No. 40, ene.-ab. 1963, pp. 465-503; y ahora, en 34 artículos seleccionados de la revista de *Administración pública con ocasión de su centenario*, selección, Introducción General y presentación por Alejandro NIETO GARCÍA, Alcalá de Henares y Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, 1983, 1200 págs., pp. 550-589.

vidual para la industria y el comercio (radio y televisión). Más aún cabe recordar que esta categorización ha estado históricamente condicionada, dentro del propio México, por las características políticas del momento histórico: así, la enseñanza primaria, secundaria y normal, antes y después de la Constitución de 1917; los hidrocarburos antes y después de 1940; la banca y el crédito, antes y después del 17 de noviembre de 1982; etc.

26.f) *Requisito del acto legislativo.*—En sexto lugar, la determinación de que un cometido del Poder Público constituye un cometido de servicio público, sólo puede efectuarse, respecto de la administración pública mexicana, mediante un acto legislativo, ley federal⁽⁴⁵⁾ o ley estadual o local⁽⁴⁶⁾, según los casos.

En efecto, el Estado democrático y social de derecho previsto por la Constitución federal adoptada en Querétaro en 1917 es, en definitiva y a pesar de sus cláusulas democráticas y sociales, un Estado liberal, donde la calificación de una actividad como cometido de servicio público, sustrayéndola de un acto legislativo, exigencia enfatizada por las adiciones y modificaciones constitucionales de 1983⁽⁴⁷⁾. Claro que no es indispensable que el texto legal, federal o estadual, diga expresamente que "tal actividad constituye un cometido de servicio público". Así ocurre con las leyes que habilitan a una institución pública para el otorgamiento de concesiones de tales o cuales servicios, o respecto del uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación⁽⁴⁸⁾. Si una institución pública, de nivel federal o de nivel estadual, puede concesionar a particulares la explotación de un cometido, es porque esta actividad le pertenece como cometido propio y configura un cometido de servicio público.

Como es obvio, y por aplicación del "principio del paralelismo de las formas" los mismos principios regulan el caso inverso: el de un cometido de servicio público que deviene cometido social o mercantil.

(45) Desde el 3 de febrero de 1983 así la exige el art. 28, párrafo 10º de la Constitución federal, que a la letra establece:

"La sujeción a regímenes de servicio público (...) sólo podrá llevarse a cabo mediante ley".

(46) La exige, también desde el 9 de febrero de 1983, implícitamente, el art. 115, frac. III, literal i) de la Constitución:

"Los municipios tendrán a su cargo los siguientes servicios públicos: (omissis)

i) Los demás que las Legislaturas locales determinen (...)"

(47) Cfr., *supra*, en nuestra notas (45) y (46) el nuevo tenor literal de los artículos 28, párrafo 10º y, 115 frac. III, literal i) de la Constitución.

(48) Así lo prevé, sujetándose a las leyes, en casos de interés general y cendiendo a la utilización social de los bienes, evitando fenómenos de concentración que contraríen el interés público, el art. 28, párrafo 9º de la Constitución federal, desde 1983.

27.g) *Los caracteres irrenunciables.*—En séptimo lugar, siguiendo casi puntualmente los requisitos de la doctrina y derecho comparados, el derecho de la administración pública mexicana estatuye que *serán características* de la prestación de los cometidos de servicio público, *la continuidad, la uniformidad, la regularidad, la permanencia y la satisfacción de necesidades de carácter colectivo*, las cuales son *irrenunciables* porque la prestación de estos servicios es de interés público⁽⁴⁹⁾.

28.h) *Un control exorbitante.*—En octavo lugar, la concesión de un cometido de servicio público será regida por vigilancia y reglamentación intensas por parte de la autoridad administrativa⁽⁵⁰⁾, las cuales *por su carácter exorbitante respecto del régimen de derecho privado contractual, se complementan con una prolija normatividad pública*⁽⁵¹⁾ y por una decisiva participación del Jefe de Estado en materia de caducidad⁽⁵²⁾ y de plazos⁽⁵³⁾.

29.i) *Tipos de titularidad.*—En noveno lugar, la titularidad en la prestación de un cometido de servicio público *puede ser muy variada: directa*, por medio de una dependencia centralizada, federal o estadual; *indirecta*, por medio de una entidad paraestatal, federal o estadual; *concesionada*, por medio de un particular concesionario⁽⁵⁴⁾, quien tendrá que respetar los principios que vienen de enunciarse.

30.j) *El destinatario como usuario: un régimen estatutario.*—En décimo lugar, el destinatario de un cometido de servicio público se encuentra, ante el servicio y la institución que ostente su titularidad (directa, concesionada o indirecta) en *una posición menos rígida que la de los súbditos de los cometidos esenciales, posición que la doctrina conviene en designar como de "usuario"*. Se trata siempre de una posición de derecho público, en la cual, por el hecho de la utilización del cometido de servicio público, el usuario se encuentra colocado en una situación objetiva, estatutaria, de la que derivan derecho y obligaciones empero para

(49) En este sentido, el art. 23, pár. 1º de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal de 1984, idéntico a sus similares de 1970 y de 1978. Se trata en verdad de las clásicas "leyes del servicio público" (en sentido lato) de la doctrina francesa, válidas hoy "mutatis mutandis" para todos los tipos de cometido.

(50) Así, los arts. 24 a 26 de la Ley de 1984, precitada en la nota anterior.

(51) *Ibidem*, art. 27.

(52) *Ibidem*, art. 28.

(53) *Ibidem*, art. 29.

(54) Sobre la concesión, por todos, SAYAGÜES-LASO, precitado *supra*, nota (33), en su vol. II, pp. 12-85; *adde*, ACOSTA-ROMERO, Miguel, "Teoría general de la concesión", Caracas: *Archivo de derecho público y ciencias de la administración*, Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, vol. 2, 1970-1971, págs. 245-260.

ambas partes, al punto de que una postura doctrinal hoy superada llegó a hablar de la configuración de un contrato privado de adhesión.

En derecho mexicano⁽⁵⁵⁾, *las soluciones legislativas y doctrinales no encuentran explicación lógica sino con el criterio estatutario*. Así, el derecho de los particulares a exigir las prestaciones previstas sería inconcebible en la vieja tesis contractualista, incapaz de explicar cómo los particulares pueden exigir el funcionamiento del cometido de servicio público antes de la celebración del contrato, pues el "usuario contratante" carece de todo derecho hasta el instante de perfeccionamiento del contrato. Por lo demás, la fijación unilateral de las condiciones de funcionamiento, organizadas y determinadas en todos sus detalles, antes de conocerse quién será el usuario, excluyen toda hipótesis contractual que reposa necesariamente en el recíproco conocimiento de las partes. Complementariamente, la posibilidad de modificar en todo momento la organización del servicio, el tratamiento igualitario de todos los usuarios, etc., confirman la regla de principio.

— VI —

LA CATEGORIA DE LOS COMETIDOS SOCIALES

31.A) *La noción más reciente: un derecho propio del particular.*—Perfiladas de esta manera, en los apartados IV y V que vienen de exponerse, las nociones de los cometidos esenciales y de los cometidos de servicio público, procede ahora ocuparnos brevemente de *la más joven y aún algo imprecisa categoría de los cometidos del Poder Público, es decir, los cometidos sociales de la administración pública mexicana*.

En esta hipótesis, los particulares actúan por derecho propio, habilitados para su actuación concurrente con el sector público, mediante actos administrativos de autorización, es decir, mediante actos en los que está excluido el intenso matiz de imperio contenido en los actos de soberanía, característico de los cometidos esenciales; ni siquiera estamos en un campo de acción de principio de la administración pública, en el cual la presencia de los particulares esté severamente restringida y controlada mediante un acto de concesión, característico de los cometidos de servicio público.

32.B) *Enumeración.*—Nos encontramos aquí ante una especie de cometidos típicos del Estado *democrático y social* de Derecho, mediante los cuales la administración pública admite la necesidad de su acción para:

(55) Los criterios que siguen, encuentran su fundamento en las precitadas disposiciones de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal de 1984, esp. art. 26, frac. I a V y, 28, fracs. I, III y VI.

impulsar ciertos niveles no-básicos de la educación pública; promover y asegurar la salud pública (arts. 4º, párr. 3º y 73, frac. XVI constitucionales) y la ecología (arts. 27, pár. 3º, 73 frac. XVI, base 4a.; y 115 frac. V constitucionales); impulsar y controlar sistemas de asentamientos humanos (art. 27, pár. 3º, 73 frac. XIX y 115 fracs. V y VI constitucionales), urbanismo (*ibidem*) y vivienda (arts. 4º, pár. 4º; 123, apartado A, frac. XII, pár. 1º y 2º e y 123, apartado B, frac. XI, pár. 1º, literal f. constitucionales), que sean más respetuosos de la plenitud en el desarrollo de las potencialidades de la persona humana; en definitiva, estimular el financiamiento, la organización, el funcionamiento y el control, de sistemas cada vez más integrales de seguridad social (arts. 123, apartado A, fracs. XII y XXIX; 123, apartado B, frac. XI, constitucionales).

33.C) *Naturaleza de la prestación.*—Complementariamente, el destinatario de las prestaciones de los cometidos sociales tiene, en algunos aspectos, analogía con los usuarios de los cometidos de servicio público, aunque presenta ciertas diferencias substanciales, derivadas del distinto objetivo de unos y otros cometidos.

En los cometidos de servicio público, la prestación que se ofrece al usuario es de carácter material y tiende a constituirse mediante la realización de un servicio o el uso de un medio técnico: suministro de agua potable o de gas, transportación aérea o por carretera, garantía local de la seguridad pública y organización del tránsito, recepción de sonidos o imágenes mediante la radio o la televisión, intercambio de conversaciones vía telefónica. En los cometidos sociales, la prestación es distinta y variada. A veces se limita a la entrega de una suma de dinero (jubilación, pensión, subsidio, asignación familiar, primas de seguridad social) o de cosas materiales (auxilios de ropa, comida, albergue, etc.); en otros casos, consiste en el cuidado de su persona (asistencia médica y farmacéutica para los derecho-habientes de un sistema de seguridad social, residencia para ancianos, etc.) o en el desarrollo de sus conocimientos (niveles de enseñanza técnica, de bachillerato, universitaria, pedagógica, empresarial, es decir, los niveles de educación especializada y superior, no comprendidos en los niveles del cometido de servicio público de educación, preceptuado por el artículo 3º constitucional)⁽⁵⁶⁾.

34.D) *El destinatario como beneficiario.*—Esta diferencia en la naturaleza de las prestaciones apareja un régimen jurídico que tiende a

(56) La Ley de Salud de 7 feb. 1984 distingue tres niveles: un cometido de servicio público de salud, prestado a la población en general (S.S.A.); un cometido social de salud, cuyos destinatarios son los derecho-habientes de instituciones públicas de seguridad social (I.M.S.S., I.S.S.S.T.E., I.S.S.S.F.A.M.); y un cometido mercantil de salud, derivado de un contrato entre el cliente o paciente de la institución y esta misma. En los tres casos, cabría hablar diferenciadamente de usuarios, beneficiarios y clientes de los servicios de salud, pero la Ley unifica arbitrariamente la terminología, hablando indiscriminadamente de "usuarios" en todos los casos (cfr. esp. arts. 34 a 49).

ser divergente en muchos aspectos, respecto de los destinatarios del cometido de servicio público. Por ello, los destinatarios de los cometidos sociales bien merecen la denominación de beneficiarios.

35.E) *Concepto.*—Atendiendo a los rasgos generales que acaban de indicarse, llamamos cometidos sociales a aquellas tareas concretas en función administrativa, asumidas directamente por el Poder Público o previa autorización y concurrentemente por los particulares, en un régimen jurídico mixto que entrelaza regímenes de los derechos público, privado y social, y cuyos destinatarios se encuentran en calidad de beneficiarios.

36.F) *Régimen jurídico.*—Ahora bien, examinando el conjunto de los cometidos sociales, nos parecen perfilarse los caracteres fundamentales comunes de su régimen jurídico.

37.a) *Una finalidad eminentemente social.*—En primer lugar, la finalidad de estos cometidos es eminentemente social, pues están dirigidos a obtener en forma inmediata un mejoramiento en el nivel de vida de los individuos, especialmente de aquéllos que, por encontrarse en condiciones menos favorables, suelen definirse en derecho comparado como "económicamente débiles".

38.b) *Un financiamiento especial.*—En segundo lugar, estos servicios no persiguen fines lucrativos y son generalmente deficitarios, todo lo cual determina un régimen especial de financiamiento, puesto que sólo pueden desenvolverse mediante el establecimiento específico de impuestos, derechos, aportaciones de seguridad social o contribuciones especiales.

Así, el art. 2º del Código Fiscal de la Federación de 1981 establece:

"II.—Aportaciones de seguridad social son las contribuciones establecidas en Ley, a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en materia de seguridad social, o a las personas que se beneficien en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado".

De manera, reciben financiamiento específico, mediante contribuciones votadas por el Congreso de la Unión, el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) y las instituciones de seguridad social de los trabajadores del sector privado (Instituto Mexicano del Seguro Social, o I.M.S.S.), del sector público (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, o I.S.S.S.F.A.M.).

39.c) *Una obligación prestacional ineludible.*—En tercer lugar, el cumplimiento de estos servicios constituye en los tiempos actuales un



cometido del Poder Público, en el más rico sentido de nuestra fuente germánica, la *Aufgabe*, es decir, de una *responsabilidad u obligación prestacional ineludible del órgano o institución administrativa competente*.

40.d) *El acto de autorización*.—En cuarto lugar, y como apuntábamos en el inicio del presente apartado VI, *la principal diferencia en la forma de prestación*, que habilita un régimen jurídico específico para los cometidos sociales respecto de los cometidos de servicio público, *radica en que la actuación de los particulares opera en este campo ejerciendo un derecho propio*, dentro de los límites que fijen las leyes, pues no requieren para ello de un acto de concesión del Poder Público, como se exige para los cometidos de servicio público.

Importa insistir en esta diferencia fundamental⁽⁵⁷⁾. Por un lado, *las actividades comprendidas en la esfera natural de la soberanía (cometidos de servicio público)* cuyo ejercicio por particulares deviene posible sólo *gracias al acto de concesión*⁽⁵⁸⁾, el cual confiere al concesionario algo que no estaba comprendido en su libertad natural, un poder de accionar derivado del Estado, una esfera de actividades que por naturaleza misma no serían accesibles al individuo⁽⁵⁹⁾, a quien *el Estado confiere un verdadero nuevo derecho, del cual el particular no tenía ni siquiera el germen*⁽⁶⁰⁾, ampliándole de este modo su esfera jurídica privada, mediante un derecho que no poseía anteriormente⁽⁶¹⁾. Por el otro lado, el caso que aquí nos ocupa, una situación parecida, que es menester distinguir con precisión: los cometidos sociales son una actividad que los particulares van a ejercer en su nombre y por su cuenta, pero una actividad que por su naturaleza, podría ser ejercida en virtud de la libertad natural; *la autorización nos hace sino levantar un obstáculo puesto por un arreglo de derecho*⁽⁶²⁾, sin que este acto de autorización amplíe la esfera substancial de la acción individual y tenga por objeto conferir al particular el ejercicio de una actividad propia de la esfera soberana del Estado⁽⁶³⁾.

(57) Cfr. CORTIÑAZ-PELÁEZ, León, "Desconcentración, servicio público, especialidad institucional y subjetividad financiera: de la privatización de los cometidos del Poder Público local en el caso de Boletrónico", *Jalisco: Revista de la Facultad de Derecho/Universidad de Guadalajara*, 86 ff., en prensa, 1986-87.

(58) OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, París: V. Giard et E. Brière, t. IV, p. 155.

(59) OTTO MAYER, *ibidem*, t. II, pp. 153-154.

(60) RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Turín, 1894, pp. 37-38.

(61) FLEINER, Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, París: Delagrave, trad. del alemán por mi maestro de París Charles EISENMANN, 1933, 280 pp., p. 212.

(62) OTTO MAYER, *ibidem*, t. II, pp. 153-154.

(63) ZANOBINI, Guido, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Milán: Giuffrè, 1935, pp. 421 y 422.

LA CATEGORIA DE LOS COMETIDOS PRIVADOS

41.—*Recapitulación introductoria*.—Por lo expuesto en los tres apartados anteriores tenemos, en grado decreciente de participación del Poder Público, cometidos que implican, respectivamente en sus tres primeros niveles, una actividad soberana y exclusiva del Poder Público (*cometidos esenciales*); una actividad soberana, pero que eventualmente el Poder Público concesiona a los particulares, ensanchando la esfera natural de acción de éstos mediante un *nuevodercho (cometidos de servicio público)*; y una actividad del Poder Público en la cual éste permite la acción paralela de los particulares, por razones de interés general y respecto de una esfera de acción que les es propia (*cometidos sociales*). Respectivamente, los particulares han visto determinada su posición ante la Administración, como destinatarios, que tienen el rango, sea de súbditos, sea de usuarios, sea de beneficiarios.

42.A) *Intervencionismo y libre concurrencia*.—Ahora bien, el creciente intervencionismo del Poder Público —en las ramas agropecuaria, industrial y mercantil de la economía— ha llevado a una importante actuación en el campo de la actividad privada. De este modo, la intervención estatal respecto de la actividad privada individual, no se limita a su regulación mediante reglas⁽⁶⁴⁾, ni a su contralor y fiscalización administrativa⁽⁶⁵⁾. Mucho más, en régimen de economía mixta, el sector público desborda la esfera originaria de su acción y pasa a actuar en las actividades propias de los sectores privado y social, comprendidas en el principio de la libertad de trabajo⁽⁶⁶⁾, en libre concurrencia con estos sectores y bajo ordenamientos jurídicos predominantemente de derecho privado y de derecho social.

43.B) *El concepto*.—Ateniendo a estos rasgos generales, *llamamos cometidos privados de la administración a aquellas tareas concretas en función administrativa, asumidas directa o indirectamente por ella*,

(64) SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, precitado *supra* en nota (33), t. I, pp. 52-53.

(65) SALAGUÉS-LASO, Enrique, *ibidem*, pp. 53-55.

(66) Tradicionalmente, los particulares en el ejercicio de un derecho individual protegido constitucionalmente, pueden dedicarse libremente a la profesión industria, comercio o trabajo que les acomode, siendo lícitos (art. 5º constitucional), pero desde 1983 la Constitución establece la rectoría del desarrollo nacional como responsabilidad del Estado, quien planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional (art. 25, párr. 1º y 2º constitucional). Y, en verdad, esta misión del Poder Público ya se encontraba en el art. 131 párr. 2º de la Constitución desde 1951, así como en la Ley sobre atribuciones del Poder Ejecutivo en materia económica, en texto de 1951 adicionado en 1959. Cfr. *supra*, notas (30), (31) y texto.

en libre competencia con la iniciativa privada, en régimen predominante de derecho privado, que implica grados variables de control por el Poder Público y cuyos destinatarios se encuentran en posición de clientes.

44.C) *Enumeración.*—En los últimos lustros, tenemos ejemplos de estos cometidos privados de la administración pública, en las múltiples facetas recientes del intervencionismo mexicano en materia económica: siderurgia, industria automovilística y de carros de ferrocarril, hotelería, ediciones económicas, cinematografía, teatros, textiles, inmobiliarias, subsistencias populares, turismo⁽⁶⁷⁾, agricultura, pesca, agroindustria, explotación forestal, elaboración de guanos y fertilizantes, etc.

45.D) *Autonomía de la noción.*—Estas tareas tan variadas configuran un importante sector de la actuación cotidiana de la administración pública en México, con caracteres propios que permiten distinguir las de los tres otros niveles de cometidos, por lo cual cabe estudiar estos cometidos bajo el nombre de cometidos agropecuarios, industriales y mercantiles del Poder Público o, más clásicamente, *cometidos privados del Poder Público*. Habiendo ya explicado la naturaleza genérica del concepto de cometidos, con relación a sus especies de las cuales la presente es la cuarta y última, se comprende que ésta no sea mencionada en los manuales que engloban "a la francesa" todos los "cometidos" bajo el rubro tradicional y lato de los "servicios públicos"; idéntica omisión, igualmente inaceptable, caracteriza a los manuales que margina estas actividades del derecho administrativo, considerándolas con criterio formalista como de derecho privado, sin reparar en la gravitación ciertamente orgánica pero inclusive de funcionamiento, que en ellas tienen los principios, las instituciones y el régimen mismo del autónomo derecho de la administración pública.

46.E) *Régimen jurídico.*—Respecto de estos cometidos privados del Poder Público, proceden ciertos señalamientos relativos a su régimen jurídico: las modalidades de la actuación administrativa (a), el acuerdo de un acto legislativo (b), el principio de la aplicación del derecho público y sus matices (c), la subsistencia de las potestades administrativas

(67) Un ejemplo muy claro es el de la Compañía Nacional de subsistencias populares (CONASUPO), quien se disputa los clientes, con otros grandes establecimientos comerciales, afamados por su excesiva publicidad. Lo mismo puede decirse de los servicios turísticos, hotelería especialmente, que proporcionan entidades públicas, como el Turismo para los derechohabientes del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, o TURISSSTE, en relación con las grandes corporaciones transnacionales y las muy lucrativas empresas nacionales del ramo. En este sentido, cfr. MARTÍNEZ-CALVILLO, Salvador (coordinador, en equipo con ABREGO-SANTOS, Rosario; CARRILLO-LÓPEZ, Alberto; y SÁMANO-MARTÍNEZ, Roberto), *Teoría general de los cometidos del Poder Público*, ciudad de México: U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", marzo 1986, 26 págs., su pág. 24, en nota 2.

típicas (d) y los intensos controles y limitaciones que afectan a ciertas actividades individuales (e).

47.a) *Un derecho individual: actuación administrativa directa o indirecta.*—En primer lugar, los particulares tienen un derecho individual, constitucionalmente protegido, para desarrollar estas actividades, para las cuales no requieren el consentimiento del Poder Público, salvo la exigencia legal eventual de licencia o permiso y, todo ello, sin perjuicio de los requisitos de policía, sanidad, higiene, tributarios, etc. Por encontrarnos en el marco de la libertad constitucional de trabajo, la *directa actuación* de la administración pública en este campo requiere acto legislativo, ley o decreto, federal o estadual, que la legitime para ello, sin que su actuación excluya la iniciativa privada frente a la cual se encontrará en régimen de libre concurrencia. Naturalmente que, respecto de las empresas públicas integradas mayoritaria o minoritariamente por el Poder Público, esta modalidad mercantil de la administración pública mexicana permite también su *indirecta actuación* por la aplicación automática de la legislación mercantil y de la Ley General de Sociedades Mercantiles, lo cual no deja de crear ciertas complicaciones y perplejidades en la práctica, de las cuales se ha hecho eco la doctrina⁽⁶⁸⁾.

48.b) *El requisito del acto legislativo.*—En segundo lugar, como no estamos ante actividades exclusivas de la soberanía, ni ante actividades que exijan actos de concesión o de autorización para su prestación por los particulares, rige en principio en forma irrestricta la libre concurrencia. Para libérrala, o para excluirla, mediante la atribución o monopolio de alguna de estas actividades a un organismo o empresa de la administración pública, se requiere el acuerdo de un acto legislativo⁽⁶⁹⁾ que, para la esfera de las entidades federativas y a falta de texto expreso, deberá ser una ley estadual⁽⁷⁰⁾.

49.c) *El derecho público y sus matices.*—En tercer lugar, estos cometidos agropecuarios, industriales y mercantiles del Poder Público admiten más fácilmente la aplicación de los derechos social y privado, sea a texto expreso o por analogía⁽⁷¹⁾, pero sin excluir las normas de derecho público que sigue siendo el derecho de principio. Por ejemplo, todo lo relativo a la organización, competencia y contralor de las instituciones administrativas que realizan estos cometidos, se regula casi exclusivamente por el derecho público, y en casos típicamente mer-

(68) Cfr. MADRID-HURTADO, Miguel de la, *Estudios de derecho constitucional*, 2a. ed., Ciudad de México: Porrúa S.A., 1980, pp. 35-57, esp. 48-52.

(69) "De acuerdo con las leyes", establece el art. 28, p. 6º *in fine*, constitucional.

(70) Cfr. art. 115, frac. III y X de la Constitución.

(71) SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Tratado...*, precitado en nota (43), t. I, pp. 384-388.

cantiles en que es empieza disponiendo que la actividad se regulará por el derecho privado, comienzan al poco tiempo a surgir reglas especiales que, poco a poco, van consagrando un régimen diferente que progresivamente se acerca a los sistemas de derecho público⁽⁷²⁾. En realidad, es el derecho público el que permite, expresa o tácitamente, la aplicación de las reglas del derecho privado y social.

50.d) *Subsistencia del régimen administrativo.*—En cuarto lugar, las potestades características del derecho público aparecen en menor escala que en los otros cometidos del Poder Público; pero no desaparecen por completo y de este modo se reconoce a las dependencias o entidades administrativas, el derecho de recurrir al ejercicio de la potestad expropiatoria, al beneficio de ciertos regímenes procesales y tributarios de excepción, etc.

51.e) *Las actividades individuales de interés público.*—En quinto lugar, como lo ha apuntado la doctrina mexicana⁽⁷³⁾, en el conjunto de estas actividades, las hay que satisfacen intereses meramente individuales y otras que llenan necesidades colectivas más intensas o que por sus características propias ponen en juego intereses más trascendentales, como en ciertos abastecimientos esenciales e impostergables (farmacia, carne, leche, pescado, pan, elote, tortilla, frijol). Dada la importancia de estas actividades individuales, además de su intervención directa mediante los organismos o empresas públicas competentes, el Estado las somete a una regulación y fiscalización más intensas, determinando minuciosamente la forma cómo deberán ser ejercidas, preceptuando condiciones técnicas, efectuando severos controles, imponiendo regímenes sistemáticos de aprobación y aún de autorización, etc.

El régimen jurídico especial de estas actividades justificará, quizás con el tiempo, que se las examine separadamente, distinguiéndolas de los cometidos privados corrientes de la administración pública. En este sentido, se ha sugerido, atendiendo a los intereses colectivos generales que afectan, que se las califique como *actividades individuales de interés público*. Esta terminología así diferenciada, sin llegar a ciertas distinciones doctrinales que podrían parecer excesivas⁽⁷⁴⁾, destaca la posición de los parti-

(72) Así, respecto del cometido de banca y crédito, las Leyes reglamentarias del 31 de dic. 1982 y de 14 ene. 1985, y la Ley federal de las entidades paraestatales de 1986.

(73) Cfr. con los colegas precitados en nota (67): MARTÍNEZ-CALVILLO, Salvador (coordinador, en equipo con ABREGO SANTOS, Rosario; CARRILLO LÓPEZ, Alberto; y SÁMANO MARTÍNEZ, Roberto), *Teoría general de los cometidos del Poder Público*, quienes siguen aquí (p. 24 en nota 2) expresamente a SAYAGUES-LASO, Enrique, *Tratado...*, precitado *supra* en nota (33), t. I, p. 86.

(74) Las que llevan a calificar dichas actividades como "servicios públicos impropios"; Cfr. BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo (Legislación administrativa argentina)*, Buenos Aires: El Ateneo, 4 vols. 1947, en su vol. I, pp. 153-156, esp. nota (62) de p. 154.

culares que explotan estas actividades, la cual es algo diversa de los cometidos puramente privados, pero *sin que quepa en modo alguno equipararlas a la especie de los cometidos de servicio público*. En efecto, los particulares que actúa en este tipo de negocios, lo hacen en el ejercicio de un derecho constitucional de libertad individual, *cualquiera que sea la severidad de las condiciones y limitaciones a que los someta la administración pública*. Por el contrario y como vimos extensamente en los apartados V y VI, los particulares no intervienen por derecho propio en la prestación de cometidos de servicio público sino que, para ello, se requiere conferirles una ampliación de su esfera individual de acción, mediante un acto administrativo de concesión.

— VIII —

RECAPITULACION DE CONCLUSIONES

1. La administración pública intervencionista fundamentada en la Constitución federal de 1917, sus adiciones y modificaciones, coincide en sus objetivos supremos con la cameralística⁽⁷⁵⁾ del siglo XVIII: la protección del interés público, la lucha contra la pobreza y la búsqueda del bienestar y cultura del pueblo (*supra*, Nos. 1-4).

2. La ejecución de las nuevas responsabilidades prestacionales de la Administración, lleva jurídicamente a la definición de los conceptos de función del Poder Público, Poder del Estado, facultad del órgano administrativo y cometidos del Poder Público (*supra*, Nos. 5-8).

3. Las cuatro funciones del Poder Público (constituyente, legislativa, jurisdiccional y administrativa) configuran la "función del Poder Público", categoría abstracta y universal, válida para todos los países y para todas las épocas. Por el contrario, los cometidos del Poder Público son una categoría concreta, particular a cada país y a cada época, según el variable grado de intervencionismo del Estado en la vida económica y social (*supra*, No. 9), mediante acciones de su administración.

4. *Estas acciones o tareas concretas en función administrativa que, en regímenes jurídicos que van de la plena soberanía hasta los regidos por los derechos social y privado, brindan prestaciones obligatorias a los destinatarios de la actuación pública, reciben el nombre de cometidos del Poder Público.*

(75) Cfr., por todos, GUERRERO-OROZCO, *La teoría de la administración pública*, ciudad de México: Harper & Row Latinoamericana, "Estudio preliminar" de León CORTIÑAS-PELÁEZ, 1986, 420 págs.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

5. Los cometidos del Poder Público son una categoría comprensiva de la totalidad de las actividades administrativas, cuya generalidad nos permite especificarlos en cuatro niveles, de grados decrecientes de participación del Poder Público en la vida social y económica de un país.

6. En la inteligencia de que se trata de categorías históricamente condicionadas, entre las cuales las variaciones del derecho positivo, inclusive en un mismo país, permiten transiciones eventualmente casi imperceptibles, de un nivel a otro, podemos establecer que *son determinants*, entrelazadamente, *los actos jurídicos y el régimen normativo predominante en las relaciones entre la administración y los destinatarios de sus prestaciones*.

7. En este sentido, tenemos un primer nivel, el de los cometidos esenciales, como defensa nacional o la banca de emisión, en el cual, mediante actos de imperio, se excluye toda participación de los particulares en la prestación de la actividad administrativa, cumplida en régimen estricto de derecho público que considera a sus destinatarios en calidad de súbditos (*supra* Nos. 10-15).

8. En un segundo nivel, el de los cometidos de servicio público, como la educación primaria y el agua potable, se permite la eventual participación de los particulares habilitados para su prestación bajo un acto de concesión, en régimen predominante de derecho público que requiere un previo acto legislativo y que coloca a sus destinatarios en la calidad estatutaria de usuarios (*supra*, Nos. 17-30).

9. En un tercer nivel, el de los cometidos sociales, como la educación superior y la vivienda, la prestación por los particulares se efectúa por derecho propio, en forma convergente con la de la administración que los autoriza, en régimen mixto crecientemente penetrado por los derechos social y privado y que coloca a sus destinatarios en la calidad, de interés social, de beneficiarios (*supra*, Nos. 31-40).

10. En un cuarto y último nivel, el de los cometidos privados del Poder Público, como los industriales, agropecuarios y mercantiles (siderurgia, pesca, turismo), el intervencionismo del Estado actúa en libre concurrencia con los particulares, en régimen predominante de derecho privado y que coloca a sus destinatarios en la calidad de clientes (*supra*, Nos. 42-50).

11. La teoría general de los cometidos del Poder Público, *entendidos como prestaciones obligatorias de la administración respecto de sus destinatarios, en todos sus niveles*, viene teniendo una creciente aceptación, no solamente en el campo del derecho comparado, sino en el reciente desarrollo doctrinal y legislativo mexicano (*supra*, No. 4 y su nota 16, y No. 16 y su nota 38).

ÁBREGO-SANTOS, Rosario; v. MARTÍNEZ-CALVILLO.

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, ciudad de México: Porrúa S.A., 4a. ed., 1981, XL-707 pp.

ACOSTA-ROMERO, Miguel, "Teoría general de la concesión", Caracas: *Archivo de derecho público y ciencias de la administración*, Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, vol. 2, 1970-1971, págs. 245-260.

BURDEAU, Georges, *Traité de science politique*, París: L.G.D.J., 2a. ed., 11 vols., 1966-1977, especialmente t. VI, vol. I, 1971, Nos. 6 y 117.

EIELSA, Rafael, *Derecho administrativo (legislación administrativa argentina)*, Buenos Aires: El ateneo, 4 vols., 1947.

CARRILLO-FLORES, Antonio, "Dr. Gabino Fraga Magaña, forjador del derecho mexicano moderno administrativo", en FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 23a. ed. póstuma, ciudad de México: Porrúa S.A., 1984, 506 pp.

CARRILLO-LÓPEZ, Alberto; v. MARTÍNEZ-CALVILLO, Salvador.

CASTILLO-MEJÍA, Héctor Lidio, *De las relaciones intraadministrativas e interadministrativas (Dos enfoques de la Reforma Administrativa)*, U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", tesis profesional aprobada con mención honorífica, 1979, 132 ff.

CORAIL, Jean-Louis de, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, París: L.G.D.J., Préface de Paul COUZINET, 1954, 394 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Desconcentración, servicio público, especialidad institucional y subjetividad financiera: de la privatización de los cometidos del Poder Público local en el caso de Boelstrónico", Jalisco: *Revista de la Facultad de Derecho/Universidad de Guadalajara*, 1986-87, 86 ff., en prensa.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Estudio preliminar" al manual de FAYAVIESCA, Jacinto, *Finanzas públicas*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., 1986, 447 págs.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Estudio preliminar" al manual de GUERRERO-OROZCO, Omar, *La teoría de la administración pública*, ciudad de México/Bootá/São Paulo: Harper & Row latinoamericana, 1986, 420 págs.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Entes autónomos de enseñanza en el Uruguay", en la obra *34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, selección, Introducción general y presentación por Alejandro NIETO-GARCÍA, Alcalá de Henares y Madrid: Instituto Nacional de la Administración Pública, 1983, 1200 págs., pp. 550-589; reproducción facsimilar del artículo aparecido en Madrid: *Revista de administración pública*, No. 40, ene-ab. 1963, pp. 465-503; ambas publicaciones reproducen, sin sus anexos, la versión originaria publicada en Montevideo: *La justicia uruguaya*, Doctr., 1963, pp. 85-115.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional*, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México/Coordinación de Humanidades, *Prólogo*, de Enrique GILES-ALCÁNTARA, 1982, 314 págs.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, recensión de "Bibliografía latinoamericana anotada" al manual de ACOSTA-ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, precitado *supra*, en ciudad de México: *Vivienda*, año VI, No. 6, nov.-dic. 1981, pp. 610-621.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "De la posibilidad de un derecho latinoamericano de los asentamientos humanos, el urbanismo y la vivienda", en la obra colectiva de SILVA-HERZOG FLORES, Jesús, GONZÁLEZ-AVELAR, Miguel y CORTIÑAS-PELÁEZ, León, directores, *Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda* (Cometido del Poder Público en la segunda mitad del siglo XX), ciudad de México: Porrúa S.A., *Prólogo* de Jesús SILVA-HERZOG FLORES, 1977, 788 pp., págs. 304.1.a a 328. Este mismo artículo tuvo el honor de ser reproducido en Maracaibo: *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 55, ene.-ab. 1979, pp. 51-83; y en San José de Costa Rica: *Revista de ciencias jurídicas*, No. 37, ene.-ab. 1979, pp. 209-249.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Prólogo", a la obra de HABA, Enrique-Pedro, *La idea del totalitarismo y la libertad individual* (Autopsia de una noción mistificadora), Bogotá: Temis, 1976, XXXVI-256 p.

CORTIÑAS PELÁEZ, León, *Las ciencias administrativas en América Latina*, Caracas: Universidad Central de Venezuela/Instituto de derecho público, 1972, 124 pp.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, recensión de "Bibliografía latinoamericana anotada", al manual de FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 13a. ed., ciudad de México: Porrúa S.A., 506 pp.; publicada en *Archivo de derecho público y ciencias de la administración*, Caracas: Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público, vol. 1, 1968-1969, 1971, pp. 625-630.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León (en colab. con Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA), "Organización administrativa de las áreas metropolitanas", Santiago de Chile: *Crónica del V Congreso hispano-luso-americano-filipino de Municipios*, ed. Madrid: Instituto de Estudios de administración local, t. II, pp. 41-81, nov. 1969; reproducido en Montevideo: *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, 1971, t. 70, pp. 1-20; y en ciudad de México: *Vivienda*, órgano de INFONAVIT, en versión actualizada bajo el título "Del gobierno y administración de las zonas metropolitanas", año 2, No. 10, junio 15 de 1977, pp. 2-33.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Introducción general: Una concepción planetaria del Hombre y del derecho público", en el *Homenaje a Sayagués-Laso*, citado *infra*, por este autor, t. I, pp. XLIII a CLIX.

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "La nueva estructura administrativa de la Universidad del Uruguay: El cogobierno de los estudiantes", Montevideo: *La Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, ag.-sept. 1962, t. 58, Nos. 8-9, pp. 182-201.

CHUAYFFET-CHEMOR, Emilio, "Derecho administrativo", en *Introducción al derecho mexicano*, ciudad de México: U.N.A.M., 1981.

DUGUIT, León, *Traité de droit constitutionnel*, París: Boccard, 3a. ed., 3 vols., 1927-1929.

EISENMANN, Charles, "Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif", en el *Homenaje a Sayagués-Laso*, citado *infra*, por este autor, t. IV, pp. 417-438.

FAYA-VIESCA, Jacinto, *Finanzas públicas*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., "Estudio preliminar" por León CORTIÑAS-PELÁEZ, 1986, 447 págs.

FERNÁNDEZ-IBARRA, Marcela, *El fideicomiso público como institución administrativa paraestatal* (Algunos aspectos, en el marco de los derechos administrativos y financieros, en cuanto derecho constitucional concretizado), U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", tesis profesional aprobada con mención honorífica, 1985, 507 ff.

FLEINER, Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, París: Delagrave, trad. del alemán por Charles EISENMANN, 1933, 280 págs.

FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 23a. ed. póstuma, revisada y actualizada por Manuel FRAGA-MOURET, ciudad de México: Porrúa S.A., 1984, 506 págs.

"FRAGA, Gabino: La concepción de la administración pública al través del derecho administrativo mexicano. Pasado y presente", ciudad de México: No. de Homenaje de la *Revista de administración pública/I.N.A.P.*, nov. 1982, 413 pp.

GARCÍA, Filiberto, *Aspectos jurídicos de la intervención del Poder Público, a través del fomento, en la economía* (El caso de los estímulos), U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", tesis profesional, 1986. 428 ff.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid: Civitas ts. I (4a. ed.) y II (2a. ed.) 1986, 764 y 626 pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (en colaboración con CORTIÑAS-PELÁEZ, León), "Organización...", precitado *supra*, por este último autor.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos", Madrid: *Revista de administración pública*, 1953, No. 12, pp. 129-158.

GONZÁLEZ-COSÍO, Arturo, *El juicio de amparo*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., *Prólogo* de León CORTIÑAS-PELÁEZ, 1985, 305 págs.

GONZÁLEZ-COSÍO, Arturo, *El Poder Público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., 1982, 251 pp.

GRIMM, Dieter, *Solidarität als Rechtsprinzip* [La solidaridad como principio jurídico], Frankfurt: Athenäum Verlag, 1973, 122 pp.

HABA, Enrique-Pedro, *La idea del totalitarismo y la libertad individual* (Autopsia de una noción mistificadora), Bogotá: Temis, *Prólogo* de León CORTIÑAS PELÁEZ, 1976, XXXVI-256 pp.

LASKI, Harold, "Introducción" a su versión inglesa de DUGUIT, León, *Law in the modern state*, 1919, reimpression en Nueva York: Howard Fertig, 1970, XLIV-247 págs.

LATOURNERIE, R., "Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie? Convalescence? ou Jouvence?", París: *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1960, p. 61 ss.

MADRID-HURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México: I.C.A.P. del P.R.I., 1982, *Presentación* de Miguel ACOSTA-ROMERO.

MADRID-HURTADO, Miguel de la, *Estudios de derecho constitucional*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., 1980, *Presentación* de Héctor FIX-ZAMUDIO.

MAIER, Hans, "Verwaltungslehre und politische Theorie" [Doctrina administrativa y teoría política], en el *Homenaje a Sayagués-Laso*, citado *infra*, por el apellido de este autor, t. I, pp. 781-802.

MAYER, Otto, *Le droit administratif allemand*, París: V. Giard et E. Brière, 4 vols., 1904-1906.

MARTÍN-MATEO, Ramón, *Manual de derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 8a. ed., 1986.

MARTÍNEZ-CALVILLO, Salvador (coordinador, en equipo con ÁBREGO-SANTOS, Rosario; CARRILLO-LÓPEZ, Alberto; y SÁMANO-MARTÍNEZ, Roberto), *Teoría general de los cometidos del Poder Público*, ciudad de México U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", marzo 1986, 26 págs.

MARTÍNEZ-CASTAÑÓN, José Antonio, *El interés público y la intervención estatal*, U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", tesis profesional de licenciatura aprobada con mención honorífica, 1984, 423 ff.

MAZÈRES, Jean-Arnaud, *Véhicules administratifs et responsabilité publique*, París: L.G.D.J., *Préface* de Paul COUZINET, 1962, 637 pp.

NIETO-GARCÍA, Alejandro, "La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo", Madrid: *Revista de administración pública*, No. 76, ene-ab. 1975, pp. 9-35; ahora recopilado en la extraordinaria obra del propio NIETO (selección, Introducción General y presentación), *34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*, Madrid y Alcalá de Henares: Instituto Nacional de la administración pública, 1983, 1200 págs., en sus pp. 879-901.

PÉREZ y PÉREZ, Marcial, *Teoría de los cometidos del Poder Público*, U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 16 de enero de 1985, 20 págs.

Problemas de las áreas metropolitanas, ponencias presentadas al Congreso sobre problemas metropolitanos, celebrado en Toronto, con ocasión del centenario de Canadá, *Reconocimiento* por Ramón MARTÍN-MATEO, *Introducción a la edición española* por Warren HURST, Madrid: I.E.A.L., 1969, 871 pp.

RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Turín, 1894.

REVISTAS, en orden alfabético de las mismas:

Archivo de derecho público y ciencias de la administración, Caracas: Universidad Central de Venezuela/Instituto de Derecho Público.

La justicia uruguaya, Montevideo: Diario de jurisprudencia de los tribunales.

Revista da Faculdade de Direito, São Paulo/Brasil: Universidade de São Paulo.

Revista de administración pública, Madrid: Instituto de Estudios políticos hasta 1977 y, desde entonces, Centro de Estudios Constitucionales.

Revista de administración pública, ciudad de México: Instituto Nacional de Administración Pública.

Revista de ciencias jurídicas, San José: Universidad de Costa Rica/Facultad de Derecho y Colegio de Abogados.

Revista de derecho, Concepción de Chile: Universidad de Concepción/Es-cuela de Derecho, Editorial Jurídica de Chile.

Revista de derecho, jurisprudencia y administración, Montevideo: Fundación jurídica del Uruguay.

Revista de la Facultad de Derecho, Valencia, Venezuela: Universidad de Carabobo.

Revista de la Facultad de Derecho, Maracaibo: Universidad del Zulia.

Revista de la Facultad de Derecho de México, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo: Universidad de la República.

Revista del instituto de derecho comparado, Barcelona: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Revista Judicial, San José, de Costa Rica: Corte Suprema de Justicia.

Revista mexicana de ciencia política, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México/Facultad de Ciencias Políticas y Sociales.

Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, París: L.G.D.J.

Revue internationale de droit comparé, París: Société de législation comparée.

Tijdschrift van de vrije universiteit van brussel, Bruselas/Amberes: Universidad Libre de Bruselas.

Vivienda, ciudad de México: INFONAVIT.

SÁMANO MARTÍNEZ, Roberto; v. MARTÍNEZ-CALVILLO, Salvador.

SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., actualizada por Daniel-Hugo MARTINS, Montevideo: Barreiro y Ramos S.A., 8 vols., 1974.

SAYAGUÉS-LASO, Enrique, *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX — Homenaje a*, Dirección, Introducción general y anotaciones por León CORTIÑAS-PELÁEZ, Madrid: Instituto de estudios de administración local, 5 vols., 1969, *Préface* de Marcel WALINE.

BIBLIOTECA, FACULTAD
DE DERECHO

SAYEG-HELÚ, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano*, ciudad de México: Cultura y Ciencia Política A.C., *Prólogo* de Jorge Gabriel GARCÍA-ROJAS, 4 vols., 1972-1975.

SCHEUING, Dieter-Helmut, "La protection des droits fondamentaux en République Fédérale d'Allemagne", en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del Siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, *Préface* de Marcel WALINE, t. III, pp. 307-359.

SCHEUING, Dieter-Helmut, *Les aides financières publiques (aux entreprises privées en droit français et européen)*, París: Berger-Lévrault, *Préface* de Prosper WEIL, 1974, 381 pp.

SCHEUNER, Ulrich, "Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neuen Staatslehre" en HESSE, Konrad; REICKE, Siegfried; SCHEUNER, Ulrich, (directores), *Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, Tubinga: Mohr, 1962, 466 pp., esp. 225-260.

SILVA-CIMMA, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 3a. ed., 2 vol., 1968-1969.

SILVA-CIMMA, Enrique, "Panorama y perspectivas de la crisis institucional chilena" *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del Siglo XX, Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, *Préface* de Marcel WALINE, 1969, t. IV, pp. 553-551.

SILVA-HERZOG FLORES, Jesús; GONZÁLEZ-AVELAR, Miguel y CORTIÑAZ-PELÁEZ, León, directores, *Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda (Cometido del Poder Público en la segunda mitad del siglo XX)*, ciudad de México: Porrúa, S.A., *Prólogo* por Jesús SILVA-HERZOG FLORES, 1977, 788 pp.

WOLFF, Hans-Julius, "Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones", en el *Homenaje a Sayagués-Laso*, precitado *supra*, t. V, pp. 349-382.

ZANOBINI, Guido, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, Milán: Giuffrè, 1935.

LA CONTRATACION DIRECTA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Catedrático Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Profesor de Derecho Administrativo

SUMARIO

Siglas más usadas

Resumen

- I. Introducción
- II. Definición
- III. Sistema de autorización caso por caso ("sistema de excepciones a la licitación")
- IV. Análisis de los casos
 - 1) Primer caso
 - 2) Segundo caso
 - 3) Tercer caso
 - 4) Cuarto caso
 - 5) Quinto caso
 - 6) Sexto caso
 - 7) Sétimo caso
 - 8) Octavo caso
 - 9) Noveno caso
- V. Otras situaciones y normativas
 - 1) Donaciones
 - 2) Permuta de bienes y sustitución de equipo
 - 3) Fajas de terrenos nacionales o municipales
 - 4) Transporte de empleados y funcionarios públicos
 - 5) Autorizaciones de la Contraloría
 - 6) Necesidad de la autorización Contralora
 - 7) Solicitud de autorización
 - 8) Presentación de plicas
 - 9) Consultas y negociación ventajosa
 - 10) Garantía; y, documentación necesaria
 - 11) Caso especial del Tribunal Supremo de Elecciones (Inconstitucional e inadmisibile)
 - 12) Tarifas y compensaciones económicas

VI. A modo de conclusiones

Bibliografía de referencia

Siglas más usadas

LAP	Ley de administración pública
LARF	Ley de administración financiera de la República
C	Contraloría General de la República
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas
RJ	Revista Judicial
D	Decreto ejecutivo
H	Ministerio de Hacienda
RCA	Reglamento de la contratación administrativa
Art.	Artículo
Plan	Ministerio de Planificación
LCE	Ley de contratos del Estado
J	Ministerio de Justicia
CP	Constitución Política
L	Ley

RESUMEN

Lo relativo a la contratación directa implica que el Estado puede contratar directamente (en un mercado monopólico) de conformidad con la Ley y en casos sumamente excepcionales, ya que la regla o la norma es la licitación, tal y como lo dispone el artículo 182 de la Constitución Política:

los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas (se debe decir "descentralizadas" y no "autónomas" (1)), las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.

Se trata de una temática controversial, ya que siempre se discute acerca de las deficiencias de estas vías para evadir la licitación, como camino idóneo para la negociación de la Administración Pública.

(1) Cf. nuestro estudio *Estado y derecho administrativo. La descentralización a debate* (San José: Facultad de Derecho. UCR. 198).

I. Introducción

Si bien es cierto que la contratación directa se presenta como una vía de excepción en la contratación de la Administración Pública, también lo es que tiene importancia cualitativa y cuantitativamente.

Se analizarán aquí los supuestos o casos en los cuales procede la negociación directa dentro de esa óptica de constituir sendas no regulares para que el Estado contrate.

II. Definición

La negociación directa del Estado, de acuerdo con los procedimientos legales, es la excepción a la licitación o concurso público⁽²⁾.

Por esta vía la Administración Pública está facultada para contratar (sin concurso, sin licitación) con un oferente, *como si se tratara de un particular*, que con fondos privados, negocia con otro sujeto de derecho privado al amparo de la legislación común o civil. Sin embargo, esa es mera apariencia, ya que sustantivamente, lo que se está dando es un contrato público sujeto al derecho administrativo llevado a cabo por un ente no-privado, sino público.

Claro está que esa negociación directa debe y tiene que sujetarse a las reglas de excepción que establece el dercho administrativo.

El artículo 197 del RCA se refiere al tema en cuestión de la siguiente manera:

La contratación mediante los procedimientos de concurso que establece la ley, constituye la forma normal o idóneo para obligar a la Administración. Consecuentemente, la contratación directa, resulta, en los casos autorizados que seguidamente se regulan, la excepción a los referidos procedimientos.

Esa redacción requiere, en nuestro criterio, una modificación, así:

la contratación por medio de los procedimientos del concurso público o licitación pública, establecidos por la Ley, constituyen la

(2) Máximo Bezzi, Osvaldo *El contrato de obra pública* (Buenos Aires. Ed. Ebeledo-Perrot, 1982, pp. 92 y 93).

manera regular de negociar el Estado. De conformidad con lo anterior, la contratación directa es una forma excepcional de negociación de la Administración Pública, sujeta a la autorización expresa y respectiva.

III. Sistema de autorización: caso por caso

El RCA establece un sistema de autorización casuístico; es decir, caso por caso. *Prima facie*, estaríamos ante un modelo cerrado, empero, esos casos —como estructura— no es cerrado, ya que presenta una brecha importante, como lo señalaremos *infra*.

IV. Análisis de los casos

1) Primer caso

El artículo 198 del RCA manda que como primera excepción a los procedimientos del concurso o licitación, queda expresamente autorizada la contratación directa *cuando* el monto estimado del negocio o contrato sea *inferior* a los siguientes límites a los cuales hace referencia el numeral 24 de este mismo reglamento⁽³⁾.

Primer grupo	Q 10.000
Segundo grupo	Q 5.000
Tercer grupo	Q 3.750

(3) *Artículo 24 RCA*: para los efectos de la determinación del procedimiento de selección a seguir en la contratación administrativa, los entes estatales se clasifican en tres grupos conforme al monto del presupuesto ordinario originalmente autorizado; entendiéndose por éste, el presupuesto financiado con los recursos propios y normales del ente para la satisfacción de sus necesidades ordinarias. Tales grupos son:

- I Administraciones con un presupuesto superior a diez millones de colones.
- II Administraciones con un presupuesto entre uno a diez millones de colones.
- III Administraciones con un presupuesto inferior a un millón de colones.

A los indicados fines, las dependencias del Poder Ejecutivo y de los demás Poderes y órganos del Estado, en cuanto servidas en la contratación administrativa por la Proveeduría Nacional, se entenderán incluidas en el primer grupo.

Se trata de una clasificación empírica y muy débil en estas épocas, devaluación monetaria y en, fin, de crisis en el sistema económico.⁽⁴⁾ Se trata, pues, de un caso regido por el criterio del monto de los presupuestos de las entidades públicas.

2) Segundo caso

Como segunda excepción a los procedimientos de la licitación, se da la negociación directa en el supuesto de que el negocio que se quiera efectuar sea la *actividad ordinaria* del ente contratista.

Se entenderá por *actividad ordinaria*, únicamente la que realza la Administración Pública dentro del ámbito de su competencia mediante una actividad o servicio (que es la prestación última para el cumplimiento de sus objetivos) cuya materialización o realización comercial regular, constante, permanente o frecuente con los llamados usuarios (del servicio⁽⁵⁾ o actividad pública), tanto como el dinamismo que la naturaleza de su tráfico (mercantil o comercial) le impone, resultan incompatibles con el procedimiento de la licitación o concurso.

Tal es el mandato del artículo 199 del RCA, en lo que atañe al concepto de *actividad ordinaria* o servicio público esencial de la Administración Pública, como por ejemplo: la venta de pólizas de vida, derechos telefónicos, pajas de agua, por los respectivos entes de la Administración.

Ese mismo numeral expresa que no se tienen por incluidos en la definición anterior de *actividad ordinaria*, entre otros (es decir, "por ejemplo", se trata de *numerus apertus*, por mera vía ilustrativa):

* los contratos que la Administración celebre *para su instalación* =

compra o arrendamiento de edificios, mobiliario, construcción de obras, etc.;

* *para su funcionamiento* =

arrendamiento o compra de equipos, vehículos, materiales, útiles, combustibles, etc.

* *para el transporte de productos para su uso o comercio; y,*

(4) Cf. nuestras investigaciones *algunas notas sobre los diversos enfoques acerca de la crisis* (Costa Rica) (San José: Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1985). *La deuda externa: un debate crucial* (en prensa, 1987).

(5) Nuestro estudio sobre *El servicio público* (San José: Facultad de Derecho, 1984. UCR).

* *la información y prestación ajenas a la finalidad inmediata de su servicio público asignado.*

La Contraloría General de la República (CGR) tendrá a su cargo y responsabilidad de delimitación y fijación de la *actividad ordinaria*⁽⁶⁾ propia de ciertos entes públicos, por medio de un acuerdo que se publicará en La Gaceta (Diario Oficial).

En última instancia, es la Contraloría (CGR) la que calificará cuando se está en presencia de un servicio público, como actividad ordinaria del ente, para los efectos de que se ubique en este supuesto y pueda la Administración negociar directamente (en forma legal) los trámites de la licitación.

3) Tercer caso

Se trata del supuesto de un mercado monopólico del lado de la oferta o del oferente.

A él se refiere el numeral 200 del RCA cuando manda que se autorizará la negociación directa en el supuesto que se constate que *solo una persona* está en condiciones de comprometerse (o de negociar), de acuerdo a la naturaleza del contrato y las circunstancias propias de la negociación.

A continuación el numeral citado, señala varios supuestos, dentro del sistema de *numerus apertus*, ya que se trata de ejemplos; y, por ende, se admiten otros posibles casos o situaciones.

Los casos por vía de ejemplo que se dan, son los siguientes:

1) *compra de mercadería exclusivas.*

Es decir, aquellos bienes que en razón de patente de invención sólo sean elaborados, manufacturados o producidos por una empresa, siempre que no existan en el mercado mercaderías análogas sustitutivas.

2) *Adquisición de repuestos genuinos.*

Es el supuesto de la compra de dichos repuestos manufacturados por la propia fábrica de los equipos principales; y, que en el país solo exista un distribuidor autorizado por la citada fábrica.

(6) Cf. nuestra investigación sobre *el concepto e implicaciones de la actividad ordinaria* (San José: inédito, 1987).

3) *Compra de inmueble.*

Las razones que pueden justificar la adquisición de un inmueble mediante la contratación directa, vienen dadas por su ubicación o localización, naturaleza, condiciones y otras características de la propiedad que configuren el supuesto de que es único para la finalidad que tiene la Administración.

Por lo que se refiere al *precio* del inmueble, la Contraloría (CGR) no autorizará la negociación directa por una cantidad de dinero mayor que la fijada por la Dirección General de la Tributación Directa (DGTD).

Añade este numeral, que si por el mayor precio de la propiedad (respecto del indicado por la DGTD), el negocio no se puede llevar a cabo, la Administración gestionará la vía de la *expropiación*.

4) *Bienes o servicios "únicos".*

También se puede negociar por el canal de la negociación directa, la adquisición de bienes o de servicios que por su naturaleza intelectual o artística, o por su carácter (razón ontológica); o, por sus medios técnicos exclusivos, se estimen al margen de la competencia de mercado.

Parte de las circunstancias que indujeron a incluir este caso, se centra en el interés de algunos bancos estatales de comprar pinturas elaboradas por artistas costarricenses muy bien cotizados en el mercado.

Una de las razones que se argumentaron a favor de este supuesto fue que el Estado como tutor de la sociedad, por medio de sus bancos, se encargaría de adquirir esos cuadros o pinturas para proteger el patrimonio nacional y que no salieran del país.

5) *Unico fabricante.*

La adquisición de bienes y servicios elaborados por empresas nacionales a precio de mayorista (al por mayor), para aquellas situaciones en que exista solo un fabricante.

4) *Cuarto caso*

Aquí se está ante el supuesto de *seguridades específicas*. El numeral 201 lo expresa de la siguiente manera:

se admitirá la negociación directa cuando la contratación necesite de *seguridades* determinadas que hagan que no exista interés en convocar o invitar a otros oferentes. Se participa en el negocio a aquel aplicante que llena esos requerimientos de *seguridad* y que a la vez la garantiza.

El numeral entra a detallar lo que enunció en el primer párrafo expresando que una negociación necesita de esas *seguridades* cuando se trata, *fundamentalmente* de:

- 1) *Sistemas de protección* para reducir las posibilidades de violación o robo en lugares de trabajo, de almacenamiento o de custodia de bienes, valores o documentos.
- 2) *La confección e impresión de moneda*, especies fiscales u otros valores similares, los cuales la Administración no suele confiar a cualquier empresa, sino a determinada sociedad mercantil.
- 3) *Compra de armas*, municiones y pertrechos para uso de los cuerpos de orden y seguridad nacional o cuerpos de vigilancia institucional.
- 4) *Reparación de maquinaria*, cuando sea necesario el desarme de la misma para realizar trabajos imprevisibles que se deven llevar a cabo en un "taller de reparación" bien conocido por su calidad, garantías técnicas, eficiencia, responsabilidad; teniendo como una base un *precio alzado*; o bien, una estimación (aquí lo que agrega el numeral: "aproximada", sale osbrando, ya que toda "estimación" es "aproximada") del *precio* con el fin de pagarle en su oportunidad de cauerdo a una liquidación precisa y detallada.

5) *Quinto caso*

Contratos inter-institucionales

Se permite la contratación directa entre instituciones de derecho público, agregando el numeral 202 que sin más limitación que la determinada por su competencia.

Este numeral señala una salvedad a esa negociación, al decir que con la excepción que se encuentra en el *artículo* 208 (que después indicaremos) *no se podrán* efectuar operaciones entre esas instituciones cuando signifiquen una condonación de un 10% o más del valor de las obras, bienes muebles o servicios contenidos en el contrato, de conformidad con el estudio económico o peritaje correspondiente. Por supuesto, aclara este artículo, que quedan advertidas las autorizaciones de la Asamblea Legislativa en esta materia, ya que tienen rango de Ley y prevalecen sobre lo que disponga este reglamento.

Finalmente, este numeral agrega que en lo que al *precio de venta* de inmuebles entre las citadas personas de derecho público, rige lo que establece el artículo 26 RCA, el cual manda:

La estimación del precio de base para la venta de inmuebles del dominio público o privado del Estado o de sus instituciones, se hará por medio del avalúo reciente de la oficina especializada de la Dirección General de la Tributación Directa (DGTD). Dicha base sólo podrá ser rebajada con autorización de la Contraloría General (CG), en un nuevo procedimiento de *concurso*, hasta en un 20% en el supuesto de una *licitación*⁽⁷⁾ fallida o infructuosa.

6) Sexto caso

Este sexto caso se refiere a los contratos que la Administración realice con:

- * gobiernos o entidades de otros países,
- * organismos nacionales o extranjeros de utilidad pública o bien social, ajenos al espíritu de lucro.

Con el fin de realizar el negocio directo (sin concurso, sin licitación), la Administración Pública que el gasto por ese concepto *no* exceda los *límites de lo razonable* (concepto jurídico indeterminado) de acuerdo a los precios que se establezcan (por el mercado) en negocios análogos, ya fuere en el mercado nacional o en el internacional, al tenor del numeral 203 RCA.

7) Séptimo caso

Negocio sin lucro para el co-contratante con el Estado

Este supuesto se refiere a los negocios con personas físicas o entidades privadas que, en el caso concreto de esa negociación, carezcan del ánimo de lucro (*animus lucrandi*). Es decir, se trate de una ayuda evidente y tangible para el Estado o sus instituciones.

Añade el numeral 204 RCA que se está en este supuesto cuando el valor del negocio sea inferior al precio real de mercado en un tercio o más. El *modus operandi*, para determinar el valor real de mercado lo fijará la Dirección General de la Tributación Directa (DGTD) cuando se trate de adquisición de bienes inmuebles. Cuando se está ante la compra de otro tipo de compra o contrato (de bienes o de servicios), la propia Administración interesada, mediante un perito, establece ese precio real de mercado.

(7) Los términos *licitación* y *concurso* son sinónimos.

8) Octavo caso

Supuesto de la urgencia

Este es el caso más antiguo o el que dio lugar a las excepciones, ahora ya clasificadas y sistematizadas a lo largo del tiempo. Las vías fuera del concurso o licitación (que es lo mismo), nacieron a raíz del argumento de la "urgencia". Después, como no era suficiente el pretexto de la "urgencia", le agregó la Administración interesada "apremiante", lo cual era innecesario, desde el punto de vista del idioma, ya que se supone que toda urgencia es apremiante.

Ante esta situación, el mismo numeral trata de precisar un poco este caso, al decir que se entiende por "urgencia apremiante" aquella *imperiosa* en razón de los *intereses graves* que encierra y de manera especial la que se relaciona con situaciones de emergencia nacional o local (regional), en donde la necesidad de negociación no se pudo prever o financiar con la anticipación debida o necesaria en punto a observar o seguir los trámites normales del concurso o la licitación. El numeral usa una expresión más genérica aquí: para seguir los trámites normales de la contratación administrativa.

Interesante aquí es destacar que ese estado de emergencia nacional o regional, lo puede establecer la Contraloría sin necesidad que así lo indique el Poder Ejecutivo (mediante decreto) o la Asamblea Legislativa (por medio de una ley).

Se trata de un estado de emergencia advertido y admitido por la Contraloría, sin que medie una declaratoria oficial de parte del Estado.

9) Noveno caso

Licitación fallida o infructuosa

En síntesis se trata del supuesto de un concurso que no llegó a su objetivo: la selección del contratista público.

El numeral 206 lo manda del siguiente modo:

Se autorizará la contratación directa cuando se de una licitación fallida o infructuosa. Se entenderá por esa clase de licitación aquella en la que no se presentaron ofertas o plicas en el plazo indicado por el cartel para ese efecto; o, en el supuesto de que se recibieron ofertas o propuestas, pero se rechazaron todas porque la Administración estimó que perjudicaban sus intereses o no convenían a los mismos.

El numeral indicado expresa que existe una *salvedad* a ese enunciado general:

Cuando en el criterio de la Contraloría General (aquí cabe hacer la observación que hay un error de impresión, pues se lee "contratación", cuando debe decir "Contraloría") deba repetirse el procedimiento licitatorio para conseguir plicas sobre las mismas bases (teniendo en juego el mismo cartel); o, cuando tales bases del concurso deban cambiarse para facilitar una mayor concurrencia de ofertas.

10) Décimo caso

Se admite la negociación directa en los supuestos de construcción, instalación o provisión de oficinas o servicios en el exterior (embajadas, consulados, sucursales, etc.) en aquellos casos en que por la distancia o por otras razones de carácter jurídico, técnico o práctico, no es ventajoso o posible realizar un concurso o licitación en Costa Rica para esos efectos.

En esos supuestos, la Contraloría General podrá ordenar (más bien, se debe decir "autorizar", ya que la Contraloría en esta materia no puede "ordenar" su tarea se circunscribe a "autorizar") cierto tipo o clase de concurso o selección que se realizaría en el país donde se necesite hacer esa negociación.

¿Qué podrá ser "cierto tipo de concurso"?

Ello queda librado al criterio de la Contraloría. Consideramos, que aquí ese numeral se refiere a un concurso privado, en el cual se invitan a participar, por carta o medio de comunicación privada (particular) a dos o más empresas. Esto choca o contradice la autorización para negociar directamente establecida en este numeral 207 RCA, pero, ante la ausencia de controles eficaces en esta clase de negocios, se tiene a que al menos se haga una disimulada contratación directa, previendo —en lo posible— los posibles abusos que pudieran darse en estas contrataciones.

V. Otras situaciones y normativas

1.—Donaciones

Los salvamentos, artículos en desuso y los de desecho, con un valor en libros de contabilidad o de acuerdo al peritaje respectivo, que no exceda de mil colones (₡ 1.000) por unidad, podrán ser donados por las entidades públicas a otras entidades igualmente públicas (de derecho público), cooperativas o a organismos de bien social o de interés comunal (advertimos aquí el uso de tales conceptos jurídicos indeterminados).

Por lo que atañe a bienes de la misma naturaleza de los *supra* indicados (manda este numeral 208 RCA) de un precio mayor a los ₡ 1.000 y hasta los ₡ 10.000 podrán ser vendidos a aquellas mismas entidades indicadas por la mitad de su valor.

In fine, este numeral, expresa que aquellos negocios entre entes de derecho público que no se encuentren ubicados en este artículo, quedan comprendidos en la quinta excepción a la licitación o quinto caso de contratación directa, al tenor del numeral 202 *supra* mencionado.

También este artículo remite al decreto ejecutivo N° 8539 del 25 de abril de 1978, reglamento a la ley N° 6106 de noviembre de 1977 relativo a los bienes confiscados, caídos en comiso o no retirados por sus dueños.

2. Permuta de bienes y sustitución de equipo

Aquella permuta de bienes y la sustitución de equipo que se realice mediante contratación directa, al tenor de la normativa respectiva, tiene que contar con la autorización de la Contraloría General.

Aclara este artículo 29 RCA que los bienes o servicios objeto de la permuta que haga la Administración, serán exclusivamente aquellos de su propia industria o que sean excedentes.

3. Fajas de terrenos nacionales o municipales

Por lo que respecta a estas fajas (fracciones o pedazos) que existan en la orilla de una vía pública y que se quiera vender (no afectadas a un fin público ni a futuras ampliaciones de la vía), se le ofrecerán al dueño del bien inmueble colindantes con esas fajas, por el precio del avalúo que para ese efecto haga la Dirección General de la Tributación Directa (DGT), por medio de su oficina especializada.

Expresamente señala este numeral 210 RCA, que únicamente si ese dueño colindante de la respectiva faja, no manifiesta interés por adquirirla dentro del plazo de 30 días siguientes a la notificación formal del correspondiente acuerdo, se estará o se cumplirá con los trámites de la licitación o del remate, con la advertencia de que si el citado colindante de la faja de marras concurre o participa en la licitación o en el remate, tendrá derecho de preferencia en igualdad de condiciones.

Aún más, la Administración Pública del caso, está facultada —en casos especiales— darle facilidades económicas al particular colindante para que adquiera la faja, mediante un plazo de cinco años para pagar esa deuda, aval hipotecario, intereses del caso, luego de que el particular le muestra al ente público su deseo de comprar la faja dicha o que resulte adjudicatario en el concurso efectuado.

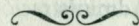
4.—Transporte de empleados y funciones públicas

El Estado está facultado para tomar en alquiler, como si fuera una *actividad ordinaria* (claro que, estrictamente, no es tal actividad, pero para los efectos de este reglamento queda equiparada), servicios de transporte de empleados y funcionarios públicos (agentes) *suos* con vehículo propio que, se vieren obligados a desplazarse para cumplir con su trabajo, de acuerdo a estas condiciones:

- * que exista un sistema de control interno eficiente que garantice el uso racional e impida abusos.

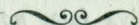
En la letra parece bien, pero en la práctica, podrá cumplirse con este requisito?

- * que se emita una reglamentación que regule ese tipo de servicios, incluyendo las correspondientes tarifas o régimen remunerativo; y,
- * que la implantación del sistema, tanto como su reglamentación, cuenten con la autorización de la Contraloría General.



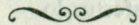
La Contraloría únicamente autorizará esta clase de contratación directa, como si fuere *actividad ordinaria* de la Administración, cuando:

- * se origine o nazca de una verdadera, real y efectiva necesidad de la entidad pública, y
- * que sea un factor o elemento de economía debido a que se evitan gastos o erogaciones innecesarias en la compra de vehículos, combustible, seguros, servicios personales, viáticos, repuestos, etc.



El ente contralor podrá cancelar las autorizaciones dadas para esta negociación directa, cuando:

- * a su juicio se han cometido abusos; o,
- * si se comprueban inadecuadas o inconvenientes situaciones o circunstancias administrativas (vicios o insanas prácticas) así lo justifiquen o señalen.



Por supuesto, que la Contraloría podrá sentar las responsabilidades respectivas por esos vicios administrativos, abusos o faltas graves.

Este numeral 211 presenta un *transitorio*, que ya tiene que haber jugado su papel jurídico, por cuanto manda que las Administraciones Públicas que han venido usando esta clase de negociación directa con sus agentes, tienen que haber cumplido con los requisitos de esta disposición dentro de los tres meses posteriores a la publicación de este decreto (o, reglamento=RCA).

5.—Autorizaciones de la Contraloría

En este numeral 212 es de suma importancia, por cuanto faculta a la Contraloría General de la República (CGR) a autorizar otros casos *no* contemplados en este reglamento (RCA. En otras palabras, los casos que en esta normativa se indican son a título de ejemplo y están expresamente indicados.

Observación importante:

La Contraloría tiene la facultad de conceder autorizaciones para negociar directamente, de acuerdo a su criterio y bajo circunstancias muy calificadas.

Esta potestad de uso discrecional, por parte de la Contraloría es muy delicada y riesgosa, ya que (teóricamente) los entes públicos podrían tratar de abusar de ese "portillo" para pretender evadir fácilmente la licitación o el concurso.

6.—Necesidad de la autorización Contralora

El numeral 213 manda lo siguiente:

con la *salvedad* de lo indicado en los artículos 198, 199, 202, 203 y 204 de este RCA, será necesaria la autorización de la Contraloría General para toda clase de negociación directa cuya erogación o gasto pase (o, se exceda) de estos límites:

* ₡ 30.000

* ₡ 15.000 y

* ₡ 5.000

por su *orden* (respectivamente) y en relación a los tres grupos regulados por el artículo 24 del RCA⁽⁸⁾.

Por lo que atañe a la enajenación de bienes inmuebles al amparo de la excepción prevista en el numeral 202 (ya indicada), serán necesarias las autorizaciones que establecen en el numeral 25⁽⁹⁾.

Este mismo numeral 213 RCA, manda que las negociaciones directas por sumas inferiores a las señaladas *supra* (¢ 30.000, ¢ 15.000 y ¢ 5.000), pero mayores —respectivamente—, de acuerdo al grupo presupuestario dado, a ¢ 10.000, ¢ 5.000 y ¢ 3.750 será autorizadas y justificadas por la Proveeduría Nacional o por la Administración negociante, correspondiente, de conformidad a las excepciones a la licitación o concurso, que se regulan en este capítulo de la contratación directa, haciendo constar en el expediente la informativa del caso.

Antes de iniciar el negocio, se deberá contar con la autorización de la Contraloría. Sin esta autorización, cualquier negociación es nula y acarrea responsabilidades para los agentes públicos involucrados.

7.—Solicitud de autorización

Se le planeará una solicitud de contratación directa a la Contraloría, para que ésta la estudie y declare si procede o no tal autorización para que la Administración negocie directamente.

Tal solicitud tendrá los siguientes requisitos:

- a) indicación clara de lo que se quiere contratar (objeto de la negociación),
- b) fundamento jurídico de la solicitud (señalando el numeral de este RCA),
- c) detalle de las razones para pedir que la negociación directa proceda (razones de hecho y de derecho)
- d) en el expediente correspondiente constará el documento en el cual el experto o profesional afirma (con razones técnicas) por qué debe proceder la negociación directa. Si no hay profesional o experto, ese documento lo firmará el agente público (empleado o funcionario) encargado de esa tramitación,
- e) cuando se trate de la compra de bienes inmuebles, deberá acompañarse el avalúo de la Dirección General de la Tributación Directa (DGTID),

(8) Ver *supra*, análisis del primer caso de contratación directa.

(9) En este artículo 25 del RCA quedan fijados los requisitos para la enajenación de bienes inmuebles del Estado o de sus instituciones.

f) documento público en el cual se haga constar que hay fondos suficientes, disponibles y debidamente presupuestados para enfrentar esa contratación directa, si es que se pagará al contado. Si el pago es a crédito, en forma total o parcial, también se adjuntará esta información,

g) acompañar, cuando proceda las declaraciones o certificaciones a que hacen referencia los numerales 94, 95 y 96 (impuestos directos, imposibilidad legal para arnegociar con el Estado, y naturaleza y propiedad de las acciones, respectivamente); *salvo*:

* respecto de los casos de empresas extranjeras; y,

* aquellas situaciones contempladas en el numeral 200 RCA (*tercer caso* en el cual se autoriza la negociación directa, ya ya indicado *supra*).

h) si el monto de la contratación directa supera los ¢ 10.000, se deben adjuntar los documentos referidos en el numeral 98 RCA (este artículo manda que cuando el co-contratante con el Estado se presente a nombre y por cuenta propia de distribuidores exclusivos, será necesaria la presentación de los precios de catálogos o proformas recibidas del fabricante o exportador, según sea lo pertinente. Añadiendo este numeral que en el caso de que intervengan representantes de casas extranjeras, éste lo único que hará es presentar la plica u oferta del principal. Está permitido cotizar *propuestas conjuntas*,⁽¹⁰⁾ bajo la condición de que cumplan con estos requisitos).

Este numeral 214 RCA tiene un agregado que permite no cumplir (omitir) con algún(os) requisito(s) de los ya indicados, cuando afirma:

“La Contraloría General puede dispensar cualquier omisión en cuanto a información no indispensable o que se pueda suplir u obtener por otro medio”.

Con ello debilita este numeral 214, pero a la vez lo hace flexible, a criterio del ente contralor, que es el que tiene a su cargo la facultad de otorgar la autorización.

In fine, se presenta otra circunstancia más calificada. Aquella en la cual se da una *situación de emergencia*, que no admita dilatorias o retrasos, vinculada con graves intereses sociales o económicos, locales (regionales) o nacionales.

Esta *emergencia* (comprobada, real, efectiva) dará lugar a una solicitud ante la Contraloría por vía telefónica o por cualquier otro medio

(10) Cf. nuestro trabajo sobre *la oferta*, vid. bibliografía *infra*.

compatible (cualquiera que sea) con dicha *urgencia*. La Contraloría, por esa misma vía o por otra (igualmente espedita), podrá otorgar la autorización.

Claro está, que posteriormente se tendrá que cumplir con la tramitación requerida, para efectos de sujetarse, en lo posible, a lo que dispone este numeral 214 RCA.

8.—Presentación de plicas

A juicio de la Administración, las ofertas que se presenten bajo la modalidad de contratación directa, en lo posible, se sujetarán al capítulo VI del Título III de este RCA, relativo a la oferta, artículos 81 a 108.

9.—Consultas y negociación ventajosa

A pesar de que la ley autorice la negociación directa o que la Contraloría le de el visto bueno, ello no obsta o impide que la Administración tenga el deber de efectuar consultas por teléfono acerca de precios y otras condiciones contractuales para determinar que la contratación directa que va a realizar no es dañina a sus intereses. Lo anterior cuando se esté ante las circunstancias de *urgencia* (ya visto) o de otras razones que no impidan la competencia y en la *medida de lo posible* (concepto jurídico indeterminado). Incluso tiene el deber de negociar con el co-contratante hasta llegar a una negociación que le sea a la Administración ventajosa.

10.—Garantía; y, documentación necesaria

Tanto la Administración, como la Contraloría (cuando autoriza la negociación directa) podrán exigir cuando así lo estimen conveniente, necesario y posible, una *garantía de cumplimiento* por el 5% del monto de la contratación del caso. También se les puede requerir a los particulares negociantes cotizaciones originales, catálogos de precios, facturas y demás documentos o información que se consideren necesarios y convenientes para que el Estado tenga una clara idea y un cierto respaldo de lo que está comprando.

Es decir, contratar directamente, no implica comprar a ciegas, menos entratándose de fondos públicos.

11.—Caso especial del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE)

Este caso es especial por el posible abuso y privilegio que encierra. Lo vamos a explicar del siguiente modo:

el numeral 218 RCA expresa que durante la época preelectoral, la Contraloría General queda autorizada para facilitar los procedimientos de contratación que necesite el TSE para el cumplimiento de sus funciones constitucionales a cabalidad.

Esta es una norma reglamentaria, subordinada a la normativa legislativa.

El Código Electoral, en su artículo 175 expresaba lo mismo que el numeral 218 RCA, en cuanto a que *un año* de las elecciones tendrían, prácticamente vía libre para celebrar contrataciones directas, de modo generalizado para cualquier compra que hicieran. Esto de por sí era un abuso normativo, ya que la disposición debía estar centrada en el concepto de *material electoral*; pero, no. Era para toda clase de adquisiciones de bienes y de servicios, lo cual constituía una brecha muy amplia para posibles usos y abusos de esa disposición. Lo esperable era que esa puerta se cerrara. Pero, ocurrió todo lo contrario, se abrió de par en par, pues por reforma del 30 de noviembre de 1984, ese artículo se modificó para que el TSE pueda negociar directamente *lo que quiera y en cualquier momento*. Se trata de una norma absurda, peligrosa y groseramente atentatoria contra la norma constitucional del numeral 182 que establece la licitación pública como la vía normal, regular y adecuada de la negociación administrativa.

Esa cláusula legislativa *inconstitucional*, expresa:

Artículo 175 del Código Electoral

“El Poder Ejecutivo deberá tramitar, en el término máximo de diez días naturales, las solicitudes de mercaderías y reservas de crédito que formule el Tribunal Supremo de Elecciones, *sin entrar a calificar la conveniencia u oportunidad del gasto.*”

A juicio del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), las adquisiciones podrán hacerse mediante *licitación privada* que hará la Proveeduría Nacional o la Proveeduría del TSE, *cualquiera que sea el monto* de la adquisición. La adjudicación se hará sin dilación y sin trámite, a la oferta que el TSE indique como la más conveniente y contra la resolución así recaída *no cabrá recurso alguno*” (los subrayados son nuestros).

Se trata de un trámite privilegiado que no se justifica. Además, el párrafo anterior se refiere a una “licitación privada”, que en el fondo es una contratación directa, pues se puede hacer la pantomima

12.—Tarifas y compensaciones económicas

La Administración (debido a ciertas y específicas razones) se pueden interesar en establecer tarifas o compensaciones económicas fijas para pagar ciertas obras o determinados servicios, también para el suministro o alquiler de específicos bienes con el fin de negociar, sobre tales bases, en forma abierta y equitativa con los negociantes u oferentes adecuados que expresen formalmente su deseo después de que el ente administrativo ha realizado una invitación o llamado por los medios de comunicación colectiva, especialmente escrito (prensa).

Añade este numeral 219 RCA que por vía de ejemplo (numerus apertus) se pueden ubicar en este artículo, que autoriza:

- * transporte de cargas específicas o determinadas
- * servicio de tractor o maquinaria similar
- * ciertos servicios de taxi
- * construcción de viviendas que tengan planos y especificaciones debidamente establecidos
- * suministro de traviesas para ferrocarriles
- * suministro de pupitres u otros muebles sobre modelo bien establecido.

La Contraloría General de la República (CGR) tiene la función de aprobar, en este trámite o procedimiento, las tarifas o precios que se determinen, al igual que sus modificaciones o cambios. Tales pagos o compensaciones económicas se fijarán, según el caso, por:

- * kilómetro
- * tonelada por hora
- * horómetro
- * persona
- * precio alzado
- * unidad,
- * etc.

ACTIV. 300

de invitar dos oferentes (o, incluso más) y se le adjudica a uno solo, máxime que la misma norma afirma que contra esa selección del contratista público "no cabe recurso alguno"; cuando —cabalmente— una de las características fundamentales de la licitación o concurso privado es que el recurso de revocatoria, reposición o reconsideración *si cabe* contra el acto adjudicatario respectivo. En esta norma, se elimina tal recurso. Sin duda es una disposición que irrita por lo abiertamente violatoria de los principios y normas generales en que se fundamenta la contratación pública.

Ya los últimos dos párrafos de este inconstitucional artículo 175 del Código Electoral, sin enmascaramiento alguno, expresa:

"Para la adquisición de los materiales para preparar la documentación electoral de que trata el artículo 33⁽¹¹⁾, el Poder Ejecutivo, mediante decreto, traspasará al TSE de los respectivos presupuestos anuales y de las partidas que éste indique, una suma global cuyo monto señalará el TSE para poder adquirir los bienes y servicios a que se refiere el citado artículo, por *contratación directa, cualquiera que sea el monto* de los mismos. En lo conducente, téngase por reformada la Ley de Administración Financiera de la República". (El subrayado es nuestro).

In fine, se vuelve a señalar la vía de la negociación directa como la vía privilegiada del TSE, para negociar:

"Tratándose de labor de propaganda por la prensa, radio, televisión, folletos, carteles o afiches volantes, el TSE podrá *contratar directamente*" (subrayado nuestro).

Observación importante:

Se debe reformar inmediatamente esa disposición por inconstitucional, absurda y violatoria de los principios y normas de la negociación administrativa como de lo que es una sana y ética administración.

(11) Artículo 33, Código electoral:

Se refiere al envío y detalle del material documentación electoral a las Juntas Cantonales.

VI. A modo de conclusiones

- 1.—La contratación directa es un medio excepcional de negociación de la Administración frente a la regla del concurso o licitación.
- 2.—Como tal medio excepcional tiene que estar sometido a controles adecuados, en este caso de la Contraloría General.
- 3.—Existe un caso de privilegio irritante e inconstitucional que es el artículo 175 del Código Electoral, que le da una vía abierta y casi sin control al Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) para realizar negociaciones al margen del procedimiento constitucional de la licitación. Esta situación debe desaparecer y someter, igualmente, al TSE a la fiscalización de la Contraloría, dejando con mucho cuidado el material electoral (un año antes de las elecciones nacionales y municipales) en la senda de la contratación directa, pero bajo la supervisión de los auditores de la Contraloría General de la República (CGR), para evitar posibles abusos bajo el pretexto de la "democracia electoral", ya que la sana administración y la ética en los negocios del Estado también son valores prioritarios en los negocios del Estado también son valores prioritarios en un Estado de Derecho.
- 4.—Se debe tener cuidado con el medio llamado "licitación privada", ya que el mismo tiende a ser usado (constituyendo un abuso) como una contratación directa disfrazada.
- 5.—La contratación directa se debe mantener en el sistema de contratación pública, pero sujeta a todos los medios de control posible. La argumentada rapidez de la negociación directa no puede tener prioridad frente a los valores que protege la licitación: sana administración, ética en los contratos del Estado, controles internos, etc.
- 6.—Se debe mejorar la normativa que atañe a la contratación directa y evitar al máximo puertas abiertas (*numerus apertus*) a una serie de casos o vías de excepción respecto de la licitación, con el fin de negociar monopólicamente, en un mercado que pretende ser competitivo.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

Agregamos esta investigación a los trabajos que ya hemos efectuado sobre la contratación administrativa.

- 1.—*La licitación pública en Costa Rica*.
(San José: Universidad de Costa Rica, tesis de doctorado Universidad Complutense de Madrid, 1975, agotado).
- 2.—*Contribución al estudio del contratista público*.
(Madrid: Revista de Administración Pública, N° 71, 1973, agotado; San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 25, 1975, agotado).
- 3.—*El concurso de antecedentes*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 40, 1980, agotado).
- 4.—*La contratación administrativa*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 48, 1982).
- 5.—*Reformas al reglamento de la contratación administrativa*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 52, 1985).
- 6.—*La oferta en el contrato administrativo*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 53, 1985).
- 7.—*Las garantías en la licitación pública*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 54, 1985).
- 8.—*El cartel del concurso*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 55, 1986).
- 9.—*La adjudicación del contrato público*.
(San José: Revista Judicial, N° 40, 1987).
- 10.—*El recurso de apelación en la licitación pública*.
(San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 56, 1986).
- 11.—*El concepto e implicaciones de la actividad ordinaria*. (San José: inédito, 1987)
- 12.—*El contrato administrativo y los medios de selección del contratista público*.
(San José: UNED. 1987).

Carteles o pliegos de condiciones:

- * ICE Instituto Costarricense de Electricidad
- * CCSS Caja Costarricense de Seguro Social
- * Proveduría Nacional
- * IFAM Instituto de Fomento y Asesoría Municipal

Revistas (Costa Rica):

- * de la Contraloría General de la República
- * de Ciencias Jurídicas
- * Judicial
- * Procuraduría General de la República
- * Iustitia

Archivo y documentación:

Departamento de Licitaciones, Contraloría General de la República.

UN METODO PARA LA REFORMA DEL LIBRO DE
DE LAS OBLIGACIONES DEL CODIGO CIVIL

Prof. Walter Antillón

Costarricense
Facultad de Derecho,
Universidad de Costa Rica

SUMARIO

1. El mito de la perfección del Libro de las Obligaciones a la luz de la Historia y, del análisis formal-sistemático. Posible explicación de su heterogeneidad en nuestro Código Civil. 2. Crítica del método dogmático. Historicidad de las relaciones de obligación y necesidad de adoptar un modelo integrado de derecho y ciencias sociales. 3. El estudio de la realidad social y los principios del Libro de las Obligaciones. 4. La inversión de la realidad: relaciones entre el Código Civil, el Código de Comercio y la nueva legislación no codificada. 5. Caracterización jurídica y función política de las relaciones de obligación: necesidad de revisar los viejos esquemas del Libro de las Obligaciones. 6. Algunas conclusiones metodológicas.

1. La parte del Código Civil dedicada a las obligaciones tiene la fama de ser aquella región donde el jurista se convierte en filósofo, en matemático, en lógico, dado el nivel de abstracción y de sublime racionalidad que la cultura jurídica ha llegado a alcanzar allí, remontándose desde sus orígenes clásicos. Desde hace alrededor de doscientos años la parte del Código Civil francés dedicada a las obligaciones ha sido calificado como "la razón escrita" precisamente para significar a la vez el alto grado de perfección de esta materia y su paso inalterable a través de los siglos: un conjunto de dogmas que la razón humana logró descubrir de una vez y para siempre. (F. WIEACKER, 1957; J. BONNECASSE, 1944).

Sin embargo lo que hoy sabemos acerca de esta parte del Derecho nos permite ver las cosas de otro modo: en primer lugar, el derecho de las obligaciones de la antigüedad esclavista y del pasado feudal, e incluso de épocas más recientes, aparece plagado de iniquidades (1 misma palabra "obligación" significó inicialmente la práctica institucionalizada de que el deudor permaneciera amarrado como una bestia en la casa de su acreedor, hasta que alguien saldara su deuda). Actualmente se piensa más bien que la teoría de las obligaciones experimentó importantes progresos en ciertas épocas históricas, como respuesta a los problemas que la realidad de esas épocas planteaba al jurista, pero que se trata, más exactamente, de verdaderas "rupturas epistemológicas", como cuando (para volver al ejemplo anterior) la concepción de la obligación pasa de un encadenamiento físico del deudor, a un "iuris vinculum", es decir, un encadenamiento "jurídico", un efecto jurídico, en suma; o como cuando ya en época reciente, la concepción de la responsabilidad pasa de la culpa aquiliana a la exigencia de satisfacer necesidades e intereses sociales. No se trató de la revelación de verdades eternas, sino de la adopción de soluciones apropiadas a cada época histórica, con vista de los recursos materiales y heurísticos de dicha época. (E. BESTA, 1973).

Por otra parte, entrando al análisis formal-sistemático, cabe señalar la extrema heterogeneidad del Libro Tercero del Código Civil, dedicado a las Obligaciones. En efecto, sin mayores dificultades observamos que de sus nueve títulos, cinco no corresponden a la materia, a saber: el Título III, sobre la Prueba, que se refiere a los actos jurídicos (mientras que la obligación es un efecto); el Título VI, relativo a la Prescripción, que disciplina ciertos efectos jurídicos que se producen frente a una gran diversidad de situaciones que excede ampliamente la lista de las relaciones obligatorias; los Títulos VII y VIII, relativos a la Insolvencia y el Concurso; y el Título IX, sobre el apremio corporal, que atañen, los tres, a la tutela jurisdiccional de los

derechos. Además tenemos el Capítulo V del Título V, sobre "nulidad y rescisión", que también se refiere a los actos jurídicos. De manera que, en sentido estricto, no pertenecen propiamente a la materia de las obligaciones y convendría, por lo tanto, revisar su ubicación dentro de una nueva arquitectura del Código.

Nuestro Legislador creó un libro autónomo para las obligaciones, abandonando la estructura del Código Napoleón, para seguir el orden de exposición de la materia que adoptaron AUBRY y RAU en su famoso Curso de Derecho Civil Francés. Como es sabido, el Código Napoleón tiene un Libro III que trata "De los diferentes modos de adquirir la propiedad", del que formaban parte la materia de las sucesiones y donaciones y también, a la cabeza de un conjunto de materias que se refiere a los contratos singulares y otras, un Título III que trata "De los contratos o de las obligaciones convencionales en general", dentro del cual se encuentran los capítulos que forman el núcleo central de lo que sería el Libro III (obligaciones) de nuestro Código Civil. El problema surgió cuando, al separar en dos libros independientes la materia de las obligaciones y de los contratos, nuestro Legislador no se percató de que la prueba, la nulidad y la rescisión se referían a "las convenciones" (los contratos y otros actos jurídicos) y que la prescripción, colocada como Título final en el Código Napoleón, abarcaba toda clase de situaciones jurídicas, y no sólo las obligatorias. Si lo pensamos bien, no sería difícil que llegáramos a dudar de la conveniencia de dicha separación en aquel momento. En cuanto a la insolvencia y el concurso, tal parece que nuestro Legislador la tomó, adoptándola, de la Ley de Concursos de 1865, y posiblemente también, en parte, del Proyecto del futuro del Código Civil español. De todos modos, estos problemas, que no son los principales en mi criterio, también nos están indicando la necesidad de desmontar minuciosamente los aspectos estructurales y formales del Libro.

2. Siguiendo una opinión muy difundida (desde Ihering y la Pandectística hasta hoy), entendemos por dogmática jurídica la visión unitaria de los principios deducibles de las normas de un determinado ordenamiento jurídico, que se asumen como verdades indiscutibles. Según el Prof. Giuseppe MAGGIORE, de la Universidad de Palermo, "...El punto de partida de la construcción dogmática es la norma. Cada norma es un concepto que puede convertirse en una definición... Si se abstraen las notas comunes de un grupo de normas de cierto tipo y se concentran en un solo concepto, tenemos "el instituto". El instituto de la propiedad no es otra cosa que la concentración, en un único concepto, de todas las normas que conciernen a las relaciones de dominio... Si los institutos se concentran en una unidad superior y más vista, tenemos "el sistema" que es el grado más alto de la abstracción lógico-jurídica...". (G. MAGGIORE, 1956).

La dogmática es de origen jusnaturalista (y los primeros "dogmas" fueron precisamente ciertos principios que, por decirse de origen divino o por encarnar la razón, se estimaban eternos e inmutables) pero siguió sirviendo como método del positivismo jurídico, hasta llegar a constituir por antonomasia, la Ciencia Jurídica. De ese modo un método útil, pero limitado, de construcción teórica, llegó a ser, por vía de exageración, un factor deformante de la concepción misma del jurista y de su visión del mundo: el jurista terminó por suplantar el mundo real por un mundo de normas, de manera que la coherencia lógica interna del sistema normativo le llegó a parecer algo más importante que la idoneidad de ese mismo sistema para ofrecer soluciones a los problemas reales; llegando al extremo de explicar las insuficiencias e inadecuaciones del sistema como simples "excepciones" que solo confirmaban la firmeza de los dogmas establecidos. (P. BARCELLONA, 1977).

En efecto, siguiendo esa línea, yo creo que los juristas, aquejados por una fuerte tendencia a mirar sólo el plano normativo, debemos, para empezar, incorporar a nuestro arsenal metódico aquél instrumento que los griegos llamaron "epojé", en el sentido de que, para intentar una reforma legislativa en un campo tan sensible y a la vez tan vasto como el de las relaciones obligatorias, logremos primero encerrar entre paréntesis la normativa vigente y las ideologías jurídicas formadas a su alrededor, y enfrentemos la realidad de los mecanismos y las relaciones socio-económicas contemporáneas en el ámbito de nuestro país y nuestra Región (sin olvidar su estrecha dependencia con otras regiones del mundo), para tratar de entender su estructura actual y la línea que sigue su desarrollo.

Significa esto que debemos dejar de ser juristas para convertirnos en economistas y sociólogos? Lo que significa, más bien, es que para emprender hoy día una reforma legislativa que no sea un mero parche en la fachada normativa que recubre la realidad, debemos superar el modelo del jurista aislado en la dogmática, adoptando un modelo integrado de derecho y ciencia social.

No podríamos entrar aquí en una explicación detallada de dicho modelo. Lo que nos interesa, más bien, es mostrar cómo es visualizado el problema por algunos juristas modernos que han afrontado el problema.

Así, refiriéndose al Derecho Civil y a su contexto económico, ha dicho el Prof. Stefano RODOTA, de la Universidad de Roma:

"...No podemos quedarnos en la identificación de la función económica de las instituciones jurídicas, ni en la comprobación de las tensiones que resultan por la distancia entre unas disciplinas jurídicas inmóviles y una realidad socio-económica en movimiento. La atención hacia los hechos económicos debe permitir verificar la correspondencia entre las clasificaciones y los institutos jurídicos tradicionales y las pro-

blemáticas que emergen efectivamente de la realidad: de este modo será posible proceder a sistematizar los datos normativos alrededor de núcleos reales, y no según modalidades que reflejan construcciones doctrinarias o finalidades propias del pasado...". (S. RODOTA, 1973).

En un ensayo que ya anda por los veinte años y que se titula precisamente "El Derecho Civil entre Sociología y Dogmática", el Prof. Nicolo LIPARI, también de la Universidad de Roma, advertía lo siguiente:

"Si nos damos cuenta de que no es posible un proceso interpretativo y aplicado del derecho que prescindiera de una dialéctica entre dos términos, uno de los cuales conduce al hecho social que se trata de clasificar y disciplinar, no cabrá duda de que la indagación sociológica forma parte del proceso cognoscitivo del jurista, aunque no lo agota; hasta tal punto que, sin dicha indagación, el conocimiento del jurista resultaría parcial y, por ende, falso..." (N. LIPARI, 1968).

"...el jurista sólo puede asumir científicamente los valores de la sociedad sobre la cual es llamado a operar, mediante una investigación que sea también de tipo sociológico..." (N. LIPARI, 1968).

Reflexionando a su vez sobre el retrato histórico del jurista en el campo penal (y siguiendo en cierto modo las huellas del gran teórico francés Francois GENY) recientemente el Prof. Alessandro BARATTA, de la Universidad de Saarbrücken, ha dicho lo siguiente (que consideramos aplicable también a nuestro campo) (A. BARATTA, 1986; F. GENY, 1924).

"Es recuperable este retraso? La tesis que queremos proponer aquí es que no lo es. De ello deriva que no es ya posible reconstruir un modelo integrado de ciencia penal fundado en el carácter auxiliar de la ciencia social frente a la ciencia jurídica, o en todo caso en el carácter científico de los dos discursos tomados en su autonomía: el discurso de la ciencia de la sociedad y el discurso del jurista.

El retraso no es susceptible de ser superado, porque la ciencia jurídica formal no se muestra en condiciones de reflexionar y de superar la propia ideología negativa. La crítica y la superación de ésta no ocurren dentro sino fuera de ella, por obra de la ciencia social, con la que por lo demás la ciencia jurídica no ha logrado aún hallar una nueva relación de colaboración. Con mayor razón sería incapaz la ciencia jurídica, una vez realizada la superación de la propia ideología negativa, de construir desde el interior de sí misma una ideología positiva, es decir una estrategia de control de los comportamientos socialmente nocivos o problemáticos, alternativa al actual sistema represivo. Aun para la elaboración de una nueva estrategia político-criminal, en la actualidad la ciencia jurídica está del todo confiada en la contribución de la ciencia social..."

"Si lo antes expuesto es la relación de dependencia del discurso jurídico respecto de la ciencia social en el ámbito de la praxis teórica contemporánea, solo un *nuevo modelo* puede surgir en el espacio del modelo clásico integrado de ciencia penal, en donde la relación entre ciencia social y discurso de los juristas no sea ya la relación entre dos ciencias, sino una relación entre *ciencia y técnica*. Por *técnica jurídica* se entiende, en efecto, la preparación de *instrumentos legislativos* (técnica legislativa), e instrumentos *interpretativos y dogmáticos*, con miras a finalidades y opciones político-criminales conscientemente perseguidas, en el ámbito de la corrección lógico-argumentativa y de la discrecionalidad valorativa que el sistema jurídico-político atribuye al jurista en estos diversos niveles de la propia actividad..."

3. Porque, en efecto, si miráramos con cierto cuidado la realidad que nos rodea, encontraríamos muchas cosas inquietantes: el ciudadano, antiguo sujeto de las relaciones obligatorias ¿prácticamente habría desaparecido para dar lugar a otro fenómeno muy distinto: el consumidor, el cual no es sujeto de aquellas relaciones, porque ha dejado de ser "centro de imputación" efectivo de las normas que las regulan? Ahora los verdaderos sujetos son las grandes empresas, públicas y privadas, que producen, distribuyen, comercializan, promocionan y propagandizan las mercancías y los servicios; así como los Estados, las Municipalidades y otros entes que controlan aquellas operaciones y son, eventualmente también sus usuarios y beneficiadores principales; y finalmente también otros grupos intermedios, como cooperativas y asociaciones de consumidores, de usuarios o destinatarios; sindicatos, etc. De manera que el consumidor aislado, el usuario de servicios, así como el destinatario de los efectos de los desechos industriales, de la contaminación, de los riesgos, ¿han terminado siendo figuras residuales, cuya subjetividad es meramente retórica? Creo que habría muchas razones para inclinarse por la afirmativa.

Podría pensarse que esta trasmutación de los sujetos históricos de la obligación no influye en su estructura ni en su contenido, como decir que la obligación sigue siendo la obligación, cualesquiera sean los sujetos que en ella intervienen. Pero creo que sería un error: la obligación no es una esencia superhistórica, sino una relación social a la medida de ciertos sujetos y de los intereses de esos sujetos. A la irrupción de los Estados, las transnacionales y otros entes macrosociales, con la carga de sus complejos intereses, en el campo otrora doméstico de las relaciones de obligación, está obligando a los juristas de otros países, y debe inducirnos también a nosotros, a repensar y replantear, uno tras otro, todos los dogmas venerables de la teoría clásica, en busca de un rescate de la subjetividad jurídica del hombre común, como medio de asegurar la tutela efectiva de su dignidad.

Así, repasando los principios tradicionales a la luz de la realidad actual, pienso, para poner un ejemplo, en el "favor debitoris". Parece claro que dicho principio fue acuñado en el contexto de la relación entre personas privadas. ¿Podríamos mantenerlo tranquilamente cuando el deudor es la Recope, o una poderosa transnacional, ¿No presupone este principio unas dimensiones subjetivas que ya no corresponden a los principales protagonistas de hoy?

¿Y qué decir del "bonus paterfamilias", parámetro de la diligencia del deudor? ¿Puede mantenerse este parámetro, basado en el substrato psíquico-individual del deudor "persona física", ante la despersonalización y la ciberneticización de los comportamientos y las decisiones de las grandes corporaciones deudoras de nuestra época? Esta nueva realidad ¿no constituye la base para suponer que han surgido nuevas actitudes, nuevas formas de cumplimiento y de incumplimiento que requieren de nuevas valoraciones jurídicas, nuevos efectos jurídicos?

4. Esa misma mirada a la realidad nos permitiría observar otro hecho: que las relaciones de obligación han dejado de ser "civiles", si es que lo fueron algún día, para entrar de lleno en el mundo del Derecho Público, del Derecho de las Empresas y del naciente Derecho de los Recursos Naturales y del Ambiente. Naturalmente, no es que se acabaran, en términos absolutos, las relaciones obligatorias entre simples particulares; pero se trata en todo caso de un fenómeno que ha perdido significación social y económica, en tanto que lo que condiciona fuertemente la vida y la forma de la sociedad y del Estado es la actividad de las empresas públicas, las transnacionales, los oligopolios, etc. Pues bien, el mundo del derecho codificado presenta una imagen invertida de esta realidad: un lugar ampliamente preponderante lo ocupa el sistema de las obligaciones civiles, mientras que la regulación directa de las obligaciones mercantiles, industriales, público-económicas, etc. aparece como subsidiaria y en una relación de dependencia de las primeras.

Se impone, entonces, una rectificación de esa visión invertida, que iría probablemente más allá de la unificación de la materia a la manera del Código Civil italiano de 1942.

Por otro lado tenemos el Campo de las obligaciones nacidas de daños patrimoniales producidos por actividades extracontractuales. En este campo la normativa es notoriamente escasa y poco sistemática: ¿Qué nos ofrece, en efecto, nuestra legislación en materia de responsabilidad por daños debidos al uso erróneo o abusivo de los espacios urbanos, del ambiente y los recursos naturales, a la destrucción del paisaje y del patrimonio histórico, etc.? Y ocurre algo semejante con la responsabilidad por defectos de producción, de diseño o construcción, o por deficiencias de instrucción sobre el empleo correcto de mercancías vendidas al público. Es evidente que también aquí la normativa del Código Civil es

omisa e inadecuada, tanto en lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual como la derivada de incumplimiento contractual por los llamados "vicios redhibitorios". Porque no es posible continuar por la vía, peligrosa y limitada, de las interpretaciones extensivas y las integraciones analógicas a fin de seguir operando a base de artículos como el 1048 y el 1082 del Código Civil, para resolver problemas surgidos de los modernos y sofisticados procesos de producción y distribución de los bienes.

5. Manteniéndonos dentro de un planteamiento tradicional (pero en una de sus formulaciones más rigurosas y persuasivas), podemos decir que la relación de obligación es un efecto, es decir, un valor y, por lo tanto, depende estrechamente de las concepciones valorativas (políticas) de cada época. Dados ciertos actos, el grupo hegemónico de la sociedad considera importante que se produzcan ciertos resultados que estima valiosos: entonces se produce el diseño legislativo de ciertos efectos jurídicos, dosificados y molulados para producir aquellos resultados.

Ahora bien, con vista de la posible reforma del Libro de las Obligaciones, ¿cuáles son los efectos que deben dosificarse y modularse para el futuro, habida cuenta de la irrupción de los nuevos sujetos jurídicos, de sus intereses y de sus nuevas modalidades de actividad jurídica en el contexto de una estructura económica y social de extrema movilidad? Sólo el conocimiento de dichas realidades, así como una clara conciencia de los valores que debe tratar de lograr la comunidad, con vista de un ideal de humanidad que nos hemos impuesto, nos permitirá encontrar una respuesta adecuada.

Tomemos, entonces, uno de los ejemplos referidos, y preguntémosnos: Si cabe responsabilidad a las empresas, en línea de principio, por la contaminación de las aguas de un río, ¿hasta dónde y hasta quiénes se extiende esa responsabilidad? ¿La comparten sus administradores y empleados? ¿La comparten otras empresas, o el Estado, o el Municipio correspondiente? ¿Cuáles actividades está obligada a cumplir para prevenir nuevos daños? ¿Cuáles obligaciones son de Derecho Público y cuáles de Derecho Privado? ¿Continúa teniendo sentido esta disitnción? ¿Supone todo esto una nueva problemática y nuevas formas de modular y dosificar los efectos jurídicos para la teoría de las obligaciones o podemos encontrar las respuestas usando los viejos esquemas de las obligaciones solidarias, alternativas, indivisibles, etc.?

Una cosa me parece clara: ninguna respuesta sería llegaremos a obtener si nos mantenemos de espaldas a una visión científica de la realidad. (S. RODOTA, 1973).

6. Podemos terminar diciendo, en conclusión, que la pregunta de fondo no es ¿Reformamos o no reformamos el Código Civil? sino ¿Cómo resolver los problemas jurídicos de la sociedad civil para el final del Siglo XX y para el Siglo XXI? Parece que fuera lo mismo, pero implica una diferencia muy grande: propongo desplazar la atención del jurista del Código Civil, es decir, de un conjunto de fórmulas escritas recopiladas hace un siglo (pero, en realidad, diseñadas hace dos siglos), hacia el conjunto de los problemas que afronta nuestra sociedad en lo que atañe a las relaciones obligatorias que se dan en su seno, y hacia sus posibles soluciones para hoy y para mañana. El camino de perspectiva que planteo implica:

- 1º Que el jurista en vez de legislador debe moverse, en este caso, desde la realidad hacia el Código Civil, y no al revés. El objeto primordial de su atención serán los fenómenos socio-económicos de Costa Rica y no las fórmulas lingüísticas de un Código: a estas debe llegar, ciertamente, pero después de entender completamente aquellos fenómenos;
- 2º Que el jurista no puede planear en este caso una reforma con solo los métodos del pasado, consistentes en comparar las fórmulas viejas con otras nuevas, tomadas de un país que se considera más avanzado, sin estudio ni diagnóstico de la realidad que se pretende normar; o con los métodos consistentes en recoger las experiencias aplicativas, con demasiada frecuencia casuísticas y poco sistemáticas, de los jueces y los abogados, para "mejorar" el viejo texto.
- 3º Que la realidad social y económica no puede ser objeto de conocimiento ni de diagnóstico por medio de la dogmática jurídica, sino precisamente con los métodos de las ciencias sociales, de modo que el civilista debe disponerse, para la reforma de la normativa de las obligaciones (y de la legislación en general), a usar los instrumentos de un modelo integrado de derecho y ciencias sociales, formando parte de un equipo interdisciplinario y abandonando, así, su tradicional perspectiva microsocia.
- 4º Que sólo el conocimiento científico de la realidad social y económica puede ofrecer la base indispensable para dicha reforma, si queremos que ésta incida positivamente en aquella realidad. Porque, en efecto, sólo conociendo la realidad costarricense estaremos en capacidad de saber cuál es la situación y de decidir hacia dónde va a marchar nuestro país: si no sabemos esto ¿Cómo podríamos orientar la reforma?
- 5º Que debemos seguir con atención las actividades académicas contemporáneas provenientes de otros campos de las Ciencias Sociales,

como el "Primer Congreso Nacional Raúl Hess Estrada" que tuvo lugar la primera semana de mayo 7,8 sobre "El modelo administrativa de Costa Rica: la organización para el Siglo XXI". Me parece que este Congreso es un ejemplo de elaboración interdisciplinaria entre economistas, administradores, juristas, periodistas, sociólogos y educadores, para alcanzar, precisamente, una visión científica de la realidad y su proyección en el próximo siglo.

Por diferentes razones que han sido mencionadas con gran frecuencia en los últimos años, el jurista tiende a aislarse de las otras disciplinas sociales, como si realmente se bastara a sí mismo para comprender la realidad que lo rodea e incidir en ella de manera autónoma y eficaz. Pero esto no es así, sino que, por el contrario, dicha actitud lo ha empobrecido y lo condena a la esterilidad y al retraso.

¿Cómo puede el jurista superar esta situación? Al respecto nos dice el Prof. BARATTA: "La indicación del momento técnico-jurídico y de su dependencia de la ciencia social en el ámbito de un nuevo modelo de ciencia penal, pretende ser cualquier cosa menos una *capitis diminutio* del jurista, y cualquier cosa menos su reducción a *técnico* de la sociedad. Por el contrario, busca suscitar la conciencia de una nueva dignidad científica de la actividad del jurista, indicando claramente el espacio en el cual esta dignidad debe poder realizarse. El hombre de ciencia será tal, y no mero técnico, en la medida en que llegue a ser finalmente un científico social y sostenga con la ciencia su obra de técnico. El camino es largo, la meta es lejana, los presupuestos implican entre otras cosas una radical revisión de los métodos de formación del jurista, de la que, para ser optimistas, se divisa sólo el principio. Pero en la actual crisis de la ciencia jurídica y de las nuevas relaciones con la ciencia social, la alternativa que se plantea para el discurso técnico-jurídico es la de tomar conciencia de su naturaleza técnica, volviendo a encontrar en una visión científica de la realidad social y su movimiento y del sistema de las necesidades individuales y sociales, el fundamento teórico de las opciones prácticas de que es instrumento, o bien, la de permanecer enredado en la ideología *negativa*, perpetuando su función de portador inconsciente de opciones políticas que él, continuando en el propio divorcio de la ciencia social, no puede controlar..." (A. BARATTA, 1986).

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Alessandro BARATTA: Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. Siglo XXI, México, 1986.
- Pietro BARCELLONA: Derecho privado y proceso económico. Jovene, Nápoles, 1977.
- Los sujetos y las normas. Giuffré, Milán, 1984.
- BARCELLONA, HART, MUCKENBERGER: La formación del jurista. Civitas, Madrid, 1977.
- Enrico BESTA: Las obligaciones en la historia del Derecho italiano. Cedam, Padua, 1937.
- Julien BONNECASSE: La escuela de la exégesis en Derecho civil. Cajica, Puebla, 1946.
- Benedetto CROCE: Filosofía de la práctica. Laterza, Bari, 1963.
- Angelo FALZEA: Voces de teoría general del derecho. Giuffré, Milán, 1970.
- Grancois GENY: Ciencia y técnica en Derecho privado positivo. Sirey, Paris, 1914-1924.
- Nicoló LIPARI: El Derecho civil entre sociología y dogmática, en Revista de Derecho Civil, N° 4, Utet, Turín, 1968.
- ID: Derecho privado: una investigación para su enseñanza. Laterza, Bari, 1974.
- Michel MIAILLE: Una introducción crítica al Derecho. Maspero, París, 1982.
- Riccardo ORESTANO: Introducción al estudio histórico del Derecho romano. Giappichelli, Turín, 1963.
- Salvatore PUGLIATTI: La transferencia de las situaciones subjetivas. Giuffré, Milán, 1964.
- Stefano RODOTA: El control social de la actividad privada. El Mulino, Bolonia, 1977.
- ID: El Derecho privado en la sociedad moderna. Il Mulino, Bolia, 1971.
- Giovanni TARELLO: Historia de la cultura jurídica moderna. Il Mulino, Bolonia, 1978.
- Franz WIEACKER: Historia del Derecho privado de la edad moderna. Aguilar, Madrid, 1957.
- Rudolf WIETHOLTER: Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica. Laterza, Bari, 1975.

ESTADO DE DERECHO, DERECHOS FUNDAMENTALES
Y "DERECHO JUDICIAL"

Dr. Alessandro Baratta

Universidad del Saarland, Saarbrücken
(R.F.A.)

El presente artículo se refiere al concepto de Estado de Derecho en su sentido más amplio, es decir, como un sistema de normas jurídicas que garantiza la libertad individual y el respeto a los derechos fundamentales. En este sentido, el Estado de Derecho se opone al autoritarismo y a la tiranía. El autor analiza el concepto de Estado de Derecho en su evolución histórica, desde el pensamiento liberal clásico hasta el pensamiento moderno. Se discute el papel del juez en el Estado de Derecho y se analiza el concepto de "derecho judicial".

El autor también discute el concepto de Estado de Derecho en su sentido más restringido, es decir, como un sistema de normas jurídicas que garantiza la libertad individual y el respeto a los derechos fundamentales. En este sentido, el Estado de Derecho se opone al autoritarismo y a la tiranía. El autor analiza el concepto de Estado de Derecho en su evolución histórica, desde el pensamiento liberal clásico hasta el pensamiento moderno. Se discute el papel del juez en el Estado de Derecho y se analiza el concepto de "derecho judicial".

El autor también discute el concepto de Estado de Derecho en su sentido más restringido, es decir, como un sistema de normas jurídicas que garantiza la libertad individual y el respeto a los derechos fundamentales. En este sentido, el Estado de Derecho se opone al autoritarismo y a la tiranía. El autor analiza el concepto de Estado de Derecho en su evolución histórica, desde el pensamiento liberal clásico hasta el pensamiento moderno. Se discute el papel del juez en el Estado de Derecho y se analiza el concepto de "derecho judicial".

A pesar de su éxito, el principio del Estado de Derecho continúa siendo, sin embargo, uno de los más controvertidos de la ciencia jurídico-política moderna.

Posiblemente, la concepción del Derecho natural sea la única en este sentido equiparable a la del Estado de Derecho: por la riqueza de sus manifestaciones, la pluralidad de puntos de vista desde los que puede ser estudiada y el diverso contenido que se le ha asignado en el desarrollo histórico de las ideas jurídicas. Concepciones diversas acerca del "Derecho" y la "naturaleza" produjeron durante los siglos XVII y XVIII múltiples definiciones del Derecho natural. Y del mismo modo, como consecuencia de la Revolución francesa y de la fundamentación kantiana de la moderna ciencia del Derecho, se ha ido delineando en los dos últimos siglos un modelo multiforme, un concepto rico y complejo en extremo de Estado de Derecho: concepciones diversas (científicas e incluso ideológicas) acerca del "Derecho" y del "Estado" han contribuido a determinar sus varios aspectos y significados.

Es interesante observar cómo en el concepto de Estado de Derecho convergen de forma singular posiciones ideológicas no sólo discrepantes, sino antitéticas. En relación a las corrientes ideológicas aparece la idea de Estado de Derecho vinculada al pensamiento liberal clásico (Locke, Kant, primeras obras de Fichte, Humboldt, B. Constant, etc., aunque muchas veces no se la mencione de manera expresa) al pensamiento liberal de la ilustración (Rousseau, Montesquieu), al tradicionalismo conservador que origina el nacimiento del *Reich* alemán (Gneis, Stani) a la tradición del constitucionalismo inglés y del pensamiento liberal norteamericano, a la ciencia alemana del Derecho público (Jellinek, Mayer), a la democracia social (en sus manifestaciones jurídica y estatal), e incluso a algunas posiciones teóricas de marcado netamente autoritario (ideología fascista de Panunzio o nacional-socialista de Lange). Asimismo, aparece vinculada esta fórmula a las ideologías neocapitalistas del "Estado de bienestar" y se habla, en este sentido, de Estado social de Derecho, el cual se diferencia del módulo clásico del Estado liberal de Derecho y constituye una etapa de un desarrollo cuya última meta es, el Estado democrático de Derecho, es decir, un Estado socialista que proporcione garantías legales y sustanciales de libertad (legalidad socialista).

No parece haber tenido éxito el intento de establecer una doctrina pura del Estado de Derecho libre de cualquier contaminación ideológica, neutral respecto a una tabla de valores políticas. Ha habido ciertamente quien ha colocado la esencia del Estado de Derecho en la

distinción platónica entre gobierno de hombres y gobierno de leyes para indicar las características de un Estado en el que la actividad de los órganos está legitimada por la ley y en el que la ley garantiza la esfera inviolable de la libertad de los ciudadanos. Pero ¿es suficiente la caracterización? ¿No existe en este caso el riesgo de hacer coincidir el concepto de Estado ed Derecho con el de Estado moderno? La cualidad de jurídico, la conexión estructural con un sistema de reglas abstractas es una característica esencial del Estado y de la libertad modernas (Constant). Para el Estado y para la libertad modernas el Derecho es un elemento connatural a su estructura. El Derecho, como regla abstracta (ley), constituye el prelude de la delimitación impersonal de poderes en el interior del Estado-aparato y de la autonomía de los ciudadanos en el interior del Estado-comunidad; en este sentido, no es dable disociar el Estado moderno del Derecho y de la ley, Laband y Kelsen han intentado construir un modelo de Estado completamente depurado de cualquier idea socio-política. Kelsen identifica Estado y ordenamiento jurídico. Con la consecuencia de que Kelsen ha vaciado de todo contenido la expresión Estado de Derecho. Para Kelsen, desde un punto de vista meramente formal, todo Estado en cuanto tal (y, por tanto, toda la gama, muchas veces trágica, de variedades que en la época moderna ha asumido el moderno Leviatán) es —en cuanto ordenamiento jurídico— Estado de Derecho.

Una documentación filológica del diverso contenido que, primero en Alemania y más tarde en el resto de Europa, recibió la expresión "Estado de Derecho" por parte de las últimas generaciones de pensadores nos mostraría el esfuerzo de los representantes de las ideologías jurídicas y políticas más opuestas por reivindicar —para justificarse— el uso legítimo de la fórmula en su verdadero significado. Lo cual sólo se explica porque el principio se había convertido desde comienzos del siglo en un principio prestigioso, asociado a una valoración estimada positiva. Y esto, a su vez, demuestra que, a pesar de su generalidad, se ha venido depositando en el fondo de esta expresión —a través de un proceso inconsciente de filtración y selección— un cierto residuo común ideológico que no basta, es cierto, para individualizar los contornos de un sistema político, pero que acoge algunos de los aspectos más constantes de los ideales políticos que acompañan la historia del Estado moderno.

El origen y el carácter del Estado de Derecho son plenamente germánicos (como han sustentado con acierto Von Stein y Gneist); mas, cuando el citado proceso de absorción y europeización puede considerarse concluso, al finalizar el siglo pasado, corren paralelas una "historia interna", específica y típicamente alemana, y una "historia externa", más genéricamente europea, del mismo concepto. Las cuales, de ordinario, se superponen en una "comfunis opinio", a través de la cual se ha venido cristalizando un vago y elemental residuo ideológico, confiado a la transmisión científica de los tratadistas y colocado actual-

mente en la cúspide de aquellos dogmas cuya plenitud aviológica es inversamente proporcional a su relación concreta con la historia y con la realidad política.

Esta forma, Estado de Derecho no es sólo lo que ha sido en el contexto político (de la formación del *Reich* en Alemania) en el que surgió y ejerció una función determinada como ideología jurídica, sino también un "mito" que, con independencia de tal función originaria, ha transformado y continúa haciéndolo —por obra de la idealidad unida al concepto de Derecho— el "estado de cosas" en el "Estado" o Estado de Derecho. El Estado de Derecho es, pues, la variante jurídica y, en cuanto a tal, quizá la principal variante del mito moderno del Estado.

No se puede dar una definición más precisa del concepto desde el plano histórico-político sin considerar detenidamente su historia *interna*. Cabe, sin embargo, otro tipo de investigación: la de analizar lo que queda aún subsistente del mito del Estado de Derecho. Análisis que puede contribuir a aclarar algunas constantes de su historia *externa*.

En el primer aspecto, la investigación histórico-filosófica lleva al resultado de modificar la opinión muy difundida de que con el marbete o rótulo de Estado de Derecho se podría identificar la entera tradición del pensamiento liberal europeo y norteamericano. De acuerdo con esta opinión, con la expresión alemana *Rechtsstaat* se identifica el mismo tipo de Estado o de ideal político que se evoca con la expresión inglesa *Rule of Law* o con la francesa *séparation des pouvoirs*. Ahora bien, es cierto que en su "historia externa" el Estado de Derecho se concreta, en último término, en los dos componentes esenciales de la legalidad —en el sentido de garantía de las libertades individuales— y de la división de poderes, entendido como principio de organización jurídica y delimitación de todas las funciones del Estado (Carl Schmitt); pero también es verdad que en la forma con que en esta suerte de "comfunis opinio" el concepto alemán del Estado de Derecho absorbe la idea de la "Rule of Law" y de la "séparation des pouvoirs" se realiza una especie de unión hipostática ideológica y una abstracción conceptual, mediante la cual estos elementos pierden en buena parte su significado y alcance originario. Por ello únicamente pueden individualizarse si se hace abstracción de su parcial absorción en el mito del Estado de Derecho a través de una diligente reconstrucción de la tradición constitucional anglo-americana y de las concepciones políticas del iluminismo francés.

Constituye el núcleo común la idea de la *autolimitación del Estado por medio del Derecho*; las divergencias se originan con motivo del fundamento de la autoridad del Derecho: la *soberanía popular*, por medio de la ley, según modelos franceses (Mohl y Bähr), o la monarquía y las tradiciones jurídicas locales (Stahl, Gneist), de acuerdo

con ejemplos ingleses que Gneist contraponía, no sin artificio, a los franceses.

A pesar de que haya entrado en el patrimonio ideológico europeo, la expresión Estado de Derecho ha encontrado general acogida fuera de Alemania únicamente en Italia y en España, por el influjo de la ciencia política alemana en estos países, mientras que en Inglaterra y en Francia se han consolidado, sobre todo, las expresiones "Rule of Law" y "división des pouvoirs", las cuales se hacen corresponder con *Rechtsstaat* en sentido lato, es decir, en su "historia externa". El resultado es que no aparecen claramente delimitados por los autores los confines entre el Estado de Derecho, Estado constitucional, Estado parlamentario y Estado liberal, a pesar de que algunos lo hayan intentado.

Las diferencias entre la ideología alemana del Estado de Derecho y las teorías iluministas francesas del Estado y la *Rule of Law* inglesa se explican principalmente por la diversa concepción de la soberanía imperante en estos países durante el liberalismo clásico. En Francia, la soberanía pertenece al pueblo. Por esto, Gneist consideró totalmente contrapuesta a la ideología alemana del Estado de Derecho la concepción francesa de la ley como expresión de la soberanía popular, instrumento, además, de garantía de la libertad individual entendida como autonomía (es menester observar que Kant está al respecto más próximo de los franceses que de ser precursor de la ideología alemana del Estado de Derecho). Desde este punto de vista, la teoría de la separación de poderes constituye en Francia una técnica de organización del Estado que permite asegurar la supremacía del poder legislativo —expresión de la voluntad popular— sobre el ejecutivo y el judicial. Tanto el ejecutivo como el judicial, están obligados, en el ejercicio de sus funciones, a aplicar y a respetar las leyes. En Inglaterra la soberanía compete conjuntamente a las dos Cámaras y a la Corona. La *Rule of Law*, como expresión de la tradición constitucional inglesa, corresponde principalmente a la idea del límite que el poder de gobernar y de legislar recibe del *Law of the Country*, es decir, del Derecho consuetudinario acogido por la tradición jurisprudencial.

Para el pensamiento alemán, por el contrario, la soberanía pertenece al Estado, el cual, sin embargo, se personaliza en el monarca, que es el verdadero habitante de ella. La versión jurídica idealista del problema político de la soberanía enmascara, pues, la estructura autoritaria con que surge el Reich, mediante el equívoco —que continúa aún sin resolver— de la relación entre el poder personal del monarca (y de la aristocracia agraria, que no sólo le apoya, sino que le condiciona al proporcionarle las clases burocrática y judicial) y las estructuras democráticas y representativas. Estas se reservan a la actividad del parlamento, que no constituye, empero, la suprema autoridad del Estado, sino que aparece condicionado por la monarquía, por el gobierno, por la burocracia y por la magistratura, es decir, por el poder ejecutivo y judicial,

los cuales continúan firmemente retenidos en las manos de la nobleza agraria y de la burguesía industrial. Estos grupos disponen, pues, de medios para luchar contra los éxitos formales obtenidos en el parlamento por la clase obrera, utilizando los recursos que ofrecía la cabeza de puente de la democracia social.

Aquí se encuentra la raíz política de la idea alemana de separación de poderes en la forma en que ésta se integra en el concepto de Estado de Derecho entendido en su "historia interna". La ideología jurídica alemana produjo una inversión en la jerarquía entre poder legislativo y judicial (a la que se vincula el origen de la idea de la separación de poderes) y una equívoca contraposición entre ley y derecho. Esta contraposición constituye la base del movimiento del derecho libre (*Freirechtswegung*) y de la teoría de la función del control judicial sobre la ley (*Prüfungsrecht*). Y se exterioriza también en la concepción del Estado de Derecho de Gneist, que rechaza la idea francesa de la soberanía de la ley para exaltar la fuerza de la tradición jurídica local y el papel de los jueces honorarios de extracción aristocrática, y de Bahr, que atribuye la máxima importancia no a la ley, sino al control judicial de la actividad del Estado. Con estas concepciones se inicia el proceso que terminaría por transformar cada vez más el Estado de Derecho en el ámbito de su historia interna, típicamente alemana, de un Estado legal (*Gesetzesstaat*) en un Estado judicial (*Richterstaat*).

Dos ideas fundamentales del pensamiento liberal clásico, la de los derechos o libertades fundamentales y la de la separación de poderes, reciben en el pensamiento alemán una significativa transformación en sentido jurídico-formal. Lo cual, unido a la contraposición entre "ley" y "derecho", ha permitido ampliar excesivamente el concepto del Estado de Derecho hasta permitir incluir en él un tipo de Estado como el nacional socialista, que constituía una clara antítesis de las premisas liberales clásicas.

Parte de los autores nacional-socialistas contrapusieron, en efecto, dos tipos de Estado de Derecho: el burgués (individualista) y el nacional y fascista. El primero era simplemente un Estado legal. El segundo, el verdadero Estado de Derecho (Lange). Schweinichen llega a afirmar en este sentido que el Estado de Derecho es el ordenamiento en el que el Derecho no asume el carácter de limitación de la soberanía del Estado, significando, por el contrario, "una ordenada forma de dominio de acuerdo con el deber". Por medio de esta clase de razonamiento teórico, a través de una "mixtificación" moralizadora del Derecho, se llegó a hacer desaparecer todo tipo de limitación legal del poder.

Carl Schmitt se opuso a esta ampliación del concepto en una interesante polémica que sostuvieron los juristas afectos al nacional-so-

cialismo. El era el principal teórico del nuevo Estado autoritario imperante en Alemania, pero su agudeza jurídica le mostraba la imposibilidad lógica e histórica de incluir el Estado autoritario, fuese nacional-socialista o fascista, dentro del concepto de Estado de Derecho, cuyo surgir histórico no es fácilmente separable de la ideología individualista-liberal. La lúcida postura de Carl Schmitt —su polémica con parte de los juristas nacional-socialistas— merece ser citada como oposición a las falacias —no raras en los Estados fascistas— por parte de autores que pretenden de forma especiosa justificar una realidad política autoritaria y antiliberal con el prestigioso principio del Estado de Derecho. (En Italia pueden servir de ejemplo las concepciones que sostuvo Panunzio durante el fascismo).

En las Constituciones modernas el carácter del Estado de Derecho se origina, según Schmitt, por la concurrencia del principio de organización y del principio de distribución. "El principio de distribución —libertades fundamentalmente ilimitadas respecto a los ciudadanos; autoridad fundamentalmente limitada respecto al Estado— se concreta en una serie de derechos que se denominan fundamentales o derechos de libertad; el principio de organización se contiene en la doctrina denominada de la separación de poderes, que consiste en la división entre legislación, gobierno (administración) y jurisdicción o, con otras palabras, entre poder legislativo, ejecutivo y judicial. El principio de distribución presupone la delimitación jurídica de las relaciones entre el Estado y el ciudadano (cuya principal consecuencia lógica es el principio de la reserva legal). De acuerdo con este principio, toda limitación a la esfera de la libertad individual se puede establecer únicamente por medio de una ley.

La historia externa del concepto de Estado de Derecho, formulada de forma precisa por Schmitt, corresponde a la *communis opinio* de gran número de autores los italianos incluidos. Puede bastar al respecto la cita de Orlando, para quien Estado de Derecho es el Estado que "se auto-impone el freno de normas jurídicas capaces de moderar la acción de la autoridad pública de tal forma que se reconozcan y respeten los legítimos intereses de los súbditos". Maiorana sostiene una postura análoga, al estimar que "la principal exigencia del Estado jurídico, que reúne y comprende todas las restantes", es "la de reconocer, tutelar y garantizar los derechos individuales".

2. Los Derechos Fundamentales

La teoría moderna de los Derechos Fundamentales responde en su origen a los postulados característicos del pensamiento político y jurídico de la Ilustración, cuyos principios jurídicos racionales y na-

turales, que eran la base de la Revolución Liberal en Inglaterra y Francia, fueron codificados y positivizados. Desde este punto de vista no se puede separar la historia de los Derechos Fundamentales desde su expresión en las Constituciones modernas, la historia del Estado de Derecho, que también tiene sus orígenes sociales y políticos en la época de la Ilustración.

En efecto, los Derechos Fundamentales representan uno de los dos pilares básicos que constituye la base del sistema del Estado de Derecho moderno. El otro pilar es la Separación de los Poderes. Derechos Fundamentales y Separación de Poderes corresponden a los dos principios fundamentales: el principio de la Distribución y el principio de la Organización, que según la opinión mayoritaria forman el carácter del Estado de Derecho en cualquier Constitución moderna (Carl Schmitt).

El sistema de organización del Estado de Derecho moderno, es decir, la Separación de los Poderes, tiene su origen en las obras clásicas de Locke (véase especialmente el segundo Tratado de los "Two Treaties on Government" del año 1690) y de Montesquieu. En el noveno Libro de "L' esprit des lois" del año 1748, Montesquieu expone que ninguna libertad política se puede alcanzar "Si el poder legislativo o el ejecutivo están unidos en la misma persona o en la misma entidad" y si "el poder judicial no está separado del Poder Legislativo o el Ejecutivo". La experiencia muestra, sigue exponiendo Montesquieu, que "toda persona que posea poder es propensa a abusar de él, llegando hasta donde encuentre límites" y por eso, "para que no se abuse del poder, es necesario que las condiciones estén reguladas de tal manera que el poder ponga límites al poder". El principio de la Separación de los Poderes contiene, en su expresión más amplia, la idea de que toda la actividad estatal está vinculada a la ley. Esta idea tiene su origen tanto en el principio de la independencia judicial del Ejecutivo, el principio de legalidad de la Administración y de su control por el Poder Judicial, como en la distinción conceptual entre ley y acto administrativo con la primacía de la ley.

Es fácil reconocer que esta primacía de la ley, la superioridad del Poder Legislativo frente al poder estatal, desde el punto de vista teórico y funcional es esencial para los Derechos Fundamentales y su positivización en el moderno Estado de Derecho. Porque con el principio organizativo de la Separación de Poderes se exponen los motivos de importantes aspectos del principio de distribución, es decir, del arraigo constitucional de los Derechos Fundamentales, y el principio de distribución implica solamente a causa de una conexión con el principio de la Separación de Poderes, una definición jurídica de la relación entre Estado y ciudadanos, cuya consecuencia básica y lógica es el principio de reserva de ley. Eso implica que cualquier limitación de la esfera de libertad del ciudadano debe efectuarse por medio de una ley. Así pues, una restricción de la libertad no es posible llevarla a cabo sólo

por medio de las actividades del Gobierno y de la Administración del Estado.

Para comprender el origen y la teoría clásica de los derechos fundamentales de la Ilustración, hay que encontrar su encuadre natural en la Teoría del Estado de Derecho y en el constitucionalismo de la Ilustración con el que está relacionado.

Examinaremos brevemente cómo se desarrolló la positivización de los Derechos Fundamentales en el marco del Estado de Derecho moderno desde la Ilustración. Lo que distingue las modernas declaraciones de los Derechos Fundamentales, desde un punto de vista jurídico-formal, en comparación con las Declaraciones clásicas de los derechos en Inglaterra (piénsese en la "Magna Charta" del año 1215, en el "Hábeas Corpus" del año 1679 o en el "Bill of Rights" del año 1689), es el hecho de que en las modernas Declaraciones no se trata de la distribución de privilegios a los nobles o a los ciudadanos por acuerdos o por leyes normales del Parlamento, sino que se trata de principios, que se deducen de una fuente del Derecho que es la superior del Ordenamiento Jurídico del Estado. Por ello, los derechos son reconocidos en el marco mismo de la función del Poder Constituyente. Tal reconocimiento es parte del acto de legitimación y fundación del nuevo Estado o de una nueva Constitución.

En este sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el Estado de Virginia (12 de Junio de 1776) es un prototipo de las modernas Declaraciones de los Derechos Fundamentales. Ésta fue acompañada por las Declaraciones de los otros trece Estados norteamericanos que anteriormente habían sido colonias inglesas.

Aunque estas Declaraciones en cuanto a su contenido político, se orientan hacia la tradición inglesa del "Bill of Rights", su significado jurídico es nuevo, ya que está relacionado con la fundación constitucional de los nuevos Estados, independientes de la Madre Patria inglesa.

Los principios de "Bill of Rights" americano tenían una repercusión sobre la Declaración francesa de 1789, la cual estaba influenciada directamente por las experiencias americanas y a través de la intervención de Lafayette y Jefferson. Los mismos principios fueron recibidos en la Constitución del 3 de Septiembre de 1791. La Constitución republicano-demócrata de 1793 amplió considerablemente la lista de los derechos Fundamentales e incluyó los llamados derechos sociales, es decir, los derechos a servicios públicos por parte del Estado, como también el derecho al trabajo y a la asistencia social. Se ampliaron los derechos políticos (el derecho de sufragio y de petición) a todos los ciudadanos. A pesar de su corta existencia, la segunda Constitución de la Francia republicana anticipó la estructura de los Derechos Fundamentales que más tarde sería la propia del Estado Social. En el Estado Social, o pro-

piamente dicho, en el Estado Social y de Derecho, fue integrada la ideología del individualismo liberal, con la del Socialismo Utópico y la de la Socialdemocracia. En cuanto a este primer progreso hacia el Estado Social en la Francia republicana pos-revolucionaria, hay que añadir que el derecho al trabajo fue suprimido en la Constitución de 1795.

Con las Declaraciones realizadas a fines del Siglo XVIII en Francia, se determinó un rasgo característico de los derechos fundamentales como elemento del Estado de Derecho: las esferas de libertad a las cuales se refiere son "absolutas", en lo que concierne al supuesto fundamento supraestatal, pero son "relativas", en lo que concierne a su recepción por el Derecho Positivo. Ya que el Estado determina a través de ley positiva el contenido, los límites y las formas concretas de la garantía de estas libertades (por ejemplo también los procedimientos procesales para la protección de los Derechos Fundamentales). Esta positivización por medio de ley no debe ser vista solamente como un límite jurídico a las libertades básicas. Con eso las Constituciones modernas quieren excluir cualquier limitación de los Derechos Fundamentales por medio de la intervención arbitraria del Poder Ejecutivo. Hasta la actualidad, el principio de la reserva de ley y el principio de la Separación de Poderes marcan toda la historia de los Derechos Fundamentales. Este último principio se debe entender como la sumisión del Poder Ejecutivo al Legislativo. Por otro lado la determinación positiva de las libertades está vinculada necesariamente con su definición a través de normas constitucionales y legales. De hecho la legalidad como contexto estructural con su sistema de reglas abstractas, es una característica tanto del Estado, como también del moderno concepto de libertad (de la "libertad de modernidad" en el sentido de Constant). Para ambos el Derecho no es un principio que se califique exteriormente, sino un elemento que forme parte de su estructura. Como regla abstracta el Derecho positivo es el principio tanto de la limitación del poder en el interior del aparato estatal, como de la autonomía de los ciudadanos en la Comunidad.

Sin embargo, la positivización y el principio de la reserva de ley significan de todos modos una limitación frente al contenido jurídico-natural de los Derechos Fundamentales, porque a través de la reserva de ley el legislador positivo tiene el poder de deshacer su contenido de manera legal.

3. El "Derecho Judicial"

Para comprender la dimensión de una teoría del derecho judicial en el marco de una teoría de las fuentes del derecho, es necesario distinguir tres significados del concepto de "fuente del derecho".

En un primer significado puede hablarse de *fuentes de producción*. Fuentes de producción son todos los hechos o actos que en un cierto ordenamiento jurídico originan una norma, ya sea abstracta y general (ley) o concreta (decisión judicial, actos administrativos).

Fuentes de validez son, por el contrario, las normas que establecen qué actos o hechos producen en el ordenamiento jurídico nuevas normas, y bajo qué condiciones. En este sentido, según la teoría escalonada del ordenamiento jurídico, la validez de las normas depende de otras normas de grado superior, es decir, de normas que autorizan o reconocen actos o hechos normativos de grado inmediatamente inferior. Las fuentes de validez de las normas concretas individuales creadas por el juez son las leyes; la fuente de validez de éstas es la Constitución. Al final de la escala, para Kelsen, se encuentra la hipótesis de una norma básica; para Hart, por el contrario, el hecho de una norma de reconocimiento.

Fuentes de conocimiento, finalmente, son aquellos hechos y documentos a los que el ordenamiento jurídico reconoce la capacidad de señalar la existencia de una norma y su contenido. Tales fuentes de conocimiento son distintas, en general, de las fuentes de producción y de las fuentes de validez. Por ejemplo, la fuente de conocimiento de la ley para el ordenamiento jurídico alemán, es el *Gesetzblatt*, donde se publican las leyes.

Las *fuentes de producción*, comparadas entre sí, pueden ser fuentes originarias o fuentes derivadas. Una fuente se deriva con respecto de otra cuando esta última es la condición de validez de la primera o constituye su programa de decisión. En este sentido, la decisión judicial constituye, frente a la ley y al derecho consuetudinario, una fuente derivada. Fuentes originarias son, por el contrario, aquellas cuya validez o su programa de decisión no proviene de una norma superior a la que están subordinadas.

Una vez presentados estos aspectos preliminares, prosigamos con la argumentación ocupándonos de la norma consuetudinaria. En ella, la fuente de producción coincide con la fuente de conocimiento, en el sentido de que la regularidad del comportamiento, acompañada de la "opinio juris ac necessitatis", no sólo es el hecho o complejo de hechos que producen la norma, sino que estos mismos son los que evidencian su validez. Una importante corriente doctrinaria tiende, por el contrario, con poderosos argumentos, a privilegiar la decisión judicial como fuente de conocimiento del derecho consuetudinario. En otras palabras, afirma que solamente el conocimiento constante, por parte de la autoridad judicial, del hecho consuetudinario, puede establecer la constancia y validez de semejante hecho. Esta teoría merece atención, pero no puede ser confundida con la tesis de que el derecho judicial (mejor aún,

el derecho de los prejuicios de los jueces) constituya derecho consuetudinario.

No comparto esta opinión, y me sumo, por lo tanto, a Esser y a otros que se oponen al supuesto carácter consuetudinario del derecho judicial. Si la opinión antes mencionada fuese correcta, entonces estarían unidas en el derecho judicial, la fuente de producción con la fuente de conocimiento. Una consecuencia, por lo menos cuestionable, sería, entre otras, la producción de una norma generada por un prejuicio judicial; eso significaría que a partir de la consolidación fáctica del prejuicio, la decisión tendría un carácter normativo para todos los jueces.

El derecho judicial es, en lugar de esto, sólo una fuente de producción. Por el contrario, la ley y la costumbre se mantienen, para el derecho judicial, como fuente de validez y conocimiento. En este sentido, la decisión judicial es, junto a la ley, fuente productora, pero, al contrario de ésta, fuente derivada, no originaria.

Es importante haber establecido simultáneamente la dependencia y el carácter innovador del derecho judicial frente a la ley para recalcar su distancia frente a la ideología jurídica que, en el pensamiento jurídico alemán, encuentra su expresión en el concepto de *Juristenrecht*. Tendencias dominantes desde inicios del siglo XIX hasta la última postguerra, consideran al *Juristenrecht*, y en especial al derecho judicial, a diferencia de la tesis aquí expuesta, como fuente originaria paralela a la ley, e incluso a veces contrapuesta a ésta.

En la historia del pensamiento jurídico alemán es posible observar tres períodos en los cuales la relación entre ley y derecho se establece de un modo que no tiene nada en común con la teoría antes expuesta. En los tres períodos que quiero recordar en pocas palabras, la distinción entre ley y derecho cumple la función ideológica de contraponer la actividad de los juristas, en especial la del juez, al poder legislativo, y de relativizar este poder respecto a un derecho viviente que se expresa en la actividad de los juristas teóricos y prácticos. La actividad de los juristas se contempla como la expresión de un derecho viviente que encuentra sus orígenes alrededor del *Volksgeist* (espíritu del pueblo), en la conciencia de la comunidad o de acuerdo a un principio orgánico de desarrollo con respecto al cual el derecho legal posee un carácter artificial y potencialmente arbitrario.

La primera expresión completa de una teoría del *Juristenrecht* se remonta a Savigny y la escuela histórica en Alemania. Esta teoría parte directamente de la polémica sobre la codificación y representa la posición conservadora dominante en la *Methodenlehre* alemana de la época de la restauración.

La segunda fase de la *Methodenlehre* alemana, en la cual el derecho judicial se impone como derecho que compete con la ley, está dominada por el "movimiento del derecho libre" desde finales del siglo XIX hasta 1930.

La tercera fase de revalorización del *Juristenrecht* y de la actividad judicial como fuente autónoma de derecho se desarrolla en Alemania después de la caída del nacionalsocialismo. Estrechamente unido a esta fase se encuentra el renacimiento del derecho natural, que representa uno de los primeros intentos del pensamiento jurídico alemán por superar la experiencia de la "injusticia legal" y de la "perversión del ordenamiento jurídico" del decenio anterior.

La Constitución de la República Federal de Alemania ofrece una base a este movimiento de revalorización del derecho judicial, que encuentra una expresión significativa en el libro de Marcic, *Vom Gesetztaut zum Richterstaat*. En la medida en que la Constitución alemana (art. 20) vincula al juez no sólo a la ley, sino también al derecho, cumple con la exigencia expresada, entre otros, por Dadbruch, de afianzar la justicia y el derecho en Alemania y en Europa sobre una base más sólida que la mera ley. Se intentaba de esta forma limitar el monopolio del legislador y su arbitrariedad revalorizando la "clase de los juristas" e interpretando de esta manera la tradición anglosajona, que considera a los juristas como protectores de los principios del derecho y de la justicia.

Estos tres períodos, durante los cuales las ideas del *Juristenrecht* y del derecho judicial pudieron imponerse, se caracterizan por condiciones sociales y políticas muy heterogéneas que deben ser observadas individualmente.

Si penetramos en los orígenes históricos de esta concepción, típicamente alemana, de la relación entre ley y derecho, y del jurista como creador del derecho, es posible encontrar una de las características que diferencian el modelo alemán de Estado de Derecho del desarrollo de este concepto con el resto de Europa. A diferencia del pensamiento jurídico francés, el Estado de Derecho en Alemania está mucho menos vinculado a la idea de la división de poderes. La prerrogativa del jurista frente al legislador, exigida por la teoría del *Juristenrecht* posterior a 1814 en la época de la restauración, es un ejemplo de este carácter conservador y, en cierto modo, autoritario inherente a la idea del Estado de Derecho en Alemania.

El concepto del jurista como representante del pueblo, puede interpretarse como una especie de límite a la función de la asamblea legislativa y del parlamento. El énfasis dado a la *comunidad (Gemeinschaft)* en relación con la sociedad, que se impone con la escuela histórica y caracteriza todo el siglo pasado hasta el idealismo social en la época de Guillermo II, documenta significativamente una cultura oficial que

tiende a ignorar las divergencias de clase y los conflictos entre grupos sociales, sobrevalorando las posibilidades de armonía entre los mismos.

Mientras Thibaut y los partidarios de la codificación inspirada en el modelo francés apoyaban la creación de un Código Civil para Alemania, Savigny se dirige en un escrito polémico contra esta opinión, calificándola de un modo de pensar racionalista que descuida la realidad concreta del derecho. En su opinión, el derecho es un fenómeno como el del lenguaje, unido al largo e indetenible desarrollo del *Volksgeist*, y su fuente más importante de conocimiento no es la ley, sino la costumbre. Como sucede con el lenguaje, el derecho tiene sus propias y originarias fuentes y su "lugar" en la conciencia del pueblo. La aparición de los juristas como clase especial dentro del pueblo obedece a una fase del desarrollo del derecho relativamente tardía. Así, el derecho toma finalmente una "dirección científica", y del mismo modo en que antes ha vivido en la conciencia del pueblo, vive ahora en la conciencia de los juristas que representan al pueblo en esta función. Sin embargo, el derecho tiene desde entonces una doble vida, natural por un lado, por el otro artificial. La primera, que se mantiene vinculada con la vida del pueblo en general, representa el elemento "técnico".

En esta función como representante del espíritu del pueblo, la ciencia del derecho tiene la cualidad de fuente de derecho. Esta idea, central en la escuela histórica del derecho, es representada por Savigny, Puchta y otros. Aquí se encuentra la idea de un *Juristenrecht* puesto en el sistema de las fuentes, al mismo nivel que el derecho legislativo y consuetudinario, idea que desde entonces permanecerá en el pensamiento jurídico alemán.

El éxito de estas corrientes de pensamiento jurídico en las últimas décadas del siglo pasado, corresponde históricamente a una época en la que se puede constatar una consolidación de los conflictos de clase en dos frentes. Mientras la asamblea legislativa del primer y segundo "Reich" es influenciada, de manera cada vez más fuerte, por la Socialdemocracia, que obtiene cada vez más escaños, las fuerzas conservadoras y reaccionarias mantienen firme en sus manos el poder absoluto en la jurisprudencia, la burocracia, las fuerzas armadas y, sobre todo, en el poder económico y empresarial.

Al poder alcanzado por el movimiento obrero en el legislativo se contraponen la estabilidad del poder de la burguesía y de la aristocracia agraria en las estructuras judiciales y administrativas del Estado y, de manera más general, en las relaciones reales de la sociedad capitalista. Esta es, si no la única, sin duda una razón esencial para la superación del positivismo legal, así como también para explicar el nacimiento de la oposición entre ley y derecho, es decir, entre la legalidad formal, transferida a la función legislativa, y los principios y valores jurídicos ma-

teriales, salvaguardados por la jurisprudencia y la praxis administrativa. De ahí proceden las tendencias del "derecho libre", que se impusieron con el cambio de siglo pasado. Bajo la etiqueta de una aproximación de la ley al derecho y a la conciencia jurídica del pueblo, se oculta una reacción conservadora que intenta limitar la legalidad formal y debilitar el poder alcanzado por el movimiento obrero en el legislativo.

De lo dicho puede deducirse que la ideología contenida en el derecho de los juristas va acompañada de una visión simplista del carácter pretendidamente estático del derecho legal, en contraposición al dinamismo del derecho judicial. Por lo tanto, debe cuestionarse y, en cada caso, controlarse empíricamente si, comparando el derecho legal y el derecho de los juristas, es siempre este último el que garantiza un desarrollo jurídico adecuado al cambio social, a las necesidades de la población y a la realización de la justicia.

La tesis del derecho de los juristas como fuente de producción originaria del derecho, junto a la ley, no es en sí ni progresista ni conservadora. Sólo la política concreta, el origen social y el comportamiento de las élites políticas y jurídicas permiten determinar si la dinámica histórica de las necesidades generales de una sociedad encuentra una expresión más adecuada en el legislador que en los jueces.

Precisamente en Italia, tras la segunda guerra mundial, se ha desarrollado una teoría, y en parte también una praxis judicial, que intenta favorecer un "uso alternativo del derecho" también por parte de los jueces, orientada a la igualdad social y a los intereses de las capas más perjudicadas de la población; en vez de favorecer los intereses de los grupos dominantes.

Debe también señalarse que incluso en contextos teóricos diferentes a la teoría antes mencionada, se ha insistido sobre el aporte de la actividad judicial a un desarrollo progresista del derecho. Pero lo que no puede afirmarse es que la dirección y el contenido de la política del derecho resulten solamente condicionadas por la mayor o menor independencia de los jueces respecto de la ley.

A propósito de esto, tal vez sea necesario recordar aquí que razones de carácter estructural que conciernen a la organización del ordenamiento jurídico y la democracia parlamentaria son las que abogan por una subordinación "razonable" del juez y del administrador del derecho a la ley, sin dejar de reconocer, sin embargo, el carácter renovador de la aplicación del derecho.

En esta perspectiva quiero defender la decisión ideológica básica que da preferencia a la norma abstracta en la política jurídica, y con ello el papel del parlamento (con todas las limitaciones de las que,

por desgracia, hemos sido testigos en los últimos tiempos). Esta decisión ideológica básica en favor de un Estado de Derecho parlamentario democrático viene en gran medida determinada por la consideración de que, en comparación con la decisión judicial, son las decisiones legislativas las que, en nuestras sociedades, resultan más fácilmente controlables a través de la discusión pública y de la comunicación política básica. La decisión judicial, a pesar del campo de juego necesario para la concreción de la ley está, en lo esencial, ya programada en la decisión legislativa. Si es cierto que la ley sólo se convierte en derecho en la decisión judicial (y en los demás actos de concreción de la ley), también es cierto que la ley y la Constitución siguen siendo los instrumentos más importantes para controlar democráticamente la producción del derecho.

4. Conclusiones

La conciencia de que la ley, es decir, el Derecho positivo del Estado, es insuficiente para ofrecer certeza y garantía a los derechos de libertad, hace que en relación al principio del Estado de Derecho aparezca más evidente cada día la independencia de dos valores que en la transfiguración iluminista de la ley parecían identificarse: la certeza y la justicia. Por consiguiente, en la identificación del contenido de este principio se nota una oscilación que produce que el Estado de Derecho aparezca ora, en su contenido mínimo ideal, como el Estado que garantiza la certeza de las relaciones entre autoridad y libertad, ora, por el contrario, como el Estado que garantiza la justicia de estas relaciones o, con otras palabras, un determinado contenido ideal que se asocia precisamente a la garantía de una amplia esfera de libertad para los individuos y los grupos. En la opción entre este mínimo y este máximo de contenido ideológico se exterioriza la opción existente entre una concepción iuspositiva y una concepción iusnaturalista del Derecho y del Estado, entre la consideración del Derecho tal cual es y la del Derecho tal como debe ser.

Por nuestra parte, pensamos que si se quiere dar algún contenido al principio que analizamos es necesario acoger la primera concepción (positivista). Y no precisamente porque no se considere esencial reproducir en términos de justicia material el problema de las relaciones entre autoridad y libertad, sino porque estamos convencidos de que, planteado en estos términos, el problema excede de la estructura del Estado moderno y afecta directamente a la transformación de la sociedad actual en otra nueva en la que las relaciones citadas no se configuren en términos negativos y de límites recíprocos, es decir, en los términos jurídicos propios del Estado moderno. De hecho, éste corresponde a una forma de organización social en la cual el poder es algo extraño a la sociedad o a gran parte de ella. Decir que el Estado de Derecho no es más que el ideal de un Estado en el que están determinadas las limitaciones de la

autoridad en relación a la libertad es poco si se piensa que la determinación de los confines entre autoridad y libertad deja sin enjuiciar el problema de la extensión real de la libertad, pero es mucho si se piensa que mientras el poder continúe siendo algo sobrepuesto a la sociedad y extraño a ella y las tensiones en la estructura de la sociedad hagan que el dualismo entre autoridad y libertad se resuelva (a pesar de alguna "mixtificación" ideológica) en una irreductible antítesis, no podrá existir libertad sin la certeza de la ley: certeza que, quizá, constituya el mínimo de libertad —la libertad moderna— que puede y debe ser asegurada frente al Estado, si queremos llamarlo Estado legal.

Por esto, la afirmación y el mantenimiento de una forma de Estado que garantice un mínimo de certeza en lo que afecta a la existencia del individuo y de sus libertades, constituye en nuestros días una exigencia elemental e irrenunciable por cuyo reconocimiento se siente justamente obligado a lucha todo aquel que desee contribuir al progreso de la sociedad. Pero si la libertad jurídica, la libertad moderna, es la única libertad que puede y debe ser salvada de la prepotencia del Estado, esta libertad es una libertad contradictoria, porque el Derecho que debe limitar el poder del Estado está condicionada —y más que nunca en el Estado contemporáneo— precisamente por este poder. Y la historia enseña cuán precaria es para la libertad de la mayor parte de los hombres una garantía que deriva de un poder que sólo formalmente es poseído por la generalidad de los ciudadanos, mientras que, en realidad, es expresión de la afuerza y de los intereses de una parte de ellos, como ha acaecido hasta ahora en toda forma conocida de Estado.

La meta última del progreso social la constituye la superación del dualismo entre sociedad y Estado: la absorción del poder del Estado por una sociedad que deje de estar dividida por inhumanas relaciones de explotación originadoras de graves tensiones conflictivas. En lo que afecta a la evolución actual de las relaciones sociales, la lucha por el Estado de Derecho puede representar hoy tanto una lucha conservadora como una lucha por el progreso real de la sociedad. Se tratará de una lucha por el progreso de la sociedad cuando por medio del Estado de Derecho se pretenda llegar más allá del Estado de Derecho; es decir, cuando esta lucha se dirija no sólo a una modificación formal y meramente jurídica, sino a una modificación sustancial tanto de las relaciones económicas como de las relaciones de poder dentro de la sociedad: de tal manera que no sólo la forma jurídica, sino la estructura misma de estas relaciones, llegue a ser la garantía (no formal, sino sustancial) de la libertad. En este sentido, el Estado de Derecho puede ser al presente si no la meta final, al menos una etapa decisiva en el caminar hacia una sociedad de hombres libres.

PREVENCIÓN DE LAS PRÁCTICAS ANTISINDICALES.
ESPECIAL REFERENCIA A LA LEGISLACION
DE CENTROAMERICA Y PANAMA

Dr. Bernardo Van Der Laet Echeverría

Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Costa Rica
Presidente de la Asociación Costarricense
de Derecho del Trabajo

SUMARIO

- 1.—Introducción
- 2.—La Libertad Sindical
- 3.—Elementos de la discriminación antisindical
- 4.—Las normas internacionales en la materia
- 5.—Protección contra la discriminación
 - a.—La estabilidad
 - b.—El fuero sindical
 - c.—Las prácticas desleales
- 6.—El despido como práctica antisindical
- 7.—La discriminación "pro-sindical"
- 8.—Prevención de la conducta antisindical
- 9.—Consecuencias de la conducta antisindical
- 10.—Protección para las coaliciones temporales
- 11.—Conclusiones.

1.—Introducción:

La presente relación estaba pensada para referir los informes nacionales de Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Puerto Rico, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Venezuela. Sin embargo, solamente se recibieron colaboraciones de Costa Rica, México, Puerto Rico, Trinidad y Tobago y además, un excelente trabajo sobre el tema, que ahora no sólo el área referida sino toda Latinoamérica, preparado por el Doctor Emilio Morgado Valenzuela, Director de la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo para América Central y Panamá.

La ausencia de informes nacionales de tantos e importantes países significó una limitación muy grande para el autor de este trabajo y planteó serias dudas sobre la forma de presentarlo. Siguiendo el consejo de amigos y colegas optó por complementar la información recibida con la que podía obtener de otras fuentes, tanto legislativas como doctrinarias, poniendo énfasis, ante esas limitaciones, a la experiencia que tenía más cercana, la de Costa Rica.

Por supuesto, todos los que se han ocupado de hacer estudios de derecho comparado comprenderá las muchas limitaciones y riesgos que implica, por ejemplo, comentar una disposición de otro país, tomada de un Código o tratado, sin tener la certeza de su vigencia (lo que a veces resulta difícil aún en el propio país) o si rigen, cual es la práctica nacional, campo al que no hicieron referencia los estudios referidos. Como ha sido señalado por PLA⁽¹⁾ y por BARBAGELATA⁽²⁾, es muy usual en nuestro Continente la legislación de fachada, o sea, la aprobación de Códigos o leyes muy perfectos técnicamente en su contenido y desarrollo, pero que no se cumplen, lo que ha sido llamado "crisis de autenticidad" del Derecho del Trabajo latinoamericano⁽³⁾.

(1) PLA RODRIGUEZ, Américo, "El Derecho del Trabajo en América Latina. Sus crisis y sus perspectivas", en Revista Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XXI, No. 110, p. 139.

(2) BARBAGELTA, Héctor Hugo, "Visión General del Derecho del Trabajo en América Latina", en revista Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XXIV, No. 121, p. 3.

(3) PLA RODRIGUEZ, Ob. cit. p. 139.

2.—La libertad sindical:

La libertad sindical es un bien jurídico complejo que comprende aspectos individuales y colectivos y derechos diversos, lo que hace que su protección enfrente problemas pues, al ser amplio el ámbito por proteger, es difícil su cobertura. Por lo tanto, puede resultar que sectores importantes de lo que comprende la libertad sindical queden desprotegidos.

De ahí que consideremos necesario referirnos a ella, aunque sea en forma breve y esquemática, pues ello nos dará la pauta de lo que puede considerarse "antisindical", tema central que nos ocupa.

Se ha señalado⁽⁴⁾, con acierto, que el contenido de la libertad sindical está configurado por una serie de derechos establecidos en los Convenios 87 y 98 de la OIT y por una sistematización de principios. Estos derechos sindicales son los siguientes: el derecho a afiliarse; el derecho de constituir sindicatos sin autorización previa; el derecho de organizar libremente el sindicato; el derecho de los sindicatos de obtener personería jurídica; el derecho de los sindicatos a no ser disueltos administrativamente; el derecho a constituir federaciones y confederaciones; el de afiliarse a entidades internacionales y el de gozar de adecuada protección⁽⁵⁾.

A su vez la libertad sindical tiene aspectos individuales y colectivos. Los individuales comprenden la libertad de afiliación que se puede examinar en su aspecto positivo: formar un sindicato, afiliarse a un sindicato, elegir y ser electo en los cargos de la organización; y negativo: no afiliarse o desafilarse⁽⁶⁾.

El aspecto colectivo, al igual que el individual, resulta complejo y comprende varios derechos que ha sistematizado ERMIDA en tres grupos: a) libertad sindical ante el Estado; b) libertad sindical ante los empleadores y organizaciones patronales; c) libertad sindical en relación con otras organizaciones de trabajadores⁽⁷⁾.

Cada una de ellos comprende a su vez diversos derechos. Así, el primero agrupa la libertad de afiliación o desafilación a organismos de grado superior, tanto nacional como internacional; la autonomía sindical; el derecho a la personalidad jurídica; la pluralidad sindical; la negociación colectiva; la huelga; la reivindicación y la participación. El segundo incluye el fuero sindical, la proscripción de las prácticas desleales; la promoción o prohibición de ciertas cláusulas sindicales y el principio de

(4) ERMIDA URIARTE, Oscar, "Sindicatos en Libertad Sindical", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1era. Ed. 1985, p. 29. En igual sentido Murgado Valenzuela, Emilio, "Libertad Sindical en Chile", Instituto de Administración, Universidad de Chile, 1967.

(5) Ob. cit., págs. 29-30.

(6) Ob. cit., pág. 31.

(7) Ob. cit., pág. 37.

pureza. Y, finalmente, en el tercero, la pluralidad sindical y la proscripción o limitación de ciertas cláusulas sindicales⁽⁸⁾.

Habiendo determinado que es esencial para una efectiva vigencia de la libertad sindical considerar ésta en forma amplia y, por lo tanto, que comprende tanto la libertad de asociación, la autonomía así como la negociación colectiva y la autotutela, podremos analizar desde esa perspectiva lo que se considera "antisindical".

3.—Elementos de la discriminación antisindical:

Las prácticas antisindicales son actos de discriminación es decir actos dirigidos a dar un tratamiento diferente, desigual e inferior a algo o alguien. Tiene una connotación negativa pues cuando se discrimina se desconocen, niegan o disminuyen derechos.

En un amplio estudio sobre el tema que nos ocupa, BARTOLOMEI⁽⁹⁾, luego de constatar que la discriminación antisindical es una enfermedad ampliamente extendida por el mundo⁽¹⁰⁾ que se expresa en muy diversas formas, las cuales sistematiza⁽¹¹⁾ llega a la conclusión de que todas ellas tienen en común dos elementos, uno subjetivo, la motivación antisindical y otro objetivo, el menoscabo efectivo del ejercicio de la libertad sindical⁽¹²⁾, los cuales, para que se configure la discriminación, necesariamente deben estar presentes. Además identifica un tercer elemento cuya presencia teóricamente no es indispensable pero que en la práctica generalmente acompaña al acto de represalia antisindical: el perjuicio patrimonial⁽¹³⁾.

(8) Ob. cit., págs. 37-59.

(9) BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H.G., "Protección contra la discriminación antisindical", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1 ed., 1976.

(10) Ob. cit., pág. 7.

(11) Ob. cit., págs. 8 a 11. El citado autor agrupa las formas de discriminación, que dentro de la gran variedad apuntada, resultan más comunes y establece seis grupos: a) la no contratación, el despido y la inclusión en listas negras, que son las más graves; b) el traslado, la suspensión y demás sanciones disciplinarias; c) el promover exclusivamente a los no sindicalizados, conceder aumentos en la remuneración con objeto de lograr desafilación de los sindicalizados; d) la no reserva de puesto o no reintegración; e) los actos discriminatorios colectivos: cierre total o parcial de un establecimiento, transferencia del mismo, o subcontratación seguida de suspensión o licenciamiento; f) los actos de discriminación prosindical o intersindical.

(12) Ob. cit., pág. 12. Igual criterio sostiene FALCHETTI, Roberto, "Los sindicatos", Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, Montevideo, 1982, Vol. II, p. 139.

(13) *Ibidem*.

La determinación del elemento subjetivo —la motivación antisindical que se ha señalado— presenta algunos problemas que han sido comentados por GIUGNI⁽¹⁴⁾. En efecto, empleadores por una parte y sus trabajadores y sindicato por la otra se encuentran en un conflicto permanente de intereses por lo que resulta necesario determinar, nos dice el autor citado, cuáles de esas conductas sean de interés para efectos de su tutela. Y llega a la conclusión que ellas son las que se refieren a la actividad de autotutela organizada de los trabajadores, por lo que se considerará antisindical el comportamiento que tenga como finalidad reprimir el comportamiento de los trabajadores; pero no tendrán este carácter otros actos de oposición propia de quienes se encuentran en posiciones diferentes, como oponerse a un aumento de salarios.

En relación con el elemento objetivo tiene gran importancia práctica su determinación, pues como señala BARTOLOMEI⁽¹⁵⁾ si se acepta que éste es el perjuicio patrimonial, la indemnización de los daños y perjuicios causados podría ser la única reparación que se otorgue; en tanto que si el elemento esencial es el menoscabo de la libertad sindical, no bastará el reconocimiento de los daños y perjuicios pues deberá también restablecerse el pleno disfrute de la libertad sindical por parte del afectado.

4.—Las normas internacionales en la materia:

En el plano internacional como fuente inspiradora de las legislaciones nacionales, la norma internacional fundamental en materia de prevención de las prácticas antisindicales es el convenio número 98, sobre el derecho de sindicalización y de negociación colectiva, de 1949, dado que sus disposiciones, específicamente las contenidas en los artículos 1 y 2, son básicas en la materia y a ellas se remiten otras normas internacionales y son base de las elaboraciones normativas y legislativas.

El artículo 1 dispone: "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo". Y contempla como actos que la menoscaban, el sujetar el empleo del trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de él, el despedirlo o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador durante ellos.

(14) GIUGNI, Gino, "Diritto sindacale", Cacucci Editore, Bari, 1984, VII Edizione, p. 109.

(15) Ob. cit., p. 12.

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

El artículo 2, de contenido ético —pues su marco de referencia lo constituye la buena fe que debe existir en las relaciones recíprocas entre organizaciones de trabajadores y de empleados, establece que éstas deberán gozar de adecuada protección contra los actos de injerencia de la otra directamente a través de agentes o miembros, tanto en la constitución, funcionamiento como administración. Y define como tales, la constitución de organizaciones de trabajadores dominados por el empleador o sus asociaciones, o sostener económicamente o en otra forma a esas organizaciones como medio de dominarlas o controlarlas.

La disposición del artículo 1 las reiteran el artículo 58 del Convenio número 119, sobre las plantaciones, 1958 y disposiciones del Convenio 117 sobre política social, que definen como uno de los fines de la política social suprimir la discriminación entre los trabajadores, entre otros motivos por la afiliación a un sindicato en diferentes materias relativas a las condiciones de contratación y empleo.

Especialmente importante es también el Convenio 135, protección y facilidades que debe otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, 1971, pues la norma general del artículo 1 del Convenio 98 se puntualiza aquí respecto de un sector de trabajadores que, por las especiales funciones que desempeñan, son sujetos de un mayor riesgo en el campo de las posibles represalias por ser la personificación del sindicato. Pero, además, establece lo que creemos de importancia, dadas las características de algunas legislaciones de la región, como veremos más adelante, que la denominación "representantes de los trabajadores" es amplia ya que comprende tanto a los representantes, propiamente dichos, como a representantes libremente elegidos por los trabajadores, siempre que su designación no tenga por objeto actividades que la legislación nacional reserve en forma exclusiva a los sindicatos.

La recomendación 143, de 1971 sobre la misma materia, detalla con precisión las medidas que deberían adoptarse para garantizar una protección efectiva para los representantes de los trabajadores. Ellas podrían incluir medidas como la definición detallada y precisa de los motivos que pueden justificar la terminación de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores; la exigencia de consulta, dictamen o acuerdo de un organismo independiente, público o privado o de un organismo paritario antes de que el despido de un trabajador sea definitivo; la existencia de un procedimiento especial de recurso accesible a los representantes de los trabajadores que consideren que se ha puesto fin injustamente a su relación de trabajo, o que sus condiciones de empleo han sido modificadas desfavorablemente, o que han sido objeto de trato injusto.

Por lo que se refiere a la terminación injustificada de la relación de trabajo de los representantes de los trabajadores, recomienda: a) el establecimiento de una reparación eficaz que comprenda, a menos de que ello sea contrario a los principios fundamentales del derecho del país interesado, la reintegración de dichos representantes en su puesto

con el pago de los salarios no cobrados y el mantenimiento de sus derechos adquiridos; b) el imponer al empleador, cuando se alegue que el despido de un representante de los trabajadores o cualquier cambio desfavorable en sus condiciones de empleo tiene un carácter discriminatorio, la obligación de probar que dicho acto estaba justificado; y c) y el reconocimiento de la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción de personal.

El mismo instrumento determina el alcance subjetivo que podría tener de la protección al indicar que debería abarcar el momento previo a la elección brindándole tanto a los candidatos como a los que ha sido presentados como candidatos así como también para aquellos que han cesado en sus funciones de representantes. Y remite, en cuanto a la protección temporal, a la legislación nacional o convencional.

En esta materia, el Convenio 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1958, amplió la protección subjetiva referida toda vez que incluyó ya no solo a los representantes sindicales sino a los afiliados al sindicato y a los participantes en actividades sindicales, ya que considera que el tener esas actividades no constituye causa justificada para la terminación de la relación de trabajo.

En otros Convenios, especialmente referidos a determinadas materias o trabajadores, como el 141 sobre las organizaciones de trabajadores rurales, 1975 y el 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978, se contempla igual protección contra el despido y otros actos que pueden perjudicar al trabajador en razón de su afiliación o de su participación en la actividad sindical.

Los principales Convenios en materia de Libertad Sindical han recibido un amplio número de ratificaciones en la región. Así: los Convenios 87 y 98 lo han sido por Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México (sólo el 87), Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Trinidad y Tobago y Venezuela. Otros los han sido en menor medida como el Convenio 135 que ha tenido ratificaciones de Costa Rica, México y Nicaragua.

5.—La protección contra la discriminación antisindical:

Los ordenamientos nacionales recurren a diversas figuras jurídicas para prevenir la discriminación antisindical, en forma directa o indirecta. Se hará referencia a la estabilidad, el fuero sindical y las prácticas laborales desleales.

a) La Estabilidad:

Aunque no se hizo especial alusión a ella en los informes recibidos, sin duda la estabilidad en el empleo constituye uno de los medios de prevención más eficaces contra el despido como arma de lucha antisindical⁽¹⁶⁾. Aunque el hecho de que exista estabilidad no previene de por sí el recurso a otras formas de discriminación de las muchas que ha señalado BARTOLOMEI⁽¹⁷⁾.

La Recomendación 143 sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa, 1971, da fundamento a esta posición pues, en su punto 6, establece que será a falta suficientes medidas apropiadas de protección aplicables a todos los trabajadores, que se establecerán medidas de protección a los representantes de los trabajadores. O sea, que si existe un sistema en que se garantice al trabajador que no podrá ser despedido, aún contra la voluntad del empleador si no existe justa causa para el despido⁽¹⁸⁾, deviene innecesaria una figura como el fuero sindical que, en el mejor de los casos, reconoce la estabilidad a todos los sindicalizados, no necesariamente a todos los trabajadores.

b) El fuero sindical:

Una de las formas de prevención más aceptada y practicada es el fuero sindical o, como lo llama MORGADO, el "fuero de los dirigentes sindicales". Morgado señala en su informe que "si bien en un sentido lato el fuero sindical ampara a todos los trabajadores, incluidos los dirigentes y militantes sindicales, según lo dispone el artículo 1 del Convenio número 98, en la legislación latinoamericana generalmente tal protección ha sido establecida en favor de los dirigentes, ex-dirigentes y candidatos a dirigentes sindicales, con las modalidades que en cada una se expresan. En algunas oportunidades favorece también a los miembros de un sindicato en formación"⁽¹⁹⁾.

(16) En sentido similar, BARBAGELATA H.H., "Introduction aux Institutions..." cit. p. 21; ERMIDA URIARTE, Oscar, "Protección de la estabilidad del dirigente sindical" en "La Protección de la Estabilidad", Editorial y Librería Jurídica Amalio Fernández, Montevideo, 1983, p. 21.

(17) Ob. cit., págs. 8 a 11.

(18) RUSSOMANO, Mozart Víctor, "A estabilidade do trabalhador na empresa", 2da. Ed. Río. 1978, p. 14 cit. por ERMIDA URIARTE, Oscar, "La estabilidad del trabajador en la empresa ¿protección real o ficticia?", Acalí Editorial, Montevideo, 1983, p. 17.

(19) MORGADO VENEZUELA, Emilio, "La protección contra actos de discriminación antisindical", Informe presentado al I Congreso Regional Americano del Trabajo y la Seguridad Social, p. 6.

La denominación de "fuero" ha sido muy criticada por la doctrina⁽²⁰⁾ sin embargo es el término generalizado.

De la información disponible se determinó su reconocimiento por las legislaciones de Colombia, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico, Trinidad y Tobago y Venezuela. Sin embargo, su regulación presenta aspectos diferentes en sus ámbitos de validez personal, temporal y objetiva.

Coinciden las diferentes legislaciones en proteger a los miembros de las juntas directivas de los sindicatos y, generalmente, a las de las federaciones y confederaciones⁽²¹⁾. Algunas de ellas extienden su protección a los miembros fundadores⁽²²⁾ y menos son las que contemplan otras situaciones como los directores suplentes y los representantes sindicales⁽²³⁾ o un número determinado de miembros de la "comisión estatutaria de reclamos"⁽²⁴⁾.

En esta materia observamos que no llegan las legislaciones de la región a proteger a todos los trabajadores miembros del sindicato, lo que se ha llamado la "concepción amplia" del alcance subjetivo del fuero sindical⁽²⁵⁾, sino a categorías de éstos.

El ámbito de validez temporal usualmente comprende dos situaciones: la de los dirigentes y la de los miembros fundadores. En el primer caso la protección se concede por un período que va más allá del nombramiento; la amplitud de éste es diversa en las diferentes legislaciones y se extiende de tres meses (Venezuela) a un año (El Salvador), con posiciones intermedias como la colombiana que es de seis meses.

(20) así, RUPRECHT, Alfredo J., ("Garantías de pleno y libre ejercicio de la libertad sindical" en "Derecho Colectivo Laboral, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1973, p. 443) basa su crítica en que fuero "es, en general, sinónimo de jurisdicción; pero, en sentido particular, en derecho público, es el conjunto de inmunidades y privilegios que se acuerdan a los integrantes de ciertos poderes del Estado, a fin de realizar su cometido". También se sostiene esta crítica en la obra "Asociaciones gremiales de trabajadores", Víctor de Zavalia, Editor, Buenos Aires, 1980, págs. 154 y 155 considerando que es más apropiado usar la denominación de "garantía sindical".

(21) Por ejemplos véanse Código del Trabajo de Honduras, art. 516; Código del Trabajo de El Salvador, art. 248; Código del Trabajo de Panamá, art. 381.

(22) Véase: Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, art. 406; Código de Trabajo de Nicaragua, art. 193; Código de Trabajo de El Salvador, art. 248. Código de Trabajo de Panamá, art. 381.

(23) Código de Trabajo de Panamá, art. 381, incisos 3 y 4.

(24) Código sustantivo de trabajo de Colombia, art. 406.

(25) El concepto de ERMIDA URIARTE, Oscar, "Formas de acción gremial en la empresa, en Revista Derecho Laboral, Montevideo, 1983, núm. 131, pág. 570.

En el caso de los fundadores generalmente la duración de la protección es menor, por ejemplo, de treinta días en Nicaragua, sesenta días en El Salvador, tres meses en Venezuela y Panamá y seis meses en Colombia.

Se considera en doctrina⁽²⁶⁾ que el ámbito objetivo de la protección o contenido de ésta debe comprender no sólo el despido sino también todo acto discriminatorio como suspensiones, traslados, modificaciones en las condiciones laborales. Esta es la posición que asume la legislación panameña⁽²⁷⁾ que define como violación al fuero sindical la alteración unilateral de las condiciones de trabajo o el traslado del trabajador a otro establecimiento o centro de trabajo si no está dentro de sus obligaciones o si estándolo impide o dificulta el ejercicio del cargo sindical. En otras legislaciones, como la de Nicaragua, la protección se refiere sólo al despido⁽²⁸⁾.

La protección que otorga el fuero sindical no es absoluta, por lo tanto, si mediare una justa causa prevista en la ley podría producirse el despido del sujeto protegido. Pero para que éste sea válido de previo se debe obtener la autorización respectiva la cual, por norma general, corresponde otorgarla a los tribunales de trabajo⁽²⁹⁾ aunque se dan casos de excepción, como el de Venezuela⁽³⁰⁾, sistema en el cual los Inspectores de Trabajo son las autoridades competentes en esta materia.

c) Las prácticas desleales:

Las prácticas desleales, consideradas por CORDOBA como una categoría especial de conflictos de trabajo⁽³¹⁾ es una figura que si bien ha sido tomada del sistema jurídico anglosajón ha encontrado aplicación y formulaciones propias en la región.

Cinco países del área central de América la han introducido en su legislación, a saber, Colombia, Panamá, Puerto Rico, República Do-

(26) Vid. ERMIDA URIARTE, Oscar, "Protección de la estabilidad del dirigente sindical", en "La Protección de la estabilidad", Editorial y Librería Jurídica Amalio Fernández, Montevideo, 1985, p. 27.

(27) Código de Trabajo de Panamá, art. 383.

(28) Código de Trabajo de Nicaragua, art. 192.

(29) Código de Trabajo de Honduras, art. 516; Código de Trabajo de Panamá, art. 383.

(30) Ley del Trabajo de Venezuela, art. 202 citado por MORGADO en su informe citado.

(31) CORDOBA, Efreén, "Los conflictos de trabajo: clasificación y medios de solución" en "Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina", publicado bajo la dirección de Efreén Córdoba, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, primera edición, 1981.

minicana y Trinidad y Tobago. Y, en otros como Costa Rica y Venezuela, en proyectos de nueva legislación laboral, pretenden hacerlo.

No obstante que parece conveniente su existencia para la seguridad jurídica y para ofrecer mejor protección, se ha señalado que la figura de la práctica laboral desleal no ha tenido significación efectiva pues son relativamente pocas las denuncias que se producen por violación a estas disposiciones⁽³²⁾ y se ha señalado como explicación el hecho de ser un sistema que vino a yuxtaponerse a uno ya establecido⁽³³⁾.

Este es un fenómeno conocido por los estudiosos del Derecho Comparado que se presenta, como señala PLA⁽³⁴⁾ cuando se desconocen los condicionamientos históricos, sociológicos, culturales y propiamente jurídicos que facilitan o incluso impiden en ciertos casos aplicar soluciones que en otros ambientes se han ensayado con éxito".

Lo dicho tiene validez para los países cuyo sistema jurídico tiene una tradición latina. Sin embargo, la situación es diferente en los ordenamientos de Puerto Rico y Trinidad y Tobago cuyos sistemas se inspiran en el "common law" y por lo tanto, respecto de ellos, no se produce el fenómeno apuntado de la resistencia hacia una figura ajena a una determinada tradición jurídica, sino que, por el contrario en ellos opera en forma eficaz y efectiva esta figura.

La tipificación que haga la legislación de un país de las prácticas laborales desleales nos permite ver el contenido que dicha legislación da al bien jurídico protegido, la libertad sindical. Así, en el código panameño⁽³⁵⁾, el ámbito de protección es amplio pues comprende la prevención del despido, de sanciones, represalias, desmejoramiento o discriminaciones con motivo de reclamos individuales o colectivos, por el hecho de organizar o pertenecer a un sindicato, o por haber participado en una huelga o firmado un pliego de peticiones. O sea, que se tiene una noción amplia, para efectos de la tutela, de la libertad sindical, pues se protege la libertad de afiliación, o al menos la positiva, y los aspectos esenciales de la actividad sindical como son la negociación y el ejercicio de la huelga. En este sentido, la legislación colombiana⁽³⁶⁾ cubre un ámbito más reducido, pues la protección está básicamente dirigida a la libre sindicalización aunque si considera como atentatorio el negarse a negociar con las organizaciones sindicales; sin embargo, no se hace referencia al derecho de huelga. Y más tímida aparece

(32) Ob. cit.; en igual sentido BARBAGELATA, Héctor Hugo, "Introduction aux Institutions du Droit du Travail en Amérique Latine", Presses Universitaires de Louvain, 1980, p. 215.

(33) Córdoba, Ob. cit., p. 176.

(34) PLA RODRIGUEZ, Américo, "Reflexiones sobre el estudio comparativo del derecho del trabajo", en Revista Derecho Laboral, Montevideo, tomo XXIV, N° 124, p. 691.

(35) Código de Trabajo de Panamá, art. 388.

(36) Decreto 3378 de diciembre de 1962.

la regulación dominicana⁽³⁷⁾, pues fundamentalmente sólo protege la libre sindicalización sin referirse a los demás aspectos esenciales de la libertad sindical.

La Ley de Relaciones de Trabajo de Puerto Rico, por su parte, presenta una de las tipificaciones más completas de las prácticas ilícitas de trabajo en el área.

Si bien la existencia de normas que definan en forma expresa que se entiende por práctica laboral desleal se da en pocos países, no quiere decir que en aquellos en que no se haya incorporado esta figura jurídica no existan, pues, en realidad, algunas de las conductas que generalmente se tipifican como desleales están prohibidas en normas laborales respecto de empleadores, trabajadores, sindicatos o en forma general, aunque con una cobertura menos amplia como veremos en seguida. En Guatemala está prohibido a los patronos "obligar o intentar obligar a los trabajadores cualquier que sea el medio que se adopte, a retirarse de los sindicatos o grupos legales a que pertenezcan, o a ingresar a unos o a otros"⁽³⁸⁾. Disposición idéntica encontramos en la legislación laboral costarricense⁽³⁹⁾. El Código de Trabajo de El Salvador, en la misma línea que los citados, prohíbe a los patronos "tratar de influir en sus trabajadores en lo relativo al ejercicio del derecho de asociación profesional y hacer por medios directos o indirectos, discriminaciones entre los trabajadores por su condición de sindicalizados o tomar represalias contra ellos por el mismo motivo"⁽⁴⁰⁾.

Y el de Honduras establece como prohibición el despido o causar perjuicio en alguna otra forma al trabajador por su participación sindical así como el establecimiento de listas negras⁽⁴¹⁾. Esa misma legislación, y ahora dentro de las prohibiciones para los trabajadores, les prohíbe a éstos coartar la libertad para afiliarse o no a un sindicato o permanecer en él o retirarse⁽⁴²⁾ y respecto de los sindicatos los Códigos de Costa Rica y Guatemala, si interpretamos las causales de disolución que esas legislaciones establecen, prohíben a estas organizaciones usar la violencia sobre las personas para obligarles a ingresar a ellos⁽⁴³⁾. Es usual también encontrar, en esta materia prohibiciones de carácter general. El Código de Trabajo de El Salvador prohíbe a toda persona, en una disposición típica de aquellas legislaciones que tienen la figura de la práctica laboral desleal, lo siguiente: "a) coaccionar a otra para que

(37) Código del Trabajo, República Dominicana, art. 307.

(38) Código de Trabajo de la República de Guatemala, art. 62, inc. c).

(39) Código de Trabajo de Costa Rica, art. 70, inc. c).

(40) Código de Trabajo de El Salvador, art. 30, inc. 4 y 5.

(41) Código del Trabajo, República de Honduras, art. 96, inc. 3 y 6.

(42) Código de Trabajo, República de Honduras, art. 98, inc. 6.

(43) Código de Trabajo de Costa Rica, art. 350, inc. c); Código de Trabajo de Guatemala, art. 226, inc. c).

ingrese o se retire de un sindicato...; b) impedir al interesado que concurra a la constitución de un sindicato o coaccionar a alguien para que lo haga; c) hacer discriminaciones entre los trabajadores por razón de sus actividades sindicales o tomar represalias contra ellos por el mismo motivo; ch) ejecutar actos que tengan por finalidad impedir que se constituya un sindicato o que se encaminen a disolverlo o someterlo a control patronal; y d) atentar en cualquier forma contra el ejercicio legítimo del derecho de asociación profesional⁽⁴⁴⁾. En tanto, el Código hondureño establece la prohibición general para toda persona de atentar contra el derecho de asociación sindical⁽⁴⁵⁾.

Puede observarse que estas legislaciones que no tipifican las prácticas laborales desleales protegen la libre sindicalización y no consideran otros aspectos de la libertad sindical.

Un aspecto importante es la determinación de quién puede incurrir en la práctica laboral desleal. En Panamá y la República Dominicana el sujeto activo únicamente es el empleador, en tanto que en Colombia puede serlo cualquiera de las partes. En el proyecto costarricense se tipifican prácticas laborales desleales de patronos y sus sindicatos y de trabajadores y sus sindicatos. Y hemos visto, que es las legislaciones en que no existe la figura de la práctica laboral desleal, en las prohibiciones aparecen como sujetos activos el empleador, los trabajadores y los sindicatos.

Tratándose de medidas contra la discriminación antisindical y, por lo tanto, siendo el bien jurídico protegido la libertad sindical, que se reconoce tanto a trabajadores como a empleador, parece razonable que se tipifiquen como prácticas antisindicales, para efectos de su sanción, tanto las que lleve a cabo la parte patronal como también la de los trabajadores.

Un dato que debe ser tomado en cuenta respecto del sujeto activo de la práctica antisindical, en el caso de que ésta sea la parte empleadora, es que dadas las características del sindicalismo empresarial en la región, y en general en América Latina, no aparecen sindicatos empresariales, no obstante la posibilidad legal de constituirlos⁽⁴⁶⁾ lo que se explica, según BRONSTEIN⁽⁴⁷⁾, porque el sistema de relaciones laborales de la mayoría de los países favorece la negociación colectiva en la empresa o el planteamiento de mecanismo de solución de conflictos ante las autoridades administrativas pero no fomenta las relaciones bilaterales

(44) Código de Trabajo de El Salvador, art. 205.

(45) Código del Trabajo, República de Honduras, art. 468.

(46) Vid. BRONSTEIN, Arturo S. "Las organizaciones de empleadores" en OIT, "Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina", Ginebra. 1ra. edición 1981, p. 54.

(47) *Ibid.*, p. 51.

entre organizaciones sindicales y empresariales, organizaciones éstas últimas que por lo general han tenido como objetivos la defensa de intereses económicos y otras actividades ajenas a las relaciones laborales.

6.—El despido como práctica antisindical:

Creemos que no existe duda respecto de que la práctica anti-sindical más grave es el despido. Por eso las legislaciones que desean preservar la libertad sindical en forma efectiva protegen en mayor o menor medida contra ese atentado. El informe nacional de Costa Rica da cuenta de una situación de desprotección en este campo que creemos importante comentar para poner en evidencia la importancia de la protección.

Costa Rica ha ratificado los convenios 87, 98 y 135 de la Organización Internacional del Trabajo, y de acuerdo con la Constitución Política tienen desde aquel momento, fuerza superior a las leyes. En el plano de las normas de origen nacional, en todo nivel, constitucionales y legales, encontramos disposiciones que consagran la libre sindicalización, la autarquía sindical, la titularidad del sindicato para negociar convenciones colectivas, aunque no así para el planteamiento de los procedimientos de conciliación, requisito indispensable para poder ejercer legalmente el derecho de huelga. Pero todas estas disposiciones no se concretan en adecuadas medidas de protección para el pleno ejercicio de la libertad sindical. No existe, en el sector privado, el fuero sindical y, por el contrario existe la posibilidad para el empleador de realizar despidos en forma libre, sin necesidad de justificar motivo y, además, sin tener que pedir autorización previa a ninguna autoridad administrativa o judicial. La única consecuencia para el patrono es el pago del preaviso y auxilio de cesantía limitado el primero a un mes de trabajo y el otro, a un mes de salario por año trabajado pero con un tope en su forma más gravosa, equivalente a ocho mensualidades.

Al tener la posibilidad referida el empleador en Costa Rica puede convertirla, como en efecto sucede aunque no se admita, en la forma de lucha antisindical más efectiva y que hace seguramente innecesario el recurso a otras formas de discriminación. El poder de disuasión respecto de la actividad sindical que tiene el despido puede ser aumentado si la parte patronal no acepta reconocer el pago del preaviso y el auxilio de cesantía al término de la relación laboral y obliga al ex-trabajador a recurrir ante los tribunales laborales, pues dado que obtener una sentencia firme toma como norma general más de dos años y a veces tres, y por el proceso de devaluación y la inflación, aún en el mejor de los casos, lo que recibirá el actor por los conceptos indicados tendrá un poder adquisitivo muy reducido.

7.—La discriminación "pro-sindical":

Una cuestión que se plantea como interrogante es, si a la par de la discriminación anti-sindical existen además, prácticas que implican una discriminación "pro-sindical", como la ha llamado MORGADO en su informe, esto es, aquel tipo de medidas que en forma directa o indirecta pretenden forzar la afiliación sindical o la conservación de ésta, como las cláusulas sindicales⁽⁴⁸⁾.

El punto fundamentalmente se refiere a la concepción que se tenga sobre la libertad de afiliación y cómo debe tutelarse garantizando en la forma más amplia el libre ingreso y el retiro libre o si, por el contrario, debe estimularse sólo el ingreso desalentando la libertad negativa.

Diversas posiciones encontramos en los países de la región en esta materia en los capítulos relativos a las Convenciones Colectivas. El Código costarricense⁽⁴⁹⁾, establece que no serán válidas las cláusulas de ésta que obliguen al patrono a renovar el personal a solicitud del sindicato o cualquiera otra que ponga en condiciones de manifiesta inferioridad a los no sindicalizados. Similar disposición contienen el Código guatemalteco⁽⁵⁰⁾, y el de El Salvador⁽⁵¹⁾; en tanto que en la legislación hondureña⁽⁵²⁾ sostiene expresamente lo contrario, esto es, la licitud de la cláusula en virtud de la cual el patrono se obliga a no admitir como trabajadores sino a quienes estén sindicalizados aunque se protege a quienes no forman parte del sindicato y ya se encontraban trabajando en la empresa al momento de la firma del contrato colectivo. Igual disposición encontramos en la Ley Federal del Trabajo de México⁽⁵³⁾, que es la legislación pionera en esta materia⁽⁵⁴⁾, la que además permite la validez de las disposiciones

(48) Las cláusulas sindicales, como es conocido, pueden ser muy variadas. En una enunciación, no taxativa, que hace ERMIDA URIARTE, Oscar, ("Sindicatos en Libertad Sindical", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1ra. edición, 1985, págs. 34-35) se indican las siguientes: a) la cláusula "close shop" o de "taller cerrado"; b) la cláusula de "unión shop" o de "taller sindical"; c) la cláusula de "maintenance of membership" o de "mantenimiento de la afiliación"; d) la de "hiring hall" o de "bolsa de trabajo sindical"; e) las cláusulas de "preferencial shop" o cláusulas preferenciales; i) la cláusula de "unión label" o de "marchamo o marca sindical"; g) la cláusula de "check off" o de "retención de cotizaciones"; h) la de "agency shop" o de cotización sindical obligatoria.

(49) Código de Trabajo de Costa Rica, art. 58, inc. f).

(50) Código de Trabajo de Guatemala, art. 53, inc. c) y art. 209.

(51) Código de Trabajo de El Salvador, art. 277.

(52) Código del Trabajo de Honduras, art. 61.

(53) Ley Federal del Trabajo de México, art. 395.

(54) Señala CORDOVA "Otras manifestaciones de las relaciones al nivel de empresa", Las relaciones colectivas... cit. p. 129 "que fueron los sindicatos de Veracruz y Tamaulipas los que obtuvieron esa conquista a raíz de la Constitución de 1917 y fue la legislación de 1931 la que primero consagró la validez de las cláusulas de exclusión de ingreso".

que obliguen al patrono a separar del trabajo a los miembros que renuncian o sean expulsados del sindicato. Venezuela, por su parte, ha reconocido la validez de las cláusulas de preferencia sindical y le ha dado rango constitucional a esa disposición⁽⁵⁵⁾.

Observemos que un buen número de países de la región han tomado posición en sus legislaciones en esta materia lo que llama la atención pues se ha señalado que la mayoría de las legislaciones guardan silencio no regulándola. E igualmente se ha destacado que la doctrina generalmente ha considerado que ante el silencio de la ley debe interpretarse que este tipo de cláusulas no están permitidas⁽⁵⁶⁾, en opinión discrepante de HOYOS⁽⁵⁷⁾.

En sí el asunto es complejo pues precisamente, y tal como la denominación referida lo establece, estamos en presencia de disposiciones que buscan estimular, al menos teóricamente, el desarrollo sindical, pero, y aquí surge la gran duda, debemos determinar si al proceder así más bien se limita el pleno ejercicio de la libertad sindical.

La protección o no de la libertad sindical negativa y, consecuentemente, la validez de algunas cláusulas sindicales, se inserta en la cuestión de los aspectos individuales y colectivos que tiene la libertad sindical. En función de la concepción que se tenga se rechazará o justificará el reconocimiento de la libertad sindical negativa.

Las cláusulas sindicales buscan el fortalecimiento del sindicato pero no sólo por fortalecerlo puesto que el sindicato no es fin en sí mismo sino para que cumpla su función en defensa y mejoramiento de los derechos del trabajador. Quizá por eso es que resulta violento o difícil de aceptar que fortalecer a quien debe defenderlos implique restringir o eliminar un derecho de este trabajador individual.

8.—Prevención de la conducta antisindical:

La prevención de las medidas de discriminación antisindical o de atentados al fuero sindical puede producirse por hemos metajurídicos como la existencia de un movimiento sindical fuerte⁽⁵⁸⁾ que desanime a la contraparte o intentar acciones de persecución sindical. Igualmente importante

(55) Ibid., p. 133.

(56) BARBAGELATA, Introduction aux Institutions..., cit., p. 239.

(57) HOYOS, Arturo, "Derecho Panameño del Trabajo", en "El Derecho Latinoamericano del Trabajo", UNAN, México, 1979, Vol. II, p. 218.

(58) Vid. ERMIDA URIARTE, Oscar, "Protección de la estabilidad...", cit. p. 31. Se señalan como factores determinantes del poderío sindical los siguientes: "a) el número de socios de las organizaciones sindicales en relación con la población trabajadora sindicalizable; b) la capacidad económica de los sindicatos considerados como unidades aisladas y como gru-

en esta materia es el clima político existente en el país; la coyuntura económica pues la flexibilización del derecho laboral que ésta ha provocado puede significar un menor nivel de protección; o las políticas económicas que se sigan. Los informes nacionales no refieren la situación en los diversos países en esta materia.

9.—Consecuencias de la conducta antisindical:

Un asunto de la mayor importancia es la determinación de las consecuencias que tiene para el sujeto infractor el incurrir en la práctica desleal.

Señalamos al referirnos a los elementos de la discriminación anti-sindical un objetivo, que es el menoscabo de la libertad sindical. Y siendo este el bien jurídico tutelado la reparación que corresponde es, la restitución de las cosas al estado en que se encontraban al producirse la infracción. No será pues, únicamente con un resarcimiento patrimonial que pueda tenerse por reparada la violación, salvo que sea del todo imposible hacerlo dada la índole de la práctica incurrida, por ejemplo, la inclusión de un trabajador en la lista negra.

Siendo el despido la más grave de las prácticas desleales en que se puede incurrir, su reparación necesariamente debe consistir en la declaración de nulidad del acto de despido y la consecuente reinstalación en el pleno goce y disfrute de todos los derechos que tenía el trabajador antes del acto antijurídico, incluidos aquellos que hubiere obtenido durante el lapso en que operó la ruptura del vínculo contractual así como el pago de los salarios dejados de percibir durante ese mismo lapso. Sin embargo, debe tenerse presente, como ha sido correctamente señalado por BARBAGELATA⁽⁵⁹⁾, que la existencia de este sistema debe estar organizado de forma tal que se busque la celeridad procesal y cuando ello sea posible, que se ordene la reanudación de la relación, pues si no con el transcurso del tiempo pueden llegar a acumularse fuertes sumas en concepto de salarios caídos lo que puede constituir un factor de perturbación e inseguridad para las empresas. Este problema se ha estado presentando en Costa Rica, en el sector público, donde los trabajadores tienen

pos; c) la naturaleza del liderazgo sindical; d) la cohesión interna del sindicato; e) el ámbito territorial y/o profesional en que el sindicato desarrolla su acción; f) el poder de negociación y los logros en la negociación colectiva; g) el grado y naturaleza de la solidaridad o alianza con grupos no sindicales; i) la naturaleza del sistema de relaciones industriales del país; y j) el marco legal" (MORGADO VALENZUELA, Emilio, "El poderío sindical en Chile" en "Homenaje al Profesor Francisco Walker Linares. Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 219).

(59) BARBAGELATA, Héctor Hugo, "Sobre la estabilidad en el empleo", en revista Derecho Laboral, tomo XXI, N° 111, p. 345.

estabilidad, dado que los juicios en que se discuten los despidos duran de promedio treinta meses. Si la empresa privada resultara condenada a pagar las sumas que en concepto de salarios caídos se ven obligadas a pagar las instituciones públicas, sin duda la mayoría de ellas confrontaría graves problemas económicos.

También consideramos válida la observación hecha por RODRIGUEZ MANCINI⁽⁶⁰⁾ de que en materia de estabilidad de los representantes sindicales se debe tomar en consideración aspectos tales como el tamaño de la empresa pues en aquellas pequeñas se produce una relación mucho más personal entre el empleador y los trabajadores, lo que puede causar graves dificultades si se obliga a mantener un vínculo que se ha roto en aspectos fundamentales. En esta materia en la Ley Federal del Trabajo de México se ha previsto, entre otros casos tipificados en el artículo 49, que el patrón queda eximido de la obligación de reinstalar al trabajador si comprueba ante la autoridad competente que éste, por razón del trabajo que desempeña no por las características de sus labores, está en contacto directo y permanente con él, y la Junta de Conciliación y Arbitraje estima que no es posible el desarrollo normal de la relación de trabajo.

La otra alternativa, que ha sido llamada "solución reparatoria imperfecta"⁽⁶¹⁾, consistiría en el reconocimiento de una indemnización al trabajador o a la organización sindical, o a ambos, por los daños y perjuicios que se les ocasionó. Sin embargo este tipo de solución ha sido considerada imperfecta por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT⁽⁶²⁾ si implica el despido del trabajador. También le han sido señaladas varias limitaciones tales que como la indemnización no repara la restricción de una libertad fundamental; que en el fondo sería autorizar el despido a un costo mayor aparte de la dificultad de establecer el perjuicio⁽⁶³⁾.

La sanción por la violación cometida, según se determinó en varias legislaciones⁽⁶⁴⁾, consiste en la imposición de una multa la cual, en caso de reincidencia, va duplicándose⁽⁶⁵⁾ o aún si se trata de reincidencia específica puede convertirse en arresto incommutable⁽⁶⁶⁾.

(60) RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, "Protección de la estabilidad del dirigente sindical", en "La protección de la estabilidad", Editorial y librería jurídica Amalio M. Fernández, Montevideo, 1985, p. 18.

(61) ERMIDA URIARTE, Oscar, "Protección de la estabilidad...", cit., p. 33.

(62) Oficina Internacional del Trabajo: "La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo Administrativo de la OIT, 3ra. edición, Ginebra 1985, párrafos 547, 548 y 549.

(63) ERMIDA URIARTE, Oscar, "Protección de la estabilidad...", cit., p. 34.

(64) Código de Trabajo de Panamá, art. 389.

(65) *Ibidem*.

(66) Código de Trabajo de Costa Rica, art. 612.

La legislación hondureña establece una regla diferente ya que se obliga al patrono a pagar a la organización sindical respectiva una indemnización equivalente a seis meses de salario del trabajador afectado, sin perjuicio de los derechos de éste⁽⁶⁷⁾.

Creemos muy importante que en una materia en la cual está en juego una libertad esencial, como es la sindical, los ordenamientos jurídicos, procedan con severidad tal, que sea disuasiva. La multa, bien determinada dentro de las circunstancias y posibilidades propias de cada país, sin duda puede cumplir ese cometido. Sin embargo, debe ésta ir acompañada de mecanismos que, de ser posible, ajusten el monto de la sanción, a las condiciones cambiantes de la economía pues sino, en países en los que las crisis económicas son permanentes y la moneda pierde valor diariamente, lo que hoy puede resultar disuasivo, el día de mañana provocaría risa. Tal es el caso de la legislación costarricense en la que las violaciones a las disposiciones prohibitivas de la legislación laboral, entre las que se encuentran las referentes a la libertad sindical, se sanciona con multa cuyo monto fue establecido en 1943, año en que promulgó el Código, sin que se hayan revisado los montos establecidos en esa fecha ni existan mecanismos de ajuste. Así, la máxima multa imponible es de trescientos sesenta colones, que al tipo de cambio actual resultan ser cinco dólares, moneda de los Estados Unidos de América.

Dentro de la línea disuasiva que debe perseguir el ordenamiento jurídico, aparece interesante, aunque habría que conocer los resultados prácticos, una disposición de la legislación de Puerto Rico que obliga al patrono condenado por haber incurrido en prácticas antisindicales, además de la reinstalación del trabajador afectado y el pago de los salarios caídos, a fijar anuncios o carteles en áreas visibles de su empresa, en los que se compromete a no volver a incurrir en tales prácticas.

10.—*Protección para las coaliciones temporales:*

Si una correcta concepción de la libertad sindical comprende el ejercicio por parte de los trabajadores y de sus sindicatos de la negociación colectiva y el recurso al derecho de huelga, se plantea la interrogante si la prevención de las prácticas antisindicales debe comprender también adecuada protección a las actividades de los trabajadores y de coaliciones que, en función de las disposiciones de la legislación de trabajo, puedan también ser titulares de formas de negociación colectiva, o aún más, tener la titularidad para el planteamiento de los procedimientos que dan como resultado la declaratoria de legalidad de una huelga.

(67) Código de Trabajo de Honduras, art. 516.

Se ha señalado por la doctrina⁽⁶⁸⁾ que la prevención de las prácticas antisindicales tiene una finalidad ética, esto es, busca que las partes esencialmente la patronal, pues hemos visto que las legislaciones no son unánimes en considerar que los trabajadores o sus organizaciones pueden incurrir en prácticas desleales, mantengan una conducta correcta en el manejo de sus relaciones con sus trabajadores y las organizaciones sindicales que los representan. Partiendo de ese supuesto parece no existir duda de que esa conducta ética debe observarse y exigirse en todos los ámbitos de las relaciones colectivas aún si no se encuentra presente en ellas el sindicato o los trabajadores como sindicalistas. Sería inconsistente el que se establezca en una legislación un ámbito de ética en las relaciones colectivas y se deje otro librado a cualquier tipo de conducta. Quizá el problema de la protección en este tipo de situaciones enfrente obstáculos dada precisamente la falta de organización y el carácter temporal de la gestión que realizan. Sin embargo, aún teniendo presente tales dificultades se puede conceder una protección, al menos temporal durante el transcurso de las negociaciones o procedimientos y el período posterior.

El asunto no sólo es una consideración teórica sino que reviste importancia práctica toda vez que es una realidad en varios países de la región la posibilidad de la negociación colectiva por parte de trabajadores no sindicalizados. Se aprecian dos variantes: en unos países, como Colombia y Venezuela, ello es posible sólo si no hay sindicato en la empresa. En otros, como Costa Rica, hay figuras de negociación colectiva, (el arreglo directo), que pueden utilizarse, no obstante que existe un sindicato en el centro de trabajo de que se trate y aún contra la voluntad de éste, lo que ha provocado que el movimiento sindical estime que este tipo de arreglos constituyen en la práctica un arma de lucha antisindical, lo que no quiere decir que si se usan debidamente los trabajadores que lo promueven no sean acreedores de protección.

Otra posibilidad de negociación que se presenta para coaliciones temporales es con ocasión de los procedimientos de conciliación que algunas legislaciones, Costa Rica entre ellas, establecen como requisito previo al ejercicio del derecho de huelga; o, en aquellos casos en que no se reconoce tal derecho, para poder recurrir al arbitraje. Es posible en esos procedimientos que las partes concreten acuerdos que sustancialmente son tan complejos como puede serlo una convención colectiva de trabajo. Y si el acuerdo no llega, y si se dan los demás requisitos legales, queda abierto el camino a los actores para ejercer válidamente el derecho de huelga o iniciar un juicio arbitral. Siendo materia tan sensible en las relaciones colectivas, es evidente que si no se otorga adecuada protección a quienes inicien estos procedimientos seguramente serán objeto de medidas discriminatorias.

(68) ERMIDA URIARTE, Oscar, "Sindicatos en Libertad de...", ci. p. 57.

La legislación costarricense contempla alguna regulación en esta materia. En efecto, en los procedimientos de conciliación que son requisito indispensable para poder pretender luego la declaratoria de legalidad de una huelga, se prevé que desde que se tienen por establecidos ninguna de las partes puede tomar la menor represalia contra la otra ni impedirle el ejercicio de sus derechos y, además, toda terminación de los contratos de trabajo debe ser previamente autorizado por el Juez.

Sin embargo, tal protección, en la realidad, ha quedado sin valor alguno toda vez que los Tribunales han interpretado que al no reconocer la ley expresamente la reinstalación, si un despido se produce con desato de las normas referidas, ésta no cabe y la única consecuencia para el infractor es que será procesado en la jurisdicción penal laboral y en el mejor de los casos se le impondrá una multa que, por lo dicho en el punto décimo resulta ridícula.

11.—Conclusiones:

La prevención de las prácticas antisindicales estará marcada por el alcance que se dé al bien jurídico protegido, la libertad sindical. En la actualidad se estima que ésta tiene un contenido complejo de derechos, individuales y colectivos, así como de principios. Siendo entonces amplio el campo por proteger, esta libertad se vuelve más frágil pues puede ser atacada desde muy diversos ángulos y formas.

La protección la garantizan las legislaciones nacionales por medio de diversas instituciones como pueden ser la estabilidad, el fuero sindical y las prácticas laborales desleales, muy relacionada entre ellas.

La existencia de la estabilidad absoluta no garantiza contra todas las conductas antisindicales pero sí contra la más agresiva como es el despido. El fuero sindical pretende dar una cobertura más amplia; sin embargo ésta estará en función de los alcances subjetivos temporales y materiales que cada ordenamiento jurídico contemple.

La figura de las prácticas laborales desleales, que procura un desarrollo apegado a la ética en las relaciones laborales, y como tal resulta muy valiosa, presenta en la región diferente grado de cobertura y una situación interesante cual es la presencia de ordenamientos inspirados en el sistema anglo-ajón y respecto de los cuales la práctica laboral desleal es una figura propia y los de origen latino respecto de los cuales es una adaptación de lo que parece influir en su efectivo funcionamiento. No obstante que sean pocos los países que expresamente contemplan la figura en sus legislaciones laborales, en la mayoría, sin embargo, encontramos disposiciones que resultan ser, tipificaciones de conductas laborales desleales.

Quién pueda ser sujeto activo de la práctica laboral desleal varía en las legislaciones; sin embargo, si se tiene una concepción amplia puede serlo cualquiera de los actores de estas relaciones: patronos sus organizaciones, trabajadores y sus organizaciones.

Comprendiendo la libertad sindical la facultad negociadora y la autotutela, y reconociendo diversos ordenamientos jurídicos titularidad en este campo a coaliciones temporales de trabajadores o instancias organizativas que no son propiamente el sindicato, resulta necesario otorgar la protección a estos trabajadores u organizaciones contra las prácticas discriminatorias.

Cuando se produce el atentado contra la libertad sindical la reparación que debe concederse es la restitución del sujeto pasivo en el pleno disfrute del derecho violado y el pago de los daños y perjuicios ocasionados puesto que si se prevé la posibilidad de un pago sustitutivo se convertirá solamente en una reparación patrimonial. Sin embargo debe tenerse presente que un sistema que garantice la reinstalación y el pago de los salarios caídos debe considerarse dentro de un marco que garantice un proceso de modo tal que no se acumulen sumas cuantiosas que pueden poner en dificultad a las empresas. Asimismo, debe tener presente el tamaño de la empresa y la circunstancia que en función de éste, en determinados casos, resulta totalmente inconveniente o casi imposible una reinstalación.

Aparte de la reparación respecto del sujeto pasivo, los ordenamientos prevén sanciones contra el sujeto activo consistente en multas y otro tipo de medidas disuasivas como la publicidad en los centros de trabajo de que ahí se ha cometido una infracción. Respecto de las multas debe observarse que para que resulten disuasivas deben preverse mecanismos de adecuación a las situaciones económicas cambiantes pues sino pronto resultarán ridículas.

LOS VALORES DE LA PERSONALIDAD Y EL DERECHO CIVIL LATINOAMERICANO. REVISION CRITICA DEL DERECHO VIGENTE

(Perspectivas de formulación de una normativa uniforme para los países Latinoamericanos).*

Prof. Dr. Víctor Pérez Vargas

Catedrático, Universidad de Costa Rica
Director Revista Judicial, Corte Sup. de Justicia
Miembro Comisión Revisora del Código Civil

* Ponencia presentada al Congreso Italo-Ibero-Latinoamericano sobre Personas. ASSLA (Associazione di Studi Sociali Latinoamericani) Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 19-12 de agosto de 1987. En ella se reiteran algunos conceptos expresados en publicaciones anteriores y se profundizan, dentro de una perspectiva personalista y tridimensional.

SUMARIO

1. Introducción: Nuevos problemas, nuevas soluciones.
2. La nueva tecnología frente a los valores de la personalidad.
3. El sistema de los valores de la personalidad en el Derecho Privado.
4. Los nuevos "derechos" de la personalidad.
5. Los vacíos en la regulación de los actuales "derechos" de la personalidad.
6. La necesidad de reforzar los mecanismos de tutela de los valores de la personalidad (acciones resarcitoria e inhibitoria generales).
7. Conclusión.

1. *Introducción. Nuevos problemas, nuevas soluciones*

Si observamos las transformaciones sociales, los desarrollos axiológicos y los avances tecnológicos de los últimos años, de inmediato nos percataremos de la necesidad de nuevas instituciones en nuestras leyes que sean aptas para responder a los nuevos retos.

Computación, telecomunicaciones y biotecnología son sólo algunos de los nuevos campos que plantean nuevos interrogantes y presentan nuevos intereses en juego que es imprescindible confrontar con los valores de nuestros ordenamientos y del sistema de derecho comparado del que somos parte (a condición de que éste sea dinámicamente considerado). Es necesario atribuir alguna forma de eficacia jurídica a tales intereses jurídicamente relevantes.

Los nuevos desarrollos del pensamiento jurídico, revelan lo que se ha denominado "la renovada sensibilidad cultural de la doctrina"⁽¹⁾ en favor de la ampliación de las instancias de la persona, a partir de una determinación de intereses jurídicamente relevantes, donde el momento económico es subalterno e instrumental con relación al desarrollo de la persona. Cabe recordar que esta afirmación de la persona tiene como antecedente los horrores de la segunda guerra mundial. En efecto, los Ordenamientos totalitarios habían concebido al Estado como organismo viviente, necesitado de un espacio vital (Lebensraum), dotado de alma colectiva (Volkgeist) y estructurado jerárquicamente, bajo una cabeza (Führer)⁽²⁾. Esta concepción veía al individuo como simple célula del todo social al cual se encontraba subordinado enteramente. Lo cierto es que, terminada la segunda guerra mundial, la humanidad vuelve sus ojos hacia los "derechos humanos". Es bajo esta perspectiva histórica que resulta comprensible la afirmación personalista de autores como Emmanuel MOUNIER y Jacques MARITAIN, cuyo eje se encuentra en la afirmación de que el ser humano, independientemente de cualquier reconocimiento estatal es portador de una especial dignidad. En particular,

(1) v. SANTILLI, Marina. Tutela della salute. Cassa de Risparmio de Carrara, Roma, 1984, p. 8.

(2) v. HITLER, Adolfo, Mi Lucha. Editorial Mateu, Barcelona, 1962; ESCHMANN, Ernst Wilhelm, El Estado Fascista en Italia, Biblioteca Ercilla, Santiago de Chile, 1937; ROSENBERG, Alfred, Obras Escogidas, Editorial Ex-temporáneos, México, 1972 SABINE, George, Historia de la teoría política, Fondo de Cultura Económica, México 1937, p. 648; MONTENEGRO, Walter, Introducción a las doctrinas político económicas, Fondo de Cultura Económica, México, 1965, p. 198; para los antecedentes filosóficos v. NOVALIS, MULLER, BURKE, VON SCHLEGEL, PLATON.

la obra del segundo, "Los derechos del hombre", escrita durante la segunda guerra mundial, es un conjunto de reflexiones de quien observa las aberraciones que se pueden cometer con la "justificación" de la ley positiva⁽³⁾. Esta nueva perspectiva personalista ya ha dado sus frutos a nivel legislativo en el Derecho Privado; el mejor ejemplo lo constituye el nuevo Código Civil Peruano⁽⁴⁾.

Se trata también de la existencia de nuevos problemas a los que el Ordenamiento no ofrece respuesta expresa. Nuevos problemas exigen nuevos efectos jurídicos, del mismo modo que nuevas enfermedades obligan a los científicos a estudiar nuevos remedios.

2. La nueva tecnología frente a los valores de la personalidad

Los recientes desarrollos de la tecnología afectan los valores de la personalidad en las formas más diversas. Pensemos, por ejemplo, en la intromisión (y posibilidad de divulgación de información) en la vida privada a través de bases de datos. Es claro que estos desarrollos ponen en peligro la intimidad, valor esencial para el recogimiento interno, necesario para que la persona pueda luego desplegar sus potencialidades libremente. La posibilidad de grabación de comunicaciones telefónicas, sin orden judicial, viola también la privacidad y, en concreto, la privacidad de las comunicaciones, sean aquellas escritas u orales, cuyo fundamento más reconocido puede encontrarse en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽⁵⁾.

El presente apartado no intenta agotar en modo alguno el tema del impacto de la nueva tecnología sobre de los valores de la personalidad en el Derecho Privado. Dejaremos apenas mencionados muchos temas a los que quisiéramos poder referirnos más ampliamente, en particular aquellos conexos con el derecho a la vida, valor esencial, fundamental, sin el cual resulta ocioso hablar de honor o libertad. Este derecho, sobre el cual queremos expresar algunos interrogantes, ha re-

cibido fuertes embates de parte de la irrupción de la nueva tecnología que experimenta con la misma existencia humana. Tenemos ante nosotros el reto de dar respuesta jurídica a temas como la experimentación en embriones humanos, los que, después de todo sin vida humana genéticamente perfecta, tanto como el concebido en el vientre materno; se trata de buscar soluciones también a los nuevos problemas planteados por la inseminación artificial y la fecundación extrauterina. Así como la informática y las telecomunicaciones han planteado retos relativos a la privacidad y a la tutela de otros valores, así también la biotecnología repercute directamente sobre el derecho a la vida, sobre el derecho a la integridad física y sobre el derecho a la identidad personal. Piénsese, por ejemplo, en la fecundación "in vitro", en las llamadas madres sustitutas que dan en "arrendamiento" su vientre (con un móvil lucrativo) para que en él se implante un óvulo fecundado. —Acaso el así concebido no debe gozar de la protección de su subjetividad y, por esto, también de la tutela de los valores fundamentales de su personalidad? —Es válido este contrato?, —qué pasa en caso de incumplimiento? —de quién es el hijo si la madre sustituta ha tomado drogas en el embarazo y nace defectuoso y ya ninguno lo quiere? ...para no hablar de la manipulación genética. La propia inseminación artificial plantea problema de paternidad y de divorcio, cuando la realiza al mujer sin el consentimiento del marido con semen de un tercero.

Podríamos continuar la lista de posibles supuestos problemáticos derivados de la nueva tecnología; sin embargo, no parece conveniente dedicar los esfuerzos a una ley casuista en exceso; resulta, más bien, oportuno, intentar establecer los principios y criterios fundamentales con los que el Juez podrá hacer frente estos nuevos retos. En la búsqueda de los principios comunes será necesario acudir al Derecho Comparado y, particularmente, a la delimitación de aquellos propios del sistema romano. El fundamento común del Derecho Romano puede llevar a superar las codificaciones por medio de las codificaciones mismas, según la expresión de CATALANO⁽⁶⁾, sirviendo de base para la unificación jurídica de América Latina, frente a la penetración de los modelos individualistas del Derecho Norteamericano⁽⁷⁾. Con esta perspectiva de comunes fundamentos seculares avalamos la posición de SCHIPANI, para quien "la doctrina es capaz de superar los confines del nacionalismo jurídico"⁽⁸⁾. Confiamos en que nuestros colegas romanistas contribuirán a aportar luces sobre el tema. Sin embargo, no queremos dejar de lanzar

(3) MARITAIN, Jacques. Los derechos del hombre, Editorial La Pléyade, Buenos Aires, 1972. Ubica este mismo período posterior a la segunda guerra como el de desarrollo de la concepción personalista FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, El daño a la persona en el Código Civil. Libro Homenaje a José León Barandiarán, Cuzco Editores, Lima, 1985, p. 169.

(4) FERNANDEZ SESSAREGO Carlos. Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Studium, Lima, 1986, p. 3.

(5) V. CASTILLO, Francisco, Derecho a la protección de la vida privada, el domicilio, la correspondencia y el honor. en La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentarios y texto, Editorial Juricentro, San José, 1979, p. 77 y ss.

(6) CATALANO, Pierangelo. El Derecho Romano actual de la América Latina, en América Latina y el Derecho Romano, Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 159.

(7) v. CATALANO, Información jurídica, Derecho Romano y países Latinoamericanos. Revista General de Legislación y jurisprudencia, 79, 1979, p. 639.

(8) SCHIPANI, Sandro. Sistemas jurídicos e direito romano. As codificações do Direito e a unidade do sistema jurídico Latino-americano. Direito e integração. Universidade de Brasília, 1981, p. 49.

la hipótesis de que la configuración del Derecho Privado Latinoamericano ha recibido su unidad y forma del Derecho Romano, el que se encuentra transfundido sobre la base cultural fundamentalmente ibero-colombina y que se caracteriza por una concepción personalista comunitaria, dinámicamente entendida⁽⁹⁾. No se trata, pues, de una importación del Derecho Romano realizada por nuestros pueblos, como sostienen algunos autores⁽¹⁰⁾, sino, más bien, de una identidad de fluido vital; se ha hablado de "transfusión", aunque pareciera más acertada la expresión del Profesor Hinestrosa: "factores de emparentamiento y comunidad de problemas". En realidad, más que una transfusión artificial hay una herencia genética-cultural natural, no por importación sino, más bien, porque nuestros antepasados de Europa Continental eran precisamente descendientes de aquellos ciudadanos romanos que habitaban la Hispania la Galia y la Italia, herederos directos de la lengua latina, del Derecho Romano, de un sentido universalizante y a la vez práctico de la existencia y de una serie de valores en evolución compartida sobre la persona, sobre los muertos, sobre la familia, sobre el matrimonio... a lo largo de dos milenios. —Puede hablarse realmente de transfusión de savia del tronco a las últimas ramas o se trata, más bien, de una sola vida dentro de un sistema con diferentes manifestaciones?

Sea como sea, la herencia cultural común de que somos partícipes se presenta como la clave justificante de la comunidad terminológica y axiológica capaz de facilitar la comprensión de una unidad que no es sólo teórica, ni es una mera estructura mental con propósitos epistemológicos, sino realidad histórica, cuya existencia no hay que inventar, sino solamente constatar y formalizar en un cuerpo normativo que cobije los anhelos comunes de los pueblos latinoamericanos, sin perjuicio de las particularidades y ulteriores constataciones fácticas propias del dinamismo del sistema.

3. *El sistema de los valores de la personalidad en el Derecho Privado*

Junto al Derecho Comparado, la Teoría General del Derecho tiene mucho que aportar. Los avances en este campo pueden contribuir a que la ley sea más técnica, más clara, menos ambigua.

(9) V. LANATTA, Rómulo, Derecho de Sucesiones, U.M. San Marcos, Lima, 1969, p. 94. Sobre el sentido nuevo que conlleva el concepto de transfusión (contrapuesto al de recepción), v. CATALANO, Pierangelo, El Derecho Romano actual de la América Latina, op. cit., p. 155.

(10) V. por ejemplo, GAUDEMFT, Jean. La réception du droit romain dans les pays latins, en *Diritto Romano, codificazioni e sistema giuridico latino americano*, a cura di Sandro SCHIPANI, Giuffrè, Varese, 1981 p. 477.

La comprensión precisa de los diversos tipos de situaciones jurídicas (poderes, derechos absolutos, derechos relativos, derechos potestativos, deberes, obligaciones, sujeciones, cargas, potestades, expectativas e intereses legítimos) puede facilitar una sistematización correcta de la materia de los mal llamados "derechos" de la personalidad. Uno de los defectos de las leyes vigentes en América Latina en el campo que nos ocupa es, precisamente, su imperfección terminológica.

La propia expresión "derechos de la personalidad", lamentablemente muy difundida, es equívoca y estrecha; ella no revela el verdadero ámbito de la materia regulada. En efecto, cuando hablamos de libertad, de integridad, de honor, de imagen, de nombre, etc., no estamos hablando de simples *derechos*, sino de valores fundamentales de la persona, de los atributos de que ésta goza para el desarrollo de su existencia⁽¹¹⁾.

La realidad es que de estas valoraciones fundamentales emanan axiológicamente diversos tipos de situaciones jurídicas, a través de las cuales obtienen tutela y se realizan los valores; cada una de estas manifestaciones fundamentales de la personalidad se hace realidad mediante específicas situaciones jurídicas, que no son solamente derechos subjetivos. Tomemos, como ejemplo el llamado "derecho" al nombre; en realidad, no se trata de un simple derecho, sino de un valor fundamental que, aunque a veces se manifiesta como derecho, tiene también en su propia configuración un aspecto de necesidad que conlleva imposiciones y prohibiciones. Los derechos subjetivos no agotan la lista de los mecanismos de tutela de estos valores. Por idénticos motivos creemos que formalmente puede mejorarse la propia terminología utilizada por el más avanzado modelo (y faro) del Derecho Civil en América Latina, el Código Civil Peruano, que los denomina "derechos de la persona". Si aceptamos las anteriores consideraciones teórico generales no hay justificación para seguir usando la terminología tradicional. La propia perspectiva comunitaria obliga al abandono del nombre genérico "derechos"; para pasar a la afirmación de valores, los que encuentran posibilidad de realización jurídica a través de derechos, deberes positivos y omisivos, e incluso a través de derechos subjetivos relativos que pueden ser materia de actos de disposición, tales como el crédito que surge una vez ocurrida la lesión del valor. La propia expresión "Bienes de la personalidad" utilizada por el Profesor Hinestrosa⁽¹²⁾ nos parece preferible a la de derechos de la personalidad o derechos de la persona.

En el ejemplo antes citado, el objeto del derecho que nace (de la violación del valor, por lesión al interés jurídicamente tutelado) es

(11) en contra (considerándolos como auténticos derechos subjetivos) v. VALENCIA ZEA, Arturo. Los derechos de la persona (o derechos humanos) en el nuevo Código Civil del Perú de 1984. En el volumen: *El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano*. Cuzco S. A., Lima, 1986, p. 200

(12) v. HINESTROSA Fernando, *Estudios Jurídicos*, Umaña-Trujillo, Bogotá, 1983, p. 683.

un derecho de carácter patrimonial, que puede ser materia de actos dispositivos. Su objeto es la suma debida.

Si entendemos por Objeto aquella materialidad sobre la cual se ejercen los derechos y se cumplen las obligaciones, habrá de reconocerse en éste una espacialidad o corporeidad y una permanencia relativamente inalterada en el tiempo⁽¹³⁾. Si entendemos así el objeto (y no en el más generalidad, aunque menos técnico, de prestación) resulta extraño el cuestionamiento sobre el objeto de los valores de la personalidad y todavía más extrañas las respuestas que se han dado al problema.

La realidad es que los valores de la personalidad, en cuanto valores, atributos tutelados de la personalidad no tienen objeto, si bien las situaciones jurídicas (tales como los derechos subjetivos relativos) a través de las cuales se realizan, si lo tienen.

Decir que el objeto es la propia persona, o su cuerpo, o su integridad psicofísica, es confundir el sujeto con el objeto. Decir que el objeto son los atributos tutelados es atribuir al concepto de objeto un sentido teleológico que no es precisamente el que le asigna la teoría general del Derecho de nuestros días.

Resumiendo: se hace necesario un adecuado tratamiento de los mal llamados "derechos" de la personalidad, a partir de la toma de conciencia de que estamos frente a valores (y no meros derechos subjetivos) que se hacen efectivos a través de diversos tipos de situaciones jurídicas que, en algunos casos son poderes; en otros, imposiciones; en otros, prohibiciones. No solamente a través de derechos se realizan los valores. Esta perspectiva ayudará a evitar los problemas que ha afrontado la doctrina, desde los "ius in se ipsum" para determinar tanto el objeto como los caracteres de estas situaciones jurídicas⁽¹⁴⁾. Es por las razones expuestas que preferimos hablar de "la tutela civil de la persona"⁽¹⁵⁾ o, en general, de "los valores de la personalidad y de los medios para su tutela"⁽¹⁶⁾.

(13) V. FALZEA, Angelo, Efficacia Giuridica, Voci di Teoria Generali del Diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1970, p. 293 (también en Enciclopedia del Diritto).

(14) Para el examen de los diversos tipos de situaciones jurídicas recomendamos vivamente la obra: BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, Diritto Civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico, UTET, 1986, págs. 253 a 347. Realmente, a través de muchos años de transitar por la teoría general, no hemos encontrado mejor ni más completa sistematización. Por supuesto, no podrá dejarse de lado el ya clásico: PUGLIATTI, Salvatore, Il trasferimento delle situazioni soggettive, Giuffrè-ed, Milano, 1964.

(15) BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI. Diritto Civile, I, Op. cit., p. 145 y RESCIGNO, Pietro, Manuale del Diritto Privato Italiano, Jovene, ed, Napoli, 1976, p. 201.

(16) BOU-PEREZ, Los valores fundamentales de la personalidad y sus medios de tutela, Revista Judicial N° 9, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, setiembre de 1978.

4. Los nuevos "derechos" de la personalidad

Las leyes latinoamericanas actualmente vigentes son, por lo general, omisas con relación a la tutela de los llamados "derechos de la personalidad", o "derechos de la persona"; aquellas que los regulan (como la costarricense) omiten abiertamente la tutela de algunas de las manifestaciones de la personalidad. Debe, sin embargo, reconocerse, a este respecto el mérito del nuevo Código Civil Peruano que protege atributos de la personalidad abiertamente ignorados por la mayoría de nuestros Ordenamientos. Igual reconocimiento debe hacerse al Proyecto de Código Civil Brasileño⁽¹⁷⁾.

Veamos algunos ejemplos ilustrativos:

El caso de la voz es revelador. —Podría alegarse de acuerdo a las mayorías de las legislaciones latinoamericanas actuales, un derecho a la voz, del mismo modo que existe ya en algunos Ordenamientos un derecho a la imagen?

El adelanto tecnológico ha llevado a nuevos métodos de identificación de la persona, a nuevas posibilidades de captación de sonidos y a la proliferación de posibilidades de apoderamiento de la voz ajena. La ausencia de regulación es patente. No hay razón para negar a la voz, como proyección de la personalidad, la misma tutela que se otorga a la imagen.

Junto a la voz se observa, en la mayoría de nuestras leyes, ausencia de adecuada regulación de la intimidad⁽¹⁸⁾, llamada también por algunos autores "reserva"⁽¹⁹⁾.

El hombre es un ser social, pero esto en modo alguno significa que su existencia se agote en el ámbito de la vida de relación. La persona necesita de una esfera de intimidad, de un ámbito de vida personal, de vida interior... El repliegue de la persona en sí misma es, en expresión de Mounier, sólo parte de un movimiento más complejo; una conversión de fuerzas para saltar mejor; ésta es precisamente la experiencia vital que fundamenta el valor del silencio y del retiro; la misma expresión "recogimiento" evoca las ideas de recuperar o recobrar.

(17) REDACAO FINAL DO PROJETO DE LEI. N° 634-b. Aprovada pela Câmara dos deputados. Publicada no Diário do Congresso Nacional de 17-5-1984. (Suplemento AO N° 047). Sugestões literárias, Sao Paulo, 1985.

(18) v. HINESTROSA Fernando, La Responsabilidad Civil. Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Medellín, en 1980, en Escritos Varios. op. cit., p. 684 (contra el barbarismo "privacidad").

(19) V. CASTAN TOBEÑAS, José, Derecho Civil Español Común y Foral, 10 ed. T. I, Vol. II, Madrid, Reus, 1963, p. 361. V. tamb. CODIGO CIVIL, Redacao Final do Projeto de Lei, op. cit., art. 21. Debe reconocerse, que la redacción propuesta por el Prof. Couto e Silva era más amplia y, por ello, mejor para la tutela de las personas. V. MOREIRA ALVES, José, Carlos A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro, Saravia, 1986, p. 37.

Se entiende de este modo que la vida personal se encuentra ligada en alguna forma al secreto, a la intimidad, al redescubrimiento de las fuentes interiores, a la reflexión, entendida también como proyección; es precisamente en este fenómeno que se encuentra la vocación de la persona: "centrarse desplegándose"⁽²⁰⁾.

Este valor fundamental, que permite la realización de la persona como tal, debe merecer tutela legislativa adecuada y expresa. El hombre necesita conservar cierta privacidad para manifestarse como es y poder realizarse como persona en la evolución de su vida íntima. En este sentido, la ley que proyectamos debe imponer claramente a los terceros una situación jurídica de necesidad (de no hacer) por la cual éstos deben abstenerse de referir (en libros, películas, periódicos, etc.) episodios de la vida íntima de otros. Esta protección debe alcanzar también a las figuras públicas. No se trata de una manifestación del llamado derecho al honor, sino de un valor autónomo que debe ser protegido inclusive de aquellas intromisiones que, sin ser difamantes o injuriosas, atentan contra la vida privada. Si bien podemos encontrar en todos nuestros Códigos Civiles algunas normas aisladas que tutelan este valor (por ejemplo las relativas a vistas), hay, por lo general, ausencia de regulación integral y de fijación de principios comunes.

Convendrá pensar también en la introducción de la tutela específica de las comunicaciones privadas, la que ha sido reafirmada jurisprudencialmente en materia de intervenciones telefónicas en algunos casos, a pesar de que los textos positivos son restringidos.

Deberá hacerse, por otra parte, una adecuada distinción entre el derecho patrimonial y el derecho no patrimonial de autor⁽²¹⁾. El primero es un verdadero tipo de propiedad sobre un bien inmaterial (entendiéndose por bien inmaterial el producto cultural, el producto del ingenio humano, que vale en cuanto proyección del espíritu, pero requiere la existencia de un soporte material; se objetiva y adquiere el carácter de bien económico⁽²²⁾). Este "derecho" se refiere a la propiedad y utilización económica de la obra; comprende diversos poderes, entre ellos, los de ejecución, de representación, de reproducción y de edición. El

(20) MOUNIER, El personalismo, EUDEBA, Buenos Aires Cuadernos, 1962, p. 29.

(21) V. FERNANDEZ SESSAREGO Carlos, Derecho de las Personas, Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil, Studium, Lima, 1986, p. 76 y MAZEAUD, Derecho Civil, Parte I, Vol. II, p. 239. Tamb. MESSINEO, Francesco, Manuale di Diritto Civile e Commerciale II, 8a. ed. Milano, 1959, págs. 22, 23.

(22) Sobre este sentido del concepto de bien inmaterial v. FUNAIOLI-CARROZZA Principi di Diritto Privato Italiano, Pellegrini, Pisa, 1964, p. 108. PUGLIATTI, Salvatore, Beni e Cose in senso giuridico, Giuffrè-ed, Milano, 1962, p. 65. SANTORO PASSARELLI, Francesco, Doctrinas Generales del Derecho Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, p. 48 y 49 y PLANIOL, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil. Los Bienes, Ed. Cajica, México, 1965, p. 28.

segundo protege intereses del autor distintos del fin lucrativo (su imagen social, su autoestima,...) y a la obra como manifiestación de la personalidad. Ubicamos el tema dentro de los "valores de la personalidad" porque la facultad humana de objetivar materialmente contenidos inmateriales es un poder innato (es un hecho) que el Derecho recoge y tutela como inmediatamente derivado de la personalidad. En la determinación positiva del contenido de este valor, ha de quedar claro que al titular se atribuyen diversas situaciones de posibilidad axiológica con relación a su conducta (poder publicarla, poder modificarla, poder retirarla del comercio, poder repudiarla, poder defender su integridad, poder evitar que otro se atribuya su paternidad o vaya a plagiarla, y poder evitar que se atente mediante deformaciones, mutilaciones o modificaciones contra su obra), de modo que resulte expresa la existencia de aspectos personales y de aspectos patrimoniales⁽²³⁾. Este valor, al igual que los demás, debe recibir tutela inhibitoria (tanto de lesión actual, como de lesión potencial) y resarcitoria.

5. Los vacíos en la regulación actual de los derechos de la personalidad

Junto a las omisiones expuestas encontramos vacíos en los ordenamientos que si se ocupan de los llamados "derechos" de la personalidad. Así, por ejemplo, el Código Civil costarricense al regular la imagen, establece, en primer lugar, una prohibición clara: "La fotografía o la imagen de una persona no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas o vendidas en forma alguna, si no es con su consentimiento". Seguidamente, la ley indica algunas excepciones relativas a los casos en los que sí se justifica tal reproducción; falta, sin embargo, en nuestro Ordenamiento establecer algunas otras excepciones que otros sistemas sí contemplan; concretamente, en algunos países se permite la reproducción para fines científicos y, especialmente, didácticos. Reconocemos a este respecto el mérito de la ley colombiana de derecho de autor (art. 87. Ley 23 de 1982). Es claro que, en todo caso, la facultad de reproducir la imagen se mantiene dentro de ciertos límites; la reproducción o publicación debe estar justificada por las circunstancias objetivas previstas. En síntesis, es posible pensaren la ampliación de los supuestos lícitos de uso de la imagen⁽²⁴⁾.

Por otra parte, es necesario pasar de la "integridad física" a la SALUD, condición necesaria para que la persona pueda realizar la singularidad de su vocación y su integración en la vida comunitaria. Las recientes investigaciones son contundentes al revelar la necesidad de una

(23) v. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de las Personas, op. cit., p. 76.

(24) V. PUGLIATTI, Salvatore, La trascrizione, Giuffrè, Milano, 1957, p. 12 y ss.

protección del valor *integridad de la persona*, más que del cuerpo en cuanto tal. Hablar de "integridad de la persona" es hablar de la armonía dinámica de sus partes integradas en unidad, o sea, es hablar de salud. He aquí la verdadera dimensión hacia la cual debe trascender la perspectiva tradicional de la integridad física. Se trata de tutelar el valor Salud, visto como requisito para la adhesión de la persona a una jerarquía de valores, libremente adoptados, asimilados y vividos en un compromiso responsable, por medio del cual la persona unifica su actividad y desarrolla, por impulso de actos creadores, la singularidad de su vocación²⁵⁾.

El tema tiene múltiples facetas; entre ellas merece citarse la relación con los trasplantes, materia que también requiere algunas modificaciones (por ejemplo, la ampliación de los supuestos a favor de "amistades reconocidas"); su relación con la libertad, tanto en lo que se refiere a las limitaciones sobre los actos de disposición, como en cuanto a la necesidad de tomar en consideración la incidencia sobre la libertad de la persona de realizar su vocación, su propio proyecto de vida, como lo ha aclarado en múltiples ocasiones el amigo y maestro Carlos Fernández Sessarego, (tema sobre el que regresaremos más adelante) y su fundamento en la inescindible unidad psicosomática que es el ser humano. Este valor comprende tanto la protección del cuerpo como la de sus facultades espirituales²⁶⁾ no sólo frente a las agresiones actuales, sino también frente a cualquier potencial incidencia negativa sobre el proyecto de vida o sobre las condiciones orgánicas necesarias para realizarlo. Es en este sentido que entiendo las enseñanzas de Busnelli, cuando afirma que la tutela de la salud es instrumental para la protección y para el desarrollo de la personalidad del individuo²⁷⁾.

Este valor tiene como condición esencial la salud; la afirmación positiva del derecho de la persona a la salud es importante en momentos en que se produce una verdadera agresión del hombre contra el ambiente y, en consecuencia, contra el hombre mismo. La ley debe ser firme y contundente a este respecto; todo ciudadano debe tener el poder de accionar contra todo el que, contaminando el ambiente, ponga en peligro su integridad psicofísica, su salud. No corresponde únicamente a las procuradurías ecológicas la tutela del medio; ésta debe tenerla todo ciudadano, tanto en calidad personal como en representación de intereses de grupo. La lucha no es fácil; ante una ley así reaccionarán todos los "contaminadores"... para los que resultaría más económico no tener que gastar en filtros de sonido o de humo para sus industrias, o no

(25) v. MOUNIER, Emmanuel. Manifiesto al servicio del personalismo, Taurus, Madrid, 1965, p. 72.

(26) v. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de Personas, Lima, 1986, p. 43).

(27) BUSNELLI, Francesco D. Danno biologico e danno alla salute. Del volumen LA VALUTAZIONE DEL DANNO ALLA SALUTE, a cura de Bargagna-Busnelli, Cedam, Padova, 1986, p. 7. También en Premessa. Tutela della salute e diritto privato. Giuffrè, Varese, 1978, págs. 4 y 5.

BIBLIOTECA, FACULTAD
DE DERECHO

tener que botar los desechos en lugares especiales y bajo ciertas condiciones pudiendo, como ahora, usar los ríos; los generosos humarascuales de algunos camiones son más económicos para los empresarios que la reparación de los motores. Por supuesto que hay intereses muy fuertes en juego; pero, si queremos realmente proteger los valores de la persona, inclusive con armas civiles, civilizadas... tenemos que anteponer la persona humana, con su especial dignidad, al lucro, al incremento de la productividad o, en general, a los valores patrimoniales.

No se trata, por supuesto, de especificar tipologías de agresiones al ambiente; son muchísimas las respuestas jurídicas específicas que irá dando la práctica administrativa y judicial, porque son numerosas las formas de agresión al ambiente. Pensemos, por ejemplo, en la defensa del suelo frente a los agroquímicos (que a veces lesionan también al ser humano, como ocurrió hace poco en las plantaciones de la Standard Fruit Company donde centenares de obreros quedaron infértiles de por vida al aplicar nematicidas, cuyo registro ya estaba cancelado en U.S.A. por haberse comprobado su efecto. (V. La Nación, San José, 18 de octubre de 1968). Pensemos también en la necesidad de defender las aguas marinas contra las descargas de hidrocarburos derivados de la navegación mercantil, en la necesidad de proteger, en general, los recursos naturales, los ríos de nuestras ciudades, la higiene de las playas... La lista de agresiones al ambiente podría continuar. Se trata de frenar de raíz la enfermedad; debemos dotar a nuestros jueces del poder de declarar con lugar una acción inhibitoria sumaria cuya legitimación se encuentre en manos de cualquier persona perjudicada o potencialmente perjudicada, siempre que se acredite en forma verosímil la lesión del ambiente y su incidencia actual o potencial sobre la salud. Se trata, más bien, sin embargo, de proyectar un principio general, más que de elaborar una enunciación casuística. Siguiendo a BUSNELLI y a una amplia mayoría de la doctrina italiana de nuestros días y de la jurisprudencia de este país de los últimos cinco años, admitimos la necesidad de un principio general de tutela de la salud²⁸⁾, tanto de reparación como de inhibición de estos daños, superando la perspectiva patrimonialista que fundaba la tutela de la persona en su calidad de ente productivo y a la que parecía bastarle para liquidar el daño el "cómodo" automatismo de las tablas²⁹⁾. La nueva perspectiva permite —como lo ha aclarado BADAASSI³⁰⁾— ver con nueva y afinada sensibilidad y mayor atención

(28) v. BUSNELLI, Francesco D. Aspetti giuridici. La valutazione del danno alla persona umana. Atti del XI Incontro Ce.S.E.T., Pisa 1 0de enero de 1981. Vaccini & Chiappi, Firenze, ps. 54 y 57. V. tamb. PONZANELLI, G. Il contributo de la dottrina, La valutazione del danno alla salute. op. cit., p. 32.

(29) BUSNELLI, Francesco D. Danno biologico e danno alla salute. op. cit., p. 10.

(30) BADAASSI, S. Lineamenti evolutivi del concetto di danno alla salute. La valutazione del danno alla salute. Op. cit., p. 22.

los hechos lesivos que afectan a los niños, a los ancianos, a la mujer que no realiza actividades de trabajo fuera del propio núcleo familiar y, en general, a todos los sujetos cuyo modo de ser y de sufrir las consecuencias de un hecho lesivo pueda apreciarse, aunque sea en forma desvinculada de cualquier referencia a la capacidad productiva⁽³¹⁾.

Convendrá detenerse a meditar sobre la oportunidad de regular el daño a la persona, lo que habrá de hacerse dentro del libro de las Personas, que es el lugar sistemáticamente adecuado⁽³²⁾. La doctrina, en particular italiana y peruana, ha venido afirmando la necesidad de una tutela integral del ser humano con la introducción de la categoría del daño a la persona, visto éste como el que incide en el proyecto de vida frustrándolo⁽³³⁾.

No basta indemnizar el daño patrimonial y el daño moral; hay otro tipo de daño extrapatrimonial, donde la incidencia no es solamente afectiva, sino que se da sobre la más importante proyección libre de la persona, su propio proyecto de vida. En este campo, el nuevo Código Civil peruano establece el deber de indemnizar el daño a la persona, independientemente del daño patrimonial y del daño moral. Esta lesión el proyecto de vida, a través de la limitación de la libertad, a causa de una disminución de la salud obliga a diferenciar claramente el daño puramente biológico, del verdadero daño a la salud. El Tribunal de Pisa⁽³⁴⁾ ha aclarado que una exigencia de uniformidad pecuniaria de base (el mismo daño no puede ser valorado en forma diversa de persona a persona porque es precisamente la lesión lo relevante) debe unirse a una exigencia de elasticidad para adecuar la liquidación del caso concreto a la efectiva incidencia de la constatada disminución sobre las actividades de la vida cotidiana en las que el dañado expresa su propia personalidad. Es en este sentido que aceptamos las palabras de PONZANELLI, en cuanto a que el daño a la salud debe ser considerado un componente central del daño a la persona, no solamente como una de las "voces" resarcibles, sino como la voz central⁽³⁵⁾.

Posteriormente, la propia Corte de Casación italiana (en sentencia N° 1130 de 1985)⁽³⁶⁾ realiza una verdadera escogencia sustancial (aunque su terminología a juicio de la doctrina más autorizada no es la

(31) BARGAGNA M. Rilievi critici e spunti ricostruttivi. En la valutazione del danno alla salute, op. cit. p. 166.

(32) Así FERNANDEZ SESSAREGO, en el Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano, Lima, 1986.

(33) así FERNANDEZ SESSAREGO, El daño a la persona en el Código Civil, en op. ult. cit., p. 253.

(34) TRIBUNAL DE PISA, 28 de junio de 1984. Cit. p. BUSNELLI, Danno biologico e danno alla salute, p. 10.

(35) PONZANELLI, op. cit. p. 36.

(36) BUSNELLI, Danno biologico e danno alla salute, op. cit., p. 13.

más feliz) en favor de la tutela del daño a la salud, que exige una valoración de todas las circunstancias específicas objetivas y subjetivas del acto concreto.

Es con relación al daño a la salud que debe programarse como lo pide Busnelli una estrategia de defensa a ultranza contra cualquier iniciativa hostil venga de quien venga...⁽³⁷⁾, para evitar que por razones económicas se justifiquen estos daños, lo que revelaría una peligrosa impotencia del sistema para hacer frente a su propia supervivencia⁽³⁸⁾.

6. *La necesidad de reforzar los mecanismos de tutela de los valores fundamentales de la persona. Acciones resarcitoria e inhibitoria generales*

Un Código Civil que pretenda tener como eje a la persona, más que a los bienes, debe precisar disposiciones que permitan lograr la efectividad de los principios y preceptos; de particular relevancia es, a este respecto, la posibilidad de establecer medidas a ello dirigidas con relación a todos estos valores (y no solamente con relación a la imagen o al nombre), sin limitar el resarcimiento a la existencia de una configurabilidad penal de la conducta lesiva y permitiendo la posibilidad de solicitar judicialmente la cesación del hecho actual o potencialmente dañino, otorgando así a la persona protección preventiva⁽³⁹⁾.

Es en sentido expuesto, merece encomio el nuevo Código Civil peruano que dispone:

"La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos..."

Debe, sin embargo, mediatarse una redacción más amplia y preventiva que la del propio Código peruano. El mismo Carlos FERNANDEZ SESSAREGO ha presentado un texto más atinado (que conviene recordar literalmente), al que nos adherimos.

"En los casos de desconocimiento de cualquier de los derechos de la persona, se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.

(37) V. BUSNELLI, Francesco D. Danno alla salute e inquinamento ambientale. En la valutazione del danno alla salute, op. cit., p. 152. (Notas críticas a una sentencia napolitana).

(38) Op. ult. cit., p. 158.

(39) V. BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, op. cit., p. 144.

El Juez, a solicitud y por cuenta del interesado, puede ordenar la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar daño a la persona, o la paralización de la actividad generadora del daño, siempre que se encuentre verosimilmente acreditado.

El Juez, de producirse el daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda, considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuere del caso⁽⁴⁰⁾.

Se trata de otorgar amplia tutela a la persona.

Se trata de pensar no sólo en reparar en daño, sino también en evitarlo.

Se trata, en fin de reivindicar los valores extrapatrimoniales.

7. Conclusión

Con lo expuesto no se ha pretendido agotar los problemas que presenta el tratamiento legislativo de los valores de la personalidad sino, simplemente, plantear algunos interrogantes y afirmar la necesidad de una revisión integral del tema, donde la dignidad de la persona se anteponga a cualquier otra consideración y la interferencia nociva en su esfera personal, además de la tutela resarcitoria del Ordenamiento, merezca tutela preventiva.

También los avances tecnológicos han incidido sobre la persona negativamente; el torbellino tecnológico amenaza con destruir nuestra propia circunstancia y, en consecuencia, a nosotros mismos... podemos dejar que nos arrastre; pero también podemos romper la indiferencia e inercia que llevan al estancamiento y al retroceso, poniendo nuestros Códigos a la altura de los tiempos, sin romper con lo positivo que en el plano de los valores nos legaron los forjadores de la tradición civilista, que nos precedieron en la constante reconstrucción del sistema.

(40) FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Derecho de las Personas, op. cit., p. 70.

INDICE

	Pág.
Presentación	9
La aparición y florecimiento de las sociedades anónimas como parte del proceso de desarrollo del capitalismo. <i>Lic. Jorge Rbenán Segura, Lic. Daniel Masís Iverson</i> <i>DM</i>	11
La caución en Costa Rica: mito y realidad. <i>Dr. Daniel Gadea Nieto</i> <i>PP</i>	27
Teoría general de los cometidos del Poder Público. <i>Dr. León Cortiñaz-Peláez</i> <i>DA</i>	39
La contratación directa de la Administración Pública. <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> <i>DA</i>	81
Un método para la reforma del Libro de las Obligaciones del Código Civil. <i>Prof. Wálter Antillón</i> <i>OB</i>	105
Estado de Derecho, derechos fundamentales y "derecho judicial". <i>Dr. Alessandro Baratta</i> <i>DC</i>	117
Prevención de las prácticas antisindicales. Especial referencia a la legislación de Centroamérica y Panamá. <i>Dr. Bernardo Van Der Laat Echeverría</i> <i>DT</i>	135
Los valores de la personalidad y el derecho civil latinoamericano. Revisión crítica del derecho vigente. <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i> <i>PE</i>	159