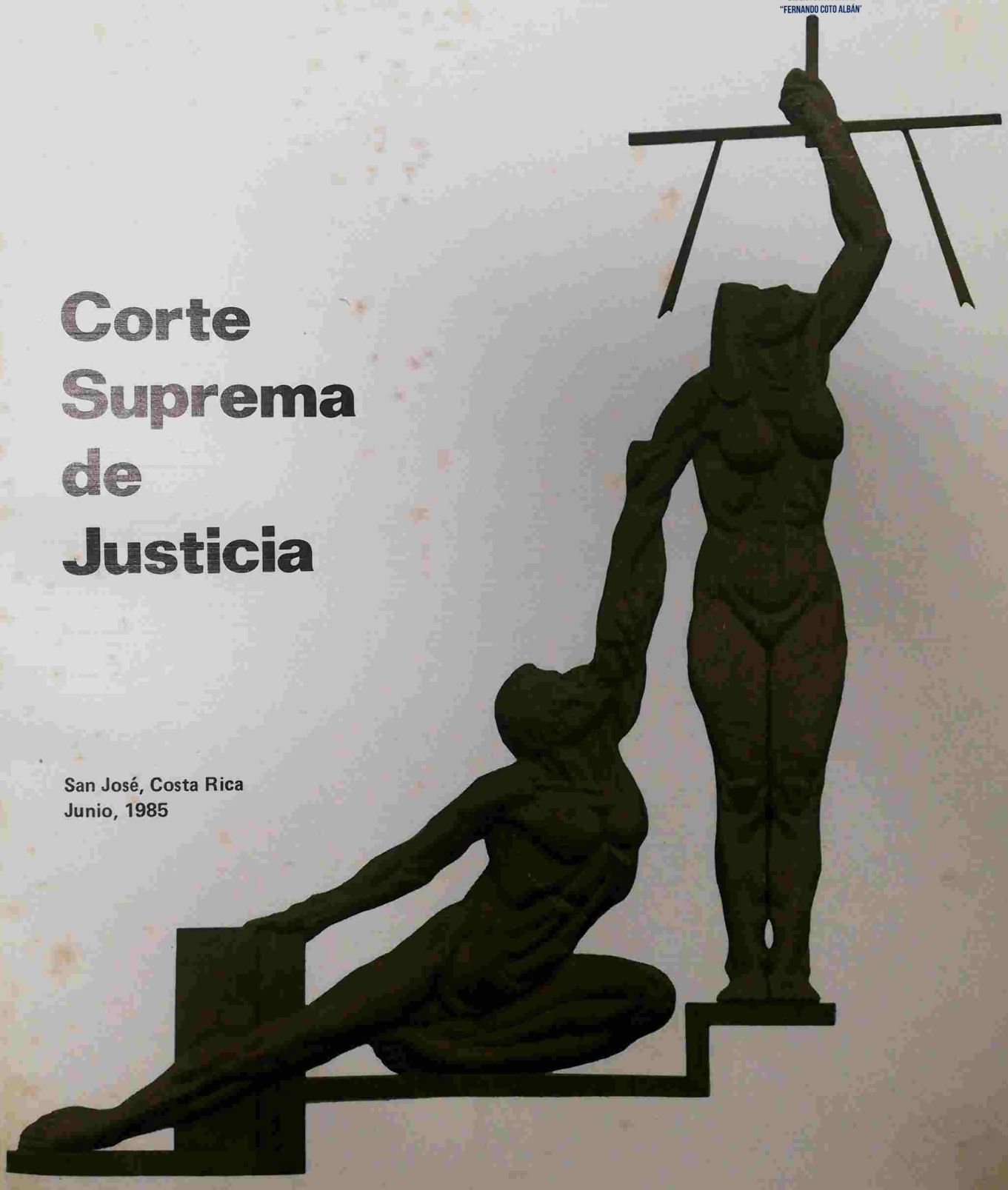
AÑO IX

Nº 33

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"



Corte Suprema de Justicia

San José, Costa Rica
Junio, 1985

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL

Año IX — No. 33 — Junio, 1985

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia.
San José, Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios:

El presupuesto de la República: una doble reserva de ley especial 13
Lic. Eduardo Ortiz Ortiz

Principios generales que rigen a los riesgos en materia de obligaciones civiles 51
Dr. Enrique P. Haba

Efectos patrimoniales del matrimonio en el Código de Familia de Costa Rica. Necesidad de una reforma 65
Licda. Elizabeth Odio
Licda. Egennery Venegas

Reflexiones sobre un régimen patrimonial básico del matrimonio en Costa Rica 73
Dr. Diego Baudrit Carrillo

El Comité Internacional de Registro de Frecuencias y las nuevas y viejas controversias jurídicas internacionales en el campo de las radiocomunicaciones 77
Dr. Jorge Rojas Solórzano

Las hermandades como factor del desarrollo comunitario en Costa Rica 87
Dr. Bernardo Baruch

Ejercicio de la función judicial en lo penal: un ensayo criminológico 107
Dr. Daniel Gadea Nieto

Estudio comparativo del tratamiento del hombre y de la mujer a nivel jurisdiccional y penitenciario 111
Lic. Daniel Salazar Villegas

Delincuentes por motivación política y acción penitenciaria 121
Ms. Mario Alberto Víquez Jiménez

El Fondo Monetario Internacional. Antecedentes históricos y funcionamiento 125
Licda. Bárbara María Rodríguez Assmann

Recientes transformaciones, estado actual y perspectivas del seguro de responsabilidad civil profesional en los Estados Unidos de América 137
(Comentario. Lic. Juan Luis Valle) 144
Dr. Víctor Pérez Vargas

Sección II: La Ciencia al Servicio de la Justicia

Hallazgo de la variante S^{u} en Costa Rica 149
Dr. Rafael A. Marín R., M.Sc.

Sección III: Reseña Legislativa Extranjera

El Derecho de Familia en Puerto Rico y la revisión del Código Civil 153
Dr. Pedro F. Silva Ruiz

Sección IV: Reseña Bibliográfica

VINEY, Geneviève. "Las obligaciones. La responsabilidad civil. Condiciones" 163

Dr. Diego Baudrit Carrillo

Sección V: Información Normativa 165

Licda. Marcelina Zeledón Castillo

Sección VI: Pronunciamientos Especialmente Relevantes

Contenido de votos salvados 171

Licda. Cecilia Sánchez R.

Sección VII: Jurisprudencia 175

Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACION

En este número, la sección de Estudios brinda colaboraciones en los campos del Derecho Constitucional y Administrativo, del Derecho Civil de las Obligaciones, del Derecho de Familia, del Derecho Internacional de las Telecomunicaciones, de la Historia del Derecho y de la Criminología.

Ofrecemos, en primer término, del ***Lic. Eduardo Ortiz Ortiz, "El Presupuesto de la República: una doble reserva de ley especial".*** *El distinguido jurista enfoca el tema de las competencias legislativas y explica la ley con base en su trámite constitucional. Aclara consecuentemente que la norma de competencia tiene función de límite. Sobre la Ley describe su potencia (fuerza), su resistencia y su régimen de impugnación. Se refiere luego a los actos atípicos y a las reservas de ley a la luz del Principio de Competencia. En los casos de reserva de ley, donde hay competencia exclusiva por razón de la materia, la consecuencia es que cualquier norma dictada por cualquier otro ente u órgano sería nula. Expone seguidamente las especies de reservas y sus consecuencias constitucionales: por un lado, aquellas en favor de la Asamblea o de algunas instituciones; por otro, las leyes reforzadas, por quórum de votación calificado, o por su trámite especial, especificaciones de reservas normativas por aplicación del principio de competencia. Desarrolla el autor además el tema de la legitimación como situación en la que el titular de una competencia puede ejercerla por haberse realizado los hechos previstos por la ley al efecto, sin que se dé ninguna de las circunstancias legalmente impedientes de ese ejercicio. En la legitimación procesal, distingue la inicial y la terminal. Sostiene que cada procedimiento produce una legitimación, de modo que, si falta aquél, hay nulidad del acto. Así, tanto por incompetencia, como por carencia de legitimación se puede producir una imposibilidad para dictar la norma. Afirma la imposibilidad de delegaciones legislativas en las materias reservadas a "ley especial", pues la reserva de ley especial supone que la ordinaria es inepta para regular la materia reservada. Con relación a la Ley de Presupuesto considera que la delegación destruiría el juego de frenos y contrapesos que es precisamente el más importante objetivo del régimen constitucional propio del procedimiento para la aprobación del Presupuesto. Con respecto a la regulación de materia no reservada por parte del órgano competente y legitimado para regular la materia reservada distingue entre el caso en que la legitimación especial depende de quórum calificado, (caso en el cual puede servir para dictar leyes ordinarias) y el caso de procedimiento especial (donde hay una correlación bilateral). Especifica la existencia de tres reglas sobre la reserva de ley especial para referirse posteriormente al régimen: "la ley especial que tiene constitucionalmente reservada una materia es suprema por ser única posible en ella". Establece entonces el sentido del Presupuesto como ley con estructura y función especiales, indicando las normas que contiene: autorización de recolección de tributos (como mera previsión técnico-financiera), autorización de erogaciones (como verdadero plan de inversiones públicas), condicionamiento de la validez de los actos y negocios de erogación (en la medida en que violen el límite de gasto global o el rubro fijado por el Presupuesto), necesidad de agotamiento del trámite presupuestario para el pago de los créditos contra el Estado, anualidad del presupuesto y carácter de éste como acto político y de gobierno, en cuanto fija metas a conseguir e implica un plan para conseguirlas. Diferencia entre las reglas mínimas y necesarias*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

y las eventuales (temas y problemas variables inherentes y compatibles con la formulación y ejecución del plan). Enfoca la afectación de cada gasto público a un fin materialmente especificado, con la consiguiente prohibición de transferencias de partidas. Examina la doble reserva de la Ley Presupuestaria: absoluta con respecto a la cuenta balanceada de ingresos y egresos y al conjunto de principios jurídicos generales y esenciales del Presupuesto; relativa, en cambio, en cuanto a las materias de regulación contingente y de tratamiento necesario o útil, año con año, para la cabalidad y eficiencia del presupuesto. Sobre otras fuentes, asegura que aquel sólo es modificable por ley de trámite especial e igual al previsto para su aprobación. Afronta el autor el problema de las leyes que crean, transfieren o aumentan gastos anuales en contra del Presupuesto de la República. Sostiene al respecto que los autores del presupuesto tienen el deber constitucional de reformar el o los presupuestos mediante la aprobación de otros extraordinarios, para adaptarlos a los cambios que introducen en materia hacendaria las nuevas leyes ordinarias, pero en tanto no lo haga regirá el presupuesto vigente. Este es, además, superior a todas las fuentes inferiores a la ley (con las excepciones de necesidad o emergencia nacionales). Analiza seguidamente dos hipótesis muy calificadas: los reglamentos internos de la Asamblea Legislativa. Entiende el reglamento legislativo como una reserva absoluta, con norma especial de trámite, mostrando al mismo tiempo sus limitaciones (por ejemplo en cuanto a la elaboración del proyecto de presupuesto). Comenta las leyes que disminuyen egresos; estima que si las obligaciones previas dejan de existir o no llegan a existir, la aplicación de la Ley de Presupuesto se da para prohibir el gasto; automáticamente dispone la supresión de la partida. Describe luego la jurisprudencia constitucional sobre el tema: en primer lugar los principios, en gran parte coincidentes con lo expuesto. Después de transcribir los textos fundamentales, pasa a valorar los logros de la jurisprudencia, no sin dejar de proporcionar una serie de sugerencias para su afinamiento, en particular en cuanto a que el Presupuesto condiciona la validez de la administración financiera de la República y de los compromisos y pagos estatales y así como el cobro de créditos contra el Estado que queda sujeto a que el pago sea posible; revela también algunas contradicciones en lo que toca a la potestad del legislador para afectar presupuestos de entes descentralizados con motivo o dentro de la Ley de Presupuesto de la República: "no sólo el presupuesto nacional puede contener previsiones de coordinación entre Estado y entes descentralizados y sus respectivos presupuestos, sino que, además, es la sede preferente para formularlas en la medida en que se trate de materia presupuestaria. Defiende la naturaleza formal de la jerarquía de las fuentes. En nuestra Constitución –expresa– el presupuesto es un acto nacido de un procedimiento especial en el que intervienen el Gobierno y la Asamblea Legislativa, pero con exclusiva participación de la Asamblea en la emisión de la voluntad final constitutiva del acto". El trabajo contiene una serie de importantes conclusiones generales.

Con ***"Principios generales que rigen a los riesgos en materia de obligaciones civiles"*** *colabora el* ***Dr. Enrique P. Haba,*** *Catedrático de la Universidad de Costa Rica e investigador de la Fundación Alexander von Humboldt, en la Universidad de Tubinga. Expone primeramente la noción de riesgo, en cuanto al supuesto jurídico como imposibilidad total o parcial de ejercitar una obligación y posteriormente en cuanto a los efectos jurídicos. Con relación a las obligaciones de dar especifica los requisitos del objeto (presupuestos objetivos del riesgo) y las características del hecho (inejecución por razón de caso fortuito o fuerza mayor y ubicación cronológica entre la eficacia jurídica de la obligacion y la ejecución de la prestación; además de que se da en obligaciones no aleatorias en las que ninguna de las partes ha de haber asumido tal riesgo). Enfrenta luego el debate acerca de si caso fortuito y fuerza mayor constituyen dos nociones diversas o una sola (comentando los casos de Francia y Uruguay). Cabe agregar que nuestro sistema legal de responsabilidad civil, así como nuestra jurisprudencia, avalan la noción dualista (que distingue estos conceptos). Con relación al tema de "¿para quién perece la cosa? desarrolla las diversas doctrinas: "res perit domino", "res perit debitore" y "res perit creditore". Analiza diversos supuestos en el Derecho uruguayo y, en particular, el perecimiento del objeto en la obligación condicional de dar. En sus conclusiones sostiene que en las obligaciones a plazo y en las condiciones de dar rige el principio "res perit creditore", mientras que en las obligaciones condicionales de hacer y de no hacer, debe diferenciarse entre si son únicas, caso en el que rige el principio*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

"res perit creditore" o si son recíprocas, caso en el que rige el principio "res perit debitore"

En materia de Derecho de Familia, nos honra publicar la valiosa investigación de las ***licenciadas Elizabeth Odio Benito y Egennery Venegas Villegas,*** *titulada* ***"Efectos patrimoniales del matrimonio en el Código de Familia de Costa Rica. Necesidad de una reforma".*** *Las autoras reafirman la necesidad de definir un concepto de familia como base de cualquier reforma que se introduzca en el Código de Familia. Afirman que tanto con relación a la familia de hecho, como con relación a la familia de Derecho, se da una falta de tutela del interés familiar. Después de describir los efectos jurídicos del matrimonio, aseveran que en la realidad se produce "un fraude de los derechos de la esposa en el patrimonio común, obtenido con el esfuerzo común". Con clara conciencia de la diferencia entre un concepto abstracto de familia y la realidad de las concretas familias así como de la diferencia entre la familia-linaje tradicional y la familia nuclear actual, las profesoras Odio y Venegas delimitan los intereses jurídicos y principios fundamentales del régimen patrimonial de la familia y del régimen económico del matrimonio. Enfatizan que "son criterios igualitarios los que deben privar". Sugieren seguidamente las bases para una reforma al Código de Familia costarricense en materia de régimen económico matrimonial, concepto que diferencian acertadamente del de "régimen patrimonial de la familia". Acerca del Código de Familia de Costa Rica indican sus omisiones sobre este último aspecto; hacen ver el concepto formal de igualdad, describen el régimen de participación de gananciales al disolverse el matrimonio; la pérdida de tal derecho por culpa en la separación o en el divorcio, la autonomía de la voluntad mediante capitulaciones matrimoniales y la posibilidad de liquidación anticipada de gananciales. Muestran cómo las únicas disposiciones que tienen carácter de normas de régimen patrimonial de la familia son las que se refieren a la afectación del inmueble a habitación familiar. Pasan seguidamente al tema de la aplicación de las normas y principos anteriores, haciendo ver que las capitulaciones sólo se han usado para producir la separación total de bienes y mostrando otras instituciones en desuso. El valioso trabajo contiene una serie de proposiciones. "Resulta esencial –expresan– que como manifestación de la igualdad entre los cónyuges no se admita la posibilidad de que uno solo de ellos se beneficie del trabajo y del esfuerzo común"; consideran necesario el fin del régimen separatista para pasar al régimen de gananciales como régimen legal. Resaltan los aspectos que debe incluir la reglamentación: inicio de la sociedad, gestión y disposición de los bienes comunes, separación de hecho, disolución, liquidación, derechos de atribución preferente y nulidad de actos sin el consentimiento del otro cónyuge. Admiten la existencia del régimen de participación en las ganancias como régimen de elección; para ello destacan la importancia de una clara definición del patrimonio inicial y del patrimonio final de cada uno de los cónyuges; igualmente aceptan, como régimen de elección, el de separación de bienes. Con relación al hogar familiar, sostienen "para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o, en su caso, autorización judicial". "Estas normas –expresan– tendrían que incluir necesariamente tanto a la familia de hecho como a la familia que tiene su base en el matrimonio".*

También en materia de Derecho de Familia, colabora el ***Dr. Diego Baudrit Carrillo,*** *Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor asociado de la Universidad de Costa Rica, en esta ocasión con* ***"Reflexiones sobre un régimen patrimonial básico del matrimonio en Costa Rica".*** *Observa el autor que actualmente existe el principio de la más absoluta libertad de disposición de los bienes por parte de los esposos, mientras dure el matrimonio; se deja en libertad al cónyuge titular de un derecho para que disponga de él durante la vigencia del matrimonio. "El resultado –piensa– es la constitución de privilegios injustos para quien aparece como titular de los derechos". En cuanto a la tutela de terceros (acreedores y causahabientes) realiza algunas anotaciones. En su conclusión propone un régimen básico que asegure, primordialmente, la asistencia recíproca y contribución solidaria, el concurso en los actos de disposición del inmueble que sirva de domicilio conyugal y de los muebles en él, así como una mayor posibilidad de intervención judicial.*

"El Comité Internacional de Registro de Frecuencias y las nuevas y viejas controversias jurídicas internacionales en el campo de las radiocomunicaciones" *es el artículo con que participa el*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Dr. Jorge Rojas Solórzano. *Enfoca el autor el espectro de frecuencias de radio como recurso natural limitado de la humanidad; por ello, necesitado de regulación. Relata la fundación del Comité Internacional de Registro de Frecuencias dentro de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, así como las controversias que se han presentado sobre él desde 1947. Después de describir las diversas facetas del Comité (registro, mediador, agencia administrativa y técnica) determina los poderes y sus restricciones. Evidencia la ambigüedad de la organización interna del IFRB, con el dualismo entre independencia absoluta y representatividad, que se reflejan en aspectos como la elección y el status de los miembros, su número y el procedimiento para la toma de decisiones. Comenta la tentativa de supresión del Comité, en la Conferencia de Plenipotenciarios de Montreux de 1965 y luego da cuenta de las controversias y de la evolución de las funciones del Comité, proporcionando interesante información sobre el origen y la evolución del régimen del espectro de radio y sobre los problemas que tal régimen presenta, así como sobre la expansión de funciones del IFRB.*

"Las hermandades como factor del desarrollo comunitario en Costa Rica"*, se titula la exposición que ofrecemos del* ***Dr. Bernardo Baruch.*** *Después de considerar las implicaciones filosóficas y antropológicas del sentido comunitario y la universalidad de los derechos humanos y de la problemática humana, el autor realiza un desarrollo histórico de nuestra nacionalidad: los primeros años de la colonia, las diferencias con otros países y, en particular, las primeras hermandades que surgieron "para darle vida comunitaria-española a estas poblaciones". Hace referencia al papel de los observantes en la creación de parroquias y conventos, a la relación de los dominicos con la inquisición y a la actuación de los capuchinos y franciscanos. Bajo el subtema "Las hermandades del pasado y del presente", advierte el papel de los jesuistas y el abundante desarrollo de las fraternidades. Del presente, menciona las comunidades laicas y las organizaciones de servicio; la Masonería, la Sociedad teosófica, las logias Bnai Brith, los Bahais y los Rosacruces. Describe también las comunidades o hermandades religiosas: la Judía, la Comunidad Latinoamericana de los Ministerios Evangélicos, así como otros grupos o hermandades religiosas tales como los Mormones, los Amish-Menomitas y los Adventistas. En la conclusión recalca el papel de las hermandades en la formación de nuestra nacionalidad.*

Del ***Dr. Daniel Gadea Nieto,*** *publicamos* ***"Ejercicio de la función judicial en lo penal: un ensayo criminológico".*** *En la parte introductoria nos habla de las consecuencias negativas que puede acarrear la falta de conocimiento criminológico en las funciones judiciales. Trata más adelante el tema del ejercicio de la acción penal (a cargo del Ministerio Público) y la relevancia en esta fase de la crinología con relación a la instrucción y el sumario con referencia especial a la excarcelación mediante caución juratoria y también en la fase del debate. El aporte de la Criminología, a su juicio, gira alrededor de la importancia de conocer los factores que motivaron la conducta criminal y humanizar hasta donde sea posible la visión del delincuente".*

El ***licenciado Daniel Salazar Villegas*** *nos ha enviado su* ***"Estudio comparativo del tratamiento del hombre y la mujer a nivel jurisdiccional y penitenciario".*** *El autor se refiere en su trabajo a tres momentos: durante la tramitación del proceso, al dictarse la sentencia y durante la ejecución de la pena. Se pregunta: ¿en qué forma afecta a la mujer la circunstancia de que como imputadas o condenadas constituyan un porcentaje reducido? Cita, entre otras, el desarraigo de la comunidad a que pertenecen y refuerza sus afirmaciones con reveladores datos. Sobre la prisión domiciliaria y la cesación de la prisión preventiva expresa que "la aplicación de estos beneficios constituiría un remedio de importancia invaluable frente al desarraigo, el descabezamiento y desfinanciación del grupo familiar. Muestra la existencia de una actitud más blanda de los jueces frente a la mujer con referencia a la ejecución condicional y la desigualdad de trato con relación a la visita conyugal. El autor nos ofrece además un análisis comparativo del número y la clase de beneficios otorgados a personas que cumplen penas privativas de libertad. También anota la diversidad en cuanto al régimen de confianza. El trabajo tiene un gran mérito al proponer una serie de recomendaciones: –entre ellas– creación de cuatro centros de confianza femeninos, coordinación interinstitucional, deficiencias reglamentarias,visita íntima para la mujer y efectividad de la prisión domiciliaria.*

"Delincuentes por motivación política y acción penitenciaria" *es la colaboración del* ***Ms.***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Mario Alberto Víquez Jiménez. *Después de revelar la insuficiencia de los instrumentos tradicionales, plantea algunas dificultades en la definición de los delitos políticos, sobre los que hay diferencias de percepción. Nos describe las tesis subjetivistas y objetivistas sobre el carácter del delito político y enfoca el tratamiento penitenciario. Concluye con una serie de recomendaciones de interés.*

Después de la elaboración del célebre informe Brandt, "Norte-Sur: Un programa para la supervivencia", la "Comisión" continuó sus trabajos y no hace mucho presentó un segundo informe titulado "Crisis Común: Norte-Sur. Cooperación para la recuperación mundial", como respuesta a la urgencia de actualizar la versión original del plan de emergencia. Este segundo informe Brandt, lamentablemente muy poco divulgado, afirma que han sido muy modestos los avances (a partir de la publicación del primer informe) y frente a ellos las frustraciones son enormes; entre ellas se cita la reducción de fondos para la Asociación Internacional de Desarrollo, brazo del Banco Mundial, el desistimiento en la puesta en marcha de acuerdos sobre ciertos productos, "virtualmente ningún progreso en el área del comercio internacional de bienes muebles", endurecimiento de la conducta del Fondo a partir de 1981 y cancelación de muchos créditos en 1982, ausencia de nuevas asignaciones de Derechos Especiales de Giro durante casi todo ese año y mantenimiento de los porcentajes de préstamos en el Banco Mundial. Ante esta situación la Comisión elaboró y publicó recientemente una serie de propuestas, entre las que destacan: que la condicionalidad del Fondo Monetario Internacional debe ser más apropiada a la situación del prestatario, especialmente con relación a la capacidad de los países de obtener préstamos en los mercados comerciales, a sus necesidades con relación a las balanzas de pagos y a su capacidad para corregir déficit de pagos; que de esta forma los países encuentren estímulo para acudir al Fondo para anticipar sus necesidades y dificultades; que el Fondo debe tomar en cuenta más variables y no concentrarse tanto en restricción de la demanda y devaluaciones como instrumentos principales de ajuste; que el Fondo, en sus programaciones, debe dar mayor peso al crecimiento, empleo y distribución del ingreso; que el Fondo debe tener más cuidado al considerar ciertas recetas como liberalización de importaciones y devaluaciones, ya que el cambio está circunstancialmente determinado y que los criterios cuantitativos deben ser más flexibles. Muchas otras son las sugerencias de la Comisión Brandt que revelan la actualidad del tema de la documentada y valiosa colaboración de la ***licenciada Bárbara María Rodríguez Assmann,*** *titulada* ***"El Fondo Monetario Internacional. Antecedentes históricos y funcionamiento",*** *trabajo que consta de dos partes: la primera de ellas nos describe el nacimiento de los acuerdos de Bretton Woods, desde la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas (1 a 22 de julio de 1944), pasando por el Convenio Constitutivo (que el 27 de diciembre de 1945 recibió el depósito de ratificación de los representantes de países cuyas cuotas ascendían al 80% de los recursos del Fondo, porcentaje mucho mayor al previsto originalmente) y por sus enmiendas: la primera de ellas (mayo de 1968) estableció un sistema nuevo basado en Derechos Especiales de Giro e introdujo ciertas modificaciones adicionales; la segunda crea un nuevo sistema cambiario. La licenciada Rodríguez enfoca seguidamente la estructura del Fondo y sus órganos (Junta de Gobernadores, los directores ejecutivos, el director gerente elegido por los directores ejecutivos, cuyos debates preside, además de dirigir al personal de operaciones del Fondo) y algunos aspectos particulares de la personalidad jurídica del Fondo (la función cuasijudicial, la función cuasilegislativa, el régimen de admisión y retiro de los miembros, las cuotas y el poder de voto y las modalidades del retiro). La autora, en forma clara y sistemática, nos ofrece aquí un cuadro de lectura necesaria para todo aquel que pretenda adentrarse en el estudio de este organismo internacional; la invitamos a continuar brindándonos su valioso aporte.*

Incluimos también un estudio sobre ***"Recientes transformaciones, estado actual y perspectivas del seguro de responsabilidad civil profesional en los Estados Unidos de América".*** *En él se observan las raíces de la crisis de este seguro (la proliferación de acciones y condenas judiciales), las respuestas de las compañías aseguradoras (incrementos de primas y retiro del mercado), las propuestas legislativas (intentos de limitar legislativamente los derechos de las víctimas) y las reacciones jurisprudenciales nugatorias que abrieron el debate sobre la constitucionalidad de las soluciones legislativas.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

En la sección La Ciencia al Servicio de la Justicia aparece el estudio del ***Dr. Rafael A. Marín R.****, titulado,* ***Hallazgo de la variante S^{u} en Costa Rica,*** *que ofrece nuevas perspectivas en materia de exclusión de paternidad.*

En la sección de Reseña Legislativa Extranjera nos satisface publicar del ***Dr. Pedro F. Silva-Ruiz, "El Derecho de Familia en Puerto Rico y la revisión del Código de Familia"****, que trata temas como la codificación de los aspectos sociales de la familia y propone enmiendas al Derecho codificado de Familia de Puerto Rico.*

En la sección de Reseña Bibliográfica el ***Dr. Diego Baudrit*** *colabora con el comentario de* ***"Las obligaciones. La responsabilidad civil: Condiciones"****, de Genevieve Viney, parte del Tratado de Derecho Civil bajo la dirección de Jacques Ghestin.*

En la sección "Información Normativa" continúa prestándonos su valioso aporte la ***licenciada Marcelina Zeledón Castillo.***

En "Pronunciamientos Especialmente Relevantes" aparece, de la ***licenciada Cecilia Sánchez, Contenido de votos salvados.***

Finalmente, nuestra sección de Jurisprudencia a cargo del Digesto.

Víctor Pérez V.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EL PRESUPUESTO DE LA REPUBLICA: UNA DOBLE RESERVA DE LEY ESPECIAL

Lic. Eduardo Ortiz Ortiz.

1) La Constitución y la ley.

El artículo 121 de la Constitución Política enumera los actos que corresponden en forma exclusiva a la Asamblea Legislativa como supremo poder que actúa en representación del pueblo (art. 105 ibídem). Debe anotarse que no se trata de asignaciones de fines, misiones o cometidos, como ocurre con las atribuciones del Poder Ejecutivo (art. 140 ibídem), sino precisamente de un conferimiento tasado de potestades especificadas por su contenido, que será el propio del acto jurídico correspondiente a su ejercicio, con la casi única excepción de la potestad legislativa propiamente tal, cuya materia no está definida ni enmarcada por la Carta, por lo que, consecuentemente, puede ser cualquiera, salvo prohibición o excepción constitucionales. Es decir: que mientras la Constitución se limita a fijar una capacidad genérica de acción al Poder Ejecutivo, cometiéndolo a la realización de los fines que indica, hace algo distinto y mucho más preciso con la Asamblea, a la que concretamente le fija competencias a base de potestades para realizar actos con contenido y materia determinados. Estas competencias legislativas son exclusivas, según expreso dictado del artículo 121 ab initio, y no vienen favorecidas con una cláusula general de remisión a las leyes que puedan ampliarlas, otorgando a la Asamblea otras que la Constitución no prevé, como ocurre, en cambio, con el Poder Ejecutivo (art. 140.20). La Asamblea solo puede hacer lo que expresamente le autoriza la Constitución, cuando ejerce la representación del pueblo, y todo lo demás le está prohibido. La razón está no sólo en la necesidad de impedir la omnipotencia legislativa que se daría si la Asamblea pudiera autoconferirse potestades que la Constitución no le otorga, sino, sobre todo, en el alto rango jurídico de sus actos, incompatible con su proliferación al empuje de vaivenes políticos o meramente anecdóticos. Se trata, por otro lado, de especializar a la Asamblea en el ejercicio de un número limitado de potestades definidas por materia y procedimiento, lo que no se lograría si la Asamblea pudiese realizar toda clase de actos, salvo expresa prohibición constitucional. Todo lo cual se combina con la división de poderes, para prohibir a la Asamblea, además, todos los actos que correspondan a los otros (supremos poderes) dentro de tal sistema. Bajo esta prohibición genérica y aquella sujeción a potestades tasadas, queda fijada exhaustivamente la competencia funcional de la Asamblea Legislativa. Esta no puede realizar otros actos ni emplear otros procedimientos que los que le están constitucional y expresamente asignados. La mayoría de los actos atribuidos a la Asamblea, son concretos, en cuanto referidos a hechos o situaciones de hecho únicas e irrepetibles, que condicionan su adopción por una sola vez, sin que se produzcan normas que integren el ordenamiento jurídico. Pero evidentemente tienen carácter normativo no sólo la potestad principal de legislar, sino también algunas otras, como las de crear los tributos, regular la moneda, crear los tribunales de justicia, etc.

El artículo 124 de la Carta establece el carácter y régimen constitucionales de los actos posibles de la Asamblea Legislativa al dividirlos entre los que serán una verdadera ley, una vez agotado el trámite de los tres debates; y los otros, que no serán leyes y que se tramitarán en un sólo debate. No corresponde tal división al carácter abstracto (en cuanto referido a hipótesis de ocurrencia indefinida) ni concreto (en cuanto referido a hechos únicos) del acto legislativo en cuestión, aunque más bien la mayoría de la lista corresponde a actos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

concretos. De todo lo cual pueden extraerse importantes conclusiones.

En efecto: sale de tales normas constitucionales un claro y muy preciso concepto de ley. Ley es el acto de la Asamblea Legislativa que tiene carácter de tal en razón de su trámite constitucional, para imprimírselo, tanto si es abstracto como si es concreto, a condición de que se dé dentro de la lista fijada al efecto por los artículos 121 y 124 ibídem, en relación. Los actos de la Asamblea que estén fuera de tal lista o fuera de tal procedimiento especial, serán leyes, pero sólo mientras no sean anulados por Corte Suprema en razón de incompetencia absoluta de aquella o por carencia total del procedimiento necesario para dictarlos.

2) El régimen común de la ley.

Es indiscutible que el artículo 124 de la Constitución distingue entre leyes y actos legislativos que son otra cosa, con entera independencia, según se vio, del carácter abstracto o concreto del contenido o efecto jurídico del acto. Pero es igualmente claro que las competencias de la Asamblea para legislar en casos concretos están tasadas por los artículos 121 y 124, fuera de cuyas previsiones la Asamblea es incompetente para actuar en casos de ese tipo, por implícita pero indudable prohibición constitucional. Cuando se otorgan competencias —y no atribuciones ni fines— el único sentido que puede tener la norma respectiva es la de permitir lo que, de otro modo, estaría prohibido, prohibiendo, además, todo lo que no está permitido. Es decir: la norma de competencia tiene función de límite, únicamente compatible con la prohibición de todo aquello que no permita. Y ya vimos que los artículos 121 y 124 otorgan competencias, no misiones ni fines públicos, con muy pocas y dudosas salvedades (incisos 18 y 19 del primero). Puede decirse que el concepto de ley en C.R. es parcialmente material, en cuanto al objeto de las competencias para dictar actos concretos, que sólo pueden versar sobre la materia autorizada por los respectivos incisos del artículo 121; pero que es siempre formal en todos los casos en que se da, pues lo que es a todos común es la jerarquía que imprimen al acto legislativo su origen y su procedimiento legislativos, determinantes de su índole legislativa y de su régimen constitucional.

Lo anterior significa que la Asamblea es el Poder Supremo, en cuanto llamada a dictar actos superiores a los de los otros poderes, siempre que actúe en representación del pueblo, dentro de su esfera constitucional de competencia y a través de los procedimientos señalados para crear leyes, salvo excepciones introducidas por la propia Carta. Esta superioridad le permite a la ley derogar, reformar o sustituir todo otro acto legislativo o de rango inferior, en cuanto proveniente de otro poder, al tiempo que regular y condicionar la existencia y la validez de los demás actos de los otros poderes, en cuanto inferiores, con obligada invalidez si la violan. Esto puede llamarse "fuerza de ley" (Sandulli, Legge, *Forza di Legge, Valore di Legge,* Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1957, págs. 269 y sigs.).

Correlativamente, hay una "resistencia" de la ley, consistente en que sólo puede ser, a su vez, derogada, reformada o sustituida por otra ley o acto equiparado a ésta por la Constitución o por principios generales de Derecho (como los decretos-leyes de gobiernos de facto). Esto puede llamarse "autoridad de la ley".

Y, finalmente, hay un rango de la ley respecto de la Constitución, consistente normalmente en estar subordinada y condicionada en su validez únicamente por ésta, salvo disposición en contrario de la misma Carta (como ocurre en C.R. con los tratados superiores a la ley según el art. 7 ibídem), de lo cual dependen sus posibilidades de impugnación, que sólo pueden darse por violación de la Carta (y, en C.R., de los tratados internacionales debidamente aprobados).

El régimen de la ley, en síntesis, supone la existencia de una jerarquía entre los actos públicos del Estado, según la cual cada uno tiene su fuerza (potencia), autoridad (resistencia) y estabilidad (régimen de impugnación), en razón del poder que actúa y del procedimiento empleado para dictarlo, todo de conformidad con la Constitución. El contraste entre un acto y otro, entre una norma y otra, se resuelve según la jerarquía del autor y del procedimiento respectivos, que se transmite a los actos resultantes. Cuando ese conflicto se da entre normas iguales, la posterior deroga la anterior, salvo si ésta es especial por la materia, en cuyo caso resiste a la más general, aunque sea posterior. Si las normas en conflicto pertenecen a rangos diversos, el problema no es de derogación hacia el futuro, sino de invalidez, y resulta nula la de rango inferior, con privación retroactiva de efectos cuando se anula o se declara inválida. Y lo dicho respecto de normas es aplicable respecto de actos concretos, pero con mayor dificultad, pues éstos desaparecen al iniciarse su efecto y resultan inafectables des-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

pués. En tal hipótesis, son tales efectos —y no el acto, como tal ya desaparecido— los que resultan sujetos a igual régimen que este último, en punto a sus relaciones con otros actos y efectos jurídicos de Derecho Público.

3) Los actos atípicos y las reservas de ley. El principio de competencia.

La Constitución puede romper la simetría en el tratamiento de los actos públicos y regularlos en forma tal que el acto de un órgano y de un procedimiento tengan o bien una fuerza (potencia) o bien una autoridad (resistencia) distintos de los que corresponden normalmente a los actos salidos de ese órgano y de ese procedimiento. Era el caso de los contratos-leyes y de la jurisprudencia formada a su respecto, antes de la reforma constitucional sobre la materia a los artículos 124 in fine y 140.19 in fine, por ley constitucional No. 5702 de 5 de junio de 1975. La reforma dispone que los actos y contratos administrativos aprobados por ley de la Asamblea no son leyes, sino que conservarán su original naturaleza, para corregir el alcance jurisprudencial en sentido opuesto otorgado a los contratos que la Asamblea aprobaba mediante una auténtica ley. La Corte Suprema llegó a sentar la tesis de que los mismos no podían ser modificados por el Estado ni aun por leyes posteriores, lo que les confería "autoridad" superior a la ley ordinaria. En la línea de decisión de tal jurisprudencia, los contratos-leyes eran leyes con "fuerza" ordinaria de tales pero con "autoridad" superior a la ley común, que no podía derogarlos, reformarlos ni sustituirlos. Correlativamente, su "estabilidad" era supralegal, pues no podían ser impugnados por contradicción con la ley, ni anterior ni posterior. Ahora bien: en tales hipótesis, el carácter atípico proviene de que la Constitución lo confiere, expresamente o por jurisprudencia constitucional.

La Constitución puede ir más allá y disponer que un acto de un poder sea el único válido sobre una materia determinada, con exclusión de todos los provenientes de otros poderes, que así resultarían nulos si invadieran dicho campo material. Es la hipótesis de las llamadas "reservas de ley", que se ordenan según un principio de competencia exclusiva por razón de la materia, en virtud del cual sólo el legislador o, en general, sólo el ente u órgano que la Constitución indique pueden intervenir y regular una materia. Aquí, como en la hipótesis del conflicto entre normas de diverso rango o jerarquía, el choque se resuelve no por derogación de una por otra, sino por invalidez de una de ellas, en este caso de la que irrespete la competencia exclusiva del ente u órgano en cuestión. La norma del órgano exclusivamente competente es suprema, no por ser superior, sino por ser la única posible. Cualquier otra, dictada por cualquier otro ente u órgano, sería nula, por incompetencia total de su autor para dictarla dentro de esa materia. Y nuevamente valga la advertencia de que iguales reglas son aplicables a los actos concretos, con las particularidades antes expuestas. La reserva puede ser absoluta o relativa, según que la norma que la ha creado expresa o implícitamente permita, o prohíba sin excepciones, que otro órgano o ente intervengan en la materia reservada (en todo caso dentro de ciertas condiciones, aun si se permite la intervención). Si éstas no se cumplen, sobreviene la nulidad de la intervención, que es incondicional y automática, en cambio cuando la reserva es absoluta, aun si la materia no ha sido ya regulada por el órgano competente y no se da —por ello— un conflicto entre normas sobre el mismo campo de regulación. El solo hecho de la reserva, aun si es relativa, supone la incompetencia total del órgano no favorecido con ella, si actúa fuera de las condiciones imperativas para exceptuarla. El alcance de cada reserva depende de la norma que la cree y, tratándose de una constitucional, no puede ser exceptuada ni aun por el legislador. A esta distribución por campos materiales de regulación e intervención, exclusivos y excluyentes, la ha llamado un distinguido publicista italiano (Guido Zanobini, *Gerarchia e Parita tra le Fonti,* Sctitti Vari di Diritto Pubblico, Giuffrè, 1955, págs. 299 y sigs., esp. 318 y sigs., seguido por otro brillante artículo titulado *La Gerarchia delle Fonti Nel Nuovo ordinamento,* págs. 367 y sigs., esp. 368; y también por Vezio Crisafulli, *Gerarchia e Competenza nell Sistema Costituzionale delle Fonti,* Riv. Trim. Diritto Pubblico, Giuffrè, 1960, págs. 775 y sigs.) "el principio de competencia", por contraposición con el de "jerarquía", en la organización pública. La jerarquía opera verticalmente, horizontalmente la competencia.

Es evidente que ambos sistemas pueden combinarse y que puede haberlos —como el nuestro— donde jueguen simultáneamente la jerarquía y la competencia reservada de los actos públicos, a efecto de establecer su naturaleza y régimen.

4) Las especies de reservas y sus consecuencias.

Normalmente las reservas constitucionales son

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de ley y en favor de la Asamblea Legislativa, por ejemplo, en materia de gobierno de las instituciones autónomas, en la que sólo la ley formal puede intervenir (art. 188 ibídem). Suelen darse también en favor de las mismas instituciones, por ejemplo, en materia de administración propia de cada una, que la Constitución expresamente reserva a ellas, con exclusión del Poder Ejecutivo, aun si éste actúa con base en una ley formal, que sería inconstitucional si comprimiera esas potestades descentralizadas de administración. El caso más notable en C.R. es el de las instituciones de educación superior, las cuales tienen potestad constitucional para darse su organización y gobierno propios, lo que ha sido interpretado por nuestra justicia constitucional y por la poca doctrina existente (Ismael Antonio Vargas, *Lecciones de Derecho Constitucional;* Hugo Alfonso Muñoz, *La Autonomía Universitaria,* Revista de Ciencias Jurídicas, No. 37, San José, 1979; y Eduardo Ortiz, *La Autonomía Administrativa Costarricense,* San José, 1967) como una reserva de regulación en favor de todas y cada una de las instituciones de educación superior en punto a ésta, como materia académica en la que su regulación debe ser primaria y preferente. Significa ello que si bien la Asamblea Legislativa puede dictar normas sobre la materia, sólo podrá hacerlo previa consulta a dichas instituciones y bajo subordinación a sus reglamentos autónomos en el campo estrictamente académico; la reserva es relativa, pero otorga, al menos, una clara preferencia a los reglamentos universitarios sobre la ley común en tal materia.

Se comprende bien que las reservas normativas en favor de una fuente determinada del ordenamiento (ley, reglamento universitario, etc.) puede darse también en favor de un procedimiento especial, que así se convierte en la única vía formal posible para dictar reglas sobre una determinada materia. Es el caso de las llamadas leyes reforzadas, que son reservas materiales de regulación en favor de una votación especial para la creación de normas. Tal especialidad consiste, generalmente, en la exigencia de una mayoría extraordinaria (dos tercios, tres cuartos) para que la asamblea o colegio respectivos puedan adoptar la norma en cuestión. Pero puede consistir también, y más rigurosamente, en un verdadero procedimiento especial respecto del usual para la emisión de normas por el órgano o ente del caso. En esta hipótesis la mayoría necesaria (quórum de votación) puede ser común, pero hay variaciones importantes en el trámite previo, para garantizar la satisfacción de uno o varios intereses —eventualmente conflictivos— a través de la emisión de la norma. La iniciación, instrucción y revisión del procedimiento son distintos de los normales de toda ley. Es evidente que, en ambos casos, tanto si se trata de una reserva en favor de una mayoría calificada de votación, como si se trata de una en favor de un procedimiento especial, el órgano o ente autores son los mismos que suelen emitir otras normas por un quórum o procedimiento normales, respecto de los cuales son especiales, extraordinarios o reservados los que se correlacionan con una materia y se configuran en función de ésta. El normal es para toda clase de normas y materias; el especial, el que permite regular una determinada. Ello introduce una distinción por exclusión —y no por rango— entre actos emanados de un mismo poder o ente público, según se haya observado el trámite normal o el excepcional o, más bien, según se actúe en materia común —que puede ser cualquiera de las potencialmente disponibles como esfera de vigencia de la potestad normativa— o en materia especial, que es aquella regulada por la ley como origen de un procedimiento especial, adaptado a los intereses y problemas que necesariamente pone en juego su regulación. La norma especial, por votación calificada o por procedimiento especial, se convierte en la única posible en esa materia, exactamente como cuando se da una reserva constitucional de ley o de reglamento comunes. Lo que se da, entonces, es una reserva de ley especial, por razón de su votación calificada o de su trámite. Es decir: las hipótesis de "votaciones reforzadas" o de "procedimientos especiales" (en relación con los normales de un mismo ente u órgano, por razón de la materia regulable), constituyen meras especies de "reservas" normativas, por aplicación del genérico "principio de competencia", según el cual sólo el acto constitucionalmente correlacionado con una materia determinada puede regular ésta, como esfera exclusiva de vigencia de sus efectos, con exclusión de cualquier otro acto, de diverso origen, consistencia o procedimiento.

5) Competencia y legitimación en las materias reservadas.

Es evidente que en la hipótesis de reservas de la materia o de materias reservadas a un tipo especial de norma hay, en primer término, una definición de la competencia del ente u órgano titular de la potestad normativa así delimitada y, precisa-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

mente, una competencia exclusiva (absoluta o relativamente) por razón de la materia. Si interviene otro sujeto u órgano, hay una incompetencia material que vicia el acto normativo, absolutamente si la reserva es absoluta o si, siendo relativa, el autor de la norma no es, en todo caso, el llamado a dictarla en lugar del titular de la respectiva competencia. Pero aunque el llamado a hacerlo sea el autor del acto, podrá darse también una nulidad absoluta, si actúa fuera de la materia estrictamente asignada a él por la ley o con ignorancia del procedimiento especial favorecido con la reserva.

En efecto: si, por ejemplo, el Poder Ejecutivo puede regular una materia reservada a la ley formal en virtud de delegación legislativa y quien la ejerce es el ministro, sin el Presidente de la República, es evidente que hay una incompetencia absoluta que vicia la norma correspondiente. Pero si el Poder Ejecutivo (presidente y ministro) es quien dicta la norma, actúa el órgano competente, no obstante lo cual puede surgir un problema relativo a la aptitud legal si, por otra parte, no se observan los procedimientos o (tratándose de una asamblea o colegio) el quórum de votación legalmente exigibles en atención a la materia de la delegación. En tal hipótesis, faltaría más bien lo necesario para el correcto ejercicio de una competencia y, concretamente, la legitimación para ese efecto. Entiéndese por ésta la situación en la que el titular de una competencia puede ejercerla por haberse realizado los hechos previstos por la ley al efecto, sin que se dé ninguna de las circunstancias legalmente impedientes de ese ejercicio. Suelen elencarse como causas de legitimación el juramento previo a la toma de posesión del cargo, el quórum de sesión y de votación de un órgano colegiado, y hasta el nombramiento del servidor (Massino Severo Giannini, Diritto Amministrativo, Vol. 1, págs. 561 y 562). Es esto lo que ocurre cuando el legislador tiene que reunir un quórum especial o seguir un procedimiento distinto para la votación de una ley en razón de su materia: sólo si lo observa, podrá legislar; caso opuesto, tendrá que mantenerse inerte y abstenerse de legislar en esa materia. Tiene competencia legislativa sobre ella, pues la Constitución se la atribuye exclusivamente, pero, fuera de ese quórum o de ese procedimiento especiales, no puede ejercerla y si lo hace su acto será absolutamente nulo, como si hubiese actuado sin competencia constitucional al respecto.

Al efecto es importante distinguir entre la legitimación para iniciar y concluir un procedimiento público (en este caso, legislativo); y legitimación para dictar el acto final que lo cierra, en este caso la ley especial reservada a una materia determinada. Es obvio que cuando se trata de la legitimación procesal o procedimental, su origen tiene que ser anterior al proceso o procedimiento, en forma tal que condiciona su válida constitución, y consiste específicamente en la posibilidad de satisfacer un interés del llamado a iniciar el trámite —entidad pública o privada— con vista de una situación, de variada consistencia, que lesiona o simplemente revela como insatisfecho ese interés, si su protección o satisfacción están a cargo de un ente público. En virtud de la presunta titularidad del interés y, sobre todo, de la relación aparente entre éste y el hecho que crea la posibilidad o necesidad legales de su satisfacción, nace simultáneamente un vínculo jurídico entre aquel titular y la autoridad pública, por virtud de la cual ésta tiene que iniciar el trámite hasta establecer si es posible, o no, dictar el acto final que pueda satisfacer el interés en favor de su titular o de la comunidad. No es esta legitimación anterior al trámite, en cuanto necesaria desde el momento en que se inicia, la que genera la capacidad legal para dictar una ley especial. El legislador está siempre legitimado, en este sentido, para perseguir cualquier clase de intereses que no le estén vedados por Constitución, con autonomía legislativa parecida, en este aspecto, a la privada, que también se entiende como una libertad para hacer todo lo no prohibido, aunque no esté permitido. Esta legitimación —entendida así como una vocación para la satisfacción de un interés público propio de la misión de un ente o de la competencia de un órgano— se da, entonces, antes de que se inicie el procedimiento o el proceso y más bien es presupuesto de su validez. Nace al surgir el hecho o situación que afectan el interés público a cargo de la entidad u órgano públicos en cuestión y, en el caso de la Asamblea, con la potestad legislativa misma.

La legitimación de que ahora hablamos es terminal y no inicial y nace siempre con la conclusión del procedimiento para dictar el acto jurídico tenido en consideración. Ese procedimiento puede ser legislativo, administrativo o judicial, y siempre se inicia con vista a un fin público determinado, por la ley en el caso de la administración, o por la Constitución y el reglamento legislativo en la hipótesis de la legislación. Se trata de los que podríamos llamar el fin o interés principales para los que actúa el Estado y que son normalmente elegidos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

por la Asamblea Legislativa cuando se trata de la administración. Tal tipo de interés nunca se presenta en estado puro y a menudo tampoco con el rango principal que el legislador busca darle, pues los intereses públicos son traídos por los hechos sociales y éstos pueden portar y generalmente portan varios al mismo tiempo, que, ponderados con el principal, pueden ser favorables a su satisfacción a costa de ellos o, al contrario, aconsejar que no se satisfaga, dejando las cosas como están. La única forma de identificar los hechos que generan el deber de actuar del Estado —legislador o administrador— para determinar si debe resolver sobre el caso y cambiar la realidad jurídica y material, o dejar las cosas con su *statu quo,* según una determinada jerarquía de los intereses en juego, es precisamente el procedimiento de la función pública, cuyo objetivo es la verificación de los hechos que pueden servir de motivos a un futuro acto público —ley o resolución administrativa— y la audiencia a los cointeresados a favor o en contra de que se dicte, para formular la regla que debe regir esos hechos. Es decir: el procedimiento es la forma de ejercer la función pública partiendo de la potestad legal para dictar un acto y arribando a la formulación de la norma que debe regir el caso, de acuerdo con la cual deberá darse una abstención o el acto final bajo consideración. El procedimiento, al recoger todos los hechos y los intereses afectados por ellos, hace posibles el saber y la valoración necesarios para jerarquizarlos y dictar de conformidad la ley o el acto administrativo. Es la vía a través de la cual se puede averiguar cómo decidir y regular la materia en consideración, virgen de toda regulación previa o contemplada sólo incompletamente por la Constitución (en el caso de la ley) o por ambas (en el caso del acto administrativo). El procedimiento, en otras palabras, crea una capacidad para resolver y para formular el criterio de elección entre alternativas relativas a los hechos o a un tipo de ellos, imposible antes de su fenecimiento. Su agotamiento produce siempre una capacidad para actuar ya no abstracta, como la que contempla la ley al otorgar la potestad respectiva —sobre todo si se trata de la legislación— sino determinada o enmarcada por los conocimientos que arroje el procedimiento, que así permite decidir si se dicta el acto terminal, o no, y, caso afirmativo, con qué contenido. Cuando se trata de un procedimiento administrativo, esto es más difícil de ver, porque hay una norma que regula, aunque sea en un mínimo, la potestad de base del acto en consideración, y la misión de la administración es simplemente completar esa regulación parcial o mínima con una regla singular para el caso, que permita al funcionario escoger y precisar por sí los elementos del acto dejados en blanco por la ley. Puede hasta decirse, en esta hipótesis, que la administración toma de la potestad discrecional una delegación legislativa para completar la regulación del acto con vista de los hechos del caso, eligiendo —a partir de ellos— la configuración que quiere darle a los elementos discrecionales, no contemplados por la ley.[1]

Hay autores que llegan a decir, en este sentido, que el acto administrativo discrecional se funda en dos normas y en dos potestades distintas, la ley que otorga la potestad discrecional (en cuanto a algún elemento material del acto) y la regla singular formulada por el funcionario en cuanto a esos elementos discrecionales, que le permite completar el régimen jurídico del acto dentro del caso.

Esto es mucho más vistoso en la hipótesis del procedimiento legislativo, pues la Constitución no regula ni parcialmente el contenido posible, como tampoco la problemática que es motivo, de la ley. Es el legislador quien, después de escoger el problema social que ha de regular, lo hace escogiendo también el contenido de la regulación. Aquí es evidente que sólo el procedimiento legislativo procura al legislador la capacidad suficiente para escoger el problema, materia de la legislación, identificar su estructura y los intereses que afecta y, después de jerarquizarlos, dictar la ley o lo contrario. Los hechos sociales legislados —convertidos en problemas hipotéticos— son los que, al mismo tiempo que reciben la legislación, conforman su contenido, pues aquella depende de esos hechos y de su naturaleza social y extrajurídica en mucho mayor grado que el acto administrativo, siempre montado sobre una ley previa. Esa capacidad para escoger el problema y su regulación, es resultado típico del agotamiento de la vía formal de ejercicio de la función pública, legislativa o administrativa, y puede bien llamarse un requisito de la capacidad legal del órgano agente para hacerlo, sin la cual sólo puede abstenerse y mantener el *statu quo.* Se trata de un hecho, el agotamiento de la vía formal para dictar el acto final, que permite hacerlo, cuyo reverso es la prohibición de hacerlo cuando todavía no se ha agotado. Es por esto que podemos llamar tal calificación legal de la aptitud del órgano para el acto final —legislativo o administrativo— producto del

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

procedimiento respectivo, como una verdadera especie de legitimación, entendida —según ya se había dicho— como el requisito objetivo, referido al servidor público, cuya presencia o ausencia permite o impide, respectivamente, el inmediato y final ejercicio de la potestad pública, por la emisión del acto definitivo correspondiente, o lo contrario. Todo procedimiento es, al tiempo, elemento de forma para la producción del acto público y requisito de capacidad del órgano autor, en cuanto legitima y hace posible el ejercicio de la competencia para dictarlo, o lo contrario. Lo que significa —como es obvio— que cada procedimiento produce una legitimación especial por su estructura, imposible con base en otros procedimientos, y, en todo caso, inadaptable a otros actos. Hay una estrecha correlación entre procedimiento y acto típico nacido de su observancia siempre que hay "reservas normativas", de tipo normal o especial, pues cada procedimiento es para un cierto tipo o naturaleza de acto y cada acto es posible sólo a partir de un determinado procedimiento, sin el cual su autor carece de legitimación y, por tanto, de capacidad legal para dictarlo. Si éste dicta un acto a través de un procedimiento inexistente o destinado a otro tipo (de acto), hay incapacidad, por falta de legitimación, del órgano autor del acto y, consecuentemente, nulidad de éste.

De donde, los vicios que puede padecer un acto normativo en relación con una reserva constitucional de ley especial son, en primer término, de incompetencia absoluta, si dicta la norma el ente u órgano que no está llamado por Constitución para regular la materia del caso, tanto como si quien está llamado, por ejemplo, por una delegación legislativa (constitucionalmente prohibida en C.R., pero posible en otros ordenamientos) actúa fuera de los confines de ésta y regula la materia reservada a la Asamblea y no delegada por ella. Pero, en segundo término, el vicio puede ser también de nulidad absoluta, no obstante haber actuado el órgano o ente competente, por haberlo hecho sin la observancia de los requisitos formales y procedimentales exigidos por la Constitución para la materia que se considera y gobierna. En esta hipótesis, como se dijo, falto de legitimación para actuar, el órgano competente tenía que abstenerse totalmente de hacerlo, al darse o al sobrevenir tal incapacidad, por lo que, en último término, el vicio entra en la imposibilidad legal subjetiva del autor del acto para dictarlo en la materia, aunque sea competente al efecto.[2]

Es claro, en todo caso, que por incompetencia o carencia de legitimación, se produce siempre una imposibilidad legal para dictar la norma, que genera su nulidad absoluta, y que, dada la común incidencia de ambos vicios sobre el ejercicio de la potestad para dictar el acto final, puede llamarse incapacidad del ente u órgano reguladores.

Puede concluirse, entonces, en que cuando la reserva constitucional sobre una materia determinada es de ley especial —a diferencia de lo que ocurre cuando es de ley ordinaria— la especialidad de la ley, consistente en el quórum calificado de votación o en el procedimiento especial, condiciona la capacidad de ejercicio de la potestad de legislar de la Asamblea en relación con la referida materia, lo que hemos llamado legitimación. Su ausencia causa nulidad absoluta de la ley.

6) Imposibilidad de delegaciones legislativas en las materias reservadas a "ley especial".

Teóricamente cabe preguntar si es posible, o no, delegar la competencia exclusiva creada con la reserva constitucional de una materia determinada en favor de un determinado tipo de acto, como la ley o como la ley especial. Me parece ello posible, siempre que ocurra de acuerdo con o con base en la norma que opera la delegación, en razón de que ésta —donde es constitucionalmente posible— sólo puede darse sobre bases y dentro de orientaciones y límites impuestos por el acto delegante, sin los cuales constituye una abdicación, por su titular, de la competencia delegada, pero dentro de los cuales es el fundamento de ejecución de la voluntad del delegante, expresada en cuanto a lo sustancial a través de las cláusulas de la delegación. Ello salva la voluntad constituyente, pues garantiza el respeto de la voluntad del titular (de la potestad normativa llamada por la reserva constitucional) y se hace lo que este último quiere, al menos dentro de lineamientos generales. Pero tal tesis choca con parte importante de la doctrina (Eduardo García de Enterría, *Potestad reglamentaria, legislación delegada y control judicial,* Tecnos, 1970, pág. 171, aunque sobre el supuesto de que la ley delegante carece de otro contenido y, específicamente, de las bases, orientaciones y límites antes aludidos) y no puede sostenerse sin salvedades ni reservas. Concretamente, es inadmisible cuando la reserva es la ley especial (por votación o procedimiento), pues ello supone un potenciamiento de la aptitud normativa del órgano favorecido con la reserva, al exigirle una especial legitimación y, con

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ello, requisitos adicionales de la capacidad de ejercicio de la potestad normativa, según todo lo antes visto, que están previstos principalmente en función de la índole de la materia y de las peculiaridades de origen, composición y función del órgano competente; de consiguiente, nada lograrían si se exigieran de otro sin tales características. La reserva de ley especial supone que la ordinaria es inepta para regular la materia reservada y que, para capacitar al legislador en ese campo, es necesario connotar su nivel funcional mediante recaudos formales que lo obliguen a emplearse a fondo y a dar su máximo rendimiento, por el acopio de luces y de intereses, imposible en otro órgano o fuera del procedimiento especial. La reserva de ley especial, por esa especialidad, es "intuitu personae", no en relación con las capacidades reales del titular de la respectiva competencia, sino en relación con las notas peculiares y permantes del órgano correspondiente, tanto en su estructura como en su función. Luego, aunque sea posible delegar sobre materia reservada, ello es imposible cuando la reserva es de ley especial. Puede anticiparse desde ahora que, en la hipótesis de la Ley de Presupuesto de la República, ello es necesariamente así porque, además, la delegación sólo podría darse de un supremo poder al otro de los dos que intervienen en el trámite, lo que concentraría funciones de mutuo control y balance que, por su misma naturaleza, tienen que estar separadas y enfrentadas, unas en el Poder Legislativo y otras en el Ejecutivo. La delegación destruiría el juego de frenos y contrapesos que es precisamente el más importante objetivo del régimen constitucional propio del procedimiento para la aprobación del presupuesto.

7) Las extralimitaciones de la competencia material reservada.

Es evidente que hay nulidad absoluta de la norma cuando regulan la materia reservada el ente u órgano a quienes no está reservada, o los que son competentes, pero sin los requisitos formales y especiales que los legitiman para ejercer su competencia en el caso. Es posible preguntar si igual suerte correrían las leyes que dictare el órgano competente mediante el procedimiento especial o con la mayoría calificada, pero sobre materia distinta de la reservada. Es decir: el órgano competente y legitimado para regular la materia reservada, la desborda en el trámite de aprobación de la ley especial y entra a regular materia no reservada, sujeta, por lo tanto, a requisitos de legitimación distintos y propios de la ley ordinaria. ¿Podrá sostenerse aquí que quien puede lo más, puede lo menos, y que el legislador que usa de una legitimación especial para legislar, ordenada a elevar su capacidad de tal, puede, por ello mismo, utilizarla legítima y válidamente para regular otras materias, distintas o no conexas con la reservada? ¿Puede el legislador que tramita la Ley de Presupuesto regular otras materias no presupuestarias en el curso y con el uso del mismo procedimiento especial para aprobar aquella? Es decir: ¿la legitimación especial para regular la materia reservada podrá servir también para regular la que no lo está y es campo accesible a la ley ordinaria? Habría que distinguir.

En efecto: cuando la legitimación especial tiene su origen en un quórum de votación calificado, puede servir para dictar leyes ordinarias, porque aquel quórum es o comprende, al mismo tiempo, la mayoría absoluta exigida para ese efecto. No hay diferencia estructural entre ambas mayorías, en relación con la que es calificada, pues ésta es simultáneamente mayoría absoluta, y legítima por igual para dictar leyes ordinarias. Y no parece que pueda exigirse de la mayoría calificada la consciencia clara de serlo en relación con la índole de la materia, como requisito de validez de la votación respectiva, pues lo que la Constitución exige es la aprobación como hecho jurídico, no como acto real de voluntad sicológica, lo que, por otra parte, es coherente con el carácter supuesto —y no real— de la voluntad en los actos normativos (Elio Cassetta, *Attività e Atto Amministrativo,* Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico, 1957, págs. 294 a 296).

Cuando, en cambio, se trata de procedimiento especial la situación es muy distinta, dada la configuración del trámite en función directa de la materia. En tales casos es evidente que el procedimiento y el legislador especiales para una materia reservada no son capaces para regular materia ordinaria a través del mismo procedimiento especial. Y ello por una muy clara razón: hay aquí una correlación entre materia reservada y especialidad de la ley correspondiente, en virtud de la cual tal materia sólo puede ser regulada por tal ley especial y tal ley especial sólo puede servir para regular tal materia. Es decir: la correlación es bi y no unilateral, y se da tanto entre la materia y la especialidad de la ley como entre ésta y la materia. Es la índole de esta última y la de los intereses que pone en juego su regulación, lo que exige una ley especial al efecto, en términos tales que esta ley, a su vez,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

sólo sirve para esa materia y resulta implícita, pero necesariamente inadecuada para otra distinta. La ley especial implica y configura, al tiempo, un balance de potestades entre el legislador y el gobierno específico para regular la materia en cuestión, que carece de motivo y función, y que puede ir en detrimento del equilibrio entre supremos poderes, en relación con materia extraña a la reservada, respecto de la cual otro balance entre ellos sería el único constitucionalmente apropiado y conveniente, y, en forma específica, el que guardan como autores de la legislación ordinaria. El legislador y el gobierno que participan en la aprobación de una ley especial de materia reservada sólo mejoran su capacidad de legislar dentro del balance que les impone su trámite (de la ley especial) con vista de la índole de la materia, fuera de la cual esa relación puede resultar ineficaz y hasta nociva, disminuyendo más bien la capacidad de los dos. Lo que lleva a concluir en que la ley especial de materia reservada es la única posible para ésta no sólo en el sentido de que cualquier otra sería inconstitucional e inadecuada para la regulación que se busca, sino también en el sentido de que tal ley sólo puede servir para tal materia, fuera de la cual es tan inconstitucional e inadecuada como lo sería la ley común en la suya propia. No es que el legislador de una ley especial sea mejor como tal en términos generales y en relación con toda clase de problemas, caso en el cual la Constitución la habría convertido en normal; sino que ese legislador es el único legitimado por ese procedimiento para esa materia, fuera de la cual el único capacitado es el legislador común en uso del procedimiento legislativo común. Y no se trata, en realidad, de cualidades comparativas, que permitan afirmar que el legislador de la ley especial reservada es, en su esfera material de competencia, mejor que el legislador común en la suya, sino de una legitimación legislativa única y excluyente.

De este modo, puede decirse que la reserva constitucional de ley especial contiene tres reglas en recíproco condicionamiento, todas necesarias para su plena existencia y aplicación, a saber:

i) una competencia material exclusiva de la Asamblea (o del ente u órgano llamado por la reserva), excluyente de la intervención de cualquiera otro en ese campo de regulación;

ii) una legitimación especial para regular tal materia, que es el mecanismo típico de la reserva del caso, consistente en la capacidad de ejercicio de esa competencia, nacida de observar un quórum calificado de votación y/o un procedimiento especial para la aprobación de la ley (o norma) reservada;

iii) una carencia de legitimación (de la Asamblea) para aprobar leyes comunes, de materia no reservada, con la legitimación adecuada a la materia reservada.

Una vez cumplido el procedimiento especial, la Asamblea queda legitimada para regular la materia reservada y ejercer su potestad legislativa con ese fin, no antes; en términos tales que la prescindencia de ese procedimiento especial o su invalidez por infracción de sus formalidades sustanciales —sobre todo si son esenciales para comprobar la existencia y alcances del interés público por satisfacer con la norma, lo mismo que si son necesarias para la defensa o consideración de los intereses del grupo social afectado por esta última— produce no sólo una invalidez de la nueva ley por ausencia o defecto del procedimiento, sino también por carencia de legitimación del legislador, que, en último término, puede juzgarse como incapacidad, visto que no se han dado los pasos necesarios para que nazca la posibilidad concreta de legislar en el caso en cuestión, aun siendo indudable la existencia general de la potestad legislativa sobre la materia. Todo lo cual revela que, al resultar necesaria esa legitimación típica a través del procedimiento especial, a partir de la índole de la materia reservada, necesariamente desaparece aquella cuando la materia cambia, pues ésta deja de ser determinante y la legitimación para legislar depende, entonces, pura y simplemente de la observancia del procedimiento legislativo normal, productor de leyes de igual naturaleza ordinaria. Sin este procedimiento no cabe aprobar ninguna ley ordinaria y será nula —por falta de legitimación como por vicio esencial de trámite— toda ley común que se apruebe a través de un procedimiento especial favorecido con una reserva de ley por razón de una materia reservada.

Es posible, sin embargo, que lo mismo no pueda decirse de las leyes ordinarias de materia reservada, o de las reservas de ley común, pues entonces la reserva es un límite sólo para otras autoridades reguladoras, no para el titular de la competencia reservada. Lo que se quiere con las reservas de ley ordinaria es garantizar que sólo la Asamblea Legislativa pueda regular la materia, prohibiendo que lo hagan otros, pero no limitar la capacidad del legislador común. No hay correlación entre la materia reservada y la ley común a la que se reser-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

va, respecto de la cual, precisamente por ser común, el legislador ejerce su capacidad y competencia normales, extensibles al infinito, según la universalidad material de la competencia legislativa normal, dogma del Derecho Público. Lo cual significa, como es congruente con lo ya dicho, que la ley ordinaria no puede regular la materia reservada a una que es especial, precisamente por ser ésta tal en razón de su votación o procedimiento y de la consiguiente legitimación especial.

Sólo cuando hay una reserva de ley especial, debe entenderse que el límite que implica es sobre todo y ante todo para el mismo legislador, en cuanto su capacidad sobre tal materia se entiende existente únicamente como resultado de una votación o procedimiento especiales y con la legitimación que producen, circunscrita a tal materia, fuera de la cual carecería de legitimación para actuar.

8) El régimen de la reserva de ley especial.

Resulta claro que lo decisivo para establecer ese régimen es precisamente la reserva de la materia a la ley especial, pues dada tal reserva surge necesariamente ese régimen, compuesto por principios lógicamente deducibles de la reserva. Es decir: un modelo típico de reserva de ley especial consiste en otorgar a ésta el carácter de fuente única para su materia, con fuerza para derogar o reformar sólo leyes especiales iguales sobre igual materia y para excluir cualquier otra fuente normativa en relación con esta última; con autoridad formal para resistir cualquier otra ley que no sea la especial de la materia del caso, única que podría derogarla o reformarla; y con posibilidades de ser impugnada únicamente por violación de la Constitución. Todo lo cual conduciría a la conclusión, para uniformar la clasificación de las fuentes desde el punto de vista de su jerarquía en un campo material de regulación, de que la ley especial que tiene constitucionalmente reservada una materia es suprema por ser única posible en la misma, exactamente como lo es la ley ordinaria sobre cualquier otra materia común, donde está sujeta a derogación únicamente por otra ley igual y tiene fuerza para derogar o reformar ésta y los actos inferiores a ésta.

De este modo la ley especial con materia constitucionalmente reservada es la condición de validez de cualquier otra en su campo propio, que sólo puede penetrar en el mismo —cuando la reserva es relativa y admite salvedades en favor de otras fuentes a nivel constitucional— si se conforma con la ley especial y, en todo caso, no la viola. Cualquier otra norma que hiciera lo contrario y violara la especial reservada al campo en cuestión, sería nula por total incompetencia material o por carencia total de legitimación de su autor. Cuando la reserva es absoluta, la nulidad se daría por el mero hecho de regular la ley común o, en todo caso, una distinta de la especial, la materia propia de la reserva, la cual sólo puede interpretarse como una prohibición constitucional de toda regulación en ese campo a través de leyes distintas de la especial en cuestión, sean o no comunes, y la nulidad de la ley "intrusa" surgiría por absoluta incompetencia material del legislador, aun si no hubiese colisión de normas ni violación de la "especial". Creemos que todas las anteriores reflexiones permiten entender bien la naturaleza, régimen y límites constitucionales de la ley de presupuesto como un caso típico de reserva constitucional de la materia presupuestaria en favor de una ley especial, la de presupuesto, todo de acuerdo, como se verá, con la jurisprudencia constitucional ya sentada al efecto.

9) El Presupuesto de la República como ley con una estructura y una función especiales.

Es inútil divagar sobre los efectos necesarios de la Ley de Presupuesto, aunque haya polémica sobre otros. La Ley de Presupuesto contiene siempre las siguientes normas:

i) Autoriza la recolección de los tributos y demás entradas previstas en su texto aritmético, pero no condiciona la existencia de la potestad correspondiente. En punto a ingresos, el presupuesto es una mera previsión técnico-financiera, que no coarta la vigencia de las leyes tributarias y, en general, de entradas fiscales, tanto en cuanto a los hechos generadores del ingreso como a la potestad estatal para recaudarlo por el medio jurídico apropiado (liquidación tributaria, negocio mercantil o civil privados, contrato de Derecho Público, etc.). (Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo,* Giuffrè, Milano, 1974, vol. 1, págs. 397 y sigs., así como Alvaro Rodríguez Bereijo, *El Presupuesto del Estado,* Tecnos, Madrid, 1970, págs. 169 y sigs.). Puede decirse, por ello mismo, que la autorización para recolectar ingresos es elemento prescindible del contenido o efecto del mismo.

ii) Autoriza la erogación de recursos para la satisfacción de fines y necesidades públicos, con lo que se constituye en un verdadero plan de inversiones públicas y en uno, sino en el principal,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de los actos políticos de Gobierno y Asamblea Legislativa, conjuntamente. No está claro si el presupuesto, para ser válido, debe ser necesariamente anterior o posterior a otra ley del plan nacional de inversiones, pero es seguro que lo implica y que es, en todo caso, el principal instrumento para su realización, por lo que tiene como invariable efecto no sólo permitir todas las erogaciones que autoriza sino, sobre todo, constituirse en norma programática y directriz del ente de pertenencia, cuyos actos de dirección y administración opuestos al programa que consagra, incluso por subejecución del mismo, pueden resultar sancionados en la persona responsable por el ente u órgano planificador y director cuyas orientaciones sean desoídas o quebrantadas (naturalmente si es sujeto distinto del infractor).

iii) Mide y dimensiona el gasto, con lo que prohíbe cualquier para el que no haya partida presupuestaria o no la haya suficiente; así como cualquier nueva ley, incluso si no es presupuestaria, con incidencia sobre las erogaciones globales (del presupuesto), que aumente gastos sin asegurar simultáneamente los ingresos de soporte (arts. 179 y 180 Const. Pol.). Condiciona, por ello, la validez de los actos y negocios de erogación —internos o externos— que violen el límite de gasto —global o por rubro— fijado por el presupuesto. La norma carece de consagración expresa en Costa Rica pero está claramente implícita en el artículo 180, en todos y cada uno de sus párrafos, que revelan la grave jerarquía que tiene el equilibrio presupuestario como norma fundamental de administración financiera del Estado, sólo salvable en las hipótesis de "necesidades urgentes o imprevistos en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública" y únicamente en recesos de la Asamblea Legislativa durante los mismos, fuera de los cuales ni esta última puede autorizar erogaciones sin partida. La norma constitucional viene rotundamente confirmada por el artículo 46 de la Ley de Administración Financiera de la República (LAFR) y de las dos disposiciones resulta claro el carácter de prohibición institucional y de orden público que reviste, causante de nulidad si se viola, según dictado del artículo 129 de la Constitución Política. La tendencia moderna es hacia una consagración de la ley de presupuesto como norma prohibitiva de gastos sin base en ella, bajo sanción de nulidad absoluta o de pleno Derecho (para lo cual véase el art. 60 de la nueva Ley General Presupuestaria de España, de 4 de enero de 1977, según comentario y explicación de José Francisco López Marquez, *La falta de consignación presupuestaria como supuesto especial de nulidad de la actuación administrativa,* Civitas, No. 22, 1979, págs. 365 y sigs.), contra lo que fue y es una inaceptable posición de la doctrina francesa (sobre todo en Gastón Jeze, *Los principios generales del Derecho Administrativo,* vol. 1, pág. 78, Depalma, Buenos Aires, 1948; y hoy en André de Laubadere, *Traité Theorique et Pratique des Contrats Administratif,* L.G.D.J., Paris, 1983, vol. 1, págs. 474 y 475, segunda edición), en un tiempo muy aceptada en Costa Rica, según la cual la violación del presupuesto por carencia o insuficiencia de partida para el gasto no causaba la invalidez —ni siquiera relativa o anulabilidad— del acto o contrato correspondientes, obviamente sobre el errado supuesto de que el presupuesto no es ley o, lo que es lo mismo, de que es norma interna, propia de un orden jurídico del gasto público que es parcial y autónomo respecto del Derecho Administrativo, cuyas leyes no condicionan la validez de los respectivos actos o contratos públicos de administración financiera del Estado, a diferencia del Derecho Administrativo, que sí lo hace. Pero esta doctrina francesa no sólo no explica satisfactoriamente su fundamento sino, que, a la inversa, topa con el hecho contrario del origen legislativo o montado sobre principios constitucionales del respectivo régimen hacendario, con inmediato efecto sobre el orden jurídico estatal del cual —por lo dicho— toma su origen. Si el presupuesto es ley formal y cabal, y si los principios generales del Derecho Presupuestario son —en cuanto tales— de rango constitucional, es evidente que ese Derecho también forma parte del orden jurídico estatal y que condiciona la validez de los actos y contratos públicos, como "norma externa" propiamente tal. Por todo ello, es un Derecho especial, que deroga el Derecho Administrativo general en su campo presupuestario, y cuya violación tiene que acarrear la nulidad del acto o contrato violatorios. En efecto: es evidente que, en relación con los actos y contratos generadores de obligaciones celebrados durante la vigencia del presupuesto pero contra su previsión y autorización de gastos, hay un doble problema de validez y de eficacia al mismo tiempo, pues el negocio violará la prohibición presupuestaria de obligaciones sin partida suficiente y, al mismo tiempo, topará con la barrera impediente del pago, por falta de exigibilidad. Y esto tiene que ser así también por virtud del imperativo del artículo 129 de la Constitución Política, que impone la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

nulidad de todo acto o contrato que viole leyes prohibitivas, como las del presupuesto nacional en punto a los gastos públicos sin partida o con una insuficiente. En la hipótesis de compromisos existentes antes del presupuesto, sólo quedará en cuestión la exigibilidad del crédito, no su validez, igualmente importante en orden a su efectividad y cobro contra el Estado, pues la carencia de partida determinará su inexigibilidad y la prohibición de pagarlo. Lo que conduce a la tercera norma necesaria de todo presupuesto.

iv) Los créditos contra el Estado no pueden pagarse antes de agotado el trámite presupuestario al efecto. Las obligaciones se adquieren y se hacen exigibles con independencia del presupuesto, pero no pueden ser pagadas sino después de que se hayan reunido a su favor todos los requisitos que al efecto exigen éste y su régimen legal. Es principio universalmente aceptado que el pago de un crédito contra un ente público sólo es legalmente posible después de reunidos todos los requisitos y cumplidos todos los trámites que exigen las leyes presupuestarias con ese fin. El crédito puede ser líquido y exigible según las leyes que regulan el respectivo acto o contrato, pero sólo puede ser pagado por el Estado cuando se haya cumplido la ley presupuestaria en lo que toca a los pagos. Se requiere, en otras palabras, que se haya cumplido el procedimiento interno del gasto público para que éste pueda ser efectuado, sin lo cual nuevamente hay un problema de carencia de legitimación para pagar en el órgano público encargado de ello. Ese trámite interno —porque se da entre órganos del Estado y no con el acreedor como su destinatario— exige como condición primera la existencia de partida suficiente pero, además, la afectación de la partida al pago de un gasto futuro (indicado por su naturaleza en el presupuesto) o de una obligación determinada ya contraída e igualmente respaldada; la liquidación de ese compromiso mediante su cálculo pecuniario; y, finalmente, la orden de pago correspondiente. Ninguno de estos actos va dirigido al particular acreedor —según se apuntó— pero ello no significa que no puedan producirle derechos. Parte importante de la doctrina sostiene la tesis contraria fundándose en el carácter interno de los procedimientos de erogación pública y de las leyes que los regulan, pero la tesis es claramente errónea. En efecto: no hay leyes internas —aunque regulen sólo relaciones o posiciones jurídicas entre órganos, sin participación del administrado—, en cuanto la ley es siempre expresión de la voluntad del Estado sobre la materia con efecto "erga omnes", ante el cual nadie puede reputarse tercero ni ignorante. En segundo término, los actos internos favorables al particular según su texto, aunque vayan dirigidos a otro órgano —la orden de pago del Ministro de Hacienda al Tesorero Nacional— se convierten en declaratorios de derechos de ese particular, en razón de su propio contenido favorable, aunque su destino sea intraorgánico.[3] Esto viene consagrado en los artículos 122 y 123 de la Ley General de Administración Pública (No. 6227 de 2 de mayo de 1978), que disponen al respecto:

> "Art. 122.
> 1. Los actos internos carecerán de valor ante el ordenamiento general del Estado en perjuicio del particular, pero no en su beneficio.
> 2. En este último caso el particular que los invoque deberá aceptarlos en su totalidad.
> 3. La violación de los reglamentos internos en perjuicio del particular causará la invalidez del acto y eventualmente la responsabilidad del Estado y del servidor público, en los términos de esta ley".

> "Art. 123.
> 1. Tendrán relevancia externa ante los administrados y los tribunales comunes, no obstante lo dicho en el artículo anterior, los actos internos que estén regulados por ley, reglamento u otra norma cualquiera del Estado.
> 2. Tendrán igual relevancia externa para los servidores de la Administración los actos internos de ésta que afecten sus derechos en las relaciones de servicio entre ambos".

Todo lo cual conduce a la conclusión de que el presupuesto produce siempre un efecto intersubjetivo sobre los créditos contra el Estado, que es el condicionamiento de su pago al cumplimiento previo del régimen de la respectiva erogación, con todos los pasos antes referidos. De este modo es posible sostener que si bien los créditos contra el Estado pueden vencer de conformidad con las reglas comunes entre particulares, los pagos correspondientes sólo pueden hacerse de conformidad con la Ley de Presupuesto y su régimen al respecto, por lo que aquel vencimiento será meramente una condición, y no causa de existencia, del derecho al pago, desde luego que éste es legalmente imposible antes de que se agote el trámite de la erogación pública. El verdadero vencimiento con derecho al inmediato pago nacerá cuando ese trámite (de la erogación pública) se haya cumplido, no antes. Y, de consiguiente, no habrá mora del Estado, ni condenatoria al pago de daños y perjuicios en su contra, por

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

el atraso respecto del vencimiento del crédito, sino cuando pueda probarse inercia o negligencia del Estado en el desarrollo del trámite, sin lo cual su actuación sería legítima. Caso opuesto, la única justificación de la responsabilidad consiguiente sería su obligación de indemnizar todo daño causado legítimamente por interés público, a través de la actividad normal o del acto legítimo del Estado, pero, entonces, por la intensidad, profundidad y extensión extraordinarias que revistan en contra del acreedor (arts. 194 y sigs. de la Ley General). Intereses moratorios, de consiguiente, podrían cobrarse sólo en la hipótesis de omisión o atraso en el trámite de la erogación que pudiesen reputarse excepcionales o extraordinarios por su desastroso efecto, siempre por culpa de la Administración (Giannini, *Le Obbligazioni dello Stato,* Dispense, págs. 87 y 88, aunque con reservas en cuanto a la posibilidad de justificar el atraso en el pago por obra del trámite de la erogación pública; en forma mucho más concreta y clara en contra de tal mora y en contra de la obligación de pagar intereses moratorios por el atraso, véase Aldo Sandulli, *La posizione dei creditori dello Stato,* Riv. Trim. Diritto Pubblico, 1952, pág. 561). Es obvio, por otra parte, que los intereses corrientes sobre la deuda corren contra el Estado de conformidad con su régimen civil o mercantil común, en igual forma que contra cualquier deudor privado.

v) La anualidad del presupuesto. Histórica y constitucionalmente el presupuesto de la República (como los de los otros entes públicos) es de duración anual, lo que significa que pierde vigencia al terminar el año solar (art. 176 Const. Pol. in fine). Expira la vigencia del presupuesto cada año, lo que comprende todas las normas incluidas en el mismo. Y esto aun si se trata de normas esencialmente no presupuestarias, con texto general y aplicable a cualquier erogación por igual, dentro o fuera del año en cuestión, como si fuese permanente, pues integran una unidad de sentido regulador con el resto del presupuesto y como accesorio de éste se rigen, supeditados a la vigencia de lo principal, que no puede ir más allá de ese año.

vi) Presupuesto, plan y materia presupuestaria (esencial y accidental). Sobra insistir en que el presupuesto es siempre un acto político y de gobierno, en cuanto fija metas a conseguir e implica un plan para conseguirlas. Resulta superfluo buscar el soporte de citas al respecto, para quedarnos con la rotunda vista del asunto por Giannini: "el presupuesto es simultáneamente acto de fijación de la orientación política; programa financiero que la aplica; y precepto contable para el aparato administrativo del Estado" (op. cit., vol. 1, pág. 399, op. cit.).

Esto significa algo muy importante, a saber: que la materia del presupuesto es la del gasto relativo a la ejecución de ese plan, implícito o formulado, y que, de consiguiente, desborda el estado de previsión y equilibrio de ingresos y egresos cuantificados que forma su parte medular. Es presupuestaria, desde este ángulo, toda la disciplina del gasto necesaria para garantizar la consecución del plan de inversiones que expresa o implícitamente contempla. Esto significa que el presupuesto no sólo puede sino que tiene que contener normas que regulen y aseguren el gasto y su productividad, incluso en los aspectos de organización y relación del Estado con otros entes, públicos o privados. El presupuesto puede ser entendido así como el plan anual de gastos del Estado para la realización de sus programas de gobierno, en todo lo necesario a efecto de dar carácter jurídico normativo a ese plan y asegurar su mejor ejecución posible. El Derecho Presupuestario, como conjunto de normas, es el Derecho del gasto público en todos los aspectos del mismo susceptibles de regulación para racionalizarlo y ponerlo al servicio de un plan de gobierno. Esto significa que el presupuesto puede tocar materias aparentemente no presupuestarias en el estricto ámbito de su efecto sobre el gasto público y regularlas anualmente para producir su mejor armonización con los planes de gobierno, que exigen tal disciplina instrumental o colateral.[4] Entra en el concepto obviamente toda la materia de los ingresos necesarios para realizar y sostener el plan de gastos formulado, sin los cuales, debidamente disciplinado, ello sería imposible. Desde este punto de vista resulta aplicable al presupuesto lo que se ha sostenido del plan como ley especial, a saber: que su realización exige derogaciones de leyes en orden a la realización coyuntural de fines públicos contemplados por el plan (o el presupuesto), incluso de alcance singular (Sebastián Martín Retortillo, *Parlamento y Gobierno en la Planificación Económica,* RAP, No. 55, págs. 37 y sigs.). Y lo dicho resulta aplicable al presupuesto porque éste es, en sí mismo o por implicación, un verdadero plan de gastos, que no puede desentenderse de su realización y que, a diferencia del plan común, tiene por función lograrla, total o parcialmente, en el año inmediato siguiente. Si el plan no existe por aparte del presupuesto, como también si no existen

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

leyes que regulen las obras, servicios o proyectos de desarrollo a los que se refiere el gasto contemplado, dándole soporte financiero, resulta inevitable que ese mismo presupuesto disponga el régimen necesario para alcanzar un máximo de rendimiento en la inversión pública. El objetivo no es obviamente gastar lo más sino lo menos posible con el máximo de resultados. Esta función exige preceptos adecuados, cuyo contenido fomente o garantice esa eficiencia como factor de logros públicos dentro de la mayor economicidad en el gasto, aunque no se refiera directamente al origen, monto o trámite de las erogaciones.

De este modo existen dos tipos de normas en todo presupuesto, ambos de materia propiamente presupuestaria: las reglas mínimas y necesarias antes enumeradas, que más bien son principios generales cuya aplicación condiciona cada presupuesto como instrumento de realización financiera de los planes de gobierno y, más concretamente, como ley a su servicio; y las reglas eventuales, según exigencias típicas de cada uno, que serán las necesarias o útiles para dar sentido y aplicabilidad obligatorios al equilibrio matemático contemplado, en tanto que medio fundamental de ejecución de aquellos planes. Resulta imposible enumerarlas de antemano, pues su conocimiento y formulación son únicamente posibles en función de estos planes y de la coyuntura en que se redacte el presupuesto. Y ello indica, como es obvio, que no se tratará de reglas necesariamente adscritas a todo presupuesto, como tampoco de un elenco fijo de materias o de tipos de ellas, sino precisamente de temas y problemas variables de uno a otro, a condición de que pueda establecerse su inherencia o compatibilidad con la formulación y ejecución del plan de gastos y de gobierno perseguidos, aunque no se trate de explicaciones preceptivas del balance entre ingresos y egresos y tengan estructura normativa dispar de esa cuenta matemática.

Las normas eventuales del presupuesto, necesarias para su confección y ejecución aunque variables por su materia y contenido, tendrán una vigencia anual, como el presupuesto al que pertenecen, no obstante su aparente carácter de permanencia, esto último, sobre todo, si responden a un plan plurienal de gobierno. De no darse presupuestos plurienales —como no se dan aquí— la realización de los planes que lo sean estará sujeta al vaivén anual de cada presupuesto que los sirva. Fuera de su naturaleza instrumental al servicio de ese plan de gobierno y de su duración anual, pareciera que esas normas carecen de otros límites propios y que su materia puede y debe ser cualquiera, en la medida en que la respectiva norma, en razonable cumplimiento de aquella función instrumental, guarde íntima relación con una política determinada de gastos públicos, expresión del plan de gobierno.[5-6]

Es necesario insistir en esta función planificadora del presupuesto, como resultado o fuente de planes y como medio para su ejecución. Todo plan contiene reglas generales y derogatorias, o incidentes sobre el Derecho común, en función de las metas que persigue, por multitud de razones técnicas, ideológicas o coyunturales (Sebastián Martín Retortillo, op. cit., págs. 36 a 40; Carlo Talice, *La Legge di Bilancio,* Giuffrè, 1969, págs. 57, 103, 120 y 326). Es imposible, sobre todo, formularlas mediante la simple indicación de cifras que sólo indirectamente declaran los fines y los medios escogidos por el gobierno para su gestión financiera anual. La formulación cabal del plan de gobierno exige normas que expliciten y hagan comprensible su alcance, los mecanismos y limitaciones del gasto público que impone su realización y la coordinación entre el ente autor del presupuesto y los otros, algunos de los cuales pueden estarle más bien subordinados. Exige, en otras palabras, una sección normativa propiamente tal, distinta del balance matemático entre egresos e ingresos, que, aunque variable, es necesaria para que el presupuesto logre bien su fin como plan de inversiones, autónomo o ejecutivo respecto de un plan económico nacional. La existencia de tal sección normativa incidente sobre el ordenamiento general es esencial, no su contenido, salvo disposición constitucional expresa en contrario (como ha ocurrido en España por el art. 37 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911), así como en Brasil. Su ausencia hará imposible la ejecución y, por ahí, la existencia del presupuesto, pero su contenido podrá ser cualquiera que éste aconseje o imponga como oportuno o necesario para darle sentido jurídico y viabilidad económica al plan de gobierno incluido. Se trata de lo que en Costa Rica suele llamarse "normas generales". Lo esencial es su relación de parte integrante o medio de realización del Plan Nacional de Inversiones y, sobre todo, del plan de inversiones implícito en los estados y previsiones de gastos autorizados, que forma la parte medular de cada presupuesto, todo montado para su formulación y realización.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

vii) La cualificación del gasto público. En tanto que plan de inversiones, el presupuesto contiene necesariamente una última norma esencial: la afectación de cada gasto a un fin materialmente especificado, único para el cual pueden hacerse la erogación y el pago correspondientes. Es la regla, dicho en otra forma, que prohíbe las transferencias de partidas y toda forma de manipuleo de las mismas que pueda permitir la suplantación del plan legislativo de inversiones por otro cuadro de necesidades y prioridades públicas, libre o arbitrariamente creado por la Administración o por el autor de la erogación. La regla viene implícita pero inequívocamente formulada por el artículo 180 de la Constitución Política, párrafo final, al permitir al Gobierno únicamente las transferencias en hipótesis de receso legislativo acompañado de las "necesidades urgentes o imprevistas en casos de guerra, conmoción interna o calamidad pública", lo que, como ya se había dicho, claramente prohíbe que esas transferencias puedan tener lugar normalmente, y ordena, más bien, que normalmente sólo puedan llevarse a cabo por la Asamblea Legislativa, como reforma de la Ley del Presupuesto Nacional. Los artículos 46 y siguientes de la Ley de Administración Financiera confirman la regla, que es aplicable también al sector descentralizado (art. 66 ibídem), pero su intención y alcance han sido desvirtuados por la jurisprudencia administrativa (principalmente emanada de la Contraloría General de la República, para las instituciones autónomas), según la cual las transferencias son posibles como "internas" y sin necesidad de intervención de esta última siempre que no alteren el volumen global de gastos presupuestados por cada ente, aunque alteren gravemente su cualidad o destino por rubro, partida o capítulo.

10) La doble reserva de la Ley Presupuestaria.

Según lo dicho, todo presupuesto debe tener y contener siempre tres importantes componentes, a saber:

a) La cuenta balanceada de ingresos y egresos, éstos autorizados en la medida de los primeros, parte que es la esencial del presupuesto, no sólo en cuanto necesaria para su cabalidad y validez como un todo normativo, sino igualmente como fundamento de las otras dos, que sólo existen y tienen sentido para dar claridad, coherencia y funcionalidad a los números y estimaciones matemáticas de la primera.

b) El conjunto de principios jurídicos generales y esenciales del presupuesto como acto imperativo de disciplina y autorización del gasto público, que valen aunque no estén formulados ni expresamente aceptados en cada presupuesto, a modo de "ius cogens" y régimen constitucional forzoso de este último en bien de las finanzas públicas y, simultáneamente, de los derechos e intereses de terceros —entes públicos o privados— que puedan resultar afectados y lesionados por el presupuesto.

c) El conjunto de "normas generales" que puede alterar el sistema de gastos públicos existente, por sí o en relación con anteriores leyes que lo regulan, y cuya materia puede ser toda la que tenga ese efecto innovador (sobre el gasto) y tienda a hacer posible su mayor eficiencia en beneficio de la comunidad.

Pero, como quedó dicho, mientras las dos primeras clases de disposiciones (matemáticas e imperativas) siempre regulan la misma materia con igual estructura normativa, bajo pena de nulidad absoluta del presupuesto carente o defectuoso al respecto, la última parte normativa, aunque también necesaria por su función auxiliar de aquellas otras dos, es siempre distinta por el contenido instrumental y circunstancial de las disposiciones generales que la componen. Su materia no es predecible y puede ser muy diversa, según los imperativos de coherencia, viabilidad y eficiencia de cada presupuesto anual considerado en su conjunto, como expresión de una elección política y de un programa de gobierno. Materia y contenido tales llegan a ser conocidos con motivo de la elaboración y trámite del presupuesto y por éstos, no antes.

Es por ello que las dos primeras partes pueden ser materia de una reserva absoluta de ley especial (de presupuesto), en cuanto sólo tal ley —con exclusión de cualquier otra— puede tener válida y constitucionalmente tal materia (el balance fiscal entre ingresos y egresos públicos y el régimen constitucional imperativo del gasto público), con los efectos típicos ya antes apuntados sobre los sujetos destinatarios del presupuesto (autorización del gasto, cualificación del gasto, limitación cuantitativa y cualitativa del gasto, condicionamiento de validez de la erogación, requisito de legitimación de la potestad de pago de los créditos contra el Estado y limitación anual de la vigencia del presupuesto como unidad de regulación y de sentido comprensiva de todas sus partes).

En la medida en que el contenido y sentido de las "normas generales" son típicos en cada presupuesto e intransferibles a otros posteriores, por la íntima relación que guardan con las otras partes

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

del mismo acto y la consiguiente imposibilidad de anticipar su conocimiento, resulta difícil o imposible reservar esa inconocible materia a la ley de presupuesto en forma igualmente absoluta, pues, caso contrario, habría que hacerlo "en blanco", sin especificación de materias y la autorización al efecto podría convertirse en una ley de plenos poderes para cambiar la totalidad del ordenamiento. La ley de presupuesto no puede ser una patente de corso en favor del legislador para cambiar o revolucionar por esa vía el resto del ordenamiento. La única reserva de ley especial que es posible en favor de las "normas generales" del presupuesto y en cuanto a la materia accidental o contingente de éste, es la relativa, que permita la incursión en ese campo de la legislación común anterior, cuyos temas y problemas pueden colindar con el gasto público, cuando no exigir claramente la regulación de éste. Es obvio que el gasto público, como materia legislativa, será siempre campo reservado y sustraído al poder de la Administración Pública, que sólo podrá dictar reglamentos ejecutivos en su ámbito. Pero, dentro del coto legislativo, la materia estará reservada a la ley especial de presupuesto anual, con una implícita o expresa autorización para que el legislador común pueda regular problemas del gasto público en forma normal, a través de la ley ordinaria y bajo constitucional subordinación a la ley de presupuesto. La potestad de dictar las "normas generales" del presupuesto es exclusiva del legislador, cuando y porque aprueba la ley especial de presupuesto, y al respecto la competencia legislativa también es exclusiva y excluyente; pero la potestad legislativa sobre la materia eventual de tales normas generales, inconocible antes de que éstas sean aprobadas conjuntamente con el presupuesto al que pertenecen, está atribuida también al legislador ordinario, quien puede dictar leyes comunes al respecto sin violar la Constitución. Se trata de lo que comúnmente se llama reserva relativa de ley, que no es otra cosa que una potestad legislativa compartida, en plan de igualdad o de desigualdad, en este último caso con predominio de alguno de los titulares y de sus leyes sobre el otro y las suyas.[7] Es obvio que, como se dirá de inmediato, hay aquí una superioridad natural del presupuesto sobre la ley común. En efecto: ¿sobre la base de qué principio resolver los conflictos entre leyes ordinarias que regulan materia común con la de las "normas generales" de un presupuesto? Es evidente la solución: si la Constitución las equipara en rango, regirá el principio de que la ley posterior deroga la anterior; pero si la Carta las jerarquiza, prevalecerá siempre la superior, tanto si es anterior como posterior a la otra, que resultará derogada (si es anterior) o inválida (si es posterior) frente a ella. Nuestra Carta ha adoptado por esta última técnica. En efecto: no creemos que ofrezca duda la solución adoptada por la nuestra y por las otras Constituciones de Occidente y sus principios inspiradores, salvo texto constitucional en contrario; la ley especial prevalece sobre la general y la ley de presupuesto es especial frente a cualquier otra que regule el gasto público en forma general y permanente y lo es, como resulta obvio, por su carácter anual e íntimamente condicionado por su coyuntura político-social y por su contenido político y programático, en función de los cuales se conciben y aprueban las "normas generales" de cada uno. De este modo, el principio general ha de ser la prevalencia de las "normas generales" de cada presupuesto sobre las comunes que regulen lo mismo, tanto si son anteriores como si posteriores, en cuanto reglas especiales y específicas sobre su materia, salvo disposición de la Constitución en contrario y siempre bajo la decisiva condición de que la materia regulada sea presupuestaria —y no extraña al presupuesto anual del caso— en ambas normas. Lo que quiere decir muy claramente que si se desea obtener jerarquía inversa y contraria, dando prevalencia a la ley común sobre la "norma general" del presupuesto en cuanto a la materia presupuestaria común que reglan, resulta necesario decirlo expresamente en la Constitución, sin lo cual regiría el principio general y la conclusión de principios antes enunciada: prevalecerá la "norma general" presupuestaria sobre la norma presupuestaria común,[8] precisamente porque aquella es "especial" y no "general". Es esto lo que suele llamarse, en cuanto es una concurrencia de dos fuentes desiguales por su "fuerza" y "autoridad" sobre materia común, la "concurrencia imperfecta" de normas.

En síntesis: el presupuesto de la Nación es un esquema jurídico de organización de la función legislativa para su mejor ejercicio, que se configura como una reserva de ley de doble alcance: es reserva "absoluta" de ley especial de presupuesto (lo que llaman los italianos "riserva di legge") en punto a la autorización, cualificación y limitación del gasto estatal y de su equilibrio con los ingresos públicos, así como en relación con los principios generales, esenciales y necesarios de su contenido, ya especificados, lo que significa que tales materias

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

y principios sólo pueden adquirir relevancia jurídica en punto a un "presupuesto" estatal determinado en virtud de la ley especial constitutiva del mismo, con total exclusión de cualquier otra, sin salvedades (al menos fuera de situaciones de necesidad o emergencia).

Pero es también una reserva "relativa" de ley especial de presupuesto (lo que llaman los italianos "riserva della legge") en punto a las materias de éste de regulación contingente y de tratamiento necesario o útil, año con año, para la cabalidad y eficiencia del presupuesto en cuanto expresión de un programa anual de gobierno, en función de las particularidades coyunturales y de orientación política de ese último, porque en tales materias pueden darse, a la par de las "normas generales" del presupuesto, leyes ordinarias a ellas subordinadas, que sólo resultan válidas y aplicables en la medida en que no contradigan, sino que complementen, aquellas normas generales, salvo disposición en contrario de la Carta. Se trata, en síntesis, de un caso más de sujeción de la norma general a la especial, aunque aquella sea posterior. Es evidente que la Constitución puede, en efecto, invertir la regla y disponer expresamente la inferioridad de la ley de presupuesto frente a la ley ordinaria y su derogación y reforma por ésta; o bien la incapacidad del presupuesto para contener "normas generales", que es lo que ocurre en España y en Brasil, donde aquella no puede derogar, reformar, complementar ni interpretar leyes generales ni permanentes, según se dijo. Todo lo cual nos lleva a tratar brevemente de las relaciones de la ley del presupuesto con la ley ordinaria.

11) El presupuesto y las otras fuentes.

Hay países —como España, Brasil e Italia— donde está expresamente regulada la posición jerárquica de la ley de presupuesto frente a las otras leyes y normas del ordenamiento, subordinando aquel a la ley ordinaria o, más específicamente (caso de Italia), subordinándola a la ley propiamente fiscal, en términos tales que el presupuesto no puede afectar en ningún sentido las que crean tributos o gastos, ni, por extensión, las conexas con ellas.

En estos países, hay un sistema de leyes fiscales permanentes, respecto de las cuales el presupuesto anual es instrumento de ejecución y, consiguientemente, norma subordinada. Se trata de una fuente atípica, porque la ley de presupuesto es, en tales ordenamientos, una que no puede derogar ni reformar otras leyes (ninguna o algunas) y que, en cambio, puede ser derogado y reformado por esas otras, lo que la equipara prácticamente a un reglamento o acto administrativo, desde el punto de vista de su resistencia o autoridad formales, como si su jerarquía fuese de segundo grado, sujeta también a la ley ordinaria y no sólo a la Constitución. Pero cabe advertir que, incluso en tales ordenamientos, el presupuesto sólo puede ser modificado por otras leyes iguales u ordinarias, nunca por acto administrativo de la misma Asamblea ni de otro supremo poder. Desde este ángulo sería una fuente intermedia entre la ley ordinaria y el reglamento administrativo común, pues dependería de aquella para su validez (por conformidad con ella) y para su derogación y reforma, pero sería, a su vez, independiente y superior del reglamento, tanto legislativo como administrativo, a los que podría derogar y reformar, sin sufrir recíproco efecto en su contra por virtud de ellos, todo lo cual colocaría arriba y no debajo de dicho reglamento común. La situación en Costa Rica es distinta. Aquí el presupuesto nacional es claramente una ley. Según el artículo 180, párrafo primero in fine: "El presupuesto ordinario y los extraordinarios... sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo", lo que, sin decirlo la Carta, implica necesariamente que el trámite de la reforma será igual al del presupuesto reformado (iniciativa privativa del Poder Ejecutivo, inexistencia de veto de éste e iniciativa legislativa de reforma condicionada al soporte financiero coetáneo).

Es decir: hay una clara toma de posesión de la Constitución en el sentido de que el o los presupuestos de la República sólo podrán ser modificados por leyes de trámite especial e igual al previsto para su aprobación. Esto puede entenderse, en punto a la relación del presupuesto (como ley especial) con las otras del país de materia común, de acuerdo con las tres alternativas que se expondrán, no sin precisar antes el alcance de la cuestión.

En efecto: es necesario aclarar a la luz de todo lo ya dicho. El presupuesto no puede oponerse a otras leyes ordinarias ni en materia de ingresos ni en materia de disminución de gastos. En cuanto a lo primero, porque ya vimos que los ingresos no son materia del presupuesto, que ha de tenerse como un límite del gasto y no del ingreso. En cuanto a lo segundo, porque vimos ya que la existencia legal de la obligación y del negocio o hecho generadores de ésta, son condiciones de apli-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cación de la ley de presupuesto en cuanto autoriza un pago, pues el mismo sólo puede referirse a obligaciones válidas y existentes, por lo que, a la inversa, la ausencia o inexistencia de éstas son condición de aplicación de la misma ley de presupuesto en cuanto prohíbe ese pago sin causa justificante. No se trata, en esta última hipótesis, como oportunamente se explicó, de que una ley derogue o reforme otra, la ordinaria aquella de presupuesto, sino de la aplicación de ésta en virtud de su propio imperio y fuera de todo conflicto con otra ley u otra norma en general, aplicación que será favorable al pago si hay obligación válida por pagar, y lo contrario si no la hay.

El problema, según quedó planteado, se refiere exclusivamente a la hipótesis de leyes que creen, transfieran o aumenten gastos anuales en contra del presupuesto de la República. ¿Qué valor pueden tener tales leyes ante éste? Las alternativas que ofrece la respuesta son tres, como se dijo, a saber:

a) Las leyes ordinarias concurrentes inciden directa e inmediatamente sobre la de presupuesto y prevalecen sobre ésta en lo que las contradiga, sin necesidad de una nueva ley de presupuesto que reforme y adapte la anterior a los cambios legislativos. Objeción básica contra tal enfoque es la de que va contra el texto del artículo 180 de la Constitución Política.

b) Las leyes ordinarias opuestas no afectan ni la ley de presupuesto ni al legislador, pues éste no tiene siquiera el deber de adaptarlo al cambio legislativo sobrevenido y puede ejecutarlo como sistema normativo autónomo de las leyes sustanciales de igual materia, ignorando los cambios introducidos por ellas en punto a ingresos y egresos, que así resultan regulados exclusivamente por cada presupuesto, con entera independencia de las leyes ordinarias concurrentes y opuestas. Este enfoque tiene a su favor el texto constitucional.

c) Los autores del presupuesto tienen el deber constitucional de reformar el o los presupuestos mediante la aprobación de otros extraordinarios, para adaptarlos a los cambios que introducen en materia hacendaria (especialmente en punto a nuevos gastos) las nuevas leyes ordinarias, bajo su responsabilidad personal (eventualmente penal, por abuso de autoridad o de poder), pero en tanto no lo hagan regirá el presupuesto vigente, dada la inmunidad de éste a aquel tipo de ley, en razón de su trámite especial. Es decir: es fundada la aserción contenida en la segunda hipótesis en punto a la autonomía jurídica del presupuesto de la República respecto de la ley ordinaria que afecta y regula su materia presupuestaria de índole contingente y variable, pues el presupuesto no se halla subordinado a ella sino que, como se dijo, es más bien superior, por lo que es el único régimen o, en todo caso, el supremo sobre la materia presupuestaria, salvo excepción constitucional; pero el legislador adquiere, por virtud de las leyes ordinarias que modifican las previsiones y el equilibrio matemáticos entre ingresos y egresos del Estado, el deber de adaptar aquel presupuesto a estos cambios por obra de la ley común, bajo su responsabilidad personal. La adaptación y el cambio en el presupuesto sólo podrán ser operados por un presupuesto extraordinario, regido por trámite especial e igual que el del presupuesto ordinario, según mandato del artículo 180 ya citado. Esta tercera alternativa es la correcta.

Y quede bien entendido lo anterior: no rige lo dicho en cuanto a la primacía de la ley especial de presupuesto sobre la ordinaria de materia contingente y concurrente cuando haya excepción constitucional al mayor rango del presupuesto como ley, en cuyo caso podrá darse cualquiera de las alternativas previstas según el contenido y alcance de la norma constitucional en cuestión, y probablemente una de las dos primeras hipótesis. Si tal excepción constitucional no existe, pareciera que la ley de presupuesto es suprema y excluyente dentro de la materia "presupuestaria", entendida como ya quedó dicho.

Es obvio que el presupuesto, en cuanto ley especial de materia reservada, es superior, además, a todas las fuentes inferiores a la ley, como los reglamentos ejecutivos y administrativos en general, con excepción de los decretos ejecutivos para la creación y transferencia de partidas en casos de necesidad o emergencia nacionales, durante recesos de la Asamblea, cuando es imposible un presupuesto extraordinario, pues en los mismos el decreto de urgencia o emergencia, dictado en estado de necesidad del Estado, puede incidir directa e inmediatamente sobre el presupuesto vigente, con rango igual al de éste y como si se tratara de fuente par, equiparado como está a la ley de presupuesto por el artículo 180 in fine. En virtud de tal equiparación, la Asamblea Legislativa se enfrentará al decreto en cuestión como si fuese presupuesto extraordinario, con potestad para derogarlo o reformarlo, exactamente como si se tratase de acto legislativo desde su nacimiento, con el trámite

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

especial que tiene la "ley presupuestaria" y sujeta a su régimen material.

Lo dicho pareciera quebrar en dos hipótesis muy calificadas, que son la de los reglamentos internos de la Asamblea Legislativa, y la de la Ley de Administración Financiera de la República (y conexas), casos en los cuales puede pensarse que se trata de normas distintas de la ley de presupuesto de la República, ordinario o extraordinario, que, sin embargo, se presentan y aplican como superiores a ella. ¿Son realmente tales y constitucionales desde este ángulo?

12) El reglamento legislativo de la función legislativa: reserva absoluta de la materia y sus consecuencias. Nulidad de la Ley de Administración Financiera de la República y conexas.

El Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa puede regular su organización y procedimiento para dictar leyes, ordinarias o especiales. Se trata de reglamento autónomo de organización y servicio que goza de una reserva absoluta de la materia, consistente en el ejercicio de la función o potestad legislativa, y que, por ello, es el único posible al respecto de acuerdo con la Constitución (art. 121.22 Const. Pol.). Se trata ahora de demostrarlo, para lo cual importa enfocar su régimen con más detalle. Y pareciera, por de pronto, que se trata de reglas de la Asamblea reconocidas como tales por el mismo artículo 121.22, en cuanto éste no hace distinciones entre reglamentos legislativos sobre la función legislativa y sobre otras materias, lo cual les imprime carácter de verdaderas fuentes del Derecho y deja sin fundamento ni base cualquier tesis que sostenga su carácter de meras normas internas, válidas sólo para la Asamblea y para su organización y actividad internas, pero no para terceros —entes públicos o privados, u otros órganos y supremos poderes— ni ante los jueces de la República. Está hoy plenamente reconocido que es fuente del Derecho, con alcance externo "erga omnes", ante lo cual no cabe alegar ignorancia ni irrelevancia jurídica o falta de oponibilidad, toda norma nacida de una fuente expresamente reconocida como tal por otra norma del Estado, constitución o ley, sobre todo si lo es por la Constitución (véase voz Atto Normativo de la Enciclopedia del Diritto, escrita espléndidamente por Vezio Crisafulli). Ahora bien: ¿qué rango jerárquico (fuerza, autoridad y estabilidad) tienen los reglamentos de la función legislativa dictados por la Asamblea, sobre todo en relación con las leyes —ordinarias o especiales— de ésta?

Para fundar la superioridad de tales reglamentos respecto de las leyes no basta contar con la inevitable subordinación lógico-jurídica de una norma a la otra que ha sido aplicada para crearla, en cuanto esta última regula la producción de la primera (tesis kelseniana). En un sistema como el nuestro —según todo lo antes dicho— el rango de una norma depende no únicamente de su contenido (subordinación lógico-normativa) sino de sus elementos formales, sujeto, procedimiento y forma, sobre todo el sujeto que la dicta. Será superior la norma que derive de (un acto de) un autor superior al de la otra y, si se trata de normas derivadas de un mismo sujeto, aquella que provenga del procedimiento calificado como superior o exclusivo para crear la norma del caso, en razón de la materia. La primera hipótesis se da, por ejemplo, cuando hay que determinar el rango de la ley respecto de la Constitución o del reglamento respecto de la ley; el segundo caso se da cuando se distinguen jerarquías entre actos de la misma Asamblea, por ejemplo, cuando se distingue entre una ley de personal de la Asamblea y un reglamento de ella sobre lo mismo; o cuando, por ejemplo, se distingue una ley ordinaria de la que es constitucionalmente especial para una materia en razón de su procedimiento de formación, como ocurre con la ley reforzada para crear entes autónomos, o la ley especial del presupuesto, etc. Ejemplos de este último tipo pueden darse, más simplemente, cuando la Constitución reserva exclusivamente una materia a una norma de trámite especial, como ocurre con los reglamentos de la Asamblea Legislativa, que, según el artículo 124 de la Constitución Política, se crean mediante un solo debate en plenario, son aprobados por dos tercios de votos de la Asamblea y son distintos de las leyes comunes. Y esto puede reforzarse, en la hipótesis de dichos reglamentos legislativos, cuando el trámite especial versa sobre la regulación del procedimiento de creación de las leyes comunes, dentro del marco de la Constitución. Los reglamentos legislativos de la función legislativa adquieren, entonces, superioridad jurídica, y no sólo lógica, respecto de la ley creada por su aplicación. De este modo no sólo son exclusivos en la materia (reserva absoluta de materia a una ley especial), sino que también son el fundamento lógico de validez de la ley nacida de su aplicación, nacimiento que sólo es regular si es conforme con tales reglamentos. En esta hipótesis, la superiori-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dad lógica de la norma de producción sobre la norma derivada (de la aplicación de aquella) queda simultáneamente consagrada por la especialidad del trámite ya apuntada y por la reserva absoluta de la materia en favor de tal trámite especial desarrollado por la misma Asamblea Legislativa. No hay duda, en tal concepto de que, según el artículo 121.22 de la Carta, el reglamento legislativo de la función legislativa condiciona la validez de la ley ordinaria o de presupuesto —así como de cualquier otra que esté sujeta a su observancia, por el contenido del reglamento en cuestión— y de que, consecuentemente, la violación de tal reglamento legislativo provoca la invalidez de la ley derivada. Es obvio igualmente que el reglamento legislativo sólo puede ser derogado por otro igual y que está subordinado únicamente a la Constitución en la jerarquía de las fuentes, lo que permite su impugnación únicamente por vicio de inconstitucionalidad.[9]

Lo anterior significa que el reglamento legislativo de la función legislativa para producir leyes especiales (por el quórum de votación o por el procedimiento) configura otra reserva constitucional absoluta en favor de una fuente especial (por su trámite), sobre una materia determinada (el procedimiento legislativo) en la que ninguna otra fuente puede activarse válidamente. En tanto es la única posible en ese campo, es siempre prevaleciente, y nula, por incompetencia material, cualquier otra norma de origen o trámite distintos —aunque provenga de la misma Asamblea Legislativa— que concurra sobre la materia en contradicción con ese tipo de reglamentos. Dicho todo lo cual cabe insistir en que para que opere una reserva de materia en favor de una ley, con exclusión de otras, y aquella se distinga de éstas por tal razón, aunque todas sean leyes de la misma Asamblea, se requiere que la ley favorecida con la reserva sea especial por su trámite o su votación, sin lo cual la reserva quedaría hecha pero no en contra de la ley ordinaria —que podría regular la materia en cuestión— sino de las fuentes externas a la Asamblea y a la legislación, como los reglamentos.

La materia reservada al reglamento legislativo de la función legislativa debe comprender, como fácilmente se entiende, todos los requisitos de validez de la ley ordinaria o especial que no haya especificado la Constitución, lo que va más allá del procedimiento y abarca, incluso, los límites de contenido que la ley puede tener. Es decir: si tales límites materiales de la ley —ordinaria o especial— son posibles, además o en complemento de los que ha impuesto directamente la Carta (en relación con los cuales resulta debido el pleno respeto a la letra y espíritu de todos y cada uno de los artículos que la componen), es el reglamento legislativo para la creación de la ley el instrumento adecuado constitucionalmente para fijarlos, pues tales límites corresponden a los que debe tener la ley como producto de la potestad legislativa de cuyo ejercicio nace, al cual la ley debe conformarse. En otras palabras: los requisitos de validez de la ley en punto a todos sus elementos, coinciden exhaustivamente con los que le asigna el modelo normativo de la potestad legislativa a la luz de la Constitución y de los reglamentos legislativos, incluyendo las limitaciones de contenido o peculiaridades de trámite que la ley en cuestión pueda tener. Lo que, visto desde otro ángulo, significa que resulta inválida —y no sólo inútil— cualquier ley, ordinaria o especial, en todo caso distinta del reglamento de la Asamblea sobre la función legislativa, que venga a regular el procedimiento o, en general, los requisitos de validez y modos de creación de la ley en cualquiera de sus aspectos no contemplados por la misma Carta, y, naturalmente, el motivo, contenido o fin que deberá tener. La regulación del ejercicio de la potestad legislativa está reservada exclusivamente a la Constitución y, por ésta, al reglamento legislativo de la función legislativa, con exclusión de cualquier otra fuente, cuyo agotamiento sobre tal materia resulta necesariamente inconstitucional. Todo lo cual permite alcanzar la muy grave conclusión de que son nulas, por inconstitucionales, todas las leyes que regulen la creación de otras leyes —llámanse leyes cuadro, marco, plan, de presupuesto o cualquier otra cosa— pues tal materia sólo puede ser regida por reglamentos legislativos, con exclusión de cualesquiera otros actos públicos y de los otros de la misma Asamblea, aunque sean leyes ordinarias o especiales de ésta. No se trata de esgrimir la paridad de régimen jurídico (fuerza, autoridad y estabilidad) de la ley ordinaria, que la capacita para derogar o reformar otra igual que regule sus elementos formales o materiales e imponga, con ello, límites a la futura legislación. Aunque hay huellas de enfrentamientos doctrinales al respecto (Rodríguez Bereijo, op. cit., pág. 267), no es dable sostener lo contrario, pues no hay posibilidad jurídica de que una fuente limite sus propios actos (formalmente iguales entre sí) introduciendo distinciones y preferencias en cuanto a los efectos de unos frente a otros; una ley formalmente ordinaria no puede

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

vincular ni limitar el contenido de otra que también lo es y, a lo sumo, cabría sostener la necesidad, entonces, de una derogación expresa, pero no más (Costantino Mortati, *Atti con Forza di Legge e Sindacato di Costituzionalita,* págs. 8 a 11, Giuffrè, 1964). Pero, como dijimos, no es esta faz del problema la que queremos escrutar, porque no es ése el problema. La impotencia formal de una ley ordinaria para limitar directamente el contenido de la ley de presupuesto surge precisamente del principio que exige igualdad de régimen jurídico-formal para actos iguales y que paralelamente impone régimen distinto para los que se constituyen mediante procedimientos diversos, como la ley ordinaria y el presupuesto de la República. Porque aquí cabe hacer ver que el trámite de aquella no puede producir la capacidad jurídica o, como mejor lo habíamos dicho, la "legitimación" necesaria para afectar el presupuesto nacional en cualquier forma, dada la indudable diferencia de procedimiento y de competencias materiales (por separación y no por jerarquía) que, por ello mismo, existe entre los dos tipos de leyes. La Asamblea carece de facultades para introducir regímenes presupuestarios generales, de presunta observancia obligatoria por toda ley de presupuesto en cuanto a su motivo, contenido o fin, aplicables cuando la Asamblea se aboca a aprobar el presupuesto nacional. Hay aquí un problema de competencia o de legitimación por razón de la materia, consistente en que sólo la Asamblea, por el procedimiento especial que la Constitución señala para aprobar la ley de presupuesto, puede darle contenido a ésta, en cuanto sea y tenga que ser "presupuestario" (por materia). La definición de lo que es "materia presupuestaria", como límite de la competencia de la Asamblea al dictar el presupuesto de la República, sólo puede darla y delimitarla la misma Asamblea, no a través de otra ley, sino a través de sus reglamentos, en cuanto los mismos tienen por principal misión y función establecer los elementos de las leyes —ordinarias o especiales— que no haya previsto la Constitución. Si tales reglamentos no lo hacen, no lo puede hacer la ley ordinaria, y la Asamblea tendría potestad de autolimitación al respecto, siempre bajo el control jurisdiccional de constitucionalidad, que pesa sobre todo decreto de la Asamblea, reglamentario o legislativo por igual.[10]

Se comprende bien que es pensable otra tesis basilar, según la cual el giro "régimen interior", utilizado por el artículo 121.22 al atribuir potestad reglamentaria a la Asamblea, se refiere a todo menos a la función legislativa propiamente tal. Consideramos jurídicamente imposible tal posición, que ignora el carácter necesariamente externo y con efecto indiscutible sobre el ordenamiento general del Estado de la función legislativa, cuyo "régimen interior" —con exclusión de ella misma como fuente— quedaría incluido en la potestad concebida. Pero el régimen interior de la Asamblea o sobre ella es giro sin ningún sentido por sí mismo, como algo distinto del régimen de la función legislativa. Caso contrario, la Constitución habría contemplado lo accesorio y secundario y no lo importante y principal; y, sobre todo, habría autorizado a regular el régimen interior de la Asamblea, incluso para efectos de la legislación, sin regular esta misma, como si fuese posible ignorar la fuerza centrípeta que ésta ejerce sobre el resto del ordenamiento legislativo (de la organización y funcionamiento de la Asamblea). Según tal miope planteo, tendría que ser la ley ordinaria la que regulara su propia elaboración, con la inestabilidad que acarrearía, al hacerlo, la sujeción a la futura ley de igual rango común. El resultado paralizaría la legislación, pues la votación calificada (de los dos tercios de los votos) necesaria para aprobar y reformar el reglamento legislativo es la única garantía de estabilidad y eficiencia legislativas. El "régimen interior" de la Asamblea es siempre y, por encima de lo demás, el de la función legislativa como tal, a través de sus reglamentos que, por su distinto origen procedimental respecto de la ley, están por encima de los vaivenes de ésta, como si fuera norma constitucional. La potestad reglamentaria de la Asamblea es el principal instrumento constitucional dado a ella con el fin de asegurar su buen desempeño, sobre todo en relación con la función más importante a su cargo, que es la de legislar. Y es de esa potestad que surge el auténtico régimen de la ley, ordinaria o especial, incluso en cuanto a su contenido obligatorio, si lo hay.

Sentada la anterior conclusión se entiende bien la única limitación que realmente padece: la Asamblea puede regular la función legislativa en lo que de ella depende, no en lo que depende de otros supremos poderes o entes. La elaboración del proyecto de presupuesto que corresponde al Poder Ejecutivo, según la Carta, sólo puede ser regulada por reglamentos de éste, que serían igualmente exclusivos y autónomos en tal materia. Dentro del procedimiento legislativo para la confección de la ley del presupuesto nacional, a la inversa, tendría la exclusividad reguladora la Asamblea, y sus regla-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

mentos, además de la Constitución, serían únicos, de acuerdo con ésta. Resulta bien claro, por ello, que son impugnables cuando violen la Constitución e invocables contra la ley ordinaria cuando ésta los viole, en el primer caso por referencia a la norma constitucional ignorada (la que sea); y, en el segundo, como se anticipó, por violación del artículo 121.22 ibídem.

13) El caso de las leyes que disminuyen egresos.

Todo lo antes dicho ha de aclararse también en lo que toca a las leyes o actos que reducen gastos, objeto de juicios equívocos. Para que éstos gastos tengan lugar se requiere que la ley de presupuesto los autorice por materia, o por causa, o por ambas a la vez. En la primera hipótesis el presupuesto asigna una partida a un fin o interés típicos, que son la materia dentro de la cual o para la cual surgirán las causas jurídicas de gastos, normalmente negocios privados o actos de Derecho Público de la Administración, causantes de obligaciones en su contra. Puede ser, incluso, que se prevea partida para una obligación especial, identificada individualmente por el negocio o acto causales; y puede ser que se hagan ambas previsiones, por materia y por causa. Una ley puede dar tanto la materia como ser la causa directa de obligaciones, por ejemplo, si crea un ente público que monopoliza un ramo y dispone las indemnizaciones a favor de las empresas privadas excluidas del mismo. En general, la aplicación de las leyes administrativas y de la misma Constitución acarrea gastos autorizados por el presupuesto, respecto del cual aquellas son el origen mediato o inmediato del gasto autorizado. Y puede ocurrir que, incluso, se autoricen gastos con vista de leyes en trámite o por presentar a la Asamblea Legislativa como parte de un programa de gobierno o por cualquier otro concepto político. Todo lo apuntado conduce a la reflexión, que así resulta obvia, de que el presupuesto es una ley especial condicionada en cuanto a su aplicación por todo un sistema de otras leyes ordinarias o especiales y por los hechos y actos jurídicos —de Derecho Público o Privado— que generan obligaciones a cargo del Estado. Es decir: el gasto es del presupuesto porque se genera, actual o potencialmente, en esas otras fuentes de obligaciones y para satisfacer éstas. Cuando así ocurre ha de entenderse que la desaparición de la materia y de la causa del gasto, por desaparición de las leyes ordinarias y de los hechos o actos causales de la obligación respectiva, supone una inmediata y automática extinción de la partida y de la autorización presupuestarias para hacer la erogación correspondiente, sin necesidad de modificación del presupuesto en cuestión, que así sufre una disminución de partidas por causas ajenas al presupuesto nacional. Este fenómeno pareciera poner en entredicho la unicidad y soberanía del presupuesto nacional en o sobre el gasto estatal anual, antes sostenidas, pues pone de manifiesto que el presupuesto se ve modificado por las peripecias de las leyes y demás causas generadoras de obligaciones a cargo del Estado, siempre que la alteración consista en una disminución de partidas y autorizaciones presupuestarias, con reducción del gasto público, y no en lo contrario. Desde este ángulo pareciera que la soberanía y la supremacía de la ley del presupuesto nacional en materia del gasto estatal anual se reducen, según ello, a la materia consistente en la asignación, trasferencia y aumento de partidas, lo cual sólo el presupuesto como tal puede hacer. Cuando se trata de disminuirlas, tal soberanía pareciera no existir y se daría más bien una unilateral dependencia del presupuesto respecto de la ley ordinaria y, todavía más, de cualesquiera otros actos generadores de obligaciones a cargo del Estado, cuya extinción sin erogación equivaldría —como equivale— automáticamente a una modificación del presupuesto "en menos", no "en más".

La óptica adoptada por este enfoque puede ampliarse, con grandes visos de verdad. Puede decirse, en general, que el presupuesto no genera obligaciones ni gastos, sino que autoriza su pago para cuando existan y si existen, en virtud de hechos generadores extraños al presupuesto. Cuando estos hechos preexisten al presupuesto, resulta obvio que la autorización presupuestaria para el respectivo pago viene explícita o implícitamente condicionada a la existencia de la obligación insoluta. Si el hecho generador o la obligación desaparecen por causa distinta del pago, aquella autorización para hacerlo queda cancelada, por falta de base jurídica y económica. Cuando los hechos generadores de obligaciones están previstos como posteriores al presupuesto, es también obvio que éste es una previsión rectificable por la realidad, si después no se presenta la causa generadora de la obligación pecuniaria que justificaba el gasto y el pago autorizados. Es indudable, por ello, que el presupuesto tiene un efecto autónomo frente al gasto estatal anual, dependiente únicamente de sí mismo, sólo en relación con la creación, transferencia o aumento de partidas para gastos nuevos o

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

distintos de los inicialmente previstos, por naturaleza o cuantía, funciones para los cuales únicamente la ley de presupuesto puede operar el efecto jurídico querido: incluso si hay disminución de gasto por desaparición de obligaciones o de sus causas generadoras (sean cuales fueren), la disposición de los recursos sobrantes, mediante su asignación a una partida nueva o preexistente, tiene que hacerse a través de la ley de presupuesto y por la vía de uno extraordinario, de acuerdo con el imperativo constitucional. Pero no es lo mismo cuando se trata de disminuir gastos presupuestados con vista a un fin o a una obligación determinados. La desaparición del fin (por derogación de la ley que lo asignó al Estado) o de una obligación por vía distinta del pago, equivale a una supresión total o parcial de la partida (en el tanto correspondiente), con automática disminución del gasto público y de la o las partidas que lo contemplaban y autorizaban. El Estado no puede hacer erogaciones para fines u obligaciones inexistentes, ni aun si tienen partida suficiente en el presupuesto, confeccionado cuando el fin o la obligación existían y estaban pendientes de satisfacción, o en el supuesto de que llegarían a existir, finalmente desmetido por la realidad posterior.

La explicación de este fenómeno podría darse a base del régimen formal de la ley de presupuesto y sostener que esta última se halla supeditada a la ley ordinaria y a todos los demás eventos que imponen misiones o generan obligaciones para el Estado, sean pasados o futuros a su respecto, en términos tales que sus partidas se ven directa y unilateralmente afectadas "en menos" cuando tales eventos jurídicos u obligaciones se disminuyen o extinguen, sin necesidad de un nuevo presupuesto.

Creemos que la explicación así dada no es conducente, sin embargo, porque confunde dos fenómenos, a saber: la relación de la ley de presupuesto con otros actos públicos y fuentes de Derecho, por un lado; y la estructura de la autorización presupuestaria, por otro.

En efecto: no es que la ley de presupuesto nacional esté supeditada a la ordinaria como norma en punto al gasto, y menos todavía que lo esté a los actos y contratos privados, eventualmente meros hechos causantes de responsabilidades, que generan, extinguen o disminuyen obligaciones a cargo del Estado.

Si ello fuera verdad resultarían los negocios privados del Estado superiores en rango y autoridad formal a la ley de presupuesto, lo que sería absurdo. La heterogeneidad de las fuentes de fines y de obligaciones asignados o asignables al Estado, que va desde la ley al acto público hasta llegar al humilde contrato de Derecho Privado de la Administración, permite hacer ver que el efecto de las mismas sobre la disminución de partidas presupuestarias y la consiguiente modificación "en menos" del presupuesto, no se debe a una cuestión de rango ni de autoridad formal, sino de estructura de la ley de presupuesto y, más precisamente, a su aplicación pura y simple. Es decir: esas obligaciones y sus hechos generadores de toda índole, tanto como las atribuciones de fines y de competencias públicas que exigen gastos para su puesta en acción, son contemplados por la ley de presupuesto como supuestos —actuales o futuros— de su aplicación, con vistas al pago procedente, y no como otras fuentes de derecho, comparables y jerarquizables en relación con el presupuesto como ley. Para que el presupuesto se aplique es preciso que tenga lugar una hipótesis —expresa o tácitamente enunciada en su propio texto— que es la realidad o la posibilidad de obligaciones de cierto tipo o para cierto fin, a cargo del Estado. Con vista de las mismas, el presupuesto —como norma— dispone que debe procederse al compromiso o al pago dentro de ciertas condiciones (la principal de las cuales es que el tipo de gasto esté previsto y autorizado en el presupuesto por su naturaleza o por su causa) y siguiendo un procedimiento de erogación prefijado, sin lo cual el compromiso y/o el pago están prohibidos. En este esquema la existencia de la obligación estatal y de su hecho generador, o, en forma más general, el gasto público por incurrir con vista a un tipo de fin determinado, según está tipificado en la respectiva partida presupuestaria, representa la hipótesis o el hecho condicionante de la aplicación del presupuesto como norma, cuya disposición es, de conformidad, autorizar el compromiso y el pago correspondiente, una vez cumplido el procedimiento que la misma, u otra ley, fija al efecto. Ello dicho, es clarísimo que si falta la asignación o la misión legales por derogación de la ley, o no se da la obligación por pagar en virtud de su extinción por otra vía, lo mismo que si desaparece el hecho generador, falta la condición de aplicación de la norma que permite el gasto y queda vigente la prohibición de hacerlo. A la inversa, cuando se den, se aplicará la norma que autoriza el gasto y podrán otorgarse tanto el compromiso como el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

pago, respaldados por la partida y por el mandato legal de pago, contenido en el presupuesto, de llevar a cabo el fin o de solventar la obligación del caso. De este modo, no es que las leyes que disminuyan o supriman fines u obligaciones, por desaparición de los cometidos o de las obligaciones públicas de respaldo, modifiquen la ley de presupuesto como leyes iguales o superiores, como tampoco que el presupuesto sea impotente para modificarlas y que tenga que plegarse o someterse a ellas. El fenómeno no tiene que ver con la jerarquía del presupuesto como fuente, en comparación con otras u otros actos, sino con la estructura del presupuesto como norma. Cuando éste cambia en virtud de disminución de fines o de obligaciones a cargo del Estado, por actos o hechos jurídicos extraños al presupuesto, la realidad es que el cambio viene introducido por aplicación de éste, que subordina la autorización y el mandato de pago a la existencia de obligaciones generadas por hechos que están fuera de él y que, en tal condición, justifican el gasto público. La ley de presupuesto, en tal sentido, no se modifica, contra las apariencias, porque nada más se aplica, según su propio texto, que autoriza únicamente el pago de obligaciones a condición de que existan, o lleguen a existir, y lo prohíbe si tal supuesto de hecho no se da. La prohibición de hacer compromisos y pagos para fines u obligaciones presupuestados, en el entendido de que estarían a cargo del Estado o de que llegarían a estarlo, cuando ocurre el hecho que lo hace imposible o no ocurre el que lo haría real, no nace de la ley que suprimió el cometido ni del negocio o acto que canceló la obligación, como tampoco de los hechos que impidieron finalmente su nacimiento. Esa prohibición está contenida en el mismo presupuesto, que, entonces, se aplica en sentido conforme con ella y no se desaplica ni se viola, pues evidentemente la autorización de una conducta en cierto supuesto contiene implícita su prohibición fuera del mismo, sobre todo tratándose del Estado vinculado por el principio de legalidad, administrativa y presupuestaria.

Queda así despejado el problema planteado: el presupuesto es fuente de Derecho exclusiva o superior en materia del gasto público y sólo puede ser derogada por otra ley de presupuesto o por la Constitución, única norma a la que está subordinada en el ordenamiento. Pero, como tal norma, contiene un supuesto o hipótesis jurídicos (la "fattispecie" de los italianos) que consiste en la existencia o en la probabilidad de obligaciones por pagar, nacidas de ley o de cualquier otro hecho generador, sin las cuales, consiguientemente, su aplicación es imposible. Si tales obligaciones dejan de existir o no llegan a existir, la aplicación de la ley de presupuesto se da, pero no para autorizar el gasto y el pago, sino para prohibirlo, por no realización del supuesto normativo del que —según su texto— depende el nacimiento de la potestad de comprometer los fondos estatales y de pagar el respectivo compromiso. En tal situación, el presupuesto prohíbe el gasto y automáticamente dispone la supresión de la partida y de la autorización correspondiente a la obligación perimida o abortada, con vista de la cual la partida existió. Y son el propio presupuesto y su disposición, no el hecho jurídico (normativo o no) que extinguió o frustró el nacimiento de la obligación contemplada, los que disponen su propia modificación, con supresión de la partida correspondiente.

Cuando, en cambio, se quiere no suprimir, sino crear, transferir o aumentar partidas, sí entra en juego el problema de relación entre normas, la ordinaria y la ley de presupuesto, y en su solución revela esta última toda su fuerza y autoridad formales, antes descritos, que le garantizan rango superior y prevalente. Puede decirse, desde este ángulo, que la ley de presupuesto vence en el conflicto con otras normas, excluyéndolas cuando se trata de crear, transferir o aumentar gastos fuera de su texto, en tanto que meramente se aplica cuando se trata de disminuirlos. En el primer caso, hace nulas las normas opuestas que tiendan a lograr uno cualquiera de aquellos efectos, prohibiéndolos; en el otro caso, las integra a su hipótesis de aplicación como elemento componente de la misma, para disponer la disminución y supresión de partidas si tales obligaciones y sus hechos generadores no se dan, o la autorización del compromiso y del pago, si lo contrario. El primero es un fenómeno de conflicto de normas, que se resuelve en favor de la ley de presupuesto, como ley especial y excluyente por la materia reservada; el segundo es un fenómeno de aplicación de la norma, que necesariamente se resuelve en favor de ésta, pero en doble sentido, según que se realice, o no, la hipótesis normativa de la existencia de la obligación justificante de la partida y de la autorización de gasto. Esto suele llamarse "presuposición jurídica", que aquí se daría por la ley del presupuesto en beneficio de la ley común o de cualesquiera otros hechos generadores de obligaciones existentes.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

14) La jurisprudencia constitucional sobre el tema.

Los principios.

El cuadro de principios generales del presupuesto nacional como ley de la República que queda descrito coincide con las grandes líneas de pensamiento y decisión de la jurisprudencia constitucional existente sobre el tema. Se trata de coincidencia deliberada, pues es jurisprudencia loable, cuando no excelente. Nuestra Corte Suprema ha enfrentado con técnica y justicia las interrogantes que han puesto los casos bajo su examen, no obstante tratarse de directo enfrentamiento con usos y abusos de la Asamblea Legislativa. Su jurisprudencia ha sentado los siguientes principios importantes:

a) Los presupuestos son normas formales y materiales, que pueden contener normas generales y que tienen que contener las necesarias para su ejecución, que son las que se refieren a la materia propiamente "presupuestaria" (véase votación de C.P. en Ses. Ext. No. 63 de 4 de noviembre de 1981; No. 32 de las 13:30 hrs. del 3 de mayo de 1984 y No. 42 de las 13:30 hrs. del 14 de junio de 1984).

b) Los artículos 121.22 y 176 a 180 de la Constitución Política contemplan una potestad legislativa especial por razón de la materia "presupuestaria", que se ejerce mediante un procedimiento especial (por la iniciativa que es exclusiva del Poder Ejecutivo y el perfeccionamiento normativo, que excluye el veto ejecutivo) y que se extralimita si alcanza y regula "materia no presupuestaria", respecto de la cual o en la cual son muchas las "normas generales" de los presupuestos (Vot. Ses. Ext. No. 58 de las 13:30 hrs. del 14 de julio de 1983; No. 36 de las 14:00 hrs. del 8 de julio de 1982 y No. 5 de las 13:30 hrs. del 12 de enero de 1984).

c) Los artículos 121.11 y 176 a 180 de la Constitución Política se refieren al presupuesto del Estado, con exclusión de los que son propios de los entes descentralizados o autónomos, cada uno de los cuales puede darse con libertad del suyo por virtud de los artículos 176 párrafo segundo y 188 de la Constitución Política, por lo que la potestad legislativa para dictar el presupuesto nacional no puede servir para producir normas generales que afecten también los presupuestos de las dichas instituciones autónomas (Vot. Ses. Ext. No. 63 del 4 de noviembre de 1981, arriba citada; No. 32 de las 13:30 hrs. del 3 de mayo de 1984 y No. 95 de las 13:30 hrs. del 17 de noviembre de 1983).

ch) Leyes extrañas al presupuesto o presupuestos de la República —como la de la autoridad presupuestaria o la de planificación nacional— pueden autorizar la dirección, orientación y coordinación del sector descentralizado, aun en materia de presupuesto, sin violar la autonomía de las instituciones, pues se trata de materia de gobierno en la que éstas carecen de aquella (No. 42 de las 13:30 hrs. del 14 de junio de 1984).

d) El presupuesto de la República —y cualquiera de un ente público— es acto político o de gobierno, que, aparte de la previsión de entradas y gastos anuales, contiene un articulado, que es precisamente el conjunto de disposiciones o "normas generales", con fuerza y valor de ley, que expresan una aprobación de un plan nacional de inversiones, con identificación de las necesidades a satisfacer, fijación de su jerarquía, asignación del gasto para cada una y limitación de ese gasto a dichas asignaciones (Ses. Ext. No. 63 de noviembre de 1981 y No. 42 de las 13:30 hrs. del 14 de junio de 1984).

e) Todo presupuesto, en cuanto acto político y plan de inversión pública, contiene necesariamente "normas generales", que son impersonales, abstractas y ordinamentales, como una ley común, lo que constituye el contenido contingente, facultativo o eventual del mismo, variable con cada uno para el año fiscal respectivo (misma sentencia de 1981 ya citada).

f) Todo presupuesto tiene un contenido y efectos esenciales, invariables y necesarios a saber:

i) otorgamiento de una autorización para recolectar ingresos y de otra para asignarlos a necesidades específicas y gastarlos, mediante los procedimientos de erogación y pago que el mismo presupuesto u otra norma señalen;

ii) prohibición de gastar más de lo autorizado;

iii) anualidad de todas sus disposiciones (fallo de 1981 y No. 42 de 1984).

15) Los textos.

Valga la transcripción (sin comentarios, en lo posible) de las aserciones fundamentales de los fallos respecto de cada uno de los principios enumerados:

1) Los presupuestos y sus "normas generales" son leyes formales y materiales, plenamente tales.

Dijo al respecto votación de sesión extraordinaria No. 63 de 4 de noviembre de 1981 (redac-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tor y ponente, Magistrado Fernando Coto Albán), la más importante sentencia constitucional en la materia:

"Las normas de Derecho Presupuestario contenidas en los artículos 176 a 180 de la Constitución permiten afirmar, fuera de toda duda, que en el ordenamiento jurídico costarricense la ley de presupuesto es una ley formal (porque emana del no legislativo) y también ley material, pues no constituye una simple cuenta de ingresos y de gastos sino que al propio tiempo impone deberes que cumplir el Poder Ejecutivo, todo lo cual le imprime un evidente carácter normativo, aunque sus disposiciones no estén estructuradas de la manera como se presentan los preceptos de una ley común. Es decir, que aparte del articulado de aprobación, por cuyo medio la Asamblea 'dicta el presupuesto', las partidas de gastos integran en el ámbito presupuestario un plan de gobierno que la Administración debe cumplir, al menos en sus puntos sustanciales, sin perjuicio de las economías que pueden hacerse en la actividad operativa o de funcionamiento. . . Se trata, pues, de una ley formal y material, aunque ciertamente debe calificarse de especial o sui géneris. . . porque difiere de las otras leyes en cuanto a la iniciativa y a su preparación, formación y vigencia, al igual que por la acentuada supremacía de la Asamblea Legislativa en esta materia, que no admite la posibilidad de que el Poder Ejecutivo haga uso del veto, según regla del artículo 125 de la Constitución Política. Esas peculiaridades de la Ley de Presupuesto nada dicen contra su carácter de ley material; y al ser verdad, como lo dispone el artículo 180 de la Constitución, que al presupuesto constituye 'el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado', con ella se define claramente su naturaleza normativa, además de que, si el presupuesto señala esos 'límites de acción', por ahí mismo la regla del artículo 180 está autorizando que se dicten determinadas normas para regular el modo como la 'acción de los Poderes Públicos' debe realizarse durante el año. Si todas esas normas fuesen de carácter permanente, su lugar más adecuado estaría en una Ley Orgánica del Presupuesto o en la que haga sus veces; pero las que son de mera ejecución u obedezcan a situaciones cambiantes o a las circunstancias del momento, es razonable que la Asamblea las incluya en la propia ley anual, con las mismas facultades que la Constitución le otorga para dictar los presupuestos". (Considerando VI ibídem).

Ahí la Corte sienta tres reglas de capital importancia, a saber:

i) reconoce el carácter formal y material de la ley de presupuesto;

ii) define la materia presupuestaria, a la que dicha ley está llamada por Constitución, como la que toca cuestiones de "mera ejecución o que obedezcan a situaciones cambiantes o a las circunstancias del momento", concepto elástico con el que coincide plenamente este trabajo, según todo lo ya dicho;

iii) establece la posibilidad constitucional —que este trabajo niega y encuentra sin fundamento suficiente— de que normas de "carácter permanente" sobre materia presupuestaria puedan incluirse en una ley ordinaria, no obstante la reserva constitucional que opera el artículo 121.22 de la Constitución Política de la materia de esa índole en favor de los "reglamentos internos" de la Asamblea Legislativa.

2) Las "normas generales" que se refieren a materia no presupuestaria son nulas por inconstitucionales (por aplicación indebida del inciso 11 del artículo 121 de la Constitución Política y por desaplicación del inciso 1 ibídem), en cuanto tocan materia que desborda las atribuciones de la Asamblea al tramitar y dictar el presupuesto de la República. Dijo al respecto la sentencia constitucional No. 36 de 14:00 hrs. del 8 de julio de 1982, Considerando VII:

"En el citado recurso del Banco de Costa Rica (el indicado en el apartado 1 anterior) se llegó a la conclusión de que es enteramente legítimo, desde el punto de vista constitucional, incluir 'normas generales' en la Ley de Presupuesto, siempre que esas normas generales se refieran a los presupuestos ordinario y extraordinarios de la República, o sea de la Administración Central. . . Pero allí quedó sin resolver si pueden o no incluirse normas de otra índole en la citada ley, es decir: no presupuestaria, pues la Corte se abstuvo de examinar cuestiones que no fueran rigurosamente indispensables para la decisión de aquel recurso. Ahora, por lo contrario, sí es preciso definir ese punto, y hay que hacerlo en forma negativa, pues las materias ajenas al Presupuesto deben regularse por leyes comunes u ordinarias, no por una ley como la de Presupuesto. Así resulta de lo que antes se expresó acerca de la naturaleza de esa ley y de que la facultad de dictarla emana de una norma especial (el art. 121.11 de la Constitución), y conforme a los cánones de los artículos 176 y 180, que difieren substancialmente

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de las reglas establecidas para la 'formación de las leyes' en los artículos 123 a 128 de la misma Constitución. Esas normas constitucionales tiene su propia esfera de aplicación y no es posible incluir materias extrañas al Presupuesto en esa Ley especial, a no ser con infracción de lo que disponen los incisos 1 y 11 del artículo 121 Constitución, pues el primero se refiere a la amplia potestad de 'dictar leyes', y el otro (el once) a la de dictar los presupuestos; y si la Constitución contempla tal potestad por separada, ello es por la razón lógica de que se trata de actos legislativos de distinta naturaleza y contenido, aunque el Presupuesto sea una ley formal y material y las demás leyes tengan también ese carácter; pero acto legislativo (el de la Ley de Presupuesto) en que la Asamblea cumple con otras atribuciones, dentro de los límites precisos, partiendo de la iniciativa del Poder Ejecutivo y sin posibilidad de que ésta usó del derecho de veto".

Se puede hacer ver que hay aquí dos razonamientos y dos reglas importantes:

i) La Ley de Presupuesto debe referirse a la "materia presupuestaria" y no puede hacerlo a otras, porque para éstas la Constitución contempla por aparte una potestad genérica de dictar leyes;

ii) Las normas no presupuestarias por la materia, incluidas dentro del presupuesto, son nulas.

Ambas reglas son correctas, pero la primera de dudosa fundamentación, como acaba por reconocerlo el importante fallo. En efecto: la ley de presupuesto impide conocer de "materia no presupuestaria" durante su trámite y en su aprobación, no porque las respectivas potestades estén contempladas por aparte y en distintos incisos del artículo 121 de la Constitución Política —razonamiento gramatical que puede aplicarse a la mayoría de las otras atribuciones de la Asamblea enumeradas por esta última norma para demostrar lo contrario, porque en relación con ella sí es constitucionalmente apta la potestad legislativa común de dictar leyes ordinarias— sino porque el trámite del presupuesto es especial, en los términos que el fallo indica, y genera por esa vía una capacidad exclusiva para ejercer la potestad legislativa en materia presupuestaria, incompatible con cualquier otra materia, lo que hemos llamado "legitimación" formal. La nulidad nacida cuando la ley de presupuesto toca materia "no presupuestaria" puede explicarse, entonces, como una carencia de capacidad legal al efecto por falta de "legitimación" para el ejercicio de la potestad legislativa común u ordinaria, en razón del diferente procedimiento. La legitimación viene entendida así como una capacidad de ejercicio de la potestad legislativa en correlación con la materia, determinante del procedimiento, especial u ordinario, por emplear, sin cuyo agotamiento esa legitimación no existe. Son nulas, por ello, las leyes de presupuesto o sobre materia presupuestaria dictadas por el trámite de las ordinarias, tanto como las ordinarias o de materia común dictadas por el trámite de la de presupuesto, que es, en síntesis, lo que sostiene este importante fallo.

3) El presupuesto es acto político o de gobierno.

Dice al respecto el fallo No. 42 de sesión extraordinaria de Corte Plena celebrada a las 13:30 hrs. del 14 de junio de 1984:

"La cuestión es, entonces, establecer si al 'formular directrices de la política presupuestaria del Sector Público, incluso en los aspectos relativos a la inversión, endeudamiento y salarios', como dice el artículo 1 de la ley, la Autoridad Presupuestaria menoscaba la independencia administrativa, o se está en presencia más bien de 'materia de gobierno' sujeta a la ley". (Considerando V).

Acto seguido, para contestar la cuestión, el fallo transcribe lo que al respecto dice el correspondiente a Ses. Ext. C.P. No. 32 del 3 de mayo de 1984 en lo tocante a la definición de "gobierno", en la siguiente forma:

"La materia de gobierno a que se refiere el artículo 188 de la Constitución Política, es la actividad que consiste en dirigir, orientar y señalar pautas, sin posible confusión con otros actos de los órganos públicos de superior jerarquía, así sea que algunos expositores los llamen también 'actos de gobierno' ".

Después de tal cita, el Considerando VII entra en el análisis de la materia del juicio principal de base, a efecto de determinar si la disposición impugnada con el recurso es o no constitucional, a la luz del citado artículo 188 y de la anterior definición de la potestad de gobierno. Y el fallo concluye dicho Considerando VII diciendo:

"La materia salarial de los servidores de un ente descentralizado, o más bien, 'formular directrices en ese campo', ¿será 'materia de gobierno' o 'materia de administración', según acaba de distinguirse? Nótese que no se está en el caso límite de negarle al ente los recursos necesarios para retribuir a los servidores que lo permiten la consecución del cometido técnico, sino en el de impartir

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

'directrices' tendientes a uniformar el régimen de salarios de todos los servidores públicos, para evitar discriminaciones injustas entre los que laboran en uno u otro despacho en igualdad de trabajo y de eficiencia. Obviamente, las metas (típica 'materia de gobierno') que se fije al Estado en la remuneración de sus servidores constituyen toda una política salarial que tiene que ver no sólo con la retribución del esfuerzo de la persona individualmente considerada, sino también con sus consecuencias sobre los demás aspectos de la economía, que puede introducir factores de distorsión en lo económico debidos a intranquilidad social. Por 'directriz' debe entenderse el 'conjunto de instrucciones o normas generales para la ejecución de alguna cosa', o sea de pautas u orientaciones que sirvan de marco conceptual para la toma de decisiones. De manera que lo relativo a la fijación de salarios como política general en el Sector Público no puede decirse que es materia principal, exclusiva o predominantemente 'administrativa', sino más bien de 'gobierno' y en que la sujeción de un ente descentralizado a la ley no sólo es posible sino también necesaria y conveniente. No se trata sólo de decidir libremente cómo y en qué han de gastarse los fondos asignados a la entidad que ella perciba por la prestación del servicio, porque el titular de esos fondos es, en realidad, el Estado, sino de invertirlos en armonía con las metas que este último se ha fijado en aras del interés colectivo. Por supuesto que la ejecución de medidas concretas o individualizadas para cada servidor, que acarrea la puesta en práctica de las medidas de gobierno, es materia administrativa. Pero la adopción de criterios para la elaboración del Presupuesto, en cuanto constituye el 'límite de acción' del respectivo ente (como lo dice el art. 180 constitucional), es materia de gobierno, y en la que por ello cabe la sujeción a la ley que ordena el artículo 188 de comentario".

4) El presupuesto nacional no puede contener normas generales referentes a los presupuestos de entidades descentralizadas.

Dijo al respecto el fallo constitucional correspondiente a Ses. Ext. C.P. de las 9:00 hrs. del 10 de mayo de 1984:

"...esas normas generales, aunque sean de carácter presupuestario, no pueden establecerse en la Ley de Presupuesto si se refieren al presupuesto de las instituciones descentralizadas, pues la facultad que otorga a la Asamblea Legislativa el artículo 121 inciso 11 de la Constitución, lo es tan sólo para 'dictar los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República', no así el de las Municipalidades y las instituciones autónomas, según lo deja ver el párrafo segundo del artículo 176. Por lo tanto, si a la Asamblea corresponde dictar el presupuesto de la República y a las instituciones descentralizadas el de ellas, es obvio que el órgano legislativo no puede hacer uso de la Ley de Presupuesto para imponer o restringir gastos en la órbita presupuestaria de esas Instituciones, pues la Constitución estableció otras reglas en lo que concierne a esos entes, primero al facultarlos para dictar sus presupuestos y luego al disponer, en el artículo 184.2, que la Contraloría General de la República es órgano encargado 'de examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas".

En igual sentido el fallo constitucional de Ses. Ext. No. 58 de las 13:30 hrs. del 14 de julio de 1983.

Como se verá casi de inmediato discrepamos frontalmente de esta última regla.

5) El presupuesto tiene un contenido necesario, consistente en su efecto como límite infranqueable del monto global y específico (por partida) del gasto estatal anual; y otro variable, que consiste en las normas de formulación del plan público de inversiones y para su ejecución. Dice la Corte en su sentencia No. 63 de 4 de noviembre de 1981:

"...al ser verdad, como lo dispone el artículo 180 de la Constitución Política, que el presupuesto constituye 'el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado', con ello se define claramente su naturaleza normativa, además de que, si el presupuesto señala esos 'límites de acción', por ahí mismo la regla del artículo 180 está autorizando que se dicten determinadas normas para regular el modo cómo la 'acción de los Poderes Públicos' debe realizarse durante el año. Si todas esas normas fuesen de carácter permanente, su lugar más adecuado estaría en una Ley Orgánica del Presupuesto (o en la que haga sus veces); pero las que sean de mera ejecución u obedezcan a situaciones cambiantes o a las circunstancias del momento, es razonable que la Asamblea las incluye en la propia ley anual, con las mismas facultades que la Constitución le otorga para dictar los presupuestos". (Considerando VI).

16) Valoración de la jurisprudencia.

No podemos sino apoyarla, pues coincidimos con ella después de estudiarla, confirmando una

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

primera impresión. Los grandes principios que enuncia son los mismos que sustenta este trabajo, bajo otra nomenclatura y, quizá, con algún más vistoso ropaje técnico. Sugerencias importantes para su afinamiento pueden ser las siguientes:

1) Ninguna sentencia constitucional menciona dos efectos capitales del presupuesto como ley especial de materia reservada, a saber: que condiciona la validez de la administración financiera de la República y de los compromisos y pagos estatales, según que los respalde, o no, partida suficiente; y, sobre todo, que, como consecuencia, el cobro de los créditos vencidos contra el Estado queda sujeto a la condición especial de que el pago sea posible de conformidad con el régimen de las erogaciones públicas, sino lo cual es indebido y legalmente imposible, como prohibido. Es decir: ningún fallo constitucional ha invocado el alcance claramente intersubjetivo de la ley de presupuesto desde el ángulo arriba dicho para demostrar su calidad o naturaleza de verdadera ley en todo sentido, no sólo formal sino material, no sólo dentro sino también fuera del aparato estatal, directamente frente a los acreedores del Estado.

2) La serie de fallos constitucionales citados incurre en contradicción en lo que toca a las potestades del legislador nacional para afectar presupuestos de entes descentralizados con motivo o dentro de la ley de presupuesto de la República. En los fallos citados en el numeral 3 del apartado 11 anterior, sostuvo la Corte que el presupuesto nacional no puede contener normas generales que afecten los de los entes descentralizados en razón de la autonomía administrativa que les garantiza la Constitución (art. 188 Const. Pol.), lo que conlleva su autonomía presupuestaria plena también constitucionalmente garantizada (art. 176 ibídem párrafo segundo), por lo que "las normas generales" del presupuesto nacional que pretendieran y dispusieran regir para los de esas instituciones simultáneamente violarían, por desaplicación, las dos antecitadas normas constitucionales, tutelares de la independencia de los entes públicos; y por aplicación indebida, los artículos 121.11 y 176 a 180 de la Constitución Política, que regulan el presupuesto del Estado y su trámite, con exclusión o ignorancia de los que corresponden a dichos entes. Pero después de sentar tal regla de principio, la misma Corte Plena declara constitucional la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria (No. 6821 de 19 de octubre de 1984), no obstante que ésta se hace para que un organismo estatal y central pueda "formular directrices de la política presupuestaria del sector público, velar por la ejecución de las políticas formuladas" y "controlar la eficacia en la ejecución de los presupuestos de las instituciones del sector público" (art. 1.a.b. y c ibídem). Hay aquí una grave contradicción, por el carácter imperativo de las políticas estatales para la confección de los presupuestos descentralizados que por esa vía se imponen a las instituciones autónomas, en forma mucho más restrictiva y continua que cuando ello se hace por una sola vez, mediante el presupuesto de la República y sus "normas generales", desde luego que la relación de dirección presupuestaria así creada implica una potestad permanente y de ejercicio continuo del Estado sobre sus entes dirigidos; y desde luego que el contralor de "eficacia" o "eficiencia" autorizado por la ley de la Autoridad Presupuestaria exige la aplicación de criterios de oportunidad o, al menos, técnicos y de experiencia, alejados del contralor de mera legalidad administrativa, y, por ello, mucho más incisivos en contra de la libertad de criterio y decisión de la institución controlada. La coherencia parece exigir que se prohíba a la ley común respecto de los presupuestos de los entes descentralizados lo que se prohíbe a la de presupuesto nacional; y, a la inversa, que se le permita a ésta lo que se permite a aquella, sin lo cual se incurre en grave contradicción jurídica. La realidad de las cosas permite identificar la regla correcta en la materia.

En efecto: todo presupuesto —estatal o institucional— es un plan de inversiones y siempre el medio obligado y más importante para la formulación y/o ejecución del plan de actividades financieras anuales de su autor público. Es esencialmente, por ello, un acto de gobierno en su más alto nivel, que sólo puede corresponder —aun en ausencia de ley— al jerarca del ente que lo emite, nunca a órganos subordinados. Consecuentemente, la confección del presupuesto y éste mismo son "materia de gobierno" y no de administración del ente público menor, que puede ser atribuida a la decisión y regulación del Estado o del ente intervencionista creado por éste con ese fin, sin que ello afecte directamente la autonomía de administración que constitucionalmente pertenece a los entes autónomos en Costa Rica, siempre y cuando se respete la reserva constitucional de ley formal que en la materia crea el artículo 188 de la Constitución Política, tanto para proteger la autonomía residual del ente público en cuanto a gobierno, como para habilitar la intervención directriz y coordinadora

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

del Estado en relación con el sector descentralizado. Es decir: resulta perfectamente constitucional que la ley de presupuesto nacional contenga disposiciones reguladoras de los presupuestos de los entes descentralizados, con el fin de coordinarlas con el Estado y entre sí, como medio necesario para la realización del plan nacional de inversiones en el sector público, porque la potestad presupuestaria de esos entes es materia de gobierno que puede ser regulada y conformada por el Estado con ese fin, a condición de que ello venga autorizado por una ley formal, como la de presupuesto de la República. Todavía más: dada la reserva de la materia tocante al gasto estatal de cada año en favor de la ley de presupuesto, absoluta en cuanto a la previsión, cuantificación, equilibrio y régimen imperativo de los egresos anuales; y relativa en cuanto al régimen de los medios necesarios para la realización del plan de inversiones que expresa o implica esa primera y fundamental parte, salta a la vista la pertenencia a esta segunda parte de las políticas y metas fundamentales de los entes descentralizados, cuando su fijación y regulación resulten necesarias o simplemente útiles para coordinarlas y/o subordinarlas al plan nacional de desarrollo contenido en el presupuesto estatal.[11] Lo cual conlleva la muy importante consecuencia de que será este último la norma prevalente sobre las otras leyes ordinarias anteriores o posteriores que también regulen el gasto público —como la de Planificación, de Autoridad Presupuestaria, de Equilibrio Financiero del Sector Público, de Administración Financiera de la República, etc.—, precisamente por su carácter especializado en el régimen anual de dicho gasto, que inmuniza al presupuesto estatal contra la fuerza formal de leyes que incidentalmente se refieran a igual materia, pero con pretensiones de durabilidad y estabilidad. Se trata en síntesis, de una aplicación más, en un conflicto entre la ley de presupuesto y las otras, de la regla que cobija la materia y favorece la prevalencia de lo especial sobre lo general, salvo disposición de la Constitución que lo impida o que imponga regla inversa, en detrimento del presupuesto nacional. De donde sale la inevitable discrepancia que al respecto cabe guardar con la jurisprudencia constitucional antecitada, cuya crítica puede resumirse diciendo que carece de fundamento en cuanto reputa inconstitucionales las "normas generales" del presupuesto de la República que regulen o afecten los de los entes descentralizados sobre el supuesto de que ello afecta la autonomía "administrativa" de estos últimos siendo así —como es— que la materia es del "gobierno" de éstos y no de su administración, y que dentro de ella dichos entes carecen de autonomía frente a la ley formal que los sujete a directrices, planes y contralores del Estado para lograr la unidad de orientación del gasto en relación con todo el sector público del país, central y descentralizado. Intervención directriz y contralora que, por ello mismo, está en un todo de acuerdo con los artículos 188 y 176 párrafo segundo de la Constitución Política, que deben entenderse como creadores de una autonomía presupuestaria de los entes autonómos relativa y limitada por los mecanismos legales de sujeción a la planificación y contralor centrales del gasto público, con los indicados fines de eficiencia y unidad, que contempla la ley, de presupuesto en primer lugar, o las otras después de ella. La única lógica y coherente conclusión, para bien de los principios generales antes enunciados, es de fácil formulación: no sólo el presupuesto nacional puede contener previsiones de coordinación entre Estado y entes descentralizados y sus respectivos presupuestos, sino que, además, es la sede preferente para formularlas, en la medida en que se trate de materia presupuestaria y, concretamente, de disposiciones y normas que afecten los presupuestos de los entes descentralizados en función de una mejor realización del gasto público a la luz de un plan nacional de inversiones. Un plan tal nunca puede ignorar la existencia de los presupuestos descentralizados y el necesario impacto de ellos sobre el presupuesto nacional y sobre el nivel del gasto público global, cuya atención corresponde precisamente al presupuesto nacional y excede de la capacidad y autonomía especializadas de aquellos entes. De consiguiente, no sólo es la ley de presupuesto la sede posible para regular las relaciones entre gasto estatal y gasto descentralizado, a nivel presupuestario anual, sino que es la fuente superior para hacerlo, que deja sin efecto y pasa por encima de cualquier otra ley ordinaria —como la de la Autoridad Presupuestaria o del Equilibrio Financiero del Sector Público— que se refiera a la misma materia.

17) La inexistencia de leyes materiales y la caducidad de su doctrina.

Unica objeción contra esta tesis parece ser la muy manida de que la ley de presupuesto es ley sólo formal y no material, aludiendo a la vieja distinción entre actos de efecto concreto para situa-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ciones identificadas como un hecho cumplido y disposiciones generales sobre hipótesis de hecho repetibles al infinito. Es una distinción ingenua y totalmente superada. Hoy se halla perfectamente establecido que la generalidad no es requisito de la normatividad, pues hay actos generales que no son normativos (el pliego de condiciones de una licitación pública o la orden periódica de revisión de los automotores por la Dirección General de Tránsito), tanto como actos concretos que lo son (como las disposiciones de un plan regulador de urbanismo respecto de una única finca perfectamente localizada).[12] Y si bien es cierto la abstracción —no la generalidad— luce como elemento natural de la norma —entendida como regla de una hipótesis repetible al infinito— puede haber excepciones, como las leyes de la Asamblea que corresponden a actos concretos tramitados en tres debates, a que se refieren los artículos 121 y 124 de la Constitución Política en relación. Esto confirma que la única doctrina válida frente a la realidad constitucional y política de Costa Rica —y posiblemente del resto de los sistemas de Occidente, donde cada día se hacen más frecuentes las llamadas "leyes medida" o "concretas"—[13] es la de la naturaleza formal de las fuentes, según la cual —como ya se explicó— las mismas y su naturaleza vienen determinadas por el sujeto y el procedimiento de emisión de la respectiva norma, origen de su jerarquía y de su régimen jurídico formal frente a los demás actos públicos, tantas veces aludido (fuerza, autoridad y estabilidad), sin relevancia al efecto del contenido —general o individual, abstracto o concreto— de la disposición del caso. En otras palabras: dado un sistema de fuentes ordenadas por los principios de jerarquía o de competencia reservada que quedó explicado, sobra totalmente la distinción entre ley formal y material, pues sólo existe la formal, por jerarquía o por exclusividad en la materia. El presupuesto es un caso —hemos sostenido— de reserva de ley especial de la materia presupuestaria o, lo que es lo mismo, del gasto anual del Estado, que otorga carácter de exclusiva o, eventualmente, de superior o suprema a la ley de presupuesto de la República sobre las demás leyes o actos públicos en tal materia, salvo norma en contrario de la Carta, que en Costa Rica no existe. En consecuencia, toda potestad legislativa o para dictar leyes —como la de dictar el presupuesto de la República— contiene las potencialidades que a ella son inherentes y que habilitan al legislador para dictar actos obligatorios conducentes a los fines de la materia que la Constitución les reserva o atribuye, tanto generales como individualizados, abstractos o concretos. Lo que da a esa potestad su naturaleza y su alcance es su régimen formal y dependiente de elementos formales propios de la atribución normativa de esa potestad, con independencia de elementos materiales y más bien con extensión a cualesquiera de ellos (motivo, contenido, fin y sus variantes y modalidades), salvo excepción constitucional.

En pocos temas es tan patente la irrelevancia jurídica de la distinción entre leyes materiales y leyes formales, toda orientada a privar de eficacia jurídica la ley "formal" por el hecho de contener disposiciones generales catalogables como leyes "materiales". Se parte, para sostenerlo, del erróneo supuesto de que la potestad legislativa está configurada sino por su materia —que se acepta puede ser cualquiera, salvo determinación constitucional en contrario— por su contenido, entendido éste como el tipo de efecto con que puede innovar el orden jurídico. Lo típico de la potestad legislativa material, que es la única auténtica según esta doctrina, es producir actos de efecto general, consistentes en disposiciones referidas a hipótesis abstractas de hecho, que condicionan su aplicación al infinito mientras no se derogue la ley, por ser susceptibles de repetida e ilimitada realización futura. La potestad legislativa se identifica así con potestad normativa. Pero es lo cierto que al ordenamiento político y constitucional de las fuentes jurídicas, lo que importa es crear un centro único o supremo de decisión en orden a la realización de fines determinados, sin que cuente necesariamente la naturaleza del efecto por lograr, sino simplemente su rango y eficacia —y quizá ésta por aquel— para la satisfacción de la necesidad pública tomada en cuenta. La Constitución lo que quiere garantizar a través de la potestad legislativa es la resolución o satisfacción de necesidades públicas, sea por normas o por disposiciones concretas, en todo caso innovadoras en relación con dicha necesidad. Lo característico y esencial de la ley es este su rango supremo frente a los actos de los otros poderes y su fuerza innovadora frente a las normas, suyas o ajenas, salvo disposición constitucional en contrario (para lo cual véase nuevamente Crisafulli, *Atto Normativo y Fonte Giuridica,* voces de la Enciclopedia del Diritto). Lo decisivo, entonces, para determinar si un acto de la Asamblea Legislativa es ley, o no, es saber si es ley "formal", en cuanto dotada de supremacía y fuerza innovadora frente a los demás poderes y al ordenamiento, según la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Constitución. Es ley, en este sentido, obviamente la que designa como tal la Constitución en razón de su autor y procedimiento legislativos; pero es también ley —en términos que ello permite suponer y atribuirle ese origen y ese procedimiento legislativos— el acto de la Asamblea que, de acuerdo con la Constitución, constituye una decisión a ella exclusivamente reservada y revestida de supremacía y fuerza innovadora en los términos antes indicados.

Desde este ángulo, es posible una alternativa en punto a la naturaleza de la ley de presupuesto de la República, a saber:

a) el presupuesto es un acto especial por su trámite, consistente en una proposición inicial del gobierno, a la que se agregan iniciativas de reforma de la Asamblea Legislativa, para desembocar en un acto final complejo, por virtud del cual gobierno y Asamblea dictan el presupuesto, con potencia causal del mismo que podrá ser igual en ambos (si el Gobierno puede no sólo sancionar sino también vetar la ley respectiva) o desigual (si sólo puede sancionar y promulgar);

b) el presupuesto es un acto nacido de un procedimiento especial en el que intervienen el Gobierno y la Asamblea Legislativa, pero con exclusiva participación de la Asamblea en la emisión de la voluntad final constitutiva del acto, aunque éste venga precedido por una iniciativa y un proyecto exclusivamente elaborados por el Poder Ejecutivo y eventualmente acogidos por la Asamblea.

No hay duda de que esta segunda posibilidad es la que se da claramente en nuestra Constitución, por la cual es atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa dictar los presupuestos de la República y es atribución exclusiva del Poder Ejecutivo elaborar y presentar el o los respectivos proyectos (arts. 121.11, 177 y 178 Const. Pol.), sin potestad de veto de la correspondiente ley (art. 125 ibídem).

Es evidente que el presupuesto es en Costa Rica una ley "formal" y "especial" para la regulación del gasto público anual del Estado y que no hay norma constitucional alguna que limite su alcance a disposiciones concretas, prohibiéndole las generales, que así pueden resultar incluidas en su texto sin infracción constitucional alguna y más bien como producto de una potestad inherente a la de dictarlos que es medio necesario para su formulación y ejecución, salvo disposición constitucional en contrario, que aquí no existe. Claramente la Constitución atribuye exclusivamente a la Asamblea el "dictar" los presupuestos, sin equívocos al respecto, y desechando la ambigüedad de otros giros usuales en el texto constitucional para denotar potestades de decisión, como la de disponer o aprobar. Dictar un presupuesto es tomar y expresar constitucionalmente la voluntad que le da relevancia jurídica y que condiciona la aplicación de todo el régimen presupuestario, fundamentalmente de principios no escritos, doctrinal y jurisprudencialmente existente. Y no es aprobar lo que otro hace en función de contralor, para evitar daños o violaciones legales, sin participar en la misión ni en la emisión del acto aprobado. La Asamblea dicta el presupuesto, que nadie controla y que, de consiguiente, nadie aprueba.

Se trata de una ley formal especial, que, por ello mismo, tiene a su disposición la adopción de todas las leyes materiales o normas necesarias para la coherencia y eficacia del plan político de inversiones nacionales que contiene. Y es su materia "presupuestaria", no su naturaleza "formal" y no "material", el único límite puesto por la Constitución para el desarrollo de su contenido por el acto legislativo que le da origen.

En síntesis: lo que la Constitución regula son leyes "formales", que pueden contener cualesquiera leyes "materiales" necesarias para la consecución de los fines constitucional o libremente asignados a la potestad legislativa correspondiente. Y así como la ley "material" que sólo es eso, no es ley, por falta de los recaudos formales que le impriman su naturaleza de tal, la ley "formal" puramente tal es la única jurídicamente existente, de materia y alcance universales, tanto por la clase de los intereses que regula como por la extensión de los efectos que produce, salvo disposición constitucional en contrario.

18) Conclusión general. Concluimos en que:

a) El presupuesto de la República es una ley especial por materia y procedimiento.

b) La especialidad consiste en que la Constitución reserva el régimen de su materia a la ley de presupuesto, en cuanto es aprobada por un procedimiento especial.

c) La materia reservada es el gasto público anual del Estado, conjuntamente con el plan de inversiones estatales para el año fiscal (solar) correspondiente, que puede ser expresamente formulado, pero que siempre va implícito en la ley respectiva.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

d) La reserva se hace en favor de una ley con un procedimiento especial, bajo el supuesto de que éste otorga a la Asamblea Legislativa una capacidad específica para regular anualmente esa materia, sin la cual ello es constitucionalmente imposible.

e) Esa capacidad específica es la legitimación de la Asamblea para la materia, entendida, entonces, como el requisito necesario para que ésta pueda ejercer válidamente su potestad legislativa para regir el gasto público anual.

f) La legitimación para legislar en ese campo, así producida, implica no sólo que es absolutamente incompetente cualquier otro ente u órgano para hacer lo mismo, sino que también lo es la Asamblea Legislativa para regular otras materias a través del mismo procedimiento especial.

g) El procedimiento especial está llamado a garantizar que el Poder Ejecutivo tenga la iniciativa y la responsabilidad de elaborar el presupuesto nacional, en razón de su mayor conocimiento del gasto público, como su principal protagonista; al mismo tiempo que asegura que la Asamblea pueda tener la última palabra para modificar el plan de inversiones presentado, a título de máximo representante del pueblo y de los partidos, responsable principal por la orientación política del Gobierno nacional.

h) Para lograrlo la Constitución otorga el monopolio de la elaboración y presentación del presupuesto al Poder Ejecutivo y el monopolio de su confección a la Asamblea, sin potestad de veto del primero contra la ley resultante.

i) Hay en el presupuesto nacional una parte que le está constitucionalmente reservada con exclusión de cualquier otro poder, órgano o ente, a título de reserva absoluta de la materia correspondiente, que es: i) la especificación balanceada de ingresos y egresos de la República para ese año fiscal y ii) la adopción de ese plan de inversiones como el límite del gasto público en ese año, que condiciona la efectividad de todos los pagos y la validez de todos los compromisos posteriores a su vigencia, a la existencia de partida presupuestaria suficiente.

j) Hay otra parte del presupuesto variable año con año, con vista de la coyuntura en que se aprueba, consistente en todas las "normas generales" necesarias para que ese plan nacional de inversiones, reflejo de una política y de un programa de gobierno diseñados por ambos supremos poderes, tenga su mejor y más productiva realización en bien del país, a través de preceptos propiamente jurídicos que lo garanticen.

k) Tales "normas generales" y su materia presupuestaria "contingente" resultan inconocibles o sólo difícilmente previsibles antes de cada ley de presupuesto y de su trámite, por lo que la reserva constitucional de ese campo a favor de esta última sólo puede darse sin prohibir ni cohibir la competencia concurrente de la misma Asamblea para regularlo a través de leyes ordinarias, pero siempre bajo subordinación a la de presupuesto, como especial para la materia en cuestión.

l) El presupuesto nacional es así, en lo que toca a la materia de reserva absoluta en su favor, una ley que excluye cualesquiera otras sobre ella, las cuales resultan nulas por incompetencia al respecto de la Asamblea Legislativa como autora de leyes ordinarias; y es una ley que, consecuentemente, sólo puede ser derogada, modificada o sustituida por otra ley de presupuesto, igual por su especial procedimiento (iniciativa exclusiva del Poder Ejecutivo y decisión y aprobación exclusiva de la Asamblea).

m) El presupuesto nacional es, en lo que toca a la reserva relativa de ley en su favor, una ley superior a las demás, que puede derogarlas y modificarlas sin que pueda ser derogada ni modificada directamente por ellas, aunque la existencia de las posteriores que lo contradigan cree un deber, personal de los diputados y constitucional de la Asamblea como supremo poder, de hacer la debida adaptación por el procedimiento especial debido, deber cuya infracción genera responsabilidades personales, pero no invalidez del presupuesto vigente.

n) El régimen del procedimiento y de la función legislativos, comprensivo de todos los elementos de validez de la ley no contemplados por la Constitución, como acto de soberanía sólo subordinado a ésta y a los instrumentos internacionales (art. 7, Const. Pol.), está constitucionalmente reservado a los reglamentos "internos" de la Asamblea Legislativa, que, pese a su nombre, deben entenderse como aquellos destinados a regular —aparte de su organización y funcionamiento en general— su principal competencia para dictar leyes (ordinarias o especiales), incluyendo la de presupuesto.

o) Los reglamentos "interiores" de la Asamblea están por encima de la ley —de cualquier tipo— por obra de su rango constitucionalmente superior, en razón de su procedimiento y de su materia espe-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cífica, entendida como régimen de la función legislativa, supletorio y complementario del que establece la Constitución.

p) Los reglamentos "internos" de la Asamblea Legislativa, en cuanto única fuente constitucional del régimen de la función legislativa, aparte de la propia Constitución, excluyen cualquier otra ley sobre la materia, que, por tal razón, resulta absolutamente nula por incompetencia absoluta del legislador ordinario para regular el procedimiento, el contenido, los fines o la materia de las demás leyes, incluyendo la de presupuesto.

q) El presupuesto de la República, como auténtica ley formal, sólo está subordinada, al igual que las ordinarias, a la Constitución y a los reglamentos interiores de la Asamblea sobre el procedimiento y la función legislativos, y sólo puede ser impugnado por la violación de esos dos tipos de normas superiores.

r) El presupuesto nacional es así una ley especial con el siguiente régimen formal de índole constitucional:

i) Tiene "fuerza" para derogar o reformar cualquier otra ley de presupuesto; "autoridad" para resistir cualquier otra ley que no sea de presupuesto; y "estabilidad" sólo sujeta a impugnación por violación de la Carta y de los reglamentos "internos" de la Asamblea que regulen su trámite y, en general, sus elementos de validez no previstos por la Carta.

ii) Puede derogar cualquier ley ordinaria anterior sobre la materia que tiene reservada en forma relativa; y excluir, como nula, cualquier otra ley ordinaria sobre la materia que le está reservada en forma absoluta.

iii) Su régimen jurídico descrito está confinado al procedimiento y a la materia especiales que le están constitucionalmente reservados, de manera que es nula, por incompetencia absoluta (debido a falta de legitimación), cuando es aprobada como ley ordinaria o, cuando, aprobada como ley de presupuesto, rige materia "no presupuestaria".

s) Es un acto político conjunto de Poder Ejecutivo y Legislativo, en tanto que es el instrumento principal de expresión y regulación del plan estatal de inversiones anuales, por lo que es inherente a su materia la coordinación del mismo con los planes descentralizados del gasto público y el establecimiento de las disposiciones y mecanismos para lograr dicha coordinación.

t) Las anteriores reglas nacen del rango constitucional de la ley de presupuesto como beneficiaria de una doble reserva constitucional de la materia tocante al gasto público, según se ha explicado, lo que la convierte en ley única posible o en la suprema dentro de tal materia, sin que pueda modificarse ni amortiguarse tal régimen sino por obra de una reforma constitucional, dada la naturaleza también constitucional de ese régimen.

u) Resulta inconveniente, en tanto que contraria a la naturaleza de las cosas, toda reforma constitucional que tienda a prohibir las "normas generales" del presupuesto, dado su carácter de instrumento necesario para su óptima confección y ejecución del plan nacional de inversiones.

v) La jurisprudencia de Corte Suprema al respecto es excelente y adecuada para la solución de los problemas planteados por el abuso de las "normas generales", al declarar nulas e inconstitucionales cualesquiera que regulen materia no presupuestaria, con expresa admisión de aquellas que se mantengan dentro de los límites de su materia constitucionalmente reservada.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Esta transformación de la potestad en acto a través del camino del procedimiento, así como la necesaria conformación del acto por el procedimiento y, todavía mejor, por los hechos verificados dentro del mismo, ha sido puesto de relieve en óptima forma por un ilustre autor italiano, Feliciano Benvenutti, en un famoso artículo de hace ya treinta años, todavía fulgurante de intuiciones innovadoras: "el procedimiento es, tal y como aparece, la vía por la cual discurre la potestad para concretarse en acto, (por lo que) me parece cierto que el procedimiento es la manifestación sensible de la función, el modo de externación del devenir del acto. Cuando, de hecho, yo pienso en la función, por un lado, como devenir de la potestad en acto y, por el otro, en el procedimiento como en la historia causal del acto, creo no errar diciendo que el procedimiento es la historia de la transformación de la potestad en acto, historia jalonada por toda la serie de actos necesarios para la concreción de la potestad en una realización concreta (el acto). Bajo el perfil objetivo, entonces, el procedimiento es manifestación de la función, así como el acto es la manifestación del resultado de la función. Y porque la función es su contenido, (el procedimiento) es la forma de la función. En términos tales que, en virtud de este enfoque, me parece posible sostener, en definitiva que el procedimiento es el fenómeno que se produce con cada realización de la función. Por lo que, si equiparo "fenómeno" con apariencia, puedo concluir en que el procedimiento es únicamente el fenómeno de la función (Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo, Riv. Trim. Dir. Pubblico, Giuffrè, Milano, 1952, pág. 128). Y el mismo autor en otro importante artículo agrega: "el hecho, el cual determina la valoración discrecional, cumple frente al acto una función muy especial, porque no solamente es asumido por tal acto como parte de su antece-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

dente legal, en cuanto corresponde a este último en la regla discrecional, sino que es sobre todo una parte de la realidad, que, con su particular modo de ser, define el contenido de esta regla. Es, entonces, no sólo un elemento del antecedente (complejo) del acto, sino un elemento normativo de ese antecedente y, por ello mismo, su función en relación con el acto es no solamente la de elemento pasivo, objeto de la actividad administrativa, sino también y sobre todo la de un elemento activo, verdadera 'causam dans' de la evaluación cumplida por la autoridad administrativa. Todo lo cual depende, en definitiva, del hecho de que una tal norma es únicamente norma del caso singular, al cual va tan estrechamente vinculada que, al surgir el caso, o, lo que es lo mismo, el hecho, surge simultáneamente la norma (que se origina en el modo de ser) de ese hecho". (Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi, citado por Aldo Piras, Interesse Leggitimo e Oggeto del Processo Contenzioso Amministrativo, Giuffrè, 1963, vol. II, pág. 418).

2. No queda más, para aclarar la figura de la falta de legitimación por falta de procedimiento, que aludir a la distinción clásica entre capacidad jurídica o de goce y capacidad de actuar o de ejercicio, la una como titularidad de derechos u obligaciones y la otra como titularidad de las potestades para su ejercicio, cada una de las cuales es tan necesaria legalmente como la otra para la válida emisión del acto correspondiente: el incapaz lo es siempre para el ejercicio personal de las situaciones jurídicas materiales que detenta, ejercicio que sólo puede darse a través de su representante legal (apoderado, tutor, curador etc.). En Derecho Público tal dualidad se corresponde con la distinción entre competencia y legitimación, pues el ente puede ser competente pero incapaz para el ejercicio de esa competencia, por inexistencia o carencia de los hechos cuya ocurrencia permite ese ejercicio.

3. Actividad pública externa es la que tiene su fundamento en el orden general del Estado, cuyo principal componente es la ley; véase en contra Enzo Silvestre, L'Attivita Interna della Pubblica Amministrazione, Giuffrè, Milano, 1950, págs. 225, 226 y 238 a 241; a favor, Franco Bassi, La norma interna, Giuffrè, 1963, págs. 24 a 31, que califica como interna la norma sin plena eficacia en otro ordenamiento más amplio en el que se funda y que normalmente es el del Estado, por lo que entiende como externo el acto regulado por una norma como la ley, necesariamente relevante para el Estado, en tanto es su autor movido por el ánimo de integrar el ordenamiento jurídico; igualmente a favor, Massino Severo Giannini, Diritto Amministrativo, 1974, vol. 1, págs. 278 y 789 y 190, donde pone de relieve la necesaria relevancia externa de actos internos (intraorgánicos, por su destinatario) que condicionen o precedan actos externos (intersubjetivos). Posteriormente se ampliará la explicación de este importante tema, con motivo de la definición de lo que es "norma interna".

4. Giuseppe Fazio, Il Bilancio dello Stanto, Giuffrè, 1974, págs. 54 y 55: "Es preciso recordar que el presupuesto, además de las normas con las cuales se pone límites al Poder Ejecutivo, contiene, como se ha dicho, otras normas primarias tanto como reglas sustanciales de organización administrativa... Y, para tal propósito, es necesario referirnos al artículo 81 de la Constitución (italiana). Este no prohíbe a la ley de presupuesto tener normas jurídicas primarias, sino sólo algunas de tales normas y específicamente, las que crean ingresos y egresos. Sólo aceptando tal enfoque, el de que se trata de una verdadera y auténtica ley de contenido especial, podemos evitar una contradicción con la Constitución misma" (ibídem) "...se puede decir que una cuidadosa confección y ejecución del presupuesto estatal puede ser frecuentemente el único medio para reestablecer una economía recesiva o que presenta síntomas de crisis" (pág. 96) "...cualquier escogencia del sistema de programación económica nacional no puede ignorar que, en el centro del sistema, están los recursos financieros del Estado, con su presupuesto, por la relevancia, la incidencia y la reacción en cadena que su ejecución determina en el país...". "Toda la actividad legislativa del Estado en materia de recolección de ingresos y de empleo de medios viene vinculada con el presupuesto, de modo que se puede figurativamente afirmar que las leyes ordinarias de ingresos y de egresos representan meros afluentes del principal curso del agua, que es el presupuesto nacional..." (pág. 106).

5. Carlo Talice, op. cit., págs. 44 a 47 y 103 y 104, hace también —como este trabajo— la distinción entre contenido esencial y accidental, que llama facultativo, del presupuesto, en la siguiente forma: "Las cuentas de previsión de egresos constituyen la parte esencial del presupuesto; y su ausencia o defecto produciría indudablemente la nulidad o la anulabilidad, según la gravedad, del presupuesto..." (pág. 45). "Otras imperfecciones del presupuesto e, incluso, la ausencia de elementos no constitutivos del mismo no producen la nulidad" (pág. 46). "En cuanto a los elementos que podríamos llamar facultativos, en cuanto se presentan normalmente en el presupuesto pero pueden faltar del mismo... se debe considerar que su ausencia del anteproyecto y de la ley final no produce consecuencias jurídicas negativas" (pág. 46). "...Sin embargo, diversamente de lo que ocurre con el estado de previsión y cuenta de los ingresos, las atribuciones del Parlamento en punto a los gastos comprenden autorizaciones a las cuales no se puede negar el carácter de verdaderas normas materiales: cuantificación de gastos ya creados por otras normas; autorización para el reembolso anticipado de bonos del Tesoro; autorización para transferir partidas para la satisfacción de gastos eventuales por crear en virtud de leyes en trámite; formulación de la lista de gastos obligatorios y fijos; aprobación de partidas para dar crédito a funcionarios delegados (por el Estado) y regulación de su uso; disposiciones varias que inciden directamente en los gastos, como las condiciones de los suministros a las fuerzas militares, el número máximo de éstos" (pág. 103)."...La ley de presupuesto integra en esa forma la legislación sustancial del gasto público, especificándola o haciéndola ejecutable" (pág. 103). "...Las partidas de gastos se fijan a menudo sin que haya ley anterior de base; la fijación de los límites máximos del gasto viene a integrar, en todo caso, la legislación sustancial que crea gastos, que le comunica así su propia naturaleza normativa. Esto significa que para muchos gastos el presupuesto opera una elección y una disposición a la cual no puede negarse naturaleza material" (pág. 104).

6. Fazio, op. cit., pág. 77: "Fuera de la Constitución, en el plano administrativo y económico el presupuesto del Estado está caracterizado por algunos requisitos llamados 'reglas' o 'principios fundamentales'. Son éstos: la anualidad, la unidad, la universalidad, la integridad, la veracidad, la especificación, la puntualidad y el equilibrio". Es cierto que este trabajo elenca otra lista, que, sin embargo, no resulta excluyente ni excluida, sino complementada por los principios en la cita, cuyo sentido es claro. Lo importante es hacer ver que, según doctrina y jurisprudencia del Derecho Comparado, el presupuesto está regido y rige simultáneamente como ley de conformidad con principios fundamentales, iguales para todos los presupuestos, que son, según lo dicho, los enumerados en la cita y en el texto de este estudio.

7. Giulano Amato, Rapporti fra norme primarie e secondarie, Giuffrè, 1962, págs. 96 y sigs.; Massimo Severo Giannini, I proventi degli enti pubblici minori e la riserva della legge, Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, Giuffrè, págs. 8 a 11; Costantino Mortati, Istituzioni di Diritto Pubblico, CEDAM, 1967, vol. 1, págs. 298 a 302.

8. Giannini, M.S. lo dice muy clara y sintéticamente: "La ley financiera" (presupuesto) está ordenada a tres fines: la revisión de las normas sustanciales de ingresos y egresos en vigencia, y puede al respecto tanto confirmar como modificar

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

su texto, incrementando o disminuyendo las sumas, e, incluso, derogarlas; en cuanto al ejercicio anual al que se refiere, fija las cuotas anuales de los gastos plurienales, el límite de los fondos especiales, el límite del crédito público, y así sucesivamente todos los elementos variables de las decisiones que componen el presupuesto fuera de la previsión y autorización de los ingresos y egresos. Finalmente adecua el presupuesto anual al pluerienal (donde existe)" (Istituzioni di Diritto Amministativo, Giuffrè, 1981, págs. 592 y 593).

9. En cuanto al carácter interno de una norma valga decir que se entiende por ella, en todo caso, la de un orden jurídico que no tiene plena eficacia en otro (Franco Bassi, La norma interna, Giuffrè, 1963, págs. 24 y sigs.). Pero al respecto es posible identificar la causa de tal minusvalía puramente en el objeto de regulación o en el origen formal de la norma. En el primer sentido es interna cualquier norma que regule la organización de un ente público sin regular relaciones de éste con terceros, no importa su origen ni procedimiento de creación; el autor Enzo Silvestre lo sostiene cuando dice: en muchos casos la forma del acto no es elemento suficiente para determinar si la norma contenida es interna o externa. Normas internas pueden ser incluidas en leyes sin perder su naturaleza de tales; y viceversa, actos que llevan el nombre de circulares o instrucciones son fuente de Derecho objetivo, de naturaleza auténticamente reglamentaria. La forma, consecuentemente, puede ser nada más un elemento auxiliar en la calificación de la norma, pero no su verdadera identificación como interna" (L'Attivita Interna della Pubblica Amministrazione, Giuffrè, 1950, pág. 226); y, en igual sentido, págs. 240 a 242. Pero, como se nota, tal enfoque es frontalmente opuesto al ya sostenido en este trabajo al respecto, pues dejamos dicho que el fundamento de la naturaleza y alcances de un acto público —normativo o no— es su origen formal (autor y procedimiento), del que, a su vez, depende la jerarquía del acto respecto de los otros, afirmación que implica que, sin importar el contenido, un acto es equiparable a todos los otros de igual origen y distinto de los otros de origen desigual, incluso en cuanto al alcance de sus efectos. Es por ello que luce mucho más coherente decir que cuando el origen de un acto y su fundamento de validez son una norma del Estado e, incluso, la Constitución, el acto será externo; si, en cambio, la potestad respectiva está exclusivamente contemplada en norma de otro ente distinto, el acto nacido de su ejercicio será también interno (propio del ordenamiento de ese otro ente y no del Estado). Se trata de un problema de relación entre ordenamientos y normas: el acto de un ente será "reconocido" por el Estado y con efecto en éste cuando el ordenamiento estatal expresa o claramente contemple la potestad para dictarlo y su efecto en su ordenamiento, aun si el contenido de ese acto es la regulación de la organización del ente menor y va dirigida únicamente a éste y no a terceros. Dice al respecto la fundamental obra de Bassi, antecitada: "Si un ordenamiento prevé la emanación de un acto de cierto tipo preceptivo, ello importa que por ese hecho de contemplarlo y predeterminar su procedimiento de emisión, tal ordenamiento atribuye inequívocamente relevancia plena en su ámbito propio al acto que venga dictado dentro de los requisitos prefijados. Esto permite entender el porqué nunca se ha dudado de la plena eficacia para un ordenamiento general de los preceptos nacidos de sus propias fuentes" (op. cit., pág. 27). Los problemas a resolver de acuerdo con la naturaleza interna o externa de la norma son básicamente tres, a saber: si es impugnable por violación del ordenamiento mayor o de referencia (generalmente el del Estado); si es invocable su violación (de la norma interna) ante los tribunales del Estado; si existen, o no, medios procesales y garantistas adecuados para una cualquiera de las acciones anteriores. De este modo, el perfecto acto interno es el que no puede ser impugnado, no puede servir de base para una impugnación y carece de vías garantistas para uno u otro tipo de acción; y, a la inversa, si es externo. Para lo cual véase Stefano Maria Ciconetti, Regolamenti Parlamentari e Giudizio di Costituzionalita nel Diritto Italiano e Comparato, CEDAM, 1979, pág. 4. En general, todo colegio o asamblea, así como todo ente, tiene una potestad implícita de autoorganización sin necesidad de "reconocimiento" por el Estado, y sus normas sobre la materia son entonces internas, en el sentido técnico en que ha quedado apuntado. Pero devienen en externas si la potestad para auto-organizarse es reconocida por ley, Constitución o acto del Estado, pues, como se dijo, el carácter interno o externo de la norma —desde el punto de vista que nos preocupa— más que intrínseco es relacional y consiste en la posición de un ordenamiento frente a otro y en los efectos que tengan las normas y actos del primero en el segundo, de acuerdo con este último. A este efecto, el ordenamiento que podría llamarse primario o de referencia suele ser, por excelencia, el del Estado frente al de sus entes menores; y no hay la menor duda, por ello, de que tratándose de normas del mismo Estado expresamente reconocidas o previstas por su Constitución, se trata de normas externas, que tienen que ser consideradas y regidas como propias del Estado y de su ordenamiento general para todo efecto. Todo lo cual es más claro si se entiende que, por otra parte, la norma de organización es reputada como plenamente jurídica dentro de dicho ordenamiento general (estatal) y decisiva para delimitar la esfera de acción del Estado frente al individuo y a los otros entes menores, según la mejor y más nueva doctrina lo sostiene (Giannini, Diritto Amministrativo, op. cit., vol. 1, págs. 103 y 104; así como Carlos Lavagna, Istituzioni di Diritto Pubblico, UTET, 1970, vol. 1, pág. 274). Esto es aplicable al reglamento legislativo de la función legislativa, dado el carácter indudablemente estatal de dicha función y el alcance externo que siempre tiene su ejercicio, aun si produce normas meramente creadoras de competencias internas de un ente público. Es lo cierto que, como tal, el ámbito material de la función legislativa es pleno y universal, salvo excepción constitucional expresa en sentido contrario, y que es la misma tanto si regula una como otra materia. (Carlo Lavagna, op. cit., pág. 271). De donde se desprende la trascendencia "externa" del reglamento de la Asamblea que regula el procedimiento legislativo, para la formación de la ley y de cualquier ley, ordinaria o especial.

10. Se ha discutido en el Derecho Comparado si los decretos de la Asamblea distintos de las leyes ordinarias y, concretamente, los de revisión o reforma de la Carta (en los sistemas, como el nuestro, donde tal potestad pertenece a la Asamblea Legislativa y no a una Constituyente "ad hoc") son pasibles de una acción de inconstitucionalidad; véase por todos la docta reseña al respecto de Segundo Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional, Plus Ultra, 1978, vol. 3, págs. 225 a 247. Los razonamientos que permiten a dicho autor sostener la supremacía de la Constitución aun frente a sus reformas por el trámite que ella ha dispuesto a ese efecto y que consisten, en síntesis, en la subordinación a la Carta de toda norma fundada en ella, bajo el supuesto de que el poder constituyente es distinto y superior a cualquiera "constituido", son los mismos que permiten igual conclusión respecto de los reglamentos legislativos de la Asamblea tocantes al procedimiento y límites de creación de las leyes. Caso contrario la Constitución estaría a merced del legislador quien, por vía legislativa o reglamentaria, podría destrozarla y sustituirla sin sanción de ninguna especie, ni contra sus titulares ("los Padres de la Patria") ni contra sus disposiciones.

11. Dice al respecto el ya citado autor Giuseppe Fazio, op. cit., págs. 15 y 88: "el presupuesto nacional (conjuntamente con el de los demás entes públicos) constituye un medio de funcionalizar las finanzas que ocupa un lugar importantísimo no solamente en la programación económica del país y, por ello, en la formulación anticipada de los objetivos a realizar en un quinquenio o en un decenio, sino también en la planificación del gasto nacional, en la destinación por planes plurienales de los recursos globales de la Nación. El presupuesto del Estado, por consiguiente, en su enfoque y valoración económicos, no busca solamente, por lo que toca a los fines del Estado correlativos de necesidades públicas, únicamente lograr aquella parte de su demanda que los gobernantes y detentores del poder soberano juzgan que debe ser convertida en una demanda satisfecha, sino que constituye el instrumento fundamental de política económica de un país"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

(op. cit., pág. 15). ". . .El problema debe ser enfrentado considerando no solamente la relación entre el presupuesto estatal y la economía nacional, sino asumiendo como materia de juicio también los vínculos entre el presupuesto estatal y aquellos de los otros entes públicos, por la relevancia que comportan los medios financieros de estos últimos y el peso que tienen tanto en la formación del crédito nacional cuanto sobre los resultados de la ejecución del presupuesto estatal. Una cierta política financiera realizada únicamente por medio del Estado exclusivamente no tiene sentido y puede conducir a resultados diversos o de plano contrarios a los buscados si se pierde de vista la realidad de los presupuestos regionales y descentralizados, tanto como la influencia y la incidencia que pueden tener sobre el presupuesto del Estado" (op. cit., pág. 87). El voto salvado del Magistrado Antonio Arroyo en el fallo más importante en esta materia dictado por Corte Plena, el No. 63 de sesión extraordinaria de 4 de noviembre de 1981 (fallo de mayoría cuyo redactor y ponente principal fue el Magistrado Fernando Coto), dice con gran propiedad: "III.—De acuerdo con los criterios prevalecientes ahora, la actividad financiera no se contrae solamente a obtener los ingresos necesarios para cubrir las cargas presupuestarias. Sino que se preocupa también por producir determinados efectos en el campo económico y social, como medio de lograr objetivos que se consideran de interés público o de conveniencia nacional. Se crean o se aumentan ciertos tributos, con la finalidad de convertir en menos conveniente o prácticamente imposible alguna actividad que se viene realizando (para reducir o hacer prohibitiva la importación de ciertos artículos suntuarios, por ejemplo), o se autoriza la exención de tributos para desarrollar o estimular alguna actividad determinada (como por ejemplo el desarrollo industrial). Con medidas tributarias y presupuestarias de muy variada condición, se quiere modificar la conducta económica y social de los individuos en el sentido que se considera más conveniente en un momento determinado (por ejemplo estimularlos a producir o a exportar más o constreñirlos a gastar o a importar menos). Una aspiración es la de lograr fines mixtos, fiscales y extrafiscales, a la vez. Es sabido, que la propia percepción de impuestos y la manera como se hace, produce modificaciones en la vida de los ciudadanos y a eso se debe, —por ejemplo—, que se intente perseguir la creación de 'instrumentos fiscales', que a la vez constituyan 'instrumentos de desarrollo económicos'. . .". "V.—La explicación anterior sólo lleva el propósito de destacar que en la actualidad es primordial que el Estado, a través de la elaboración de sus presupuestos, pueda lograr o intente conseguir, la solución de innumerables problemas de carácter económico, fiscal o social y actúe en campos relacionados con lo tributario o con el gasto público y participe de manera efectiva en la compleja actividad que propende a impulsar, dirigir, y controlar la economía del país, en procura del mayor bienestar de los habitantes y del más adecuado reparto de la riqueza para tratar de cumplir con el mandato contenido en el artículo 50 de la Constitución Política. Parece necesario que esta facultad no se interprete en sentido restringido, al menos en la vía jurisdiccional". "VI.—Esa explicación nos conduce también a reconocer que las normas o disposiciones generales que dieron origen a este recurso merecen el calificativo de medidas de carácter presupuestario. Y si es así, el Poder Legislativo actuó dentro de sus atribuciones al tomarlas, y por consiguiente, al tener fundamento en autorizaciones constitucionales, no ha podido violar otras normas de esa Ley Fundamental como el artículo 188. La Asamblea Legislativa, conforme a los incisos 1, 11 y 13 del artículo 121 de la Constitución tiene como facultad propia tomar tales decisiones. Y como se trata de reglas de carácter general y ese poder tiene que actuar de acuerdo con las circunstancias, se debe entender que cuenta con amplia libertad de acción, en razón de lo cambiante y complejo de los problemas que se enfrentan todo el tiempo y que al dictar esas normas presupuestarias objetadas, no se excedió de sus atribuciones y no pueden considerarse inconstitucionales esas decisiones, porque no hay fundamento para tal cosa y porque equivaldría a limitar la acción de ese poder en este campo tan importante, lo que sería infundado y contraproducente (V.G. Fonrouge, obra citada página 215). La calificación de que tales disposiciones constituyen materia presupuestaria, o tributaria, debe prevalecer en consideración a su mayor importancia. Ahora bien, aunque es cierto que las medidas de esta clase en alguna forma pueden imponer restricciones a las instituciones autónomas, de ninguna manera nos pueden inclinar a considerar que por ese motivo violan el artículo 188 de la Constitución. . .".

12. Giuseppe Guarino, Regime Costituzionale delle Legge d'Incentivazione e d'Indirizzo, Scritti di Diritto Pubblico della Economia, Giuffrè, 1974, vol. 1, págs. 133 a 145, donde el autor no sólo demuestra la posibilidad de leyes concretas sino que hace una lúcida y reveladora clasificación de las mismas. Pero, a su vez, la doctrina también da cuenta de actos administrativos generales que, pese a serlo, son tales y no normas, para lo cual véase: Lorenzo Martin Retortillo, Actos Administrativos Generales y Reglamentos, RAP, No. 40, pág. 249; Eduardo García de Enterría, Recurso Contencioso Directo contra Disposiciones Reglamentarias, RAP, No. 29, págs. 240 a 247.

13. Véase por todos al respecto la excelente monografía de Costantino Mortati, Le Leggi Provvedimento, Giuffrè, 1968.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

PRINCIPIOS GENERALES QUE RIGEN A LOS RIESGOS EN MATERIA DE OBLIGACIONES CIVILES(*)

Enrique P. Haba
Catedrático de la Universidad de Costa Rica.
Investigador de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Tubinga.

A la memoria de mi inolvidable profesor, el Dr. José Sánchez Fontans.

SUMARIO

Pág.

I. Generalidades 52
1) Concepto de riesgo: planteamiento 52
2) Pérdida o deterioro, y "riesgo" 52
3) El caso fortuito y la fuerza mayor 52
4) Para quién "perece" la cosa: principios en juego 53
5) Continuación: *res perit domino* 53
6) Continuación: *res perit debitore* 53
7) Continuación: *res perit creditore* 53
8) Principios aplicables en el Derecho positivo civil uruguayo 54

II. Perecimiento del objeto en la obligación condicional de dar: a) discusión de la tesis *"res perit debitore"* 55
9) Exégesis del inc. 2 del art. 1425 C.C. 55
10) Continuación: réplica 55
11) Sentido contextual del art. 1425 C.C. 57
12) Continuación: réplica 57
13) La naturaleza jurídica de la condición; la justicia 58
14) Continuación: réplica 57

III. Perecimiento del objeto en la obligación condicional de dar: b) fundamento de la tesis *"res perit creditore"* 60
15) Base de la tesis: el principio hermenéutico 60
16) Razones de contexto 61

IV. Conclusiones 62
17) Las soluciones de principio 62

Postscript. 62

(*) **Los análisis que contiene el presente artículo toman como eje disposiciones del Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Pero el tipo de regulación que este ofrece en la materia —sus principios generales—, como asimismo las grandes líneas de la discusión doctrinaria que aquí presentaremos para dilucidar problemas interpretativos al respecto, cabe pensar que pueden concernir también, en puntos fundamentales, a cuestiones que están planteadas (o lleguen a plantearse) frente a la normativa de otros Códigos Civiles: especialmente de aquellos que, como el uruguayo (y también el costarricense), tienen como matriz básica el *Code Napoleón*.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

I. GENERALIDADES

1) Concepto de riesgo: planteamiento.

La noción de "riesgo" tiene que ver, en lo fundamental, con dos ideas:

- imposibilidad, total o parcial, de ejecutar una obligación;
- distribución de los perjuicios que la inejecución ocasiona.

La primera de estas ideas atiende sobre todo a circunstancias de hecho. La segunda, en cambio, atiende a la regulación jurídica de las consecuencias de esa situación de hecho.

El asunto puede plantearse tanto con referencia a obligaciones de dar, como asimismo en relación con las de hacer o de no hacer. El presente trabajo se refiere principalmente a las primeras, porque son las que provocan mayor discusión en cuanto al régimen que corresponde aplicarles en materia de riesgos. En lo que tiene que ver con estas, las dos ideas referidas se traducen respectivamente en dos interrogantes claves:

- ¿cuándo la pérdida o deterioro de una cosa implica introducir una cuestión de "riesgos"?
- ¿para quién "perece" la cosa en ese caso?

2) Pérdida o deterioro, y "riesgo".

No siempre que algún objeto desaparece o sufre disminución corresponde hablar de "riesgos". Para que ello corresponda, es necesario que se conjuguen las siguientes condiciones:

- La "cosa" tiene que ser objeto de una obligación (estar *in obligatione).*
- Dicha obligación ha de ser de cuerpo cierto, ya que, por definición, normalmente el género no perece (una cosa fungible, por ser tal, es esencialmente sustituible por otra del mismo género: art. 1362 del Código Civil).
- Si bien en Roma se hablaba de *periculum* ante casos, inclusive, de dolo o culpa de alguna de las partes de la relación contractual, lo cierto es que en la actualidad el concepto correspondiente ha sido restringido: no se alude a "riesgo" sino cuando la inejecución se vuelve necesaria en razón de caso fortuito o fuerza mayor.
- El siniestro debe tener lugar entre el momento del perfeccionamiento de la relación jurídica y el de la entrega de la cosa; y la causa del mismo no debe radicar en circunstancias anteriores al instante del perfeccionamiento de la relación jurídica (pues si así ocurriese, se trataría, a lo más, de casos de vicios ocultos, etc.).
- La relación obligacional no ha de ser de naturaleza aleatoria, porque en los contratos de tal tipo aparece el riesgo como un elemento esencial de la situación jurídica respectiva, no como elemento imprevisto.
- Ninguna de las partes, al contratar, debe haber tomado sobre sí la responsabilidad por los riesgos (si la tomara, *a limine* desaparecería el problema acerca de quién cargará con los perjuicios).

De la enumeración efectuada, puede extraerse una noción genérica de "riesgo" que se compadece con la definición suministrada por PEIRANO: "Todo acontecimiento que, teniendo los caracteres del caso fortuito o la fuerza mayor, incide sobre el objeto del vínculo obligatorio haciendo total o parcialmente imposible su cumplimiento. . . dicho acontecimiento no debe ser intrínseco a la naturaleza del vínculo jurídico, ni debe tampoco tener una causa anterior al perfeccionamiento de la relación jurídica".[1]

3) El caso fortuito y la fuerza mayor.

Es necesario detenerse brevemente aquí, para completar el desarrollo de las ideas manejadas en el numeral precedente. En un sentido amplio, la noción de caso fortuito y la de fuerza mayor se vinculan respectivamente al concepto de imprevisibilidad y al de irresistibilidad. Pero se discute, respecto a estas dos nociones, los puntos siguientes:

- Si cada una de ellas puede ser manejada con independencia de la otra, o sea, si implican criterios que el legislador no siempre conjuga en un solo haz;
- o si, por el contrario, debe entenderse que se trata de un solo concepto conjunto y necesariamente unitario.

JOSSERAND, por ejemplo, se inclina por la

1. **PEIRANO FACIO (Jorge),** ***La teoría de los riesgos,*** **en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año III, No. 4, pp. 1175—1212, Montevideo, 1952; ver p. 1179.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

posición dualista. Entiende que al hablar de fuerza mayor, se alude a un "hecho extraño a la persona del demandado. . . hay que entender por tal la causa exterior al supuesto responsable"; el caso fortuito consistiría, en cambio, en el "acontecimiento anónimo que se produce. . . en el interior del círculo obligatorio". O sea, que la diferencia entre ambos estaría dada por el hecho de que mientras la primera surge de circunstancias exteriores a la relación obligacional, en cambio el segundo es de origen interno.[2]

PEIRANO, analizando el sistema del Código Civil uruguayo, llega por el contrario a la conclusión de que "existe una perfecta sinonimia" entre las dos expresiones. Sería de recibo, así, la posición unitaria; y aun cuando ocasionalmente el Código emplea sola la expresión "caso fortuito", habría que entender que también en esos casos se alude exactamente a lo mismo que aquello que el contexto habitualmente expone bajo el rótulo indiscriminado de "caso fortuito o fuerza mayor".[3]

4) Para quién "perece" la cosa: principios en juego.

Encaramos ahora el segundo de los dos problemas señalados al final del número 1): consagrada la imposibilidad de cumplir, aún resta por saber quién tendrá que cargar con las consecuencias perjudiciales que de dicha imposibilidad se desprenderán para alguien.

La cuestión puede ser dirimida sobre la base de un régimen congruente con alguno de los tres principios siguientes:

- *res perit domino* (es decir, que el perjudicado sea el dueño de la cosa);
- *res perit debitore* (es decir, que el perjudicado sea aquel que debía entregar la cosa);
- *res perit creditore* (es decir, que el perjudicado sea aquel que debía recibir la cosa).

5) Continuación: "res perit domino".

Como bien expresa ROCA SASTRE, "Siempre que perece una cosa, la pierde su dueño. . . Lo que ocurre es que a veces la pérdida de una cosa 'repercute', además, en perjuicio de otras personas relacionadas con ella".[4]

Por eso, cuando aquí se habla de "perecimiento", no se alude precisamente a la desaparición o disminución material de la cosa, sino que debe entenderse que esta "perece" para el sujeto (dueño o no de ella) para el cual se derivan las consecuencias patrimonialmente desfavorables del siniestro. Este perjudicado puede ser: ya sea el acreedor, ya sea el deudor de la obligación. Por donde resulta que, en rigor, siempre se estará aplicando, en última instancia, o bien el principio *res perit debitore* o, si no, el principio *res perit creditore*.

6) Continuación:"res perit debitore".

Este criterio admite dos modalidades:

- Se obliga al deudor a compensar al acreedor, reponiendo otra cosa en lugar de la perecida o entregando el equivalente del valor de esta; todo lo cual, sin que resulte alterada en nada la obligación recíproca del acreedor (si la relación contractual es bilateral).
- Sin imponérsele al deudor ninguna obligación especial, sustitutiva de aquella cuyo objeto ha perecido, sin embargo se libera al acreedor de la obligación recíproca que este hubiese debido cumplir en caso normal (si no hubiese sobrevenido el siniestro).

Los dos criterios expuestos se aplican al caso de perecimiento de la cosa. Si, en cambio, hubiese únicamente deterioro, caben dos modalidades similares:

- Que el deudor compense, al acreedor, el menor valor de la cosa que el primero entregará al segundo; dicha compensación puede consistir en que el deudor proporcione además el equivalente de la disminución sufrida por la cosa, o bien que le permita al acreedor (si la relación contractual es bilateral) disminuir en grado correspondiente el valor de la obligación recíproca.
- Permitir al acreedor que opte por la resolución de la relación contractual.

El artículo 1550 del Código Civil brinda el criterio legal a los efectos de distinguir el perecimiento frente al simple deterioro.

7) Continuación: "res perit creditore".

Desaparecida la cosa, el deudor queda liberado de toda obligación sustitutiva. En cambio, el acreedor, si en la relación había obligaciones recíprocas,

2. JOSSERAND (Luis), *Derecho Civil*, tomo II, vol. 1, p. 339.
3. PEIRANO FACIO (Jorge), *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, 1954; ver p. 462.
4. ROCA SASTRE (Ramón), *Estudios de Derecho Privado*, vol. 1, p. 385.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

no queda liberado de la suya, sino que continúa obligado a cumplirla (a pesar de que el deudor no cumple con la propia).

Si se tratare de mero deterioro (no de desaparición), el deudor cumple con entregar la cosa en el estado en que esta se encuentre; y la obligación del acreedor (si la hay) permanece incambiada.

8) Principios aplicables en el Derecho positivo civil uruguayo.

La doctrina y la jurisprudencia no encuentran dificultades para desentrañar el régimen legal en materia de riesgos cuando estos inciden en una obligación sometida *a plazo* (es decir, una obligación cuya ejecución se sabe que, más tarde o más temprano, será jurídicamente necesario cumplir). Aquí el principio es *res perit creditore.* Esto surge del artículo 1438 inciso 2 del Código Civil:

> "En las obligaciones a plazo los riesgos o peligros de la cosa son de cuenta del acreedor".

Tal texto es congruente con los principios generales en cuanto a riesgos, según dicho Código:

> "La cosa aumenta, se deteriora o perece para el que la tiene que recibir. . ." (art. 1335 *in limine);*
> "La obligación, sea de dar o de hacer o de no hacer, se extingue sin responsabilidad de daños y perjuicios, cuando la prestación que forma la materia de ella viene a ser física o legalmente imposible. . ." (art. 1549);
> "Tratándose de una obligación de dar, su extinción por la imposibilidad de la paga no hace extinguir la obligación recíproca del acreedor. En las obligaciones de hacer o de no hacer, la extinción es no sólo para el deudor sino también para el acreedor, a quien aquél debe volver todo lo que hubiese recibido, por motivo de la obligación extinguida" (art. 1557).

Respecto a las *obligaciones condicionales de dar,* hay consenso unánime respecto a que en el caso de simple *deterioro* de la cosa rige *res perit creditore:*

> "Si la cosa se ha deteriorado sin culpa del obligado, o si ha tenido aumento, esos deterioros o aumentos son de cuenta del acreedor" (art. 1425 inc. 3).

Pero en caso de *perecimiento,* la mayor parte de la doctrina entiende que rige *res perit debitore:*

> "Si la cosa perece sin culpa del obligado, la obligación se extingue" (art. 1425 inc. 2).

(En este texto habría que entender —se dice— que la relación contractual se extingue; o sea, que no solo la pérdida extingue la obligación del deudor, sino también la del acreedor. Es decir, que la extinción de una obligación condicional, por efecto de un siniestro, trae asimismo aparejada la extinción de la obligación correlativa).

Tanto para el caso de deterioro, como para el de perecimiento, en materia de obligaciones de dar se aplican los mismos principios, ya sea que se encuentren sometidas a condición suspensiva o resolutoria (art. 1428 inc. 3):

> "Para determinar a quién pertenece la pérdida, aumentos o deterioros que sobrevienen, pendiente la condición [resolutoria], se atiende a las reglas establecidas en el artículo 1425" [que se refiere a la condición suspensiva].

En cuanto a las *obligaciones condicionales de hacer o de no hacer,* como a estas no se le aplica el artículo 1425 (específicamente referente a las de dar), habrá que estar a los principios generales. Las *obligaciones únicas* se rigen por *res perit creditore;* pero para las *obligaciones recíprocas,* el principio se invierte *(res perit debitore);* respectivamente, estas soluciones surgen de los artículos 1549 y 1557 inciso 2 (transcriptos al principio del presente numeral).

De las soluciones expuestas, la única que merece objeciones es aquella que sostiene que para el caso de perecimiento de la cosa objeto de una obligación condicional de dar, corresponde aplicar *res perit debitore.* Por el contrario, en el presente trabajo se tratará de mostrar que el inciso 2 del artículo 1425 consagra que la cosa perece para el acreedor. En los numerales del capítulo que sigue, se irán exponiendo sintéticamente: primero, las razones fundamentales que se manejan en pro de la tesis que no compartimos; y a renglón seguido, les contrapondremos respectivamente nuestras objeciones.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

II. PERECIMIENTO DEL OBJETO EN LA OBLIGACION CONDICIONAL DE DAR: A) DISCUSION DE LA TESIS "RES PERIT DEBITORE"[5]

9) Exégesis del inciso 2 del artículo 1425 del Código Civil.

Ese texto dice así:

> "Si la cosa perece sin culpa del obligado, la obligación se extingue".

Hay quienes afirman que en este inciso, donde dice "obligación" debe entenderse "relación contractual". Así lo abonaría el hecho de que no es esta la única vez en que el Código incurre en dicha confusión terminológica.

Además, se hace recordar que GARCIA GOYENA, en el comentario que efectúa del artículo (concordante con el uruguayo, pero no igual) del Proyecto de Código español, dice que, cuando la cosa perece sin culpa del deudor, "El efecto retroactivo se funda en la ficción de que el contrato fue puro; y la ficción no puede tener lugar cuando ya no hay objeto sobre que recaiga: así, el vendedor no podrá reclamar del comprador en ese caso la cosa".

Por último, se acota que en el inciso 4 de este artículo 1425 se habla de "resolver la obligación":

> "Si la cosa se ha deteriorado por culpa del deudor, puede optar el acreedor entre resolver la obligación o exigir la cosa en el estado en que se encuentra, con los daños y perjuicios en uno y otro caso".

Y en este texto cabría entender que se trata de "resolver el contrato", pues no podría ser que en tal caso el acreedor quedara obligado al precio.

10) Continuación: réplica.

El antecedente directo del artículo 1425, en cuanto a sus tres últimos incisos, se halla en el Código de Comercio uruguayo de 1866: en este, los incisos 2 a 4 de su artículo 243 son prácticamente idénticos a los del Código Civil. El Código de Comercio tomó el inciso 2 y el 4, literalmente, del Proyecto Acevedo (art. 1387); y este, por su parte, los había traducido directamente del Código Napoleón (art. 1182):

> "Si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.
> Si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de resoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts".

Por el otro lado, el *inciso 3* del artículo 1425 coincide conceptualmente con la primera parte del inciso 2 del respectivo artículo (1486) del Código Civil chileno:

> "Si la cosa se ha deteriorado sin culpa del obligado, o si ha tenido aumento, esos deterioros o aumentos son de cuenta del acreedor" (inc. 3 uruguayo);
> "Si la cosa existe al tiempo de cumplirse la condición, se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya sufrido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella, y sufriendo su deterioro o diminución, sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el deterioro o diminución proceda de culpa del deudor..." (inc. 2 chileno).

Y en el mismo sentido, el artículo correspondiente (1040 inc. 4) del Proyecto español dice:

> "Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor".

---

5. Este punto fue discutido en el Seminario Extensivo de Contratos, dirigido por el Dr. José Sánchez Fontans, correspondiente al primer semestre del año lectivo 1962 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Varios de los estudiantes que cursaban dicho seminario, así como el propio Sánchez, se inclinaban por la solución *res perit debitore*. Los principales argumentos que entonces fueron manejados por ellos, los tomo como base (tal cual fueron anotados por mí mismo en aquella ocasión) para el desarrollo del presente capítulo. Por desdicha no recuerdo (ni poseo apuntes que lo indiquen) a quiénes corresponden respectivamente cada uno de los argumentos que serán reproducidos. Incluso es posible que no alcance a recogerlos con toda fidelidad. Mucho más lamentable resulta tal carencia si se tiene en cuenta que el Dr. Sánchez Fontans no tuvo oportunidad de conocer las réplicas que en este mismo capítulo se expondrán, ni tampoco la fundamentación positiva que trae el siguiente; interviniendo como estudiante en aquel seminario, sólo tuve ocasión de exponer muy parcialmente la posición que en el presente trabajo desarrollo en detalle. De modo que si Sánchez tenía a mano razones más fuertes en favor de la tesis que intentaremos rebatir —lo que no sería de extrañar, dada la permanente profundización con que analizaba cada cuestión—, lamentablemente no podremos traerlas a colación.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En cuanto al *inciso 1* del artículo 1425, este coincide conceptualmente con el artículo 1486 inciso 1 *in limine* del Código chileno:

> "Cuando la obligación se ha contraído bajo condición suspensiva y la cosa cierta y determinada, objeto de la obligación, perece por culpa del deudor, queda éste obligado al precio y al resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de realizarse la condición" (inc. 1 uruguayo);
> "Si antes del cumplimiento de la condición la cosa prometida perece. . . por culpa del deudor, el deudor es obligado al precio, y a la indemnización por perjuicios" (inc. 1 chileno).

El sentido del texto chileno, en este aspecto, es similar al del inciso 2 del artículo (1040) comentado por GARCIA GOYENA:

> "Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios";

pero mientras que el artículo español habla sólo de los "daños y perjuicios", en cambio el chileno obliga también a resarcir el "precio".

Del examen de antecedentes efectuado, pueden extraerse algunas conclusiones. Helas aquí.

I.—Los incisos 2 y 4 del artículo 1425 uruguayo son traducción literal del Código Napoleón. Lo corrobora no solo la profunda similitud en la redacción de esos textos, sino además el hecho de que:

a) en cuanto al inciso 4, el Proyecto español y el Código chileno hablan (en las partes concordantes) de "rescindir el contrato" (expresión que precisamente en este caso no emplean ni el Código francés, ni Acevedo, ni el Código de Comercio o el Código Civil uruguayos);

b) en cuanto al inciso 2, la hipótesis a que se refiere no aparece en el artículo (1040) que comenta GARCIA GOYENA. (Aun cuando esa hipótesis aparece, sí, en el comentario propiamente dicho —transcrito *supra* núm. 9—. Pero cabe preguntarse: ¿por qué, supuesto que NARVAJA hubiese apoyado la solución de GARCIA GOYENA, no la recogió en el texto mismo del Código, y sin embargo no tuvo inconveniente en recoger, p. ej., el comentario de Marcadé que tradujo en el artículo 1557?).

II.—Debe tenerse presente que NARVAJA tuvo indudablemente en cuenta el artículo (1486) chileno, puesto que de este tomó (al menos) el inciso 1. En ese mismo artículo chileno, en la parte que corresponde al inciso 2 uruguayo, al igual que en este se habla de extinción de la "obligación" (inc. 1 *in limine* chileno). Mas en la parte que corresponde al inciso 4 uruguayo, el texto chileno (inc. 3 *in fine)* habla de "que se rescinda el contrato", mientras que en cambio aquel dice "resolver la obligación". Esas partes, tanto en uno como en otro código, en última instancia tienen por fuente el Código francés. Pero en las partes del chileno se distingue claramente la aplicación de distintos regímenes, respectivamente, para el caso de deterioro imputable al obligado (aquí se puede "rescindir el contrato" —esto no lo dicen, empero, ni el Código francés ni el uruguayo—) y para el caso de perecimiento sin culpa del obligado (aquí se extingue la "obligación"); de modo que no puede caber ninguna duda de que en este último caso, lo que se extingue es la obligación propiamente dicha (no la relación contractual: ya que si el codificador chileno hubiera querido que también en esta situación se extinguiese la obligación, ¿por qué acá no empleó —como lo hace en el caso primero, corrigiendo al Código Napoleón— la expresión "rescindir el contrato"?).

III.—Como consecuencia de los dos órdenes de razones que anteceden, dado que el inciso 2 del artículo 1425 no tiene que ver con los comentarios de GARCIA GOYENA, para interpretar ese inciso hay que prescindir de la opinión de este autor. Y como, en cambio, el artículo 1425 en su totalidad es conceptualmente similar a su antecedente chileno, ¿qué razones podría haber para concluir que mientras en el Código chileno la palabra "obligación" quiere decir precisamente "obligación", por el contrario en el uruguayo debería arribarse a una interpretación completamente distinta? En contra de la posición sustentada en el presente trabajo, sin embargo, podría argüirse todavía: puesto que el Código chileno dice "rescindir el contrato", allí donde el inciso 4 uruguayo dice "resolver la obligación", esto confirmaría que NARVAJA quiso en realidad decir "contrato", allí donde puso la palabra "obligación". Cabe responder lo siguiente:

a) Si, a pesar de que la letra del inciso 2 y la del 4 no provienen del Código chileno sino del francés, se hace hincapié en que el espíritu de aquellos incisos debe coincidir —porque con ellos coincide en general todo el artículo 1425— con los respectivos chilenos, este argumento nada demuestra, precisamente porque quiere demostrar demasiado. En efecto: porque si se afirma que a pesar de cambiar las palabras (el Código uruguayo dice "obligación", allí donde el chileno dice "contra-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

to"), no por eso NARVAJA quiso alterar el sentido de la disposición chilena, entonces correspondería aplicar criterio similar para interpretar también el inciso 2 uruguayo. En consecuencia, habría que reconocer que en este no puede querer decir "contrato" donde dice "obligación" (ya que en el artículo chileno, justamente el término "obligación" se emplea en su estricto sentido técnico-jurídico).

b) Si se negara, en cambio, que el artículo 1425 se inspira (en general) en el chileno, toda argumentación sobre la base de lo que este dice, estaría de más.

En síntesis:

- La fuente del inciso 2 del artículo 1425 es el correspondiente artículo del Código Napoleón; en ninguno de los incisos de este se habla de resolución del "contrato", sino únicamente de *"l'obligation"*.
- El proyecto comentado por GARCIA GOYENA no es fuente del inciso 2 del artículo mencionado.
- El artículo 1425 concuerda conceptualmente, en líneas generales, con el correspondiente chileno (en el cual NARVAJA se inspiró, concretamente, para redactar el inciso 1). Aun cuando también este tiene por fuente al Código Napoleón, sin embargo le introduce modificaciones importantes (p. ej., en la parte correspondiente al inciso 4 uruguayo, a diferencia de este y del Código Napoleón, el texto chileno no habla de resolver la "obligación" sino de rescindir el "contrato"); pero en la parte correspondiente al inciso 2 uruguayo, igual que este y que el Código Napoleón, tampoco el texto chileno habla de "contrato" sino precisamente de "obligación".
- *En conclusión,* como consecuencia de todo lo expuesto, resulta que allí donde el inciso 2 del artículo 1425 del Código Civil uruguayo dice "obligación", sus antecedentes conducen a que dicha expresión deba entenderse en su estricta acepción técnico-jurídica, y de ninguna manera como equivalente a "contrato".

11) Sentido contextual del artículo 1425 del Código Civil.

Este artículo —a diferencia de lo que para el caso hace el acápite del artículo 1335— distingue de modo claro, respectivamente en sus incisos 2 y 3, el caso de pérdida total frente al de simple deterioro o aumento. Se sostiene que de ahí se infiere que ambos incisos no podrían estar (redundantemente) destinados a consagrar igual principio.

En el inciso 3, nadie pone en duda que se establece *res perit creditore:*

> "Si la cosa se ha deteriorado sin culpa del obligado, o si ha tenido aumento, esos deterioros o aumentos son de cuenta del acreedor".

En el inciso 2, en cambio, no se dice que los riesgos "son de cuenta del acreedor", sino que "la obligación se extingue"; esta diferencia terminológica corroboraría, se dice, que no se ha querido llegar a igual solución de principio que la del inciso 3.

Más aún: la evidencia misma en el sentido de que el legislador quiso adoptar una regulación diferente para los riesgos en materia de obligaciones condicionales, se desprendería de la propia existencia de dicho artículo 1425. Porque si no fuera así (es decir, si el artículo 1425 también consagra siempre *res perit creditore),* esos incisos serían enteramente superabundantes, puesto que el perecimiento en perjuicio del acreedor se encontraba ya consagrado, como solución de principio, en el artículo 1335 *in limine:*

> "La cosa aumenta, se deteriora o perece para el que la tiene que recibir. . .".

Por otra parte, en el capítulo de la compraventa, cuando el artículo 1682 indica el régimen de riesgos dentro del ámbito de ese contrato, distingue claramente dos hipótesis distintas en sus dos incisos:

> "Desde que está perfecto el contrato de venta, la pérdida, deterioro o mejora de la cosa vendida se regula por lo dispuesto en los artículos 1335, 1343, 1550 y siguientes.
> Si la venta es condicional, se aplicarán las reglas de los artículos 1425 y 1428".

Estos incisos remiten, respectivamente, a la normativa de artículos distintos; por lo cual cabría entender que se trata, también, de disímiles principios a aplicar para esos riesgos.

12) Continuación: réplica.

Dos incisos distintos en un mismo artículo, de por sí no aseguran que la normativa que ellos establecen debe obedecer a la aplicación de principios básicos diferentes u opuestos. La división en inci-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

sos es apenas una técnica de exposición más. Por otra parte, a menudo el codificador uruguayo ha reunido en un mismo inciso, lo que en la fuente fueron dos incisos o hasta partes de artículos distintos. En tal sentido, basta con fijarse en cómo obró en la materia misma de los riesgos; puede notarse que (al referirse a los riesgos en obligaciones alternativas) el artículo 1354 recoge en dos apartados claramente separados entre sí (el 1º y el 4º), la aplicación del mismo principio: que el deudor no es responsable si la cosa perece por caso fortuito.

Tampoco es concluyente que los dos incisos del artículo 1682 se remitan a artículos distintos. Lo que correspondería demostrar, en cambio, es que esos respectivos articulados son esencialmente divergentes en los principios a que responden. Pero no es así. El artículo 1682 no agrega ni quita nada a los principios generales. Ese artículo no constituye sino un caso más de aquellos en que el Código, por vía aclaratoria, se repite a sí mismo. Tampoco, por similares razones, en principio configura argumento de peso al señalar la propia existencia del artículo 1425 y su eventual redundancia. ¿Acaso no son redundantes, p. ej., los siguientes artículos: el mencionado 1682, el 1354 (ya contenido en los principios generales), el 1335,[6] y el 1438 inciso 2, etc.?

El problema se traslada, pues, a la interpretación del texto legal mismo, sin que su aparente redundancia pueda servir, salvo interponiendo razones complementarias más fuertes, para leer en él lo que allí no se encuentra escrito.

Tampoco las diferencias terminológicas entre ambos incisos del artículo 1425 autorizan a ir demasiado lejos en inferencias. Este artículo está pensado en función de obligaciones únicas: siguiendo una tradición romanista, no considera especialmente el fenómeno de la bilateralidad. En la compraventa romana, que es el contrato bilateral típico, las obligaciones de las partes nacían respectivamente de dos contratos de estipulación diferentes. Es cierto que, como lo recoge CLARO SOLAR, se ha argumentado, con base en un fragmento de Labeo ("el vendedor no está obligado a entregar la cosa cuando el comprador está dispensado de pagar el precio por el favor de una ley"), que también los romanos concibieron la unidad de la compraventa. Pero CLARO SOLAR responde, con razón: no es que Labeo afirme que para que se ejecute una de las obligaciones, es necesario que sea ejecutada la otra; porque lo único que del fragmento se desprende, es que habría un acto de mala fe (que el Derecho no puede amparar), por parte del comprador, si este quisiera beneficiarse de una ley dictada en atención a los deudores insolventes.[7]

Lo que se estudia en el artículo 1425 es qué pasa con esa obligación, sobre la cual ha incidido un siniestro; y a esto se atiende con independencia del problema de determinar qué sucede con la obligación de la contraparte (si hubiera tal obligación). Por eso es que mientras en el inciso 3 es necesario tener en cuenta al acreedor, porque este puede recibir todavía una prestación, ya que la cosa no ha perecido sino que simplemente se ha deteriorado (y entonces el texto tiene necesidad de aclarar qué clase de prestación ha de ser aquella); en cambio, en el inciso 2 no se habla para nada del acreedor, porque este (al perecer el objeto de su obligación), ha desaparecido como tal (pues ya no tiene obligación alguna, dado que el objeto de lo que era su crédito no existe más). Lo que el inciso 2 dice, es simplemente que, si el objeto de una obligación desaparece por caso fortuito, el deudor queda exonerado (como aquí no se ha pensado en la obligación correlativa, nadie se acuerda del acreedor —recién se atenderá a esto en el artículo 1557—).

Por último, siempre que se insista en hacer hincapié en lo terminológico, habría que explicar la siguiente contradicción: ¿cómo es que, si se postula que el Código no quiere decir "obligación" donde está escrito "obligación", en cambio se niega que ese mismo Código —cuya imprecisión terminológica se está recalcando— sea capaz de enunciar un mismo principio *(res perit creditore)* con dos giros lingüísticos diferentes (incs. 2 y 3), adaptados a situaciones diversas (respectivamente, perecimiento y simple deterioro)?

13) La naturaleza jurídica de la condición; la justicia.

Se sostiene que cuando la obligación está sometida a condición suspensiva, antes del advenimiento del evento condicional no hay aún obligación propiamente dicha. Por lo tanto, entendiendo así que no hay todavía obligación que recaiga sobre el objeto en el instante en que este desapare-

6. Cf. PEIRANO, *La teoría de los riesgos*, p. 1211.

7. CLARO SOLAR (Luis), *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, t. II, pp. 685 y 686.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ce a causa del siniestro, no cabría aplicarle al caso el principio del artículo 1335 *in limine* (ya que, en rigor, el acreedor todavía no tiene que "recibir" la cosa), ni tampoco la norma del artículo 1557 inciso 1.

Tal era también la opinión de GARCIA GOYENA (ver *supra* núm. 9). Y de igual manera opina JOSSERAND. Este entiende que a pesar del principio legal de la retroactividad de la condición, igual el contrato no puede ya formalizarse una vez que ha desaparecido su objeto, porque esa relación contractual no tiene entonces sobre qué asentarse ("para que una condición obre retroactivamente es preciso ante todo que pueda obrar");[8] y que en cambio, agrega, si la pérdida no es total al momento de realizarse la condición, ahí sí la relación contractual es posible, porque existe su objeto (aunque disminuido, está presente), en razón de lo cual recobran su vigencia los principios generales (artículo 1425 inciso 3: *res perit creditore).*

Por último: hay quien complementariamente alude a la injusticia que representaría el hecho de cargar sobre la cabeza del acreedor condicional, los perjuicios que derivan de la pérdida de una cosa que, al instante de su desaparición, no tenía aún vinculación necesaria (ni de presente, ni de futuro) con la persona del acreedor, sino que representaba una mera expectativa para este.

14) Continuación: réplica.

Desde un punto de vista estrictamente material podría acaso resultar correcto afirmar que una obligación condicional, mientras no es más que tal (o sea, mientras que, por no haber advenido aún el evento condicional, ella todavía no constituye una obligación cierta), no ha nacido aún como obligación propiamente dicha. Sin embargo, por el contrario, el Código Civil uruguayo entiende que existe verdaderamente "obligación" aunque la relación jurídica respectiva se halle sometida a condición suspensiva. Ateniéndose justamente a este criterio, el Código denomina a la Sección I del Capítulo III del Libro IV: "De las obligaciones condicionales". Según el Código, hay que llamar "obligación" asimismo a aquella que es simplemente "condicional":

> "La obligación es condicional, cuando se contrae bajo condición.
> La condición es el suceso futuro e incierto, del cual se hace depender la fuerza jurídica de una obligación" (art. 1407).

Por lo tanto: la obligación condicional es "obligación" desde el instante mismo en que se estipula la condición; y si la condición adviene, no quiere decir que en ese instante nazca la obligación, sino simplemente que ésta adquiere una "fuerza jurídica" de que carecía antes (aunque ya era "obligación"). Tan "obligación" es la condicional como lo es la "pura" (art. 1406): de ninguna manera admite el Código que alguna de estas dos modalidades sean menos "obligación" que la restante. Es cierto que las somete a regímenes diferentes entre sí, los cuales son respectivamente congruentes con lo propio de cada una de ellas. Pero lo que aquí importa destacar no es sino que, desde el punto de vista de la denominación jurídica, todas ellas tienen idénticas credenciales de Derecho positivo para merecer, en el régimen uruguayo, la denominación de "obligaciones".

Por otra parte, no hay ninguna contradicción en la economía del Código cuando habla de "obligación" condicional, para referirse al vínculo jurídico en el período que va desde la celebración del contrato hasta el instante del cumplimiento o definitiva frustración de la condición. Justamente es a partir de este instante que se considerará que la obligación "está como contraída puramente desde el principio" o, por el contrario, "la convención como no celebrada" (art. 1421, Cód. Civ.). Quiere decir que hay positivamente "obligación" condicional hasta el momento en que la condición se cumpla o se frustre. Si sucede lo primero, luego ya no habrá más obligación "condicional", sino "pura". Y si acontece lo segundo, ya no existirá ninguna clase de "obligación" (aquí, a diferencia del caso anterior, no es que la obligación se transforme de condicional en pura, sino que aquella se extingue por completo).

Siendo todo esto así, aun cuando se tratare de una "ficción" jurídica (si se piensa como GARCIA GOYENA —ver *supra* núm. 9—), no hay más remedio que aceptar (desde el punto de vista jurídico-positivo) que la obligación condicional es una obligación propiamente dicha; y habrá, por lo tanto, que atenerse a las consecuencias jurídicas que de dicha calificación se desprendan. Además, bien pensado, nada de particular tiene que el acreedor condicional no soporte únicamente el deterioro, sino (de la misma manera) la pérdida también; tampoco en el caso del deterioro (que puede llegar a ser muy importante) tenía, ese acreedor, un dere-

8. Ob. cit., p. 595.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cho a la cosa en el instante en que sobreviene el siniestro, y sin embargo debe aquel cargar igualmente con el perjuicio (art. 1425, inc. 3). ¿Qué incongruencia presenta entonces que, en situación análoga (se trata siempre de una obligación condicional), el acreedor cargue con la pérdida total?

La ley dice categóricamente que si la condición se cumple, la obligación se considera contraída como pura y simple desde su origen (art. 1421). Significa que, en esta situación, el acreedor (del mismo modo que la obligación respectiva) no ha de tener privilegio alguno sobre cualquier otra clase de acreedor puro y simple (o sea, que se verá sometido al principio común a todos estos: *res perit creditore* —art. 1335 *in limine—).*

En cuanto al argumento que invoca la "justicia" (o no) del régimen estatuido, este punto de vista queda descartado frente a la claridad del texto legal: es decir, no es de recibo (en este caso) como *interpretación* de la ley *vigente* —sin perjuicio de que pueda acaso ser traído al tapete sobre otros planos—. Por otro lado, se podría preguntar: ¿por qué ha de ser más "injusto" cargarle los riesgos al comprador que al vendedor?, ¿no podría configurar una solución más "justa", p. ej., dividir esos riesgos entre ambas partes, sobre todo tratándose de un contrato bilateral?

III. PERECIMIENTO DEL OBJETO EN LA OBLIGACION CONDICIONAL DE DAR: B) FUNDAMENTO DE LA TESIS "RES PERIT CREDITORE"

15) Base de la tesis: el principio hermenéutico.

Discutida ya *(supra* II), en lo que probablemente son sus líneas fundamentales, la tesis que interpretara el inciso 2 del artículo 1425 como ajustado al principio *res perit debitore,* ahora trataremos de indicar sintéticamente las razones más importantes que llevan a apoyar la interpretación contraria: la que sostiene idéntico régimen de riesgos para las obligaciones condicionales que para aquellas que son a plazo, y la necesidad de aplicarle a las primeras igual principio *—res perit creditore—* tanto para la circunstancia de perecimiento de la cosa como para la de su mero deterioro.

No pretendemos que las razones expuestas en favor de la tesis *res perit debitore* carezcan enteramente de valor. Por el contrario: ellas serían de mucha importancia, a título de complemento, siempre que se pudiera hallar alguna razón de más peso (nosotros no la conocemos) que las aglutinara en su derredor.

Sea como sea, es necesario completar ahora algunas ideas ya insinuadas antes. El hilo central que conduce hacia la posición que aquí defendemos, acaso pudo quedar diluido entre otros desarrollos (de menor peso) en que fuimos haciendo hincapié, pero que es oportuno situar en renglón complementario. El punto de partida corresponde, aunque redundante pueda ser insistir en señalarlo, al criterio interpretativo que cabe adoptar frente a la ley. Aceptando que el intérprete debe ceñirse a lo que preceptúan los artículos 16 a 20 del Código Civil, no hay que dejarse tentar por el "espíritu" cuando la letra es clara.

Pero, ¿cuándo corresponderá entender que el sentido de una ley no es "claro"? La respuesta podría estar dada por alguna de las hipótesis siguientes:

- cuando el texto es ininteligible, o al menos difícilmente inteligible;
- o cuando, aun existiendo un texto que parece claro en sí mismo, sin embargo su sentido (claro) choca de modo abrupto con el contexto del Código, de modo que si aquel es interpretado literalmente originaría una contradicción insalvable o racionalmente muy difícil de aceptar en relación con el ordenamiento general;
- o cuando la ley consagra una fuerte injusticia, sentida de modo muy evidente como tal.

Ahora bien: ¿puede razonablemente sostenerse que de la lectura misma del inciso 2 del artículo 1425 se desprenda alguna dificultad del tipo de las tres señaladas, que legitime una indagación acerca de si el legislador no habrá querido decir otra cosa allí donde dijo "obligación"? Conviene recordar que, de acuerdo con el criterio suministrado por el artículo 18 del Código Civil, la interpretación de la palabra "obligación" debe ajustarse al sentido técnico-jurídico habitual para ese término. Entonces, cabe preguntarse: ¿pero hay algún artículo del Código Civil, o surge algo del contexto de este, que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

haga imposible o muy difícil de admitir que también aquí sea de recibo dicho sentido habitual?

Hay que recalcar todavía que, aun cuando el propio legislador hubiera querido decir otra cosa (punto muy dudoso, habida cuenta, p. ej., de lo adelantado *supra* en los núms. 9 y sigs. y de lo que se señalará *infra* en el núm. 16), el intérprete debe estar a la letra de la ley cuando esta no es oscura. Supóngase, por un instante, que otros códigos o doctrinas extranjeras no hubiesen propiciado solución distinta al *res perit creditore,* en materia de obligaciones condicionales: ¿se le hubiera entonces ocurrido a alguien, partiendo del Código Civil uruguayo, plantear ese problema en relación con este? Podría tal vez replicársenos: "la experiencia extranjera debe servir, justamente, para abrirnos los ojos". No obstante, en este caso parece más bien que ella traslada al texto uruguayo, dificultades que de él (considerado en sí mismo) no surgen. Por lo demás, el contexto del Código (si de ahí se quieren extraer conclusiones) ofrece razones abundantes para confirmar la interpretación que confía a las palabras su sentido corriente; lo veremos a continuación.

16) Razones de contexto.

I.—El inciso 1 del artículo 1557, cuyo sentido no es discutido, utiliza idéntico lenguaje al del inciso 2 del artículo 1425: en ambos casos se habla de "extinción" de la "obligación". Y ninguna duda cabe de que el primero afirma *res perit creditore.*

II.—El artículo 1557 inciso 1 no efectúa distinción entre tipos de "obligaciones" de dar, para las cuales sea aplicable su régimen: no dice que no atiende a obligaciones condicionales.

III.—El artículo 1557 es el único que habla expresamente de lo que sucede con las obligaciones recíprocas. Por lo demás, es un texto de tipo excepcional en el ámbito de la legislación comparada (NARVAJA se inspiró, allí, en MARCADE); es atinado concluir, pues, que el codificador no introdujo ese texto en forma más o menos descuidada. Entonces, es evidente que no corresponde descartar la aplicación de dicho artículo (tan especial) cuando se trata de obligaciones condicionales, si no hay texto expreso que imponga tal exclusión.

IV.—En las obligaciones de dar, cumplida la condición, se considera como si aquellas no hubiesen sido jamás condicionales, sino puras desde el momento mismo del perfeccionamiento del contrato; por lo tanto, se asimilan retroactivamente, en todos los aspectos, a las obligaciones puras y simples (art. 1421). De dicho régimen de asimilación retroactiva habría que apartarse abruptamente si, a pesar de todo, para esas obligaciones fuese invertido el régimen de los riesgos (es decir, si en vez de atenerse a *res perit creditore* —que corresponde indudablemente a las obligaciones puras de dar, ver *supra* núm. 8 *in limine*—, en cambio se aplicara *res perit debitore).* Pero de acuerdo con el régimen positivo de la retroactividad, es todo lo contrario: debe considerarse que si se cumple la condición, la obligación habrá sido pura y simple desde la fecha del contrato hasta el momento de la extinción de su objeto; y en este momento, de acuerdo con los principios generales, la cosa perece para el acreedor de la cosa sometida a obligación pura y simple.

V.—Si se procediere con rigor, una vez que se afirma que el inciso 1 del artículo 1557 no se refiere a las obligaciones condicionales, no existen motivos valederos para no extender tal razonamiento al inciso 2 también, ya que tampoco en este se recalca expresamente que él se aplica incluso a obligaciones condicionales. Si efectivamente así se hiciera, también aquí sería necesario acudir al *res perit creditore* del artículo 1549; ya que este artículo indica, a texto expreso, que debe acudirse a él como principio general de lo legislado en ese Capítulo VI, salvo para las excepciones expresas contenidas en los artículos siguientes de dicho capítulo (dentro del cual se encuentra justamente el artículo 1557). Por lo tanto, en caso de imposibilidad total de cumplimiento de la obligación condicional de hacer o de no hacer, correspondería *res perit creditore.* De modo que quienes dicen que del inciso 2 del artículo 1425 surge *res perit debitore,* para el caso de imposibilidad total de cumplir con la obligación condicional de dar, en cambio se verían forzados (si son consecuentes con la argumentación que manejan) a admitir que corresponde el principio inverso —*res perit creditore*— si se trata de obligaciones condicionales de hacer o de no hacer; salvo que llegasen a decir que el artículo 1425 también se refiere, en "espíritu", a las obligaciones de hacer y de no hacer —afirmación que se enfrenta claramente a la letra de este artículo—. Pero si por el contrario se admite (como se sostiene en el presente trabajo) que el inciso 1 del artículo 1557 engloba también a las obligaciones condicionales (ya que ese texto habla de "obligación", sin distinguir entre puras y condicionales), no podrá existir dificultad alguna en admitir lo propio en cuanto al inciso 2. Y entonces tampoco

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

puede llamar la atención que rija diferente principio en materia de riesgos para obligaciones recíprocas de dar (art. 1557, inc. 1), que para las de hacer o de no hacer (art. 1557, inc. 2). Y esto porque:

a) en el mismo artículo (1557), el legislador ha estructurado expresamente esos dos regímenes diferentes;

b) si se consiente (como lo hace todo el mundo) que para las obligaciones a plazo existe esa diferencia de regímenes consagrada por los dos incisos referidos, ¿qué puede tener de peculiar que análoga diferencia de principios generales haya sido estatuida para las obligaciones condicionales?

c) y, por último, los antecedentes de este artículo dan debida cuenta del porqué de dicha curiosa situación diferencial, según se trate de obligaciones de dar o de hacer —por más que (si se es consecuente con el criterio expuesto *supra* núm. 9) a igual conclusión interpretativa correspondería llegar inclusive sin tener en cuenta tales antecedentes, ya que el texto de dicho artículo 1557 es por demás claro en sí mismo—.

IV. CONCLUSIONES

17) Las soluciones de principio.

Obligaciones a plazo.—Rige *res perit creditore.*

Obligaciones condicionales de dar.—Para toda clase de riesgos —impliquen éstos, sea la destrucción parcial, sea la destrucción total de la cosa— rige *res perit creditore.* Esto se aplica tanto para obligaciones únicas como para las recíprocas, una vez que la condición se cumple.

Obligaciones condicionales de hacer o de no hacer.—En caso de impedimento, total o parcial, rigen:

- para las obligaciones únicas, *res perit creditore;*
- para las obligaciones recíprocas, *res perit debitore.*

Los criterios expuestos rigen respectivamente para los tipos de obligaciones indicados, siempre que les sobrevenga "riesgo". Unicamente puede dejarse de lado la aplicación de dichos principios si, por vía de *excepción,* para determinados casos hay *expreso* texto legal que al efecto imponga otra solución.

*

POSTSCRIPT

La discusión presentada en este artículo corresponde, en lo que me es personal, a una etapa de mi formación (cf. *supra,* nota 5) donde no había abordado aún problemas básicos de la metodología jurídica, y carecía asimismo de nociones sobre teoría del pensamiento científico en general. Considero, hoy, que sin el conocimiento de ciertas cuestiones elementales de esos dos rubros no es posible dilucidar adecuadamente los problemas de la ciencia jurídica, se cae en planteamientos falaciosos o por lo menos superficiales.

Si me he decidido a que ahora salga a la luz el presente trabajo, a pesar de todo, es porque creo que sigue teniendo —lamentablemente!— entera actualidad. Se la brinda, todavía, la circunstancia de que unos *tipos* de argumentaciones como aquellos que en él trataba de refutar, continúan siendo moneda corriente en el discurso de los juristas. Desde luego que tampoco mi propia contraargumentación, allí, estaba libre de artificialidades y, sobre todo, de la inadvertencia en cuanto al carácter *convencional* de los presupuestos metodológicos en que yo (inconscientemente) me apoyaba. Pero lo interesante es que, aun así, me parece que ella consigue hacer resaltar la debilidad de unas vías de argumentación propias de la dogmática corriente, aquellas interpretaciones que yo consideraba incorrectas. Máxime porque mis puntos de vista constituían una crítica de tipo *inmanente.* Esto es: *sin* ultrapasar el nivel metodológico de aquella, mis contraargumentos ponen de manifiesto su falta de rigor, pues logro mostrar (creo) que son *por lo menos* tan plausibles como las razones que se pueden invocar en favor de las tesis que allí pongo en duda.

El hecho de que argumentos y contraargumentos como esos sean legítimos en el marco de la dogmática jurídica tradicional, también podría entenderse, si se quiere, como una especie de *reductio ad absurdum* de tal dogmática. Pero como quiera que sigue siendo ella —y, muy a menudo, reducida incluso a niveles menos "esforzados" que el de los razonamientos de este artículo— quien da la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tónica más habitual de lo que es el discurso jurídico como "ciencia", pienso que los desarrollos aquí ofrecidos pueden acaso representar, también ellos, una contribución al "corpus" de *esa* ciencia. Claro que si me resolviera a estudiar hoy el tema de los riesgos en materia de obligaciones civiles, lo haría en forma muy distinta: o bien, descartando *a limine* toda esa manera de razonar; o bien, reconstruyendo las figuras argumentales allí manejadas por los intérpretes, para poner de relieve el carácter opcional de sus respectivos puntos de partida argumentales y cuáles son los niveles de racionalidad (generalmente endebles) de las respectivas cadenas ilativas edificadas sobre cada uno de estos. Me remito a los puntos de vista generales que sobre cuestiones de metodología jurídica expongo en algunos de mis trabajos ulteriores: *Esquemas Metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito,* serie Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 9, Universidad Central de Venezuela/Facultad de Derecho, Caracas, 1972; "Rationalité et méthode dans le droit", en *Archives de Philosophie du Droit* t. 23 (1979), pp. 265–293; "Naturaleza jurídica de las acciones posesorias (Una interpretación literal con un excurso metodológico)", en *Revista de Ciencias Jurídicas* No. 34 (enero-abril 1978), pp. 185–226 *(vid.* esp. el Excurso, pp. 220 ss.), San José de Costa Rica; "Apuntes sobre el lenguaje jurídico (III): Alternativas para el intérprete", en *Ibid.* No. 39 (setiembre-diciembre 1979), pp. 154–258; "Ciencia jurídica: *¿qué* 'ciencia'?", en *Ibid.* No. 51 (setiembre-diciembre 1983).

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO EN EL CODIGO DE FAMILIA DE COSTA RICA. NECESIDAD DE UNA REFORMA

Licda. Elizabeth Odio
Licda. Egennery Venegas

INDICE

Pág.

Introducción 66

I. Necesidad de definir un concepto de familia como base de cualquier reforma que se introduzca al Derecho de Familia 66

II. Intereses jurídicos y principios fundamentales del régimen patrimonial de la familia y del régimen económico matrimonial 67

III. Bases para una reforma al Código de Familia costarricense en materia de régimen económico del matrimonio 68

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCION

Dentro de todo ordenamiento jurídico destinado a regular los intereses y relaciones que existen en una familia, resulta imprescindible definir con la mayor precisión posible qué entendemos por familia.

El Derecho de Familia Costarricense, que comienza a configurarse con caracteres propios a partir de la Constitución Política de 1949 y la reforma del Código Civil de 1952, y que culmina con la promulgación del Código de Familia de 1973, ofrece los elementos básicos que permiten concluir el tipo de familia a que se refiere nuestro ordenamiento y la clase de funciones que se le atribuyen.

A partir de los principios constitucionales contenidos en los artículos 51 y 52 de nuestra Constitución, cabe distinguir en nuestro medio la familia de derecho, que tiene su base en el matrimonio, de la familia de hecho, que se origina en la convivencia de una pareja sin matrimonio.

En términos generales podríamos señalar que la familia es una institución social integrada por distintos elementos cuya función y posición se subordinan a un interés único: el interés familiar. Empero, nuestro ordenamiento jurídico no tutela el interés de la familia ni confiere efectos jurídicos de ningún orden a la convivencia libre de una pareja.

Otra institución cuya importancia para el tema de nuestro interés es fundamental, es el matrimonio. Por matrimonio la doctrina moderna suele entender un acto jurídico no negocial que produce efectos personales y patrimoniales para quienes lo celebran.

En el Código de Familia vigente en nuestro país se prescindió casi totalmente de definiciones, por lo que no encontramos un concepto de la naturaleza jurídica del matrimonio.

Con todo, de las propias normas se deduce que el matrimonio produce, a la luz de lo que el Código regula, efectos jurídicos de tipo personal y de tipo patrimonial para los cónyuges (artículos 11, 34, 35 y 37 a 47).

La experiencia acumulada a través de la docencia y de la práctica profesional nos ha permitido determinar que en Costa Rica los efectos patrimoniales del matrimonio carecen de eficacia práctica. Excepción hecha del auxilio mutuo y el aporte económico de los cónyuges, del marido principalmente, durante la vigencia del matrimonio, la comunidad de vida que todo matrimonio supone no trasciende en nuestro medio al ámbito económico.

Al deteriorarse la relación conyugal y al sobrevenir la separación de los cónyuges o la disolución del vínculo, surgen en toda su magnitud los problemas de la mujer que, junto con los hijos, carece de protección jurídica al ver negados y burlados sus derechos en una proporción alarmante mayoritaria de casos.

La falta de una adecuada configuración y tutela jurídica del interés familiar o interés de la familia y una tradición deficiente de lo que debe entenderse por igualdad jurídica de los cónyuges, implica, en la práctica, la desprotección del núcleo familiar básico, la madre y los hijos, y el fraude de los derechos de la esposa en el patrimonio común, obtenido con el esfuerzo común, formado durante la vigencia del matrimonio.

La situación expuesta fundamenta este artículo cuyo propósito es crear conciencia sobre la necesidad de una reforma al Código de Familia y proponer el contenido que, en nuestra opinión, debe tener tal reforma.

I. NECESIDAD DE DEFINIR UN CONCEPTO DE FAMILIA COMO SUPUESTO DE CUALQUIER REFORMA QUE SE INTRODUZCA EN EL DERECHO DE FAMILIA

Señalamos en la introducción la necesidad de precisar un concepto de familia que sirva como fundamento para una propuesta de reforma al régimen económico del matrimonio. Como veremos más adelante, una adecuada protección al interés de la familia presupone un tratamiento correcto de los conceptos de igualdad y libertad de los cónyuges dentro del régimen económico del matrimonio y su sujeción al interés familiar.

La normativa que tutele a la institución familia, deberá corresponder con el concepto que logremos elaborar sobre la misma; las connotaciones de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ese término, tanto las que provienen del lenguaje común como las del lenguaje jurídico son múltiples; también doctrinaria e históricamente, son muchos los enfoques. En resumen, el término familia implica un concepto jurídico que como muchos otros padece de indeterminación. La polisemia, o vaguedad del término, debe ser corregida, al menos en parte, ya que como bien lo señala Díez Picazo "no hay un concepto intemporal de familia. Más exactamente hay que hablar de 'familias' en plural para designar modelos con arreglo a los cuales los grupos humanos se han organizado históricamente".[1]

La familia debe ser considerada como una forma de organización social, reflejo de las circunstancias históricas en que surje. Esa organización se conforma con las demandas económicas del momento; por lo tanto, habrá que estudiar en cada etapa del desarrollo evolutivo de una sociedad, cuál es el concepto de familia vigente.

En la época actual, y prescindiendo de un estudio pormenorizado de los distintos conceptos de familia, que podríamos encontrar en el desarrollo de nuestra sociedad,[2] los criterios para precisar, delimitar y concretar el mismo, pueden obtenerse a partir del siguiente razonamiento: "cabe pensar, que en el momento actual de las instituciones hay dos significados en la idea de familia: la familia en sentido amplio o familia-linaje, que comprende a las personas ligadas entre sí por el vínculo del parentesco, del que la ley extrae algunas consecuencias jurídicas, y la familia en sentido estricto, o familia nuclear en que se incluyen la pareja y los hijos, con las relaciones interindividuales que entre los elementos del conjunto se pueden dar. . .".[3]

El concepto de familia nuclear o familia en sentido estricto es conveniente y apropiado para los fines del presente trabajo, dado que las relaciones que ella contiene, permiten tratar el problema del régimen económico del matrimonio, en la norma expuesta más adelante.

II. INTERESES JURIDICOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL REGIMEN PATRIMONIAL DE LA FAMILIA Y DEL REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO

Lo expuesto anteriormente permite la siguiente reflexión: ¿qué tipo de relaciones?, y ¿qué criterios son los que establecen las relaciones en la familia? Debe desecharse el criterio tradicional de la subordinación y de la dependencia, en otras palabras de la jerarquía, para fundamentar y explicar dichas relaciones. Por el contrario, pensamos que son criterios igualitarios y asociativos los que deben privar en la explicación acerca de las relaciones familiares.

Como consecuencia de relaciones igualitarias y asociativas, la organización familia desempeña una serie de relaciones sociales, dentro de las cuales podemos destacar las denominadas funciones económicas del grupo familiar que han sido reguladas por los distintos ordenamientos, bajo la forma de unidad de producción, empresa familiar, etc. Consecuencia de las funciones económicas de la familia es el consumo y disfrute de bienes y rentas familiares. Se refleja de esta manera la existencia de un interés de carácter familiar que supera a los intereses individuales de los distintos miembros del conjunto familia. Ese interés familiar rige en virtud de los principios igualitarios y asociativos, que como vimos anteriormente sirve de medio explicativo a las relaciones interfamiliares.

De esto podemos pasar a otro aspecto directamente relacionado con la familia y ya enunciado: el régimen económico del matrimonio, que debe estar sometido al principio de una real y efectiva igualdad jurídica de los cónyuges, es decir iguales facultades, derechos y obligaciones en el aspecto patrimonial, que permiten establecer una colaboración recíproca en interés de la sociedad conyugal, y cuando sea pertinente en el interés de la familia.

Los principios básicos por considerar para un régimen del matrimonio justo y equitativo serán entonces el interés de la familia y la igualdad de los cónyuges tal y como se explicará en el parágrafo III-4 de este artículo.

---

1. DIEZ PICAZO (Luis), *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Ed. Tecnos, 1983, p. 32.
2. Puede tenerse en cuenta para una visión de este tipo los siguientes estudios: *La Familia en Costa Rica*, ACUÑA B. (Olga) y DENTON L. (Carlos) del Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes e IDESPO, 1979, así como PEREZ VARGAS (Víctor), *El nuevo Derecho de Familia en Costa Rica*, Editorial Universidad de Costa Rica, 1976.
3. DIEZ PICAZO, *op. cit.*, pp. 32-33.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

III. BASES PARA UNA REFORMA AL CODIGO DE FAMILIA COSTARRICENSE EN MATERIA DE REGIMEN ECONOMICO DEL MATRIMONIO

1) Conceptos:

Los ordenamientos jurídicos familiares modernos distinguen los conceptos "régimen económico matrimonial" y "régimen patrimonial de la familia".

"La idea de régimen económico matrimonial se relaciona directamente con el matrimonio, constituyendo un conjunto de reglas que prolongan, en el orden de los bienes y de las actividades patrimoniales de los cónyuges, los lazos específicos que la institución del matrimonio establece entre los mismos".[4]

Se habla de derecho patrimonial de la familia en un sentido amplio, para referirse a normas que atribuyen efectos o regulan situaciones de las personas que constituyen una familia. En el derecho patrimonial de la familia la imputación normativa se dirige a la institución de la familia y a quienes la constituyen, sin referencia alguna a la existencia o no de un matrimonio. En este caso, el interés fundamental que tutelan las normas es el "interés de la familia".

Por régimen económico del matrimonio hemos de entender, entonces, el estatuto matrimonial de los esposos y el régimen de sus actividades económicas.

2) El Código de Familia de Costa Rica:

En el Código de Familia promulgado en 1973, el aspecto patrimonial de la familia repite, con alguna innovación tomada de las disposiciones jurisprudenciales, la regulación contenida en el Código Civil de 1888. Esto, en síntesis, significa lo siguiente:

a) incluir disposiciones que se refieren, casi exclusivamente, al régimen económico del matrimonio y omitir regulaciones acerca del régimen patrimonial de la familia, aunque así se denomine el capítulo VI del título I del Código;

b) entender por igualdad jurídica de los cónyuges la libertad total de administración y disposición por parte de cada cónyuge, de bienes propios y de bienes adquiridos durante la vigencia del matrimonio, por cualquier título;

c) regular los efectos patrimoniales de la disolución del matrimonio (incluida la nulidad del vínculo y la separación judicial de los cónyuges), atribuyendo a cada cónyuge un derecho a participar en "la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro";

ch) perder el derecho a participar en la liquidación de los bienes que tienen el carácter de gananciales en caso de resultar "culpable" de la separación o del divorcio;

d) admitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la igualdad jurídica de los cónyuges para regular el régimen económico del matrimonio a través del contrato de capitulaciones matrimoniales.

Las disposiciones de comentario incluyen también un concepto de lo que debe de entenderse por bienes gananciales, al enumerar taxativamente aquellos que no tienen tal carácter. Con tal fundamento se conceptúan como bienes gananciales los adquiridos después de celebrado el matrimonio, a título oneroso y con el esfuerzo mutuo. Sobre estos bienes será sobre los cuales el cónyuge "inocente" tendrá derecho a una mitad de su valor neto cuando figuren inscritos a nombre de "culpable" o en posesión de éste. Ello bajo el supuesto de que conserven tal condición a la hora de la disolución del matrimonio, la nulidad de éste o la separación judicial de los cónyuges.

Como innovación del Código de Familia de 1973 figura, además, la posibilidad de solicitar anticipadamente la liquidación de los bienes gananciales por parte de aquel de los cónyuges cuyos derechos se vean amenazados, de modo indubitable, por mala gestión del otro o por actos que amenacen burlarlos.

Las únicas disposiciones que tienen carácter de normas de régimen patrimonial de la familia son las que se refieren a la afectación del inmueble a habitación familiar (artículos 42 a 47) y que también representan un aporte del legislador del año 73 a la materia de nuestro interés.

---

4. DE LOS MOZOS (José Luis), *El régimen económico del matrimonio*, en "Protección Jurídica de la Familia", Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982, p. 229.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

3) La aplicación de las normas y principios anteriores:

Un examen minucioso de la realidad sobre la que operan las normas contenidas en el Código de Familia costarricense en esta materia, ha permitido verificar que el régimen voluntario de las capitulaciones matrimoniales a través del cual los cónyuges, o futuros cónyuges, pueden adoptar el estatuto matrimonial que deseen, carece de eficacia práctica. Es una institución en desuso total.

Vigente desde 1888, el régimen de capitulaciones matrimoniales no registra un solo caso en que se hubiere otorgado para adoptar un estatuto de sociedad de gananciales o de participación en las ganancias de los cónyuges. Los casos que existen registrados (menos de cien) están configurados exclusivamente por manifestaciones de voluntad dirigidas a eliminar toda participación de un cónyuge en los bienes o ganancias del otro ocurridas durante la vigencia del matrimonio. Esto es, la separación total de bienes.

El régimen legal supletorio constituido por las disposiciones de los artículos 40 y 41, ha permitido que, en una proporción muy importante de matrimonios, lo que ha sido conseguido y realizado por el trabajo y el esfuerzo común aproveche exclusivamente a uno solo de los esposos. Y en esos casos, el beneficiado ha sido, indiscutiblemente, el marido.

La liquidación anticipada de bienes gananciales regulada en el artículo 41 es una institución en total desuso. No impide en manera alguna que uno de los cónyuges, burle los derechos del otro sobre los bienes adquiridos con el trabajo y el esfuerzo común.

4) Proposiciones:

Nuestra tradición jurídica ha hecho descansar el régimen separatista en el concepto de igualdad entre los cónyuges.

Empero, como lo ha reconocido la doctrina moderna en las nuevas tendencias del Derecho de Familia (las cuales, por lo demás, informan prácticamente todas las reformas practicadas en los Códigos de la materia en Europa, el más reciente el Código Civil de España, y en América) las relaciones económicas o patrimoniales de la sociedad conyugal no se agotan, por un lado, en la idea de libertad e independencia con que estas relaciones han de desenvolverse, ni por otro, en la sola participación en el levantamiento de las cargas comunes.

La igualdad y libertad de los sujetos que contraen matrimonio debe definirse y entenderse a la luz de su nueva situación jurídica, a saber, la de cónyuges. La igualdad en el socorro mutuo y en la responsabilidad y gobierno de la familia (artículo 34), debe, necesariamente, extenderse a todos los aspectos de la vida en común. Por ello resulta esencial que como manifestación de esa igualdad entre cónyuges, no se admita la posibilidad de que uno solo de ellos se beneficie del trabajo y del esfuerzo común.

Para evitar que tal situación siga dándose, como hasta el presente, proponemos el fin del régimen separatista como régimen legal de los efectos económicos del matrimonio.

La reforma introducida al Código Civil Español en 1982 contiene una serie de disposiciones que podrían introducirse a nuestro ordenamiento jurídico.

Un régimen económico del matrimonio justo y equitativo tendría que regularse, en nuestra opinión, adoptando como régimen legal el de la sociedad de gananciales y como regímenes voluntarios supletorios, el de participación en las gananciales y el de separación de bienes.

Principios básicos como el interés de la familia y la igualdad de los cónyuges, podrían fundamentar, en nuestra opinión, un régimen económico del matrimonio justo y equitativo.

A) Sociedad de gananciales:

Una reglamentación de todos los aspectos concernientes a una sociedad de gananciales debe incluir, necesariamente, disposiciones sobre:

a) inicio de la sociedad: a partir de cuando existe la sociedad de gananciales (al celebrarse el matrimonio);

b) concepto de bienes gananciales y de bienes propios: deben definirse con precisión cuáles son bienes gananciales y cuáles son bienes propios de cada cónyuge. Debe incluirse, también, un concepto de ganancia o beneficio. Como bienes gananciales deben figurar no sólo inmuebles sino bienes muebles; acciones de sociedades; títulos valores en general; mejoras. Debe figurar la presunción de "ganancialidad" de los bienes adquiridos durante el matrimonio, por ejemplo: "se presumirán gananciales los bienes de los cónyuges mientras no se demuestre que son propios de uno solo de ellos";

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

c) gestión y disposición de los bienes comunes: la administración y disposición de los bienes comunes ha de hacerse conjuntamente. Como consecuencia de ello, la sociedad de gananciales sólo responderá de las cargas que les son propias como efecto del desempeño de los poderes atribuidos a los cónyuges, o las que deriven de su actuación conjunta. Cuando las deudas de un cónyuge sean además, deudas de la sociedad de gananciales, responden solidariamente los bienes de ésta;

ch) separación de hecho: durante una separación de hecho de los cónyuges, los bienes gananciales responden por obligaciones contraídas para atender gastos de sostenimiento y educación de los hijos;

d) disolución de la sociedad de gananciales: normas sobre esta materia deben señalar las causales de la disolución y sus efectos. Entre ellas las habría de pleno derecho (nulidad del matrimonio, divorcio, muerte); por voluntad de los cónyuges (adopción de un régimen distinto en capitulaciones matrimoniales); por disposición judicial a petición de uno de los cónyuges (disolución y liquidación anticipada de la sociedad conyugal que entrañen fraude, grave daño o peligro para los derechos del otro); por separación de hecho por más de un año por mutuo acuerdo o por abandono; por incumplimiento grave del deber de informar sobre los rendimientos de sus actividades al otro;

e) liquidación de la sociedad de gananciales: conforme al procedimiento usual, se procedería al inventario, liquidación y división de los bienes gananciales;

f) derecho de atribución preferente: deben figurar normas sobre el derecho de cada cónyuge a la atribución preferente de determinados bienes (por ejemplo, los de uso personal, la vivienda, el local donde se ejerce la profesión, etc.;

g) nulidad de actos de disposición o administración, sin el consentimiento del otro cónyuge.

B) Régimen de participación en las ganancias: Como régimen de elección en capitulaciones matrimoniales los cónyuges o futuros cónyuges podrían adoptar como régimen económico del matrimonio el régimen de participación en las ganancias.

Este régimen pretende, en doctrina, conciliar ventajas de los regímenes de separación y los de comunidad de bienes.

El nivel de ganancias de cada cónyuge en el momento de la liquidación se obtiene comparando lo que tenía al principio del régimen con lo que tiene al final, por lo que toma una importancia extraordinaria la fijación de los patrimonios inicial y final de cada uno de ellos.

En consecuencia, debe definirse lo que será patrimonio inicial y lo que será patrimonio final.

Conforme a la ley española cuyo modelo proponemos seguir, "constituyen el patrimonio inicial los bienes y derechos que les pertenecieren (a los cónyuges) al empezar el régimen y los adquiridos a título de herencia, donación o legado, deducidas las obligaciones y cargas, de modo que no hay patrimonio si el pasivo es superior al activo, estimándose por lo demás, el patrimonio según el estado de los bienes al momento de empezar y conforme a su actualización al momento de cesar. Producida la extinción (del matrimonio) se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge. El patrimonio final viene constituido por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas, pero se incluirán los créditos que tenga un cónyuge contra el otro, y los bienes que debería tener en su patrimonio, aunque hayan salido por disposiciones a título gratuito (sin el consentimiento de su consorte), o por actos realizados en fraude del derecho otro, dictándose en fin normas para su estimación de acuerdo con los principios ya expuestos".[5]

En este tipo de régimen se admite la posibilidad de que el reparto no sea por mitades, es decir, se puede pactar una participación distinta. También puede sustituirse el pago en dinero por la adjudicación de bienes y el régimen debe incluir normas relativas a la protección de los derechos de cada cónyuge.

C) Régimen de separación de bienes:

Se establecería como régimen de elección por los cónyuges o futuros cónyuges y se adoptaría por éstos en capitulaciones matrimoniales.

5. DE LOS MOZOS (José Luis), *op. cit.*, p. 244.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Sus reglas básicas serían las que actualmente contiene el actual artículo 40 de libre adquisición, administración y disposición de bienes por parte de cada uno de los cónyuges, tanto durante la vigencia del matrimonio como a su disolución.

D) Hogar familiar:

Adoptar el interés de la familia como motivo central de la reforma que proponemos al Código de Familia, permitiría incluir una norma como la siguiente:

"Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o, en su caso, autorización judicial".

Esta norma independientemente del régimen económico adoptado por los cónyuges para su matrimonio, implica un necesario límite a la libertad de contratación.

El propósito fundamental de nuestro trabajo fue, como lo señalamos, apoyar ideas que permitan introducir una reforma sustancial en nuestro Código de Familia en punto al régimen económico del matrimonio.

Con todo, los principios básicos en los que sustentamos nuestra propuesta y el concepto de familia que hemos analizado, permiten concluir, sin mayor dificultad, que también resulta imperioso incluir en nuestro Código disposiciones relativas al régimen patrimonial de la familia. Estas disposiciones serían, según dijimos, un ordenamiento jurídico genérico de la institución familiar.

Sus normas tendrían que incluir, necesariamente, tanto a la familia de hecho como a la familia que tiene su base en el matrimonio.

El tipo de normas que integrarían este ordenamiento, excede los límites de nuestro trabajo, por lo que únicamente nos limitamos a señalar la necesidad de su existencia a fin de que las normas jurídicas que integran el Derecho de Familia respondan y den solución eficaz a los problemas que plantea la convivencia de una pareja y la existencia de una familia.

BIBLIOGRAFIA

Código de Familia (Costa Rica, 1973). Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1983.

Código Civil (España). Comentarios y jurisprudencia. Editorial Colex, Madrid, 1984.

DIEZ PICAZO (Luis). *Sistema de Derecho Civil.* Madrid, Ed. Tecnos, 1983.

LACRUZ BERDEJO (José Luis) y otros. *Protección jurídica de la familia.* Centro de Estudios Sociales del Valle de los Caídos, Madrid, 1982.

LACRUZ BERDEJO (José Luis) y otros. *Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código Civil.* Editorial Civitas S.A., Madrid, 1982.

PEREZ VARGAS (Víctor). *El nuevo Derecho de Familia en Costa Rica.* Editorial Universidad de Costa Rica, 1976.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

REFLEXIONES SOBRE UN REGIMEN PATRIMONIAL BASICO DEL MATRIMONIO EN COSTA RICA

Dr. Diego Baudrit Carrillo
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Profesor asociado, Universidad de Costa Rica.

Plan:

I. La protección del patrimonio individual de los cónyuges

II. La protección de los derechos e intereses de terceros

Conclusiones

El régimen patrimonial que establece la ley para los cónyuges en Costa Rica, desde la promulgación del Código Civil, ha sido presidido por el principio de la más absoluta libertad de disposición de los bienes por parte de los esposos mientras dure el matrimonio.

"La regla favorable a la independencia en punto a los bienes, se conforma con los más avanzados principios de la ciencia jurídica", se ufanaba en escribir D. Alberto BRENES CORDOBA.[1] Esa regla todavía hoy es el principal apoyo del régimen patrimonial del matrimonio, que nos proponemos examinar en relación con un sistema básico, que asegure a la vez la protección del patrimonio individual de los cónyuges y los derechos e intereses de los terceros respecto de aquellos.

I. LA PROTECCION DEL PATRIMONIO INDIVIDUAL DE LOS CONYUGES

Si no hay contrato matrimonial, esto es, una convención relativa a capitulaciones matrimoniales, cada uno de los cónyuges es libre de disponer de los bienes de los que aparezca como propietario. Esa es la regla sentada por el artículo 40 del Código de Familia, copiada del antiguo artículo 76 del Código Civil.

Ese principio sería razonable que se aplicara a situaciones de mero interés privado, o de sujetos involucrados en una actividad común desligada de sus patrimonios. Tal sería el caso, por ejemplo, de dos hombres que se encuentran cotidianamente para realizar un trabajo común en una oficina pública. Tienen alguna relación entre sí, es necesaria su colaboración para salir adelante con la tarea de la oficina, pero sus patrimonios individuales no se confunden: lo que uno de ellos haga no tiene repercusión alguna en la esfera patrimonial del otro.

Pero ese no es el caso del matrimonio. Los cónyuges están obligados a tener una vida en común. Como consecuencia de esa vida en común, los bienes de uno y de otro de los cónyuges se mejoran o sufren menoscabo. La actividad de uno de los cónyuges no puede aislarse de la actividad del otro, tanto en su ámbito personal como en la esfera patrimonial.

Es admitido en nuestro derecho privado el principio de que quien con consentimiento del propietario coopera en aumentar el valor de un bien, adquiere derechos sobre éste, según las reglas relativas a la accesión (cf. arts. 507 y ss. del Cód. Civ.). En materia de matrimonio nuestro derecho

1. BRENES CORDOBA, (A), *"Tratado de las personas"*, Imp. Trejos, San José, 1925, No. 167; cf. la 4a. ed. por **Gerardo TREJOS SALAS**, Juricentro, 1984, No. 57, en que se reproduce exactamente tal afirmación en la pág. 70.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

privado se muestra resistente a aplicar ese principio de equidad: se deja en libertad al cónyuge titular de un derecho para que disponga de él durante la vigencia del matrimonio.

De esta manera el esfuerzo común que exige la ley a los cónyuges al obligarlos a una vida en común, no tiene en sus resultados protección alguna del derecho.

La libre disposición es principio que protege a quien aparece como titular de un derecho entre los cónyuges. Pero no puede considerarse una simple protección, es un privilegio otorgado sin fundamento alguno.

Si hay comunidad de vida, pareciera elemental que los bienes adquiridos durante la vida en común sean igualmente comunes.[2] Ahora bien, como la cuestión se refiere a intereses meramente patrimoniales, que son de índole privada, una convención que garantizara la igualdad de los esposos (como pretende serlo la de capitulaciones matrimoniales), podría derogar esa presunción de comunidad.

Por otra parte, como en nuestro derecho hay libre disponibilidad de los bienes de los cónyuges, las deudas que contraigan individualmente para atender a las obligaciones derivadas del matrimonio, no tendrán repercusión más que en el patrimonio del esposo deudor. Es decir, que si el marido contrae deudas para atender las obligaciones conyugales, los créditos se cobrarán únicamente sobre el patrimonio de éste.[3]

Libertad de disposición, separación absoluta de derechos y obligaciones, tal es el régimen legal básico de las relaciones patrimoniales del matrimonio en Costa Rica. El resultado es la constitución de privilegios injustos para quien aparece como titular de los derechos y de cargas excesivas para quien aparece como deudor de las obligaciones necesarias para la comunidad de vida. Una ambigüedad tal se refleja en los efectos que tiene tal régimen con respecto de terceros.

II. LA PROTECCION DE LOS DERECHOS E INTERESES DE TERCEROS

Los terceros a que nos referimos son los acreedores de los cónyuges y los causahabientes de los esposos.

Las deudas de los cónyuges no se reputan comunes, a pesar de que ambos estén obligados solidariamente a sufragar los gastos de la familia.[4] Pareciera ser que la regla establece una suerte de solidaridad "interna", ya que para resolver una situación en que se debatía la solidaridad "externa", nuestros tribunales han debido llamar en su apoyo a la teoría de la apariencia para hacer justicia y declarar tal solidaridad, lo que no hubiera sido necesario en presencia de una regla que dispusiera la solidaridad para efecto de terceros.[5]

Los acreedores de uno de los cónyuges, en razón de prestaciones dadas a la unidad familiar, se encuentra en la situación de que sólo puede tener como garantía el patrimonio del esposo que contrató con él la causa eficiente de la obligación. Sólo podría acceder al patrimonio del otro cónyuge si existiera representación (tácita o expresa, pero jurídica) de un esposo respecto del otro.[6]

Los causahabientes a título particular de los cónyuges, por actos entre vivos, se encuentran plenamente protegidos por el principio de la libre disponibilidad, que crea a favor de ellos una presunción relativa de buena fe. En efecto, para destruir los efectos de un acto simulado realizado por un esposo a favor de un tercero, en el caso de que la simulación perjudique al otro cónyuge, debe intentarse un proceso de invalidez o de imponibilidad de dicho acto, con las vicisitudes e incertidumbres previsibles. Los bienes básicos para la subsistencia de la unidad familiar deberían ser quienes tuvieran una protección más calificada y no los terceros ajenos al núcleo familiar.

---

2. Cf. BRENES CORDOBA, ed. de 1927 de la op. cit., No. 163; 4a. ed. por Gerardo TREJOS, No. 54. En un sentido similar, CORBONNIER (J), *"Droit civil, La Famille, les Incapacités"*, 10a. ed. P.U.F. Coll. Thémis, París, 1977, No. 47.

3. Cf. sentencia de la Corte de Casación de las 9:35 hrs. del 21 de marzo de 1941, I sem., ps. 161 ss.: "...nuestro sistema de completa independencia de patrimonios... es adverso al criterio de comunidad de las deudas contraídas por uno de los esposos...".

4. Gerardo TREJOS en *"Introducción al derecho de familia costarricense"*, Juricentro, San Jose, 1977, comenta el cambio que se operó por el Código de Familia, al establecer la solidaridad de la esposa de los gastos domésticos (pág. 102).

5. Sala Primera Civil (ant.), 8 hrs. 10 dic. 1976. (Sentencias de Casación 1978, I semestre, p. 237).

6. Cf. Corte de Casación, 9:15 hrs. del 24 de enero 1941, I sem., págs. 43 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CONCLUSION

El esquema presentado anteriormente justifica la exigencia de un régimen básico inderogable en materia patrimonial del matrimonio, que asegurara, primordialmente:

1) El deber de asistencia recíproca de los esposos y su consecuencia específica que es la obligación de contribuir solidariamente con los gastos del hogar, en la medida de las posibilidades de cada cónyuge.

2) La solidaridad dicha se refiere exclusivamente a las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar, estando excluidas las obligaciones relativas a adquisiciones manifiestamente superfluas o excesivas.

3) El concurso necesario de los dos esposos para los actos de disposición y los que impliquen cualquier tipo de enajenación del inmueble en que se encuentre el domicilio conyugal, así como de los muebles que se encuentren en él, con autorización para el juez de suplir el consentimiento del cónyuge remiso si su negativa es injustificada.

4) La intervención judicial decretada en proceso sumarísimo, sobre el patrimonio de uno de los cónyuges, cuando viole gravemente sus deberes familiares y ponga en peligro los intereses de la familia.[7]

***

7. Sobre las conclusiones, véase las exposiciones de MAZEAUD (H., L y J.), *"Leçons de droit civil"*, T. IV, Régimes matrimoniaux, 3a. ed., Montchrestien, París, 1969, Nos. 12 ss. CARBONNIER, op. cit. supra nota 2, Nos. 38 ss. WELL (A) y TERRE (Fr.), *"Droit civil. Les personnes, la famille, les incapacités"*, 4a. ed., Précis Dalloz, París, 1978, Nos. 324 ss. RIEG (A.) y LOTZ (Fr.), *"Technique des régimes matrimoniaux"*, Lib. tech., París, sde, Nos. 264.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL COMITE INTERNACIONAL DE REGISTRO DE FRECUENCIAS Y LAS NUEVAS Y VIEJAS CONTROVERSIAS JURIDICAS INTERNACIONALES EN EL CAMPO DE LAS RADIOCOMUNICACIONES

Dr. Jorge Rojas Solórzano

Recurso natural de un interés esencial, el espectro de frecuencias radioeléctricas pertenece a la humanidad y debe ser puesto a disposición de todos los que tengan necesidad de utilizarlo. La Unión Internacional de Telecomunicaciones, actualmente órgano especializado de las Naciones Unidas en el campo de las telecomunicaciones, es la depositaria de ese recurso y a tal efecto se ha visto confiar, por parte de sus miembros, la tarea de efectuar la atribución de las frecuencias del espectro, de coordinar los esfuerzos con el fin de eliminar las interferencias dañosas y de proceder a los estudios concernientes al campo de las telecomunicaciones.

Siendo, entonces, el espectro de frecuencias de radio un recurso natural limitado y esencial para las radiocomunicaciones de todos los países, de tal forma que el uso que del espectro haga un determinado país afecta el de los otros países, se torna indispensable una regulación que ordene el uso adecuado del espectro sin la cual las comunicaciones internacionales serían caóticas.

Con el objeto de proveer en parte a esa reglamentación, fue creado, en el seno de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), en la Conferencia de Plenipotenciarios de 1947 de Atlantic City, el Comité Internacional de Registro de Frecuencias (mejor conocido por las siglas inglesas de IFRB), con la atribución de efectuar la inscripción metódica de las asignaciones de frecuencias hechas por los diferentes países, de establecer una lista o registro que reflejara los datos del Registro Internacional, de revisar, modificar o suprimir las inscripciones e investigar sobre los casos de interferencia dañosa o perjudicial y formular las recomendaciones procedentes.

El Convenio Internacional de Telecomunicaciones de Atlantic City (1947), su respectivo Reglamento de Radiocomunicaciones, así como los sucesivos convenios y reglamentos, establecen las facultades y definen los procedimientos necesarios para lograr los objetivos antes mencionados.

Desde su creación, sin embargo, el Comité Internacional de Registro de Frecuencias (en adelante denominado Comité, simplemente, o IFRB) ha sido objeto de arduas controversias jurídicas tanto en lo que se refiere a su estructura organizativa como a sus funciones. Son esas controversias las que serán objeto de este sumario análisis en sus aspectos más importantes.

No obstante el enfoque fundamentalmente jurídico, el análisis no se termina en el aspecto meramente legal sino que trata de reflejar lo que en el fondo no es otra cosa que la diversidad de intereses entre los diferentes bloques, regiones y países miembros de la UIT traen a discusión al seno de la Unión, en un campo en el cual, además del desafío tecnológico, debe encontrarse una solución para la cooperación internacional sin la cual las comunicaciones no serían posibles.

I. CONFLICTOS DE LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DEL COMITE INTERNACIONAL DE REGISTRO DE FRECUENCIAS

Desde su creación y el hecho de la misma dio lugar a un conflicto de opiniones, de donde puede decirse que resultó una organización interna muy ambigua que dio finalmente lugar a una tentativa de supresión del IFRB.

A) Creación del Comité Internacional de Registro de Frecuencias.

El objetivo básico de la creación del IFRB en 1947 fue el de crear un organismo internacional a vocación universal que permitiera un sistema de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

alocación y registro de frecuencias ordenado, con un máximo de provecho del espectro y tratando de evitar en lo posible que pudieran ocurrir interferencias dañosas.

Como veremos posteriormente, ciertas funciones que desempeña el Comité en parte venían siendo realizadas, antes de 1947, por la Oficina de la Unión Telegráfica Internacional (Oficina de Berna). Sin embargo, los Estados Unidos de América, que son en gran parte los inspiradores de la creación del IFRB, proponían un organismo regulador del espectro radio con amplios poderes. Algo así como la Comisión Federal de Comunicaciones de los Estados Unidos de América y la Corte Internacional de Justicia.

No se puede caracterizar fácilmente el IFRB pues tiene varias facetas que constituyen la atribución de funciones que corresponden a diversos tipos de instituciones. Parece, dice Leive,[1] un tribunal que define el *status* legal de las estaciones y su interpretación de la ley aplicable; parece una oficina encargada de registrar las asignaciones llevadas a cabo por las administraciones; parece un servicio de mediación y conciliación en sus esfuerzos por resolver las disputas existentes sobre interferencias perjudiciales; parece una agencia administrativa en la aplicación de estándares técnicos de aplicación general, la formulación de procedimientos para mejorar las tareas estatutarias y la necesidad de determinar el alcance de su jurisdicción y, por último, parece una agencia técnica de ayuda a los países en vías de desarrollo.

Por otro lado, la Unión Soviética, entre otros Estados, no participaba de la idea americana sobre el IFRB, sobre la base de que un tal organismo atentaba contra la soberanía de los Estados. La Unión Soviética aducía que, a pesar de la decisión de la Conferencia de Atlantic City de establecer un Comité Provisional de Frecuencias (PFB) (antecesor del IFRB), ningún Estado soberano podía estar de acuerdo con una tal tentativa de "interferir con sus decisiones en materias internas, especialmente con vista del hecho de que la cuestión de la alocación de frecuencias toca intereses vitales de cada país y teniendo en cuenta que cualquier decisión que se pudiera tomar permanecería en vigencia por mucho tiempo".[2]

Probablemente teniendo en cuenta estas afirmaciones y a pesar de la diversidad de funciones con que se dotó inicialmente al IFRB, los miembros de la Unión han encontrado un expediente para limitar ulteriormente su competencia y su independencia. Los poderes del Comité, así como los procedimientos, son determinados por los miembros de la Unión tanto en las Conferencias de Plenipotenciarios, que tienen la facultad de modificar el Convenio Internacional de Telecomunicaciones, como en las Conferencias Administrativas de Radiocomunicaciones en las cuales se establece el Reglamento de Radiocomunicaciones.

Por otro lado, los poderes del Comité se han visto restringidos por la forma en que se define su ejercicio y se describe en forma innecesariamente detallada en complicadas fórmulas que consumen mucho tiempo.

Además, los procedimientos establecidos en la práctica imponen al Comité el buscar la autorización de la administración (de los países) antes y a cada paso para que la actividad del Comité pueda desarrollarse sobre la base, además, de la información que suministre la administración.

Lo anterior revela que son las administraciones de los Estados, y no el Comité, las que conservan el poder decisivo en relación con la asignación de frecuencias; y que, en el fondo, los Estados miembros de la Unión no tienen la intención de trasladar a un organismo internacional ningún poder decisorio en materia tan importante como la de las telecomunicaciones en general.

Como consecuencia, el IFRB ha devenido sin duda en el más controversial órgano de la UIT cuya existencia se ha puesto en duda seriamente, conforme veremos más adelante, y al cual algunos autores definen como un "órgano más bien pasivo, reducido su papel al de registro de notificaciones".[3]

B) Ambigüedad de la organización interna del IFRB.

La organización interna del Comité es el reflejo de un dudoso compromiso entre una concep-

1. Leive, D., *International Telecommunication and International Law: the regulation of the radio spectrum*, A.W. Sijthoff, Leyden, 1970, p. 26.
2. Cooding, *The International Telecommunications Union: an experiment in international cooperation* (1952) cit. por Leive, op. cit. p. 65.
3. Harold Karan Jacobson, *International Institution for Telecommunications: The ITU's role*, p. 62, en *The International law of communications*, de Mc Whinney, Edward, A.W. Sijthoff, Leyden, 1971.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ción de órgano absolutamente independiente compuesto a su vez por un grupo de individuos también libres e independientes, y la otra concepción que veía el Comité compuesto por representantes nacionales responsables ante sus respectivas administraciones.

Ese dualismo entre independencia absoluta y representatividad se refleja claramente en tres de los factores básicos de la estructura y organización del Comité: la elección o escogencia de sus miembros y su calificación estatutaria y el número de miembros y el procedimiento de toma de decisiones.

1) La elección y el *status* de los miembros del IFRB. Se trató, en este aspecto de encontrar la fórmula para conciliar el nombramiento de personas técnicamente calificadas e independientes, por un lado, y por otro lado, personas que a su vez fueran representativas de sus respectivos países.

Conforme a la Convención de Atlantic City, los miembros del Comité son elegidos por la Conferencia Administrativa Mundial de Radiocomunicaciones. Se estipulaba también que las personas integrantes del IFRB debían ser miembros independientes todos originarios de diversos países miembros de la Unión.[4] Además, el Reglamento de Radiocomunicaciones estableció que los miembros del Comité deben haber una especial y completa competencia técnica en el campo de las radiocomunicaciones y poseer una experiencia práctica en materia de asignación de frecuencias; siendo conveniente que el miembro esté al corriente de las condiciones geográficas, económicas y demográficas de una particular región del globo.[5]

Siguiendo la idea inicial de Atlantic City se estableció en la conferencia de su nombre que el principio básico en cuanto al estatuto o condición estatutaria de los miembros del Comité fuera el de la independencia. A tal efecto se dispuso que sus miembros "desempeñan un mandato internacional, no como representantes de sus respectivos países, o de una región, sino como agentes imparciales, investidos de un mandato internacional; no debiendo, en consecuencia, ningún miembro, en el ejercicio de sus funciones, pedir o recibir instrucciones de gobierno, organización, persona pública o privada alguna. Y, además, se impone a los miembros de la Unión de respetar el carácter internacional del Comité, sus funciones y sus miembros y de, en ningún caso, tratar de influenciarlos en el ejercicio de sus funciones.[6]

Entre 1947 y 1959 la Conferencia Internacional de Telecomunicaciones nada establecía en cuanto al derecho de un Estado de llamar a su miembro de Comité. Sin embargo, en la Conferencia de Plenipotenciarios de 1959 se estableció que todo país cuyo nacional había sido elegido en el Comité debía abstenerse "hasta donde fuera posible" de llamar a esa persona entre dos conferencias administrativas mundiales en las cuales se elegían miembros de IFRB. La frase "hasta donde fuera posible" constituyó de hecho el reconocimiento del derecho del Estado de llamar a un miembro del Comité y, a pesar de la tentativa de suprimir esa frase por parte de algunos que precisamente argumentaban que esa supresión era esencial para establecer un Comité genuinamente independiente, triunfó la tesis de que suprimir el derecho de un Estado de llamar su nacional constituiría una infracción a su soberanía.

En otro aspecto, sin embargo, se ha dado un paso adelante en la garantía de un *status* superior a los miembros del Comité. En efecto, en la Conferencia de Málaga-Torremolinos (1973) se decidió que los miembros del Comité fueran elegidos ya no por la Conferencia Administrativa Mundial de Radio sino por la Conferencia de Plenipotenciarios con lo cual se les dio igual *status* que al Secretario General y al Vicesecretario de la Unión y se saldó esa diferencia que estuvo al origen de algunos problemas administrativos entre esos órganos.

2) El número de miembros y el procedimiento de toma de decisiones. Desde su creación, como lo hemos señalado, el Comité vino considerado como un órgano compuesto de miembros independientes e iguales entre sí. A su vez esa pluralidad de miembros tiende a asegurar una distribución equitativa y una representación de las varias partes del mundo, lo que sin duda es esencial para el buen funcionamiento de un órgano encargado de una responsabilidad colectiva como lo es la administración óptima de un recurso natural perteneciente a la humanidad.

---

4. *Convención Internacional de Telecomunicaciones*, Atlantic City, 1947, art. 6.1.2.
5. *Reglamento de Radiocomunicaciones*, arts. 297, 299.
6. Convención de Atlantic City, art. 6.1.5., (1), (2).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Esta concepción orgánica, sin embargo, no fue unánimemente compartida. La Unión Soviética, cuyas reticencias se oyeron ya en la Conferencia de Atlantic City, propuso en la Conferencia de Plenipotenciarios de 1959 a Ginebra, que el Comité se transformara en una oficina, bajo la dirección de un director y dos asistentes. En este momento la delegación de los Estados Unidos de América se opuso a dicha propuesta, sin embargo, como veremos más adelante, una proposición parecida fue presentada por los propios Estados Unidos, entre otros Estados, en la Conferencia de Plenipotenciarios de Montreux de 1965.

No hay duda que la composición pluralística del Comité asegura no sólo la representación de los diferentes miembros de la Unión, sino una mayor independencia no solamente a sus miembros del Comité sino también al propio Comité en cuanto tal. En ese sentido, Gerald Gross, entonces Secretario General de la Unión, propuso en vista de la Conferencia de Montreux, que "...los miembros del IFRB constituyan un organismo independiente fuera de la competencia administrativa del secretario general, pero sin ninguna autoridad sobre el nuevo Secretariado de la UIT,... El Comité se encontraría entonces, en cierta medida, en relación con la UIT, en la misma situación que la Corte Internacional de Justicia en relación con la Organización de las Naciones Unidas. La analogía no sería completa porque la Corte, una vez elegida, es independiente en sus funciones judiciales del Secretariado de las Naciones Unidas, no obstante que sus gastos sean responsabilidad de las Naciones Unidas; pero, yo creo, sin embargo, que ese *status* de independencia permitiría a los miembros del Comité de lograr el máximo de la eficacia en la ejecución de sus funciones como agentes imparciales investidos de un mandato internacional".[7]

Garmier estima que es difícil confiar a un solo funcionario la responsabilidad de solucionar los eventuales conflictos, pero por su parte considera que el IFRB no cumple en realidad con su función de mediación que a él había estado jurídicamente asignada, por lo que estima que una reorganización de la Unión sería la creación, en el seno del Secretariado General, de un órgano de registro de frecuencias, y de un específico órgano de mediación. Ese órgano de mediación sería el Comité que se transformaría así en Corte de Justicia.[8]

En cierta medida, ambas en el mismo sentido, las anteriores propuestas no fueron aceptadas por las Conferencias de Montreux ni de Málaga-Torremolinos.

En otro aspecto, sin embargo, la independencia de los miembros viene asegurada al Comité desde su creación. En el Reglamento de Radiocomunicaciones[9] se estipula, en efecto, que cada miembro tiene derecho a un voto y se establece la conveniencia de que las decisiones se tomen a la unanimidad, dada la conveniencia que el Comité decida como una unidad. En el caso en que no exista esa unanimidad, el Comité debe decidir con el voto mayoritario de dos tercios. En la práctica las decisiones del Comité aparecen como logradas por consentimiento general. No es corriente un voto expresado en votos de mayoría y minoría. Por ello es difícil, dice Leive,[10] estimar con certeza la amplitud del desacuerdo entre los miembros del Comité, en parte porque los reportes de minoría no son reportados.

C) Tentativa de supresión del Comité Internacional de Registro de Frecuencias.

En la Conferencia de Plenipotenciarios de Montreux en 1965 se propuso abolir el Comité como órgano independiente y de transferir sus funciones a un departamento del Secretariado General de la Unión. Esta tentativa fue avalada fundamentalmente por los países europeos, Estados Unidos y Canadá y se enfrentó con la oposición de gran parte de los países en vías de desarrollo.

A pesar de que dicha propuesta no fue finalmente aceptada, es por ella misma reveladora de las diferentes fuerzas políticas y las diversas concepciones en cuanto al papel y las actividades del Comité, que se vio, en todo caso, reducido en su número de miembros, de once a cinco.

¿Por qué tal propuesta? Las razones fueron varias. Se argumentó que las tareas para que había sido creado el Comité ya habían sido cumplidas y que sus actuales responsabilidades podían ser llevadas a cabo por una simple oficina en forma

7. Gross, G., *La nouvelle UIT; Journal de Telecommunications*, 1963, octubre, vol. "O", No. 10, ps. 309, 10.
8. Garmier, J., *La UIT et les Telecommunications par satellites*, Bruylant, Bruxelles, 1975, p. 255.
9. *Reglamento de Radiocomunicaciones*, arts. 365, 366.
10. Leive, op. cit., p. 256.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tan eficiente y más económica y pudiendo mantener un carácter independiente y asegurando a los conflictos difíciles un procedimiento de apelación.

Para Garmier[11] la independencia del Comité en el ámbito de la estructura de la Unión produce una distorsión de sus funciones, una dilución de responsabilidades, lentitud en los procedimientos, sobre todo por su composición pluralística. Además, no posee los poderes necesarios para cumplir su misión pues no tiene potestades para obligar a los países o a las administraciones a proceder en debida forma; y se ocupa prácticamente sólo del registro de asignación de frecuencias sin que haya desarrollado su papel de consejero o mediador, salvo, tal vez, por la asistencia que presta a los países en vías de desarrollo que se convirtieron en defensores a ultranza del Comité.

Fueron efectivamente los países en vías de desarrollo, especialmente México, Marruecos y Camerún quienes defendieron el actual *status* del Comité. Para estos países no sólo no era cuestionable el Comité sino que debía ser reforzado. Para estos países las funciones del Comité no han terminado ya que existen grandes porciones del espectro de radio que deben ser reorganizadas y planificadas. El costo del Comité tampoco lo consideran elevado si se toma en cuenta los beneficios que rinde, además de que, si no cumple cabalmente con sus funciones es porque los miembros de la Unión no le han dado el apoyo financiero necesario; además, por principio, el registro de asignación de frecuencias y la solución de conflictos deben ser confiados a un agente imparcial como el Comité. Y, la aparición de los sistemas espaciales de telecomunicaciones hace que el papel regulador del Comité sea más importante, habida cuenta de la magnitud de las inversiones en juego y de las consecuencias más graves de eventuales interferencias en las comunicaciones.

La existencia y actividad del Comité Internacional de Registro de Frecuencias, exponía el delegado de Camerún, "son una parte integrante de las regulaciones de radio establecidas por la Conferencia Ordinaria Administrativa de Radio, en la cual participaron expertos de radio de todas partes del mundo. El Comité, es realmente el aparato que debe tratar de persuadir todos los países, grandes y pequeños, poderosos y débiles, de sentirse obligados por las regulaciones de radio. La Conferencia de Plenipotenciarios estaría menospreciando todas estas tradiciones si se permitiera, por las razones de economía propuestas, destruir, sin consultar la Conferencia Ordinaria de Radio, el aparato creado expresamente por ella para asegurar una justa y uniforme aplicación de las regulaciones de radio".[12]

Los países en vías de desarrollo salvaron al Comité de su extinción, pero no de la fórmula de compromiso de la reducción de sus miembros. Pero conviene anotar que otros factores influyeron en esta decisión, si se piensa que un órgano de cinco miembros puede ser ya más eficiente que uno de once y que con ello se ahorra el pago de seis puestos altamente pagados, el todo sin detrimento de las funciones del Comité que no se variaron. Por su parte, para el delegado marroquí, la reducción de los miembros del Comité era un buen expediente para remover el miembro de Sudáfrica, por el cual los países africanos no querían verse más representados. La reducción de los miembros del Comité, en síntesis, no ha constituido una victoria para aquéllos que pregonaban su abolición.

II. CONTROVERSIAS Y EVOLUCION DE LAS FUNCIONES DEL COMITE INTERNACIONAL DE REGISTRO DE FRECUENCIAS

Paradójicamente, en comparación con su estructura, las funciones del Comité han evolucionado en aumento conforme la nueva tecnología ha impuesto a la sociedad internacional la necesidad de dar soluciones jurídicas a los retos que ella impone.

La función inicial básica del Comité era la regulación del radio espectro. En ese sentido la atribución de tales funciones al Comité al momento de su creación en 1947 encuentra su justificación en las necesidades existentes antes de su creación y que conviene explicar en un primer tiempo, a fin de comprender, posteriormente, la expansión siguiente del régimen del espectro de radio y de las funciones del IFRB.

11. Garmier, op. cit., ps. 248-50.

12. Leive, op. cit., p. 75.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

A) Origen y evolución del régimen del espectro de radio.

A fines del siglo pasado y a principios del presente, el desarrollo de la telegrafía sin hilos creó grandes dificultades sobre todo entre las grandes potencias marítimas de entonces. La British Marconi Wireless Company, por ejemplo, había logrado crear un monopolio mundial en esta técnica de comunicación al obtener en sus contratos los derechos exclusivos para instalar equipos de radio en los barcos e insistir en que debía refutarse cualquier comunicación de barco o de tierra que no se hiciera con aparatos Marconi.

El gobierno alemán, en 1903, invitó a varios países a una Conferencia en Berlín con la intención de poner solución a ese tipo de problemas que afectaba precisamente a otra empresa alemana. Al final de dicha conferencia se firmó un protocolo por parte de los seis países (de los ocho asistentes) que contiene los principios básicos de la futura regulación internacional en radiocomunicaciones. En el artículo IV del Protocolo Final de dicha Conferencia se declaraba que las estaciones de telegrafía sin hilos debían operar, hasta donde fuera posible, de manera a no interferir con el trabajo de otras estaciones, reconociendo así la necesidad de establecer reglas que evitaran las interferencias, aunque sin reconocer derecho de prioridad alguno.

También se estableció, lo que sin duda dio lugar que ni Italia ni Gran Bretaña no suscribieran el Protocolo Final, que "las estaciones costeras estaban obligadas a recibir telegramas procedentes de barcos en alta mar y a transmitir telegramas a ellos destinados, sin distinción alguna por razones del sistema radioeléctrico por ellas utilizado".[13]

Estos principios fueron prácticamente incorporados en la así llamada Primera Conferencia Internacional de Radiotelegrafía, firmada en Berlín en 1906 por 27 Estados, estableciendo reglas para evitar interferencias nocivas, aunque exclusivamente referido al campo de las comunicaciones marítimas que lógicamente eran en ese tiempo las más importantes. Por otro lado, los Estados firmantes tomaron informaciones de la Oficina de la Unión Telegráfica Internacional (la Oficina de Berna) sobre las características de las estaciones sea en barcos que costeras, y se convino en que la Oficina publicara esas informaciones. Lo anterior constituye sin duda el antecedente primario del IFRB y de los complicados procedimientos en materia de asignación de frecuencias.

Después de la Primera Guerra Mundial la ausencia de alocación de frecuencias permitía a todo gobierno el asignar cualquier tipo de frecuencia para cualquier tipo de servicio de radio existente. La Conferencia de Washington de 1927 adoptó una tabla de alocación de frecuencias a los diferentes servicios de radio existentes. Sin embargo, los Estados contratantes no estaban obligados a adherirse a esa tabla, la libertad de asignar a una estación cualquier frecuencia venía en cierta medida limitada por la obligación de no interferir con otras estaciones de otros países que operaban en esa banda. Se establecía en las regulaciones de radio que la asignación de frecuencias por las administraciones a una estación debía ser escogida "...de tal manera a impedir hasta donde fuera posible interferencias con servicios internacionales llevados a cabo por estaciones existentes y que actúan en las frecuencias ya notificadas a la Oficina Internacional", con lo cual, concluye Leive,[14] si bien no se estableció jurídicamente y definidamente, un derecho de prioridad si fue de hecho establecido; debiendo notarse que el mismo provenía no del primer uso que una estación hiciera de una determinada frecuencia, sino del primer uso y de la primera notificación que se hiciera a la Oficina de Berna.

La Conferencia de Madrid de 1932 que reorganizó la estructura de la UIT, no introdujo cambios sustanciales en el régimen descrito, aunque sí se detalló más el procedimiento de notificación y asignación de frecuencias, dándole mayor importancia a las cuestiones de procedimientos pero sin resolver el problema de fondo del derecho de prioridad. Sobre este punto se manifestaron opiniones encontradas. Contra la existencia de un tal derecho, defendido por la delegación británica, se opusieron los delegados de Japón, Italia y el de los Estados Unidos de América, para el cual el propósito de establecer una lista es con fines meramente informativos para las administraciones a fin de que puedan evitar interferencias dañosas. En general los debates de la conferencia revelan una clara reticencia a la prioridad un explícito reconocimiento legal, si bien que "en práctica, aunque no en dere-

13. Ibídem, p. 47.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

cho"[14] ese derecho resultaba del primer uso y notificación a la Oficina de Berna.

B) Problemas de un régimen regulador del espectro radio y la posterior expansión de funciones del IFRB.

Después de la Segunda Guerra Mundial, en la Conferencia de Atlantic City se sintió con mayor agudeza la necesidad de garantizar una nueva y mejor elaborada regulación del espectro radio, sobre todo teniendo en cuenta el creciente congestionamiento del radio espectro de frecuencias. "Al momento de la Conferencia de Atlantic City había en las oficinas de la Oficina de Berna no menos de 45.000 notificaciones de frecuencias de menos de 20 mc/s. Además, como resultado del tremendo crecimiento de los servicios de radiocomunicaciones para fines militares durante la Segunda Guerra Mundial, un enorme número de estaciones estaban operando en frecuencias que no habían sido jamás notificadas a la Oficina, había normalmente frecuencias asignadas que habían sido empleadas antes de la guerra. En vista del resultado caótico del uso del espectro y de los progresos técnicos que se habían logrado desde la precedente Conferencia de Radio en El Cairo en 1938, en particular en cuanto al conocimiento de la propagación de HF, estaba ampliamente reconocido que un aparato para la coordinación, el control y la mediación internacional en cuanto al uso de las frecuencias de radio había devenido esencial. Para arribar a ello, un Registro Internacional de Frecuencias de Radio, el IFRB, fue ahí y en ese momento previsto".[15]

El objetivo principal de dicha Conferencia era, entonces, el establecimiento de un espectro de radio integrado, planificado, en el cual se pudiera hacer una asignación planificada donde acomodar los requerimientos de todos los miembros de la Unión. La asignación de frecuencias daría nacimiento a dos categorías: aquellas hechas en conformidad con el plan, la convención y el reglamento, de un lado, y aquellas no conformes con el mismo. Las primeras crearían un derecho internacional de protección contra interferencias dañosas. Dos nuevas columnas fueron entonces agregadas al Registro: Registración para aquellas en conformidad y notificación para aquellas no en conformidad. El problema es que de esta última no se sabe exactamente cuál sea su *status* legal.

En efecto, no obstante que en dicha Conferencia se dispuso un más elaborado procedimiento de notificación y registro de asignación de frecuencias y que se le dio al Comité el poder de determinar si una asignación de frecuencia está o no en conformidad con la regulación referida y de poder, después de un examen técnico legal, definir en cuál columna debe inscribirse y, en consecuencia, definir cuáles derechos tiene una asignación de frecuencia, el Comité no tiene, en fin de cuentas, la potestad de asegurar ese derecho pues no tiene poder sancionador alguno. "Los Estados pueden reportar casos de interferencia dañosa al Comité Internacional de Registro de Frecuencias pero lo más que el Comité puede hacer es estudiar el problema y sugerir posibles maneras de solucionarlo".[16]

El objetivo principal de crear una planificación completa del radio espectro fue parcialmente abandonado en la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones de Ginebra de 1959, porque la demanda de asignaciones de frecuencias superaba ya las existencias. Sin embargo se mantuvieron las distinciones legales ya creadas pero sin definirse exactamente sus contenidos.

2) Posterior expansión del régimen y de las funciones del IFRB.

En la Conferencia Extraordinaria de Radiocomunicaciones de Ginebra de 1963 (Conferencia Espacial), actualizada luego por la de 1971, el régimen regulatorio se vio extendido en el nuevo campo de las comunicaciones espaciales.

El principal resultado de esta Conferencia fue que se llegó a un acuerdo en punto a la alocación de frecuencias para las comunicaciones espaciales. Lógicamente, para los Estados Unidos de América, la Unión Soviética y otros países que desarrollan programas espaciales ese acuerdo era esencial para su desarrollo que requiere un sistema de comunicaciones permitido y exento de interferencias.

No obstante, este acuerdo no se logró sin dificultad sobre todo en lo que se refería al procedimiento de notificación y asignación de frecuencias. En este aspecto la controversia era de saber si la

---

14. **Ibídem, ps. 52-3.**

15. ***Del semáforo al satélite*, publicación de la UIT, cit. por Leive, op. cit., p. 55.**

16. **Jacobson, op. cit., p. 62.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

asignación de frecuencia para servicios del espacio gozaría del mismo *status* previsto para los otros servicios según el Reglamento de 1959, o si tendrían un *status* menor o provisional. Los Estados Unidos de América sostenían lo primero mientras que la Unión Soviética e Israel lo segundo. La posición israelita reflejaba el problema de los países en desarrollo para quienes, con la aplicación del principio "primer llegado, primer servido", los países desarrollados monopolizarían las frecuencias en la comunicación espacial, en perjuicio de los segundos que no poseen la tecnología necesaria a los programas espaciales. Al final triunfó la tesis de la necesidad de la permanencia de las asignaciones de frecuencias. El temor de los países en vías de desarrollo se ve relativamente disminuido por el hecho de que su participación al Consorcio Internacional para Satélites de Telecomunicaciones (INTELSAT) que les permite tener acceso, en cierta medida, a las frecuencias espaciales.

Dos aspectos importantes innovan en esta materia. Primero, el procedimiento de coordinación previo entre las Administraciones, sobre todo porque el servicio de telecomunicaciones del espacio fijos o servicios móviles deben compartir las mismas frecuencias o bandas de frecuencia con igual derecho, deviene absolutamente necesario. El papel del IFRB tiene precisamente como función el de permitir esa coordinación, aunque no se le dio —tampoco esta vez— la competencia para resolver una eventual disputa entre Administraciones. Segundo, otro aspecto innovador es que se crea la obligación para las estaciones que no estén en conformidad con la Convención y la Regulación de cesar cualquier interferencia dañosa que pueda ocasionar.

Finalmente, en la Conferencia de Plenipotenciarios de Málaga-Torremolinos (1973) se incluyó una nueva disposición por la cual se reconoce que así como el espectro radioeléctrico es un recurso limitado, la órbita de los satélites geoestacionarios también lo era lo cual significa, en otros términos, que en este aspecto debe privar el concepto de cooperación sobre el de soberanía estatal.

No obstante que algunos países reclaman ciertos derechos sobre el trozo de órbita geoestacionaria situada sobre sus respectivos territorios: Declaración de Putumayo de 1977 de los mandatarios de Colombia y Ecuador, el concepto de la órbita geoestacionaria de satélites como recurso natural de la humanidad se impone.

Precisamente, el artículo 10 del Convenio Internacional de Telecomunicaciones fue adicionado para confiar al IFRB la tarea de efectuar, en las mismas condiciones que las asignaciones de frecuencias, la "inscripción metódica de las posiciones asignadas a los países a los satélites geoestacionarios", así como la asesoría a los miembros de la Unión para obtener una equitativa, eficaz y económica explotación de la órbita de los satélites geoestacionarios, viendo así el Comité ampliadas sus funciones por impulso de la evolución tecnológica.

CONCLUSION

No muy claro en sus orígenes, el IFRB se ha venido perfilando con el paso de los años en un instrumento internacional eficaz para cumplir la función de regular el espectro radio. A pesar de las reticencias de los Estados que ven siempre primero el principio de la soberanía estatal y luego el de la cooperación internacional, y que por lo mismo no han dado al Comité verdaderos poderes sancionadores, lo cierto es que su existencia se ha revelado necesaria. Tal vez no se tenga muy claro qué tipo de estructura debe tener el Comité, pero existe conciencia clara de que sus funciones deben ser desempeñadas en beneficio de la cooperación internacional.

Una clara evolución hacia un IFRB como un verdadero tribunal internacional con verdaderas funciones sancionadoras sería sin duda en beneficio de una más justa y equitativa cooperación internacional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

BIBLIOGRAFIA

AIYA, S.; *Le problème des télécommunications rurales dans les pays en développement,* en Journal des Télécommunications,* Vol. 47, II, 1980.

AMOROSI, G.; *Le telecomunicazioni: componente essenziale del progresso,* en Radio Industria No. 277, 1962.

ANGELLI, TOMATI, GARAZZINO; *Radiodiffusione sonora da satellite,* en Electtronica e telecomunicazioni No. 4, 1979.

BARILE, G.; *Lezioni di diritto internazionale,* Padova, 1983.

BISCOTTINI; *Il diritto delle Organizzazioni internazionali,* Padova, 1971-73.

BUSAK, J.; *Quelques réflexions sur les satellites d'aplication,* en J T, vol. 32, V, 1976.

CADWELL, G.; *Le développement des communications dans les pays nouveaux et en voie de développement,* en J T, vol. 32, No. 9 1965.

COODING, G. (Jr.); *The United States and the ITU in a changing world,* en J T, vol. 44, V, 1977.

Conferencia Internacional de Telecomunicaciones Nairobi 1982.

CONFORTI, B.; *Le Nazioni Unite,* Cedam, Padova, 1979.

Convenio Internacional de Telecomunicaciones Nairobi 1982.

DI BLASE, A.; *Nazione Unite e istituti specializzati,* Jovene, Napoli, 1982.

EVENSEN, J.; *Aspects of international law relating to modern radio communications,* Recueil des Cours, A.W. Sijthoff, Leyden 1965.

FERNANDEZ-SHAW, F.; *Organización internacional de las telecomunicaciones y de la radiodifusión,* Tecnos, Madrid, 1978.

FIJALKOUSKI, W.; *Nouvelle contribution au débat sur la structure de L'UIT,* en J T vol. 32, V, 1965.

GARMIER, J.; *L'UIT et les télécommunications par satellites,* Bruylant, Bruxelles, 1975.

GAYER, J.; *Past and future ... integrating the ITU headquarters,* en J T, vol. 31, No. 6, 1964.

GIANNINI, M.; *Possibilita e limite di un diritto comune T.S.F.,* en Rivista dei telegrafi-telefoni-radiocomunicazioni, anno VIII, fasc. LXIV, luglio 1927.

GIULIANO. M. *Diritto Internazionale,* Giuffrè, Milano 1983.

GRANDE, E.; *La radiotelegrafia nel diritto internazionale,* ed. Ulrico Hoepli, Milano, 1927.

GRAZIOSI, G.; *INMARSAT, la nuova organizzazione internazionale per le telecomunicazioni via satellite,* en Poste e telecomunicazioni, No. 11, 12, 1976.

GROSS, G.; *La nouvelle UIT,* en J T vol. 30, No. 10, 1963.

HAGA, O.; *INMARSAT: un exemple de coopération internationale étendue au monde entier dans le domaine des télécommunications,* en J T vol. 47; VIII, 1980.

JACOBSON, H.; *Internacional institutions for telecommunications: the ITU's role,* en Mc Whinney, E., *The international law of communications,* A.W. Sijthoff, Leyden, 1971.

JOZSEF, I.; *Considerations sur les dispositions juridiques propres à améliorer et protéger les communications spatiales,* en J T vol. 30, No. 3, 1963.

LA TORRE, *Primi lineamenti di un diritto delle onde eteree,* en Rivista di Diritto Pubblico, luglio-agosto, 1924.

LEIVE, D.; *International telecommunications and international law: the regulation of the radio spectrum,* A.W. Sijthoff, Leyden 1970.

NICOTERA, F.; *The structure of the ITU,* en J T vol. 31, No. 6, 1964.

NICOTERA, F.; *Le organizzazioni mondiali delle poste e delle telecomunicazioni,* Ministero delle poste e delle telecomunicazioni, Roma, 1960.

MONACO, R.; *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico,* Torino, 1971.

MONACO, U.; *Le telecomunicazioni,* en La Tribuna Postale, maggio-giugno, 1979.

MORELLI, G.; *Nozioni di Diritto Internazionale,* Cedam, Padova, 1967.

PEPIN, E.; *Problèmes posés par les satellites de radiocommunications directes,* en J T vol. 37, No. 11, 1970.

PEPIN, E.; *Problèmes d'ordre juridique que posent actuellement les télécommunications spatiales,* en J T vol. 38, V, 1971.

Poste e telecomunicazioni, *I primi esperimenti di comunicazione via satellite dall'Italia,* Nos. 3-4, 1963.

Poste e telecomunicazioni, *Il satellite europeo per telecomunicazioni,* No. 3-4, 1979.

PROVENZA, G.; *L'aria, l'eteree e lo spazio cosmico nel Diritto Internazionale,* en Poste e Telecomunicazioni, No. 11, 12, 1961.

*** Para abreviación en adelante el Journal des Télécommunications será citado simplemente: JT**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

QUAGLIONE, G. ; *La generazione di satelliti Intelsat V,* en *Elettronica e Telecomunicazioni,* No. 4, 1979.

Radio e Televisione, *Le telecomunicazioni via satelliti artificiali,* No. 122, 1963.

Rassegna Postelegrafonica, *Conferenza amministrativa mondiale delle radiocomunicazioni* "CAMR 79", No. 10, 1979. Reglamento de Radiocomunicaciones.

SMITH, D.; *International telecomunications control,* A.W. Sijthoff, Leyden 1979.

STRACCA, G.; *Satelliti e telecomunicazioni en bilancio dopo el primo decennio,* en *L'Elettrotecnica No. 3,* 1976.

TRAINI, M.; *Il 12 Convegno internazionale delle comunicazioni,* en *Radio Industria No. 305,* 1965.

TRIBUNA POSTALA (La), *Telecomunicazioni spaziali,* maggio-giugno 1977.

TRIBUNA POSTALE (La), *Le telecomunicazioni in Italia,* marzo-aprile, 1982.

UIT, *Evolution des activités de l'UIT en matière de coopération technique pendant la période 1973– 1982,* en JT vo. 49, X, 1982.

UIT, *Du semaphore au satellite I,* en J T vol 32, No. 1, 1965.

UIT, *Du semaphore au satellite II,* en J T vol. 32, No. 2, 1965.

UIT, *Du semaphore au satellite III,* en J T vol. 32, No. 3, 1965.

UIT, *Du semaphore au satellite IV,* en J T vol. 32, No. 4, 1965.

UIT, *Du semaphore au satellite V,* en J T vol. 32, No. 5, 1965

UIT, *Du semaphore au satellite VI,* en J T vol. 6, No. 6, 1965.

UIT, *Du semaphore au satellite VII,* en J T vol. 32, No. 7, 1965.

UIT, *Du semaphore au satellite VIII,* en J T vol. 32, No. 8, 1965.

UIT, *Du semaphore au satellite IX,* en J T vol. 32, No. 9, 1965

UIT, *Du semaphore au satellite X,* en J T vol. 32, No. 10, 1965.

UIT, *Les télécommunications au Costa Rica,* en J T vol. 45, XI, 1978.

UIT, *Conférences de l'UIT: points de repère dans 117 années d'histoire de l'Union,* en J T vol. 49, VI, 1982.

WEELON, A.; *Applications des satellites de télécommunications: perspectives d'avenir,* en J T vol. 43, II, 1976.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS HERMANDADES COMO FACTOR DEL DESARROLLO COMUNITARIO EN COSTA RICA

Dr. Bernardo Baruch

INDICE

Pág.

Introducción 88

I. La universalidad de los problemas humanos 89

II. Un poco de historia (introductiva) 90

III. Las hermandades en Costa Rica 91
III-A. Los primeros años de la Colonia 91
III-B. "Comunitarización" de los colonos 92
III-C. Las primeras fundaciones 92
III-D. Las primeras hermandades 93
III-D-1. Los observantes y recoletos: Ramas de la Orden Franciscana 94
III-D-2. Los dominicos y capuchinos 95
III-D-2a. Los dominicos 95
III-D-2b. Los dominicos y la Inquisición 96
III-D-2c. Los capuchinos 96
III-D-3. La orden de los franciscanos 96

IV. Las hermandades del pasado y del presente 99
IV-A. Hermandades y cofradías del pasado 99
IV-B. Hermandades y logias del presente 100
IV-B-1. Comunidades laicas y organizaciones de servicio 100
IV-B-1a. La masonería en Costa Rica 100
IV-B-1b. La Sociedad Teosófica de Costa Rica 101
IV-B-1c. Las logias Bnai Brith de Costa Rica 101
IV-B-1d. Los Bahais 102
IV-B-1e. Los Rosacruces 102
IV-C. Las comunidades o hermandades religiosas 102
IV-C-1. La comunidad judía de Costa Rica 102
IV-C-2. La comunidad latinoamericana de los ministerios evangélicos, o misión latinoamericana 102
IV-C-3. Otros grupos o hermandades religiosas 103
IV-C-3a. Los Mormones 103
IV-C-3b. Los Amish-Menonitas y otros 103
IV-C-3c. Los Adventistas 103
IV-C-3d. Organizaciones y fraternidades de servicio 103

V. Conclusiones 103

Bibliografía 105

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

"El género humano ha nacido con el instinto de la unión, de la asociación y de la comunidad".

*(Cicerón)**

INTRODUCCION

El sugestivo tema "Las Hermandades, expresión del movimiento comunitario en España" que con la venia del profesor será "trasladado" a Costa Rica, en principio parece que es un tema exclusivamente histórico. Y lo ha de ser así, pues es un trabajo para Historia del Derecho. Sin embargo, es difícil, abstraerse de su sentido filosófico que encierra en sí las Hermandades, ya que en ellas —que puede generalizarse— hay una expresión de superación humana, hay algo que traduce silenciosamente un sentimiento hermandado en solidaridad o comunidad en el sentido que nos indica la cita de ese gran maestro de la naturaleza humana; Cicerón*, y desde este contexto las hermandades son una viva expresión de comunidad.

El hombre, el género humano, a través de los siglos, en una sucesión continua de generaciones de; "generación va, y generación viene; mas la tierra siempre permanece" (A) está en la búsqueda de una hermandad universal, que por no lograrlo, se reduce a su pequeñez, y hace intentos o muestreos dentro de sus limitaciones, y los expresa a través de hermandades reducidas, circunscritas a limitadas actividades y propósitos, pero con el fin intrínseco; "hermana" en una comunicación a los hombres, el género humano. De ahí, las hermandades y las fraternidades de distintos signos. Cada una "encerrada" en su verdad.

El "Opio del Pueblo" refiriéndose a la religión a lo que se refería Marx —que es una expresión de hermandad mayor— tiene en nuestros días un equivalente "opio" que promueven muchos gobiernos en honor al viejo altar pagano griego de "mens sana in corpore sano", el fútbol en nuestros países, se está convirtiendo en una hermandad con "dogmas" de equipo casi religiosos. Sin que entremos ahora a analizar los beneficios y perjuicios que esto produce o causa, es un fenómeno curioso, "hermandad" y su influencia en los pueblos (B).

Sin querer, ni proponérselo, hemos entrado en problemas de una "antropología filosófica", y nos viene a la mente que Martín Buber hizo referencia al rabino Bunan de Przysucha, quien quería escribir sobre el hombre con el título "Adan" y decidió después de reflexionar, no escribirlo lo que nos hace "huir" de adentrarse en ese problema de ¿Qué es el hombre? que el propio Buber, decía que no es la ciencia más cultivada ni la más desarrollada por el hombre (C). Lo importante es que la unión y la hermandad es una expresión que brota del hombre en todos los tiempos y espacios.

Por otro lado, el criterio de que la historia es moldeadora del hombre, que es cierto en lo individual, creemos acertado el pensamiento de Marx en cuanto el hombre; género humano, es el que "fabrica" la historia, la motiva, y la realiza:

> "La historia no hace nada, 'no encierra ninguna riqueza inabarcable' no toma parte en ningún combate 'no es la historia' sino precisamente el HOMBRE, el hombre viviente y real el que lo hace todo, lo posee todo y lucha por todo. La 'historia' no es una personalidad concreta que utiliza al hombre como medio para conseguir sus fines. No es otra cosa que la actividad que desarrolla el hombre en procura de sus fines" (D).

Una sola referencia, para salirnos de la antropología filosófica, es un pensamiento que recibimos de nuestra hija menor, Rossana, cuando tenía ocho años en una conversación de sobreme-

---

* CICERON. *"Antología del pensamiento jurídico"*. Pub. Univ. de Costa Rica, Ciudad Universitaria, R. Facio, 1971.

(A) BIBLIA. Eclesiastés I; 4 Original hebreo, Yelnash Ferlag Gezalseluft. Forward Edition USA, 1957.

(B) DA MATA, Roberto. Antropólogo brasileño. Su trabajo sobre el fútbol citado por Mario Vargas Llosa. *"El opio del pueblo"*. Art. en La Nación de hoy 1 de julio de 1980.

(C) BUVER, Martín *"¿Qué es el hombre?"* Fondo de cultura económica, México, 1964, pág. 11.

(D) MARX, Carlos. Obras escogidas, cit. por Cerdas Cruz, Rodolfo en *"Formación del Estado Costarricense"*. Pub. Univ. de C.R.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

sa, sobre el tema de la creación. La niña, con su mente ocupada en sus tareas escolares propias de su edad, nos dijo un pensamiento digno de filósofos, que resumimos: "Dios creó al hombre a su semejanza e imagen, con lo cual el hombre tiene la potestad de terminar la creación, sea terminar y continuar la obra divina cumpliendo la orden de "henchid la tierra y sojuzgadla" (DX). Este afán —creemos nosotros— es el que hace que el hombre busque su expresión en la unión y perfeccionamiento de la humanidad.

Hemos de confesar, que lo anterior es una sustitución de material específico para este trabajo, ya que hemos tropezado con la primera y más significante dificultad, al no conseguir el libro "Las Hermandades expresión del movimiento comunitario en España" del profesor Dr. don Antonio Alvarez de Morales, que sin duda hubiese sido inspiración y guía de este trabajo, libro que no hemos podido encontrar en nuestro país. La segunda dificultad, es que la bibliografía local sobre este tema, es muy escasa, y la que hay se encuentra más en manos particulares que en las bibliotecas. Con la advertencia de estas dificultades, no queremos usarlo como un "autoengaño" para justificar al perezoso subconsciente y nos sobreponemos buscando datos en forma directa, acudiendo a los más autorizados historiadores costarricenses; doctor Carlos Meléndez Chaverri y profesor Rafael Obregón Loría, a quienes expresamos profundo agradecimiento por su gentileza, voluntad e información. Si este trabajo llega a tener algún éxito positivo, a ellos se debe. Si no corresponde a lo propuesto, sólo pedimos la indulgencia y disimulo del profesor, aceptando y agradeciendo las debidas correcciones, ya que es un tema complejo y poco explorado en nuestro país.

I. LA UNIVERSALIDAD DE LOS PROBLEMAS HUMANOS

"Las obras humanas han de ser creadas humanamente por procedimientos humanos. Cambian las ideas porque cambian las cosas y los hombres, pero la naturaleza del enlace del hombre con las cosas no cambia".[1]

Si entrelazamos las dos citas, de Cicerón y la presente, encontraremos una justificación de este trabajo que trata de cubrir un movimiento comunitario, impulsado por el motor que fueron las hermandades en el desarrollo político y social dentro de las luchas "cerradas" por abrir brechas y seguir hacia adelante, entre, y dentro de tantas comunidades en el orbe entero. Hemos de limitarnos al análisis de la expresión del movimiento comunitario costarricense, y el papel que las hermandades desempeñaron e imprimieron en nuestra historia. No obstante, creemos oportuno enfocar que el movimiento de las hermandades, necesariamente tenía —a nuestro entender— raíces profundas en un humanismo natural con metas de un "panuniversalismo", innato talvez, o de pensamiento adelantado a lo que hoy podríamos llamar "internacionalismo".

Es difícil ignorar, o no mencionar, la sutil relación que existe con el "derecho de gentes", originado en Roma, como una "semilla" primitiva de la teoría de la autodeterminación de los pueblos, pero con una elaboración más profunda y de aplicación "internacional", por Hugo Grocio. Lo que más quisiéramos enfatizar es, el sentido de una universalidad de la problemática humana, que es una constante a través de los siglos. Los hombres con la natural necesidad de unión y sociedad, van naciendo y proyectándose al mundo con esa vocación. En todas las épocas, existe "concientización" a formar grupos, asociaciones y hermandades, que han de ayudar en la constante evolución del objetivo bíblico de "Creced y multiplicaos" o "Fructificad y multiplicad, y henchid la tierra, y sojuzgadla. . ."[2] que es una realidad humana dentro de la misión del hombre en la tierra, y que crea esa universalidad de los problemas humanos en todos los campos de su quehacer social, político y cultural, que para satisfacer recurre al quehacer económico. Es una realidad que el

---

(D[X]) BIBLIA. (Génesis 1:23)

1. SINTES, Jorge. Citando a Ganivet en cartas filandesas Ed. Sintes, Barcelona, 1961.
2. BIBLIA. Génesis 1-28, ob., cit.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

hombre ha de ser motivado por retos, el "Challange" al cual dio tanto énfasis Toynbe,[3] que resulta en un constante ciclo que universaliza los problemas humanos.

Las hermandades son una expresión de solidaridad que yace en el profundo "ser" del hombre. Dentro de su "concepto del mundo" que no puede aislarse de la actividad y actualidad del hombre en tanto que se encuentra en una red, cuyo ser es, "ser siempre" unido el complejo enjambre de retos de "paras", que es la espera o esperanza de que se nutre el futuro, es "proyecto", una esperanza de realizaciones, como lo resume Lain Entralgo:

> "El Proyecto —o un proyecto— forzosamente atendido a las posibilidades de la realidad corpórea en que el espíritu humano se encarna, es, pues, la forma propia y primaria de nuestra espera".[4]

La realidad humana en su "ser siempre" es proyecto, es también volición, afectos e intelecto, en la búsqueda de "realizarse", en la perfección de la creación. Así, cada grupo social es parte de esa problemática universal. A este grupo, —el de nuestro país— tan pequeño en el universo, pero del que es parte integral, muy consciente de su participación en lo que Alf Ross quiso llamar "derecho integral" en vez del comúnmente usado "derecho internacional privado".[5] Circunscrito a Costa Rica, hemos de dedicar este análisis o ensayo, sobre las hermandades y su aporte en la expresión comunitaria costarricense.

II. UN POCO DE HISTORIA: (Introductiva)

Costa Rica, país centroamericano con dos litorales; del Atlántico y del Pacífico, formaba parte de la Capitanía General de Guatemala dentro de la organización jurídico-administrativa de España en las Indias. Recibió por primera vez en 1539 el nombre de Provincia de Costa Rica.

El historiador Ricardo Fernández Guardia, señala que Colón arribó a las costas de nuestro país el 18 de setiembre de 1502, en la Bahía de Limón, llamada por los indios Cariari, en su cuarto y último viaje que salió de Cádiz el 11 de mayo de aquel año.

Los anales históricos señalan también que la población indígena de Costa Rica en el tiempo de la conquista española contaba con unos veintisiete mil personas, de una formación cultural de "entronque", ya que reunían culturas influenciadas por el Norte y por el Sur, desde los Aztecas hasta los Incas, distribuidos en diferentes zonas, que los arqueólogos —conforme a recientes investigaciones— agregan a la distribución tradicional de los tres grandes grupos de Chorotegas, Bruncas y Huetares, los grupos de indígenas de "eslabón" de grupos culturales de influencia Mixteca —Puebla de Mesoamérica y Macrochibcha de Suramérica, que motivó a muchos arqueólogos darle al país el apelativo de "riqueza de las Indias". Lo que para este trabajo puede interesar es que los misioneros —que llegaron como hermandad u orden "organizada" muy avanzada la colonización principalmente la hermandad de Franciscanos—, encontraron indígenas "cosmopolitas". Todos los indios de Costa Rica creían en un ser supremo como causa primera de todas las cosas que influido en el pensamiento e interrelación de los colonos con los indígenas, como también en la falta de interés de la Corona en esta Provincia sin casi ninguna explotación.[6]

Los pobladores españoles que colonizaron a Costa Rica fueron muy escasos. En 1717 después de 215 años de la llegada de Colón y 154 años de los primeros asentamientos españoles, de vivir aisladamente en la Meseta Central costarricense, formaban una comunidad de 2.330 personas que se autogobernaban democráticamente.[7]

---

3. POYNBE, Arnold. *"A Study of History"*. Tomado de "Jews, God and History" de Max Dimand, New American Library Signet Book, New York 1962.
4. LAIN ENTRALGO, Pedro. *"La espera y la esperanza"*. Revista de Occidente, Madrid, 1958, p. 503.
5. ROSS, Alf. *"A textbook of international law"*. Ed. longmans, Green Londres 1947 pág. 73, citado por Jesupap Philips en *"Derecho transnacional"* Ed. Trillar, México, 1967.
6. FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. *"Cartilla Histórica de Costa Rica"* 44a. ed., Antonio Lehmann, San José, Costa Rica, 1970.
7. CHACON TREJOS, Gonzalo. *"Costa Rica es distinta en Hispanoamérica"*. Imp. Trejos Hnos., San José, C.R., 1959.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

En junio de 1563 los españoles fundan los primeros poblados de colonos, siguiendo el proceso colonizador, igual que en toda América Hispana conquistada. Detrás del "hombre de espada" viene el "fraile con la cruz". La colonización de Costa Rica —sus pobladores "civiles"— de carácter peculiar según Chacón Trejos, buscaban refugio de las persecuciones de la Inquisición:

> "Los que llegaron a Costa Rica se libraron definitivamente de persecuciones. En la deliciosa Meseta Central, a donde se llegaba con dificultad porque era de difícil acceso, allí plantaron sus tiendas, construyeron sus casas, labraron la tierra y criaron sus hijos. El aislamiento y la pobreza fueron su más eficaz defensa, su más recio escudo contra la intolerancia y el despotismo. Los dejaron en paz porque no tenían minas ni de oro ni de plata".[8]

Estos colonos, que desde el principio se identificaron con el indígena desde el instante que se acogieron al terreno costarricense, para asentarse en él, dejaron de ser españoles y se confundieron con ese "cosmopolitismo del indígena con miras a forjar una nueva nación, sea por el pensamiento "rebelde" como el de los colonos se autoidentifican, y así identificaban al indígena, o por las razones de su voluntario aislamiento, para no entrar en contacto con el "agente" del Santo Oficio, ya que en Costa Rica, nunca tuvo asentamiento el Tribunal de la Inquisición.[9]

La situación de los colonos y sus temores, bien nos describe el historiador Carlos Monge Alfaro, quien fundamenta su tesis de la "democracia rural" costarricense: en ella "no hubo castas ni esclavitud"[10] "que los pobladores desobedecían toda clase de órdenes y no les preocupaba vivir en poblado.[11]

Estos datos, citados por Monge Alfaro, provienen de las crónicas coloniales de 1751. De ello se deduce que aquellos colonos costarricenses, desatendían tanto las órdenes gubernamentales, como las eclesiásticas. En efecto hubo necesidad en 1775 de intervención militar, del Capitán Tomás López del Corral para:

> "obligar a los vecinos de Barva y Aserrí a que se congregasen en sus respectivos pueblos para que no estén las Santas Iglesias solas y casi desiertas como lo están".[12]

Lo interesante para este estudio, de la sinopsis histórica que, refleja una situación de un cierto caos institucional de la época que nos puede dar una visión de cómo se encontraba la "infraestructura" que podría ser "fértil" o "estéril" —según la visión de cada bando— para el desarrollo de las Hermandades y su influencia en las comunidades.

III. LAS HERMANDADES EN COSTA RICA

III—A. Los primeros años de la colonia

Como lo indicamos anteriormente, la peculiaridad del colono español en Costa Rica, se distinguía por su afán individualista el vivir en paz sin exponerse al Santo Oficio de la Inquisición, no buscó las explotaciones, ni las encomiendas, como lo fueron las colonizaciones del resto de América, que fundamentaron sus instituciones político-económicas en las encomiendas como afirma Rodolfo Puiggrós:

> "Los indios constituían la verdadera riqueza del encomendadero, eran la fuerza del trabajo de que podía disponer abundantemente. La tierra nada valía sino era regada por el sudor y sangre del Indígena. La encomienda no equivalía a un título de propiedad territorial pero sin ella carecía de valor".[13]

En cambio en Costa Rica, el colono era un campesino que trabajaba su propia tierra por su propia voluntad, sus propias manos, con propio

---

8. CHACON TREJOS, Gonzalo. *"Costa Rica es. . ."*, ob. cit., pág. 24.
9. BARUCH, Bernardo. *"La nacionalidad judío-costarricense"*. Tesis, Facultad de Derecho, Univ. de Costa Rica, 1972, (pág. 340).
10. MONGE ALFARO, Carlos. *"Historia de Costa Rica"*. (13a. edición Imp. Trejos Hnos., San José, 1966). pág. 137.
11. MONGE ALFARO, Carlos. Ibíd. pág. 131.
12. MONGE ALFARO, Carlos. Ibíd. pág. 132.
13. PUIGGORS, R. *"De la Colonia a la Revolución"*. Ed. futuro, Buenos Aires, 1967, cit. por Cerdas C. R.; ob. cit., p. 64.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

sudor, ya que pudo emigrar con otros conquistadores a otras tierras. El colono costarricense, quiso ser campesino por vocación al trabajo y el espíritu contra la opresión. No es que la "historia lo olvidó" —que es la parte en que no concordamos con el profesor Pacheco— el colono quiso olvidarse de la historia de la conquista y opresión que no estaban "cerca de su corazón"; esta ha sido la razón de encontrarse al margen de las grandezas españolas, con lo que si concordamos con el profesor Pacheco quien dice:

> "Así, pues tres siglos de miseria, de trabajo individual de la tierra, de un profundo olvido de la historia, en el transcurso de los cuales las virtudes esenciales de los españoles se conservaron, fueron suficientes para formar una nación, al margen de los grandes Virreinatos americanos, Nueva España y el Perú sin que nadie sospechara este curioso fenómeno, como no fueran los honestos gobernadores que se vieron obligados a vivir en Costa Rica una democracia paternalista, digna quizás de una égloga latina"[14].

Lo citado nos da una sinopsis lo que era la vida comunitaria en Costa Rica en esa época, y pueda servir de cierta explicación histórica del porqué no se desarrollaron Hermandades, ya que no tenemos noticias de ninguna hasta 1776 cuando se fundó, o se asentó en Costa Rica la orden o hermandad de los Franciscanos; el Convento de San Francisco de Cartago; ya en forma de hermandad u orden.

III—B. "Comunitarización" de los colonos

El "abandono" o aislamiento voluntario de los colonos en Costa Rica, coincidía con un hecho histórico curioso; también los indios costarricenses, coincidían con el pensamiento de la "autodeterminación" de los colonos.

Si bien es cierto eran de escasa población en relación a los pueblos americanos en general, superaban en más de diez veces a la población de colonos españoles en Costa Rica. De contacto escaso pero "cortés" entre los pobladores indígenas y españoles, con aparente consentimiento o cierta admiración hacia los caciques rebeldes.

Este intercambio y de fusión paulatina del indígena y criollo costarricense, ayudado sin duda por el encuentro de almas "simultáneas" en el profundo ser con respecto a la libertad, debió haber impresionado mucho a los primeros colonos, la rebelión del Cacique Pablo Presbere de Talamanca, su valentía y amor a la libertad, que también sentían los colonos:

> "Tanto es esto así, que el español nunca pudo someter a la población natural de Talamanca por la fuerza de las armas. Sólo fue eficaz la acción misionera de los franciscanos".[15]

extracto conciso que, al tiempo que nos relata la posición "socio-política" de los pobladores indígenas y españoles, nos trae la noticia de la intervención y su consecuente influencia en aquellas comunidades de la hermandad u Orden de los Franciscanos.

III-C. Las primeras fundaciones

Los conquistadores españoles salían de sus comarcas con misión y permisos de fundar ciudades en el avance del conquistar de las tierras americanas. En Costa Rica, le tocó a Juan Vásquez de Coronado en 1563 ser el fundador de Cartago en el Valle del Guarco, que luego fuera el asentamiento del Gobernador de la Colonia, y capital en los primeros años de la Independencia.

A Juan de Cavallón le tocó fundar la ciudad de Garcimuñoz, de la cual él era originario del mismo nombre —en España— la Villa de los Reyes, el puerto de Landecho y otros poblados. Dentro del plan español de conquista, se formaban los pueblos, y los frailes que iban detrás del "hombre de espada", ellos "con la cruz", pero subordinados al régimen militar del cual formaron parte. En esta época no podemos situarlos en el trabajo misionero que luego realizaban las Hermandades y Ordenes religiosas como fueron los Franciscanos, Dominicos, Capuchinos y Recoletos.

El padre Estrada Rávago (quien fuera en 1562 gobernador militar de la Provincia de Costa Rica), fue el primer sacerdote que predicó el evangelio en Costa Rica. Estrada Rávago no puede ser considerado misionero en el sentido intrínseco de esta palabra, pues él era otro de los conquistadores —sacerdotes—, siendo su misión religiosa parte de su función militar. Después llegaron algunos frailes, la mayor parte franciscanos, o de las ramas de esta orden.

---

14. **PACHECO, León.** ***"Evolución del pensamiento democrático de Costa Rica".*** **Rev. Combate (Mar-abr. 1961), San José, pág. 31-43.**

15. **CORDERO, José A.,** ***"El ser de la nacionalidad costarricense".*** **Ed. Tridente S.A., Madrid, 1964, pág. 39.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Los pobladores de Costa Rica de casi todas las fundaciones, —que consistían en una iglesia y una plaza— no las poblaron, sino los pobladores se mantuvieron en sus haciendas.

De ello da testimonio el historiador Monge Alfaro y Chacón Trejos por otro lado, con un enfoque de cripto-judaísmo de los primeros pobladores costarricenses. Ambos coinciden que "desobedecían, toda clase de órdenes"; ". . .fieles a su consigna[16] de desobedecer cuantas emanasen de las autoridades civil y eclesiásticas no se preocupaban por iniciar los trabajos" (de agruparse alrededor de las Iglesias). Una gran cantidad de vecinos seguían viviendo en sus haciendas sin ánimo alguno de construir casas en derredor de la Iglesia".[17]

Las funciones así no recibían la confianza de la Corona, y se notaba un franco retraso en su desarrollo religioso-político, y de las propias comunidades, sufrían un atraso social.

Un "escándalo tapado" que en 1574 originó un coplero "rebelde" quien causó zozobra y preocupación en Aranjuez, fundada en 1569 por Perafán de Ribera, resultado de una copla contra el gobernador, interpretada por muchos como una expresión de cripto-judaísmo de sus pobladores.

El coplero, Domingo Jiménez, a quien Joaquín Vargas Coto nos lo presenta como: "el coplero, ingenioso, valiente que desafía al primer tirano que muestra su dura cara en los fastos de nuestra historia. . .".[18] La copla decía:

> "Por no ver mi perdición
> Parto de esta tierra aflito
> Huyendo de Faraón
> A tierra de Promisión
> Dexando aquesta de Egipto.[19]

Este incidente del coplero, le confirmó al Gobernador Anguciana la "deslealtad" de los pobladores de Aranjuez, y poco después fue evacuada y eliminada esta fundación.

Lo que al presente trabajo interesa, es la necesidad que encontró la Corona de fomentar la vida comunitaria de los poblados costarricenses con las misiones "que fortalezcan la fe" y la obediencia y respeto a la autoridad del Rey, en ambos "flancos" tanto del indígena "rebelde" y de los colonos no menos "rebeldes", ambas rebeldías de manifiesto sentido contra la autoridad política y eclesiástica en casi todas las fundaciones con diferencias sutiles entre una y otra.

III-D. Las primeras hermandades

La Corona Española, bajo cuyo escudo Cristóbal Colón descubrió, llegó y ocupó las Indias, se vio envuelta en la colonización de estos territorios, aunque este no haya sido el propósito. Ni el propio Colón ni los Reyes Católicos, no se imaginaban el real resultado de su expedición cuando Colón pidió ayuda y licencia para hacerlo.

Lo paradójico e irónico de las "jugadas" o ironías que la historia le hace al hombre, ha sido parte de esta conquista y colonización de las Indias. Para muchos historiadores fue la casualidad, la descubridora de estas tierras americanas, al buscar Colón una vía "directa", "acortada" a la India, para "acelerar" el comercio de especies con los hindúes. Para otros entre ellos Salvador de Madariaga, Colón, ayudado por Rabi Isacc Abarbanel, Ministro de Finanzas de los Reyes Católicos y por el profesor hebreo de Salamanca, Abraham Zakuta; —quien elaboró las cartas de navegación, que guiaron al descubridor de América— que los tres bien sabían y conocían la existencia de las tierras americanas, por los estudios anotados por Zakuta. Así la empresa fue originada en el reto —el "Challenge" de Toynbe antes citado— de la circunstancia y coincidencia del Decreto de Expulsión de los Judíos de España —también en 1942—. Para estos, Colón y Zakuta buscaron y planearon colonizar estas tierras con los refugiados judíos de España. La empresa se originó al salir Colón en busca de tierra de libertad tanto para los hebreos de fe, que el Decreto Real expulsaba de España, si no se convertían al cristianismo, como para aquellos "anusim". o "marranos" —"obligados" cristianos que secretamente confesaban la fe de sus ancestros, exponiéndose a la hoguera del Santo Oficio de la Inquisición—. El resultado histórico —y su ironía— fue que detrás de los conquistadores no tardó en llegar el Santo Oficio a tierras americanas con gran actividad en México,

---

16. ¿Qué clase de consigna? Para muchos que se refiere a la consigna judaica de mantenerse en "sus trece" preceptos.
17. MONGE ALFARO, Carlos. *Historia. . .* ob. cit., pág. 132/3.
18. VARGAS COTO, Joaquín. Prólogo a *"Noticias de antaño"*. Imp. Nacional, 1949, pág. 24.
19. JIMENEZ, Manuel de Jesús. *"Noticias de antaño"*. Imp. Nacional, 1949. pág. 43.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Cuba y Perú.[20, 21, 22] situación que no dejó de reflejar en la vida social de las recién creadas fundaciones en Costa Rica, surgiendo la intervención de las hermandades para darle vida comunitaria española-cristiana a estas poblaciones indígenas y española.

III-D-1. Los observantes y recoletos: Ramas de la Orden Franciscana:

Costa Rica era la más olvidada provincia de la Capitanía General de Guatemala, bajo cuyo Gobierno y decisión salieron las órdenes, ordenanzas y asignación de misiones.

La política real para las Indias tomó un cauce con énfasis en las misiones, al darse cuenta que el sacerdote-militar no obtenía el éxito requerido. Al quedar organizadas las villas y poblados política y militarmente surgió la necesidad del desarrollo comunitario y resultó práctico encargar esta tarea a las misiones, órdenes o hermandades.

La evangelización de las Indias se convirtió en problema político de compromiso. La Corona Española necesitaba como "negocio de Estado" de la evangelización, que fue la base "legal" del derecho de España sobre las tierras conquistadas, que los Reyes se obligaron adoctrinar en el cristianismo católico. De ello hay suficientes datos:

> "...Los Reyes Católicos se preocuparon por obtener la consagración papal de sus derechos sobre las tierras descubiertas y por descubrir. Por supuesto la plena soberanía que les fue concedida por las bulas "alejandrinas" (concedidas por Alejandro VI en 1493) estaba subordinada a la evangelización de los habitantes".[23]

Esta obligación, más política que religiosa tuvo acondicionamiento en la acción colonizadora. De todas maneras, las bulas fueron la documentación de "legitimatio" y fundamento de las posesiones españolas del Nuevo Mundo, siempre invocadas por la monarquía española en disputas o dudas de lo que el Padre Las Casas llamaba una "colonización destructora".

Las misiones venían a ser la recompensa o "pago" del derecho otorgado por las bulas, y esta actividad vino a chocar, o convertirse en un "encontrar" de ambas tendencias; de la "colonizadora-explotadora" con la "evangelización-humanizadora" de los habitantes, que en Costa Rica abarcaba a indígenas y españoles.

Así vemos, que las bulas "alejandrinas" fueron condicionadas a la evangelización de los habitantes de las nuevas tierras:

> "Debeís enviar a susodichas islas y tierras hombres probos y temerosos de Dios, doctos, instruidos y experimentados, que enseñarán a los naturales la religión católica y les inculcarán las buenas costumbres llevando a su tarea toda la diligencia necesaria".[24]

Circunscrita al territorio costarricense, —llamada Provincia de Veragua en los primeros años— formaba parte de las políticas de las Indias de esta región, que dependía de Guatemala. Los dirigentes se dieron cuenta de la necesidad comunitaria de líderes y guías.

El 28 de mayo de 1694, en junta extraordinaria que celebró el Ayuntamiento de Guatemala con el voto del ayudante General don Cristóbal Fernández de Rivera, receptor y depositario general de la Real Audiencia, quien manifestó en esta ocasión:

> "es y será en esta ciudad y sus provincias muy del servicio de Dios Nuestro Señor la asistencia de los dichos reverendos padres por las utilidades espirituales que en todas partes se han experimentado, así causados por sus santos ejemplos por los continuos trabajos de su apostólica predicación, de que han cogido para Dios el copioso fruto que es notorio, así en el adelantamiento de los fieles como en la reducción de los infieles".[25]

Ya con anterioridad hay constancia histórica de cartas solicitando el envío de misiones a Costa Rica, sean misiones de órdenes y conventos de

---

20. ENCICLOPEDIA. *"Enciclopedia Judaica Jerusalén"*. Jerusalén. 1971. Tomo V, pág. 756.
21. SAPHIRE, Shaul. *"Columbus der Yid"* en Yidish. Columbus The criptic jew, 1934.
22. DIMONT I, Max. *"The indestructible jews"* Ed. signet A. New American Library, USA, 1973.
23. BATAILLON, M. y SAINT-LU, A. *"El padre Las Casas y la defensa de los indios"*. Editorial Ariel Barcelona, 1976.
24. HERNANDEZ, Francisco Javier S.A. *"Bula intercetera"* colección de bulas, breves y otros documentos relativos a la iglesia de América y Filipinas. Bruselas 1879 T. 7 págs. 12-14 citado por M. Bataillon, ob. cit., pág. 70.
25. PEREZ VALENZUELA, Pedro. *"Los recolectos"*. Apuntes para la historia de las misiones en América Central, Tipografía Nacional, Guatemala C.A., 1943. pág. 31.

hermandades organizadas, ya que en cuanto a religiosos propiamente, los hubo, lo que llamamos sacerdote-militar que llegaron junto con los conquistadores que eran los Observantes, pero de muy escasa influencia real en la vida creativa comunitaria.

El primer Observante que llegó a Costa Rica, lo fue el Padre Betanzos, quien a la vez fue el primer misionero de Costa Rica —en el sentido que antes aclaramos— que acompañó a Juan de Cavallón y Estrada Rávago.

Según Eladio Prado se le daba el nombre de observantes "...a los clérigos o seculares que acompañaban a los conquistadores anteriores a Cavallón en su paso, más o menos rápido por las costas".[26]

Con el acuerdo citado del ayuntamiento de Guatemala se incrementó el interés oficial en el factor político local de las misiones. Así, a fines del siglo XVII llegaron a Costa Rica los primeros recoletos; Fray Melchor López y Fray Antonio Margil y procedieron a la fundación de las misiones de Talamanca. En los últimos años del siglo XVII y a principio del XVIII vinieron nuevos recoletos —dependiendo del Convento que fundó Fray Antonio Margil en Guatemala en 1701, centro de las misiones en las conquistas encomendadas a la Recolección— que reforzaron la misión de Talamanca. Después de la sublevación general de Talamanca en 1709 los recoletos renunciaron a su obra y se retiraron. Se establecieron nuevamente en Cartago en 1741 en la Iglesia La Soledad como residencia principal y en 1783 cedieron la residencia a la Fundación del Hospital San Juan de Dios y se retiraron a Orosi, donde aun queda en pie esta vieja misión.

Al terminar el siglo XVIII los observantes administraban las parroquias de Barva, Pacaca y Ujarrás y varias doctrinas, tenían además conventos en Cartago y Esparza.[27]

Conforme al criterio de historiadores especializados en esta materia como lo es Eladio Prado, se deduce que los Observantes y los Recoletos fueron hermandades, "separadas" de la Orden y Convento de San Francisco, sea una rama franciscana.

En Centroamérica, con actividades también en Costa Rica han influido en la formación y afirmación de las Comunidades, también otras órdenes o hermandades como los dominicos, mercedarios, agustinos y belemitas, además de los Observantes y Recolectos. Pero la orden de más influencia en Costa Rica lo fue la orden Franciscana, quienes con la Tercera orden de San Francisco, reestablecida a fines del siglo XIX aún mantiene su convento.

III-D-2. Los dominicos y los capuchinos:

Representantes de casi todas las órdenes religiosas de hermandades y Conventos de España han llegado a tierras americanas como "Ministros de un Santo negocio" como decían las "cartas de presentación" de la época y es válido relacionar con lo dicho anteriormente conforme hemos citado a M. Bataillon, la evangelización era una obligación negociada contraída en las Bulas Alejandrinas como "negocio de Estado".

Siguiendo los sucesos, estas dos órdenes; Dominicos y Capuchinos tenían actividades no muy notorias en Costa Rica.

III-D-2a. Los dominicos:

Dependiendo Costa Rica de la Capitanía General de Guatemala, todas las órdenes religiosas que tuvieron asiento en Guatemala, de alguna manera han hecho incursiones —aunque fuesen esporádicas— a Costa Rica. Sabemos que en 1529 ya existían en Guatemala, aunque en escaso número religiosos dominicos, contemporáneos de franciscanos y mercedarios, que formaban comunidades en el Valle de Panchoy;

> "Los Dominicos fundaron convento en Guatemala en 1529, y en 1535, llegó a él, procedente de Nicaragua el Padre Fray Bartolomé de las Casas...".[28]

Los misioneros dominicos buscaron más hacia el norte. Sin embargo sabemos que el Padre De las Casas estuvo en Costa Rica y hay noticias de otros dominicos con actividades en nuestro país.

Los dominicos tuvieron su razón de buscar hacia el norte —de Guatemala hacia México—,

---

26. PRADO, Eladio. *"La orden franciscana de Costa Rica"*. Ed. por padres capuchinos de Cartago C.R., Imp. "El Heraldo", 1925.

27. SANABRIA, Víctor Manuel. Arzobispo de San José, en *"El mensajero del clero"*. Revista mensual Eclesiástica de la arquidiócesis de San José, Costa Rica, abril 1931, facilitada por el prof. R. Obregón.

28. VILLACORTA, J. Antonio. *"Historia de la Capitanía General de Guatemala"*. Tipografía Nacional Guatemala, 1942, pág. 221.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

razón que tal vez encontramos en la presencia del Santo Oficio de la Inquisición, que según relata Villacorta:

> "Ese sombrío Tribunal fue establecido en Guatemala en 1571, y dependía de la institución que funcionaba con toda su macabra regularidad en México, Capital de la Nueva España".[29]

Unos años más tarde —el 26 de enero de 1776— don Francisco Vega pidió en Madrid mediante un largo memorial solicitando crear en Guatemala un Tribunal de la Inquisición que "resuelva en definitiva" lo que fue denegado igual que una solicitud anterior en 1758. El Tribunal de Guatemala actuaba como Tribunal de Instrucción, y los "casos" fueron pasados a los Tribunales del Santo Oficio con asiento en México o La Habana, Cuba. En Costa Rica sólo existió un "agente" del Santo Oficio que podía denunciar, y remitir a Guatemala a los "reos de herejía".

III-D-2b. Los dominicos y la Inquisición.

Hay una razón histórica de relacionar a los Dominicos con el Santo Oficio de la Inquisición. En tierras centroamericanas, hemos apuntado que realizaban actividades de evangelización con énfasis y cerca de las actividades de los Inquisidores con quienes estuvieron ligados desde su origen.

Los Reyes Católicos, Fernando e Isabel, al solicitar del Papa Sixtus IV en 1477, que autorice el establecimiento de la Inquisición en Castilla, —no hay por qué dudar—, que fueron motivados por su sentimiento católico fervoroso, que les dio el calificativo de Reyes Católicos. Pero el desarrollo histórico, y las "altas políticas del Estado" pudieron haber cambiado —como casi todo en la historia— el rumbo de origen, que se tornó luego más materialista, tanto con el aflujo de dineros y bienes confiscados a los "ejecutados" por el Santo Oficio que enriquecieron el tesoro de los monarcas, como el resultado "materialista" que trajo la conquista para evangelizar, que produjo esclavos y tesoros, como problemas de "negocio de Estado" al cual hemos hecho referencia.

Al recibir la autorización papal para el establecimiento de la Inquisición que comenzó sus primeras actividades en Sevilla, fueron designados los primeros inquisidores que fueron dos dominicos; Fr. Miguel de Morillo (27-set. 1480) y Fr. Juan de San Martín (1-enero 1481)[30] quedando dominada hacia el futuro por los Dominicos.

La fuerza que tomó la Inquisición en México, necesariamente tuvo que rodearse de Dominicos, y por eso nuestro criterio antes apuntado.

En los Archivos Nacionales de México existen 1553 expedientes de la Inquisición, correspondientes al período de 1521-1823.[31] Aunque sabemos que la Constitución de Cádiz abolió la Inquisición en México y Perú, se registraron casos hasta los años veinte del siglo XIX.

Un dato interesante puede ser el caso de un monge de Guatemala; Rafael Gil Rodríguez, quien fue denunciado por Judaizante y juzgado en México en 1788.[32] Como en Costa Rica, siguiendo la teoría de Chacón Trejos —varias veces citado— los colonos costarricenses querían "estar lejos" del Santo Oficio, y de ahí la poca actividad de los Dominicos en Costa Rica.

III-D-2c. Los capuchinos:

La orden de capuchinos que desarrolló sus actividades en Guatemala, llega por primera vez "organizada" en 1877. A raíz de la expulsión de los capuchinos de Guatemala en 1872 de los dos conventos en Antigua y Santa Tecla. Los de Antigua tomaron rumbo a California y los de Santa Tecla a Panamá. Del grupo esparcido de Panamá hacia Ecuador, algunos llegaron en 1877 a Costa Rica. El Cronicón, el principal de la orden, Fray Fernando de Montroig pereció ahogado al cruzar el Río Pacuare cuando llegaba con Fray Bernardino a Costa Rica.[33] Establecieron Convento en Cartago al lado de los Franciscanos. Los dos notorios misioneros Capuchinos fueron Fray Bernardino y Fray Antonio, desarrollando actividades en Tobosi y Orosi y otros pueblos en las cercanías de Cartago.

III-D-3. La orden de los franciscanos.

Desde el punto de vista de lo que entendemos la "médula" de este trabajo que es la influencia

29. VILLACORTA, J. Antonio. Op. cit., págs. 239/240.
30. Enciclopedia Judaica. "*Enciclopedia Judaica Jerusalén*", ob. cit., T. VIII, págs. 1382/83.
31. Enciclopedia Judaica. Ob. cit., pág. 1394.
32. Enciclopedia Judaica. Ob. cit., pág. 1394.
33. PRADO, Eladio. Ob. cit., pág. 205.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

de las hermandades en la expresión, o como factor de desarrollo en la vida comunitaria en el marco de sus actividades, hemos de concordar con el erudito Capuchino Fray Pelegrin de Mataró, quien en su prólogo al libro de Prado observa:

> ". . . ; que el país costarricense en su aspecto religioso y cultural lo debe casi por modo exclusivo a la Orden Seráfica del Padre San Francisco", y agrega:
> "Más aún; cualquiera extranjero que al pasar con alguna calma por este país procure observarlo, pronto echará de ver un aspecto del pueblo costarricense, que muy acertadamente deducirá ser secuela de la afirmación expresada y es que hay tal reverencia y estima del hábito seráfico del Padre San Francisco, que se antoja por muy íntima y general, como innata en la mayoría sana de sus habitantes".[34]

La obra del Sr. Prado, muy erudita, de paciente recolección de datos históricos de sumísima minuciosidad, atribuye, —tal como quedó influenciado Fray Pelegrin de Mataró— a los Franciscanos, no solamente lo que nosotros buscamos; —la expresión en el factor del desarrollo de las comunidades—, sino que todo aspecto cultural y religioso se debe a esta Hermandad. Lo anterior es lógico si comprendemos los sentimientos espirituales del religioso, y del propio autor quien afirma que su obra se debe a su fervor religioso.

Hay sin embargo autores e historiadores que no concuerdan en la medida exacta que le dan los citados de la influencia cultural —no religiosa— que fue nutrida de otras fuentes, más laicas que religiosas. Lo que nadie puede negar, es que la influencia de todas las órdenes religiosas fueron los moldeadores culturales y sociales de las comunidades costarricenses, y que son las que han asentado e imbuido el fervor religioso católico en la mayoría del pueblo, que pese a todas las "rebeldías" de indígenas y de los propios colonos en los primeros años, y las "oposiciones" de las corrientes laicas influenciadas por la ilustración y los enciclopedistas, la mayoría del pueblo costarricense, hace expresión de sus sentimientos y pensamientos que manifiesta en su máxima ley, la Carta Magna.

Al convertirse en Estado libre e independiente, las constituciones de Costa Rica, desde la primera (Pacto Social fundamental Interino de Costa Rica o Pacto de la Concordia de 1821) que en su artículo 3 afirmaba.

> "Art. 3. La religión de la Provincia es y será siempre la Católica, Apostólica, Romana como única verdadera, con exclusión de cualquier otra".[35]

Que pasando por todas las vicisitudes y corrientes liberales, durante los casi 160 años de independencia, el sentir religioso inculcado por aquellas hermandades de todas las ramas franciscanas, grava en el sentir del pueblo, y la Constitución Política que nos rige (del 7 de noviembre de 1949) en Título VI Capítulo único; de la religión, resalta el efecto de la enseñanza de aquellos educadores religiosos, como una viva expresión del factor que imprimieron en la comunidad costarricense:

> "Art. 75. La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres".[36]

sea, que pese al laicismo y liberalismo, el Estado, democrático, interpretando el sentir o "querer" del pueblo, es católico, credo que sostiene, aunque no impide —y en realidad protege— el ejercicio de otros cultos.

Según el Arzobispo de Costa Rica Víctor Manuel Sanabria fue la Orden Franciscana. Al hacer referencia a la obra histórica del Hmo. Sr. Augusto Thiel, Obispo de Costa Rica, "Datos cronológicos para la historia eclesiástica de Costa Rica" dice:

> "Esta recopilación está dispuesta con el arte de que nos permite seguir paso a paso, las vicisitudes de una institución de tan vasta y fecunda labor en Costa Rica, como la Orden de San Francisco. . . que escribe acerca de los orígenes, desarrollo y trabajos de la Orden Franciscana".[37]

No pudimos conseguir el libro del Obispo Thiel, pero sí el libro de Prado que lo recopila.

---

34. **MATARO, Fr. Pelegrin de Prólogo a *"La orden franciscana en Costa Rica"*, de Eladio Prado, ob. cit.**
35. **PERALTA, Hernán G. *"Las constituciones de Costa Rica"*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.**
36. **CONSTITUCION POLITICA. *"Constitución Política de la República de Costa Rica"*. Imp. Nacional, San José, Costa Rica, 1968.**
37. **SANABRIA, Víctor Manuel. *"El mensajero del clero"*, op. cit., pág. 1.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

Contiene una vasta gama de detalles históricos minuciosos de las actividades y viajes de los franciscanos que en principio dependían de la orden domiciliada en México a donde viajaban con frecuencia.

Un relato interesante que puede dar mucha luz sobre los orígenes de las actividades de la Orden Franciscana en Costa Rica, lo podemos tomar de una carta que escribió Fray Pedro de Betanzos que fue auxiliar poderosísimo de Estrada Rávago, siendo además, el primer franciscano que dio misiones en el interior de Costa Rica, habiendo aprendido con bastante perfección las distintas lenguas indígenas. En su carta al Rey, desde la ciudad de Nueva Cartago a fines de junio de 1563 dice:

> "Después de veinte y tantos años que a Nuestro Señor Dios, sirvo en los reinos de México y Guatemala, juntamente y a Vuestra Majestad, movióme el celo de estas gentes a venir de nuevo a esta Provincia de Cartago y Costa Rica".[38]
>
> Dice además en dicha carta que juntamente con el Lic. Ortiz, Alcalde Mayor de Nicaragua, a quien el Rey, por Real Cédula de 23 de febrero de 1560 daba instrucciones y poderes para que pasara a conquistar Costa Rica, lo que no se efectuó; que debían venir unos padres dominicos, que tampoco llegaron. Concluye pidiendo a S.M. que "mande a nuestro general de los frailes franciscanos" para que le envíe media docena de frailes o más para llevar adelante la obra de Dios, porque aunque no faltarían clérigos, "por la experiencia que tenemos acá en las Indias con ellos, más es disipar que edificar, especialmente en gentes nuevas,"[39]

lo que nos indica la fuerte injerencia e influencia que tomaron los franciscanos en Costa Rica.

El trabajo más estimado por la Corona, es el realizado por los franciscanos en la "tierra adentro" de Talamanca. Estos indios rebeldes no pudieron ser conquistados por las armas, pero sí "dominados" por los frailes franciscanos.

Talamanca, una región calculada en más de 6000 kilómetros cuadrados de superficie, estaba habitada por indios bárbaros y guerreros con un gran sentido de la libertad, con una bravura extraordinariamente temible, que definió el historiador Vásquez; que son indígenas "con más valor que ninguna otra nación en las Indias, se han defendido y rechazado a los españoles y conquistadores".[40]

En la fusión y confusión de los tiempos, en la confluencia del ser indígena —valiente y libre— con el espíritu del colono, que simpatizaba con ese indio, los franciscanos son los conquistadores y forjadores de lo que es la nación costarricense.

Fueron los franciscanos, —y no otros— que se internaron en las selvas misteriosas y peligrosas del territorio de Costa Rica, sin temor a la bravura de los indígenas belicosos, que "entendieron" más el mensaje del evangelio o el sacrificio humano del "ama a tu prójimo" que a la espada y sable, de los conquistadores.

La primera colonia en Talamanca, la fundaron con Hernán Sánchez de Badajoz. En 1564 ya pensaron fundar una misión en Talamanca, en Bocas del Toro, lo cual no pudieron realizar por las desavenencias que tuvieron con el Gobernador Anguciana de Gamboa, el mismo "celoso gobernador" que liquidó la población de Aranjuez, a la cual hemos hecho referencia anteriormente.

En 1581 en cabildo celebrado en Cartago se propuso la fundación de una misión en el Valle de los Mejicanos o Valle del Duy. En 1588, teniendo ya una misión en Aoyaque (al margen del río Tarire), los franciscanos pidieron al Rey que establezca una ciudad de españoles en el Valle del Duy. En 1605 siendo gobernador Juan de Ocón y Trillo, el Capitán Diego de Sojo y Peñaranda fundó al margen del Río Tarire, la ciudad de Santiago de Talamanca.

El Padre Fr. Juan de Ortega, franciscano de los Angeles de España, acompañó a Sojo y de inmediato comenzó su labor de catequización de indios. Además de Santiago, Fr. Juan fundó varias Iglesias; la de San Francisco de Tarraca (Ateo) Usubarú, Mayagua y Toyoque.[41]

A fines del siglo XVII, los franciscanos fueron reforzados por otros frailes que impulsaron las obras de apaciguamiento de los indios, y en especial se destacaron Fr. Melchor López y Fr. Antonio Margil.[42]

---

38. FERNANDEZ, León. *"Documentos"*. T. VII, citado por Prado, ob. cit.
39. PRADO, Eladio. Ob., cit., pág. 16.
40. VASQUEZ, Fr. Francisco. *"Crónica de Guatemala"*. Lib. III cap. XIII, cit. por Fernández Guardia.
41. PRADO, Eladio. Ob. cit., pág. 25.
42. SANCHEZ, Fr. Daniel. *"Vida popular de Fr. Antonio Margil"*. Imp. "El Heraldo", Cartago, Costa Rica, 1924.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

En 1709, el cacique Pablo Presbere, valiente indio de Talamanca, se levantó en armas y con su gente destruyeron la misión de Talamanca, matando a varios españoles y a los dos frailes franciscanos, Fr. Pablo de Rebullida y Fr. Antonio de Zamora, y marchó al frente de sus guerreros hacia Chirripó, en una nueva rebeldía dejando aniquilado veinte años de trabajo misionero.

Los franciscanos echaron las culpas del fracaso en Talamanca, unos a otros, de otra fracción o rama. En un informe al Rey del Fr. Benito Garret y Arlovi, XXVII Obispo de Nicaragua y Costa Rica, fechado el 1 de noviembre de 1711 atribuye el fracaso a los recoletos por "su falta de instrucción teológica y monástica" y acusa a los Observantes de "excesivo rigor en el trato de los indios".[43]

Lo que a nosotros confirma que el calificativo que le hemos dado a los grupos misioneros de "Sacerdote-Militar" a los Observantes y los de su condición, y "evangelista-comunitario" los misioneros dedicados a la Civilización y formación de comunidades.

Con la sublevación de 1709 inició la decadencia de las misiones, que comenzaron a dedicar sus esfuerzos en las comarcas de la Meseta Central.

Los indios de Talamanca siguieron en rebeldía hasta la independencia. Durante el primer cuarto del siglo XIX los españoles no se acercaron a la región. Hubo una gran guerra, larga y sangrienta entre los grupos indígenas entre los vicitas o bribris y los terbis.[44] Aún pocos años antes de la independencia los indígenas estuvieron en guerra y rebeldía; en 1815 apalearon a Fr. Apolinar Moreno y en junio de 1816 exigieron la devolución de los indios de su tierra bajo amenaza de matar a Fr. Vicente Quesada y a los indios convertidos-cristianos, si sacasen más indios de Talamanca.[45]

IV. LAS HERMANDADES DEL PASADO Y DEL PRESENTE

IV-A. Hermandades y cofradías del pasado

Hemos analizado las principales hermandades que tuvieron influencia en el desarrollo comunitario de nuestro país en los siglos XVI, XVII y XVIII, originados en su expresión en España, fueron trasplantados al Continente Americano con el "empuje" de alguna fuerza propia, pero principalmente por la fuerza de la necesidad de cumplir los fines del "negocio de Estado" de evangelizar a las Indias que fue el "precio" de la concesión de la conquista, conforme a las Bulas Alejandrinas.

Con el pasar del tiempo, estas hermandades se "colonizaron" a sí mismas, y en el desarrollo de los pueblos se indentificaron con las gentes y tierra de su objetivo y se tornaron más localistas, formando parte integral de esos pueblos.

Si bien no hemos analizado la orden de los Jesuitas, no podemos menos que mencionar su gran influencia en el país, a fines del siglo XVIII y principalmente en el XIX pese a las convulsiones políticas que en su contorno se suscitaron.

Es importante mencionar —sin penetrar en esta problemática, pero sin el olvido— que existieron hermandades, fraternidades, y cofradías, propiamente localistas.

Doris Stone, que fue la Presidenta del Museo Nacional, hizo estudios "incrustados" en el corazón de los pueblos aborígenes, nos habla de la existencia, de numerosas cofradías especialmente en lo que es hoy la provincia de Guanacaste, —la provincia más importante del norte del país— algunas cofradías, hermandades y fraternidades en una confusión, como las de Nuestra Señora de El Viejo, La Santa Vera Cruz, San Blas, Jesús, Nuestra Señora de los Dolores, El Rosario, Santo Cristo de Esquipulas, Nuestro Amo, Señor San José de Las Cañas, Santísimo Sacramento, y San Fernando.[46]

Estas fraternidades tuvieron un abundante desarrollo en Costa Rica, poseían grandes parcelas de tierra y ganado y a veces cultivos y dinero para ser utilizado en las celebraciones religiosas.

43. **PRADO, Eladio. Ob. cit., citando Reseña Histórica de Ricardo Fernández Guardia, p. 108.**

44. **PRADO, Eladio. Ob. cit., pág. 56.**

45. **PRADO, Eladio. Ob. cit.**

46. **STONE, Doris. *"Apuntes sobre la fiesta de la Virgen de Guadalupe, celebrada en la ciudad de Nicoya, Costa Rica"*. Pub. del Ministerio de Educación, Imp. Nacional, 1954, pág. 11.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

> "La cofradía en Costa Rica. . . era una sociedad religiosa para el hombre laico". ". . .y no tenía el aspecto político o cívico de la cofradía de Guatemala".[47]

El interés que esto puede tener para el presente trabajo es que nos indica que este tipo de hermandades fueron localistas, principalmente en poblados indígenas, resultado lógico que generaron las hermandades "importadas", que probablemente, fueron influidos por lo que Joaquín Costa llama "Precedentes Doctrinales en España" que los descubridores trasplantaron de la Madre Patria el pensamiento de la "solidaridad necesaria";

> ". . . : aquel siglo por excelencia español, en que nuestra Nación cerraba con llave de oro las puertas de la Edad Media, y abría la Moderna siendo el gerente y portaestandarte de la civilización aria por todo el planeta, como en otras edades Grecia y Roma, y en que nuestros pensadores sembraban simiente de nuevas ciencias en las aulas europeas, mientras nuestros descubridores esparcirían simiente de Naciones en el Nuevo Mundo. . ."[48]

El pensamiento del autorizado autor que citamos, si bien en la realidad no fue lo predominante, sí es cierto que fue el espíritu que pudo canalizar el sentimiento comunitario, que fuera sostén de los pueblos.

IV-B. Hermandades y logias del presente

Aunque en realidad, el interés del trabajo se ciñe a los siglos XVI a XVIII, queremos traspasar ese umbral, sólo para mencionar, que aún ahora las fraternidades tienen influencia en la vida comunitaria, pues el hombre como señalamos al principio del presente ensayo, o incursión fugaz en la historia, citando a Cicerón y Ganivet, podemos afirmar agregando el pensamiento de J. Costa, que no sólo las hermandades influyeron en la expresión comunitaria, sino que las comunidades por esa "solidaridad necesaria", generaron a las hermandades, les dieron apoyo, haciendo posible su desarrollo.

Así, en Costa Rica, germinaron otras hermandades y fraternidades, brotadas de su propio seno, cumpliendo tareas de necesidades de solidaridad propias, con una acentuación en el siglo XIX, que por la naturaleza de la independencia iba moldeando al ser costarricense independiente.

El "brote" más notable fue el establecimiento del Hospital San Juan de Dios, y la Junta de Caridad, luego llamada Junta de Protección Social, que perdura hoy con gran impacto en la Comunidad. Su creación se comenzó a gestar en 1826 y se cristalizó estableciéndose formalmente en 1845 (3 de julio). El Hospital San Juan de Dios, fortalecido y modernizado continúa prestando servicios humanitarios de solidaridad que es orgullo del país.

IV-B-1. Comunidades laicas y organizaciones de servicio.

Con el mismo espíritu de la "solidaridad necesaria", el tiempo, las corrientes liberales, y la apertura del intercambio internacional, crearon la necesidad de mantener el espíritu humanitario colectivo, independiente del religioso, formando una serie de hermandades, fraternidades, y organizaciones de servicio.

Sería innecesario extenderse en exceso, ni intentamos hacer un estudio de estos grupos. No mencionarlos, sería olvidar que estos no son otra cosa que la continuación de las mismas hermandades estudiadas, al margen del aspecto religioso.

IV-B-1a. La masonería en Costa Rica

Como dato curioso, como una contradicción a las diferencias históricas de la Iglesia con la Masonería, en Costa Rica fue un prelado ilustre, el padre Francisco Calvo con quien se inició oficialmente la masonería en nuestro país, a cuya Logia se integraron grandes personalidades de la política y de la élite intelectual de principios del siglo XIX. La masonería es una fraternidad universal que aún mantiene el misterio del secreto para las iniciaciones.

El origen de esta hermandad o fraternidad, informan sus autoridades, que remonta a unos cuatro milenios antes de la era cristiana, fundada por los constructores de las pirámides de Egipto. Hay autores que ubican la formal organización y administración, la estructuración de los símbolos de esta Logia, a los constructores del Templo de Jerusalén bajo el reinado de Salomón. Otros indican sus orígenes en la Edad Media, en la organización

47. STONE, Doris. Ob. cit., pág. 12.

48. COSTA, Joaquín. *"Colectivismo agrario en España"*. Editorial Americalee, Buenos Aires, 1944, (Joaquín Costa 1846 - 1911).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

gremial de los albañiles. Masón significa albañil, y su símbolo es de ese gremio.

A nosotros esta hermandad o fraternidad, confirma el afán de solidaridad, que expresa su filosofía, básicamente fundada en extinguir el odio de razas, antagonismo de nacionalidades, de ideologías políticas y religiosas que tiende a la solidaridad universal en una expresión de fraternidad.

Hay en Costa Rica, unos seiscientos masones, agrupados en diez Logias siete de ellas en San José: La Regeneración No. 1, La Unión Fraternal No. 2, La Luz Lodge No. 3, La Hermes No. 7, La Hirian No. 11, Francisco Calvo No. 15 y la Logia Caridad No. 16. En Alajuela está la Maravilla No. 10, en Turrialba La Torrealba No. 13 y Coris No. 17 en Cartago.

Mantienen un templo, edificio céntrico en San José, donde se llevan a cabo las "tenidas" e iniciaciones y otras actividades, según sus adherentes, se practica la fraternidad y perfección del ser humano, "según fue concebido por el Gran Arquitecto Universal".[49]

IV-B-1b. La Sociedad Teosófica de Costa Rica

Otro grupo de hermandad, la Sociedad Teosófica que existe en Costa Rica, como una rama de una hermandad Universal en busca de la verdad. Con sede internacional en Adyar, Madras, India, Costa Rica es una de sus 46 secciones nacionales. Tiene Logias: La primera fundada en 1904 por Tomás Povedano, es la Virya. Luego se crearon las Logias Sahkti y Dhaima, éstas en San José, y la K.H. que funciona en Alajuela.

Su emblema con la leyenda "no hay religión más elevada que la verdad" contiene su filosofía y actitud. Investigan las leyes inexplicables de la naturaleza de los poderes latentes en el hombre, creen en la reencarnación, y estudian religiones, filosofía y ciencias.[50]

IV-B-1c. Las logias Bnai Brith de Costa Rica

En Costa Rica opera activamente esta hermandad, que actúa al mismo tiempo como organización de servicio a la comunidad.

Sus orígenes remontan a 1843, en Nueva York, donde fue fundada. En Costa Rica operan dos Logias, la primera desde hace años, es la Logia Brai Brith de Costa Rica No. 2094, la segunda de hace pocos años es la Logia Masada. Ambas pertenecen al distrito XXIII de la Gran Logia, que abarca México, Centro América y el Caribe. Incluye a Colombia y Venezuela.

Su principal actividad es la superación de sus hermanos, proyectarse hacia la comunidad y extender ayudas donde sea menester. Tienen una sección de Liga Antidifamación, que vigila y defiende la dignidad y los Derechos Humanos. Ataca los brotes de discriminación y odio racial de toda índole.

En general, manifiesta su Presidente entrevistado Ing. Luis Luckowiecky que si bien los hermanos todos son judíos, la práctica ortodoxa de la religión no es requisito de afiliación, y que sus actividades se extienden como servicio a la comunidad global, conforme lo ordena la declaración de principios:[51]

"Declaración de principios de la B'nait B'rith"

La B'nait B'rith se ha impuesto la misión de unir a los Judíos en la tarea de cultivar sus más elevados ideales y los de toda humanidad; de preocuparse del desarrollo y la elevación del carácter moral y espiritual del pueblo de nuestra fe; de inculcarle los más puros principios de filantropía, honor y patriotismo; de fomentar el desarrollo de las ciencias y las artes; de aliviar las angustias de pobres e indigentes; visitar y atender a los enfermos; de socorrer a las víctimas de las persecuciones y de proteger y asistir a los ancianos, las viudas y los huérfanos, conforme a los más altos principios de humanidad".[52]

La declaración de principios, informa sobre los propósitos de esta hermandad. Sus actividades, en parte similar a las tenidas de la masonería, en cuanto a las iniciaciones. Las actividades siempre dan inicio con el símbolo de la Fraternidad la "Memorah", el candelabro de siete brazos, que fuera pieza central del Templo de Salomón. Cada una de las siete "luces" simboliza un pilar o pivote de la vida comunitaria. Con el símbolo de la Verdad, la Luz central, las otras luces representan; la Luz, la Justicia, La Paz, la Benevolencia, el Amor Fraternal y la Concordia.

---

49. Entrevista a varios personeros de la Logia en su templo. (6-6-80) y consultada literatura en el lugar.
50. CHAN, Jimen. "*Revista de Excelsior*". San José, C.R., 26 de febrero, 1978.
51. Entrevista a Luis Luckowiecky. Presidente de la Logia Masada.
52. CONSTITUCION B'NAI B'RITH. Pub. por IVa. Convención B'nai B'rith, Bogotá, Colombia, 1974, pág. 3.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

IV-B-1d. Los Bahais

Con su lema que el Bahais es "un templo sólo para meditar", con su Templo principal en Haifa, Israel, y templos en muchas ciudades del mundo occidental. De alguna forma arquitectónica es también el Templo de Chicago, de singular construcción y ornamento, con el nombre Bahais o Gloria a Dios. En Costa Rica, este grupo, fraternal o hermandado, opera en un modesto local.

La fe —o hermandad— que no se puede ubicar como una hermandad exclusivamente religiosa ni como una hermandad de servicio, es sin embargo una hermandad ideológica universal.

La fe que comenzó en Shiraz, Persia el 23 de mayo de 1844 por un joven conocido como Bab (la Puerta) al anunciar su misión de preparar el camino para un Gran Maestro Universal y Revelador de la Palabra de Dios, quien conduciría hacia una era de paz para toda la humanidad. La meta de los Bahais es la "reunión de todos los pueblos, razas, naciones, clases y religiones en un espíritu de comprensión y unidad de propósito, bajo la guía de Dios único en quien todos creemos; "cada persona debe investigar la verdad por sí misma sin depender de las interpretaciones de otros".[53]

IV-B-1e. Los Rosacruces

Sin analizar su filosofía y forma de organización, sabemos que existe en Costa Rica un grupo de esta hermandad con local en un céntrico edificio de San José, donde tienen ubicado su Templo, afiliados a los Rosacruces internacionales, las iniciaciones, prácticas y reuniones son revestidos de ceremonial místico y son secretos.

IV-C. LAS COMUNIDADES O HERMANDADES RELIGIOSAS

IV-C-1. La comunidad Judía de Costa Rica

La historia de los Judíos en Costa Rica, se podrá ligar —según muchos autores— con el primer grupo de colonos españoles que llegaron a estas tierras. Pero no es posible encontrar vida formal comunitaria de aquellos tiempos, cuando esto implicaba ser llevado a la hoguera del Santo Oficio, como el caso de Rafael Gil Rodríguez de Guatemala (ver cita 32 este trabajo). Así los que profesaban la religión o pertenecían a la "comunidad clandestina", lo tenían que ocultar bajo el riesgo de perder la vida. A partir de la Constitución de Cádiz de 1812, al quedar abolido el Santo Oficio de la Inquisición, aparecían grupos "confesos" como judíos.

La noticia oficial de la existencia de un grupo considerable de judíos, fue con el primer censo de 1864 donde aparecen declarados judíos en San José y Puntarenas. (Epoca sin expresa disposición sobre libertad de culto). Pero ya en 1883 —después de la Constitución Costarricense de 1882— que es liberal en materia de religión los censos informan la existencia de Judíos "declarados" en San José, Alajuela, Cartago y Puntarenas.[54]

A partir de 1928, llegaron judíos emigrantes de Polonia y otros países de Europa Central, y actualmente forman una Comunidad organizada con una sinagoga, una escuela y colegio, organización deportiva y organizaciones de servicios comunitarios, con proyecciones hacia la comunidad global. Miembros de esta Comunidad están representados en todas las actividades comunitarias, en las profesiones liberales, en el comercio, la industria, la literatura, la ciencia y la política.

IV-C-2. La Comunidad Latinoamericana de los Ministerios Evangélicos, o Misión Latinoamericana.

Este grupo fundado en 1929 por el Dr. Enrique Strachan, con la otra de la Clínica Bíblica, como un servicio comunitario han continuado el desarrollo de muchas actividades. Además de la Clínica Bíblica, construyeron el Colegio Monterrey en 1956 mediante el cual desarrollan también actividades escolares, con proyecciones hacia la comunidad.

En 1945 organizaron la Asociación de Iglesias Bíblicas Costarricenses. En 1948 un campamento para jóvenes en Roble Alto. En 1940 establecieron la Radioemisora "Faro del Caribe" y fundaron la Editorial Caribe. Visitan el país delegaciones de otros países, y especialmente becados que llegan al Seminario Bíblico Latinoamericano.[55]

53. **Fichero de la biblioteca de la U. de C.R. Sección información reportaje anónimo.**

54. **Datos censales indicados por el Dr. Carlos Meléndez, (en 1972) tomados de Estadística y Censos.**

55. **Reportajes de La Nación del 7 de agosto 1970 y 31 de octubre de 1971, datos de la Biblioteca de la Univ. de Costa Rica.**

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

IV-C-3. Otros grupos o hermandades religiosas

La libertad de culto de nuestro país, otorgado por la Constitución, pero con más énfasis socio-realista, del legítimo sentir del pueblo costarricense, que guarda un profundo respeto por el sentir y creencia del prójimo, en una auténtica interpretación bíblica que en materia de religión ordena al hombre "escoger"[56] que en materia de fe o religión, el hombre tiene absoluto libre albedrío, lo que ha permitido a todos los grupos organizar sus comunidades con toda libertad en Costa Rica. Casi todos los grupos e iglesias tienen alguna representación activa, pero mencionaremos brevemente solo unos grupos.

IV-C-3a. Los Mormones

Los Mormones, o seguidores de la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Ultimos Días, que fue fundada hace 150 años con la aparición del Libro de Mormón, resultado del relato de José Smith de Palmyra, New York, que halló el Urim y tumin —el pectoral del Sacerdote Mayor; Aron—. De este relato nació la Iglesia Mormón que predica "una comunidad de trabajo y de paz".[57] [58] En Costa Rica se estableció en forma organizada, en 1957.

Los propósitos principales son "fortalecer a la familia y desarrollar el autorespeto y las capacidades del individuo para otros". La actividad destacada es la "Noche de Hogar" que se celebra todos los lunes para establecer el diálogo en el seno familiar.

Hay en el país siete congregaciones Mormonas, que son constantemente visitadas por misioneros extranjeros, que realizan actividades culturales-religiosas. Están organizados en una comunidad central en San José. Hay también congregaciones en Alajuela, San Isidro de El General, Turrialba, Puntarenas y Heredia.[59]

IV-C-3b. Los Amish-Menonitas, y otros

Probablemente hemos de omitir algunas sectas-hermandades, ya que son muchas las que se encuentran en nuestro país. Hemos de mencionar algunas sin analizar sus creencias, costumbres, ritos etc., sólo mencionaremos su existencia.

Los Amish-Menonitas viven en comunidad, y su lema principal es la austeridad, alejados de los vicios, enemigos de la violencia, se niegan a participar en guerras u otro movimiento similar.

Hay un grupo de los "Hijos de Dios" que tienen cinco comunidades en Costa Rica. Su lema "Dios es la Verdad y el Camino". Desarrollan actividades hermandadas de comunidad y practican la fraternidad entre su congregación.

IV-C-3c. Los Adventistas

Con este nombre es conocida la Iglesia del Sétimo Día. Se diferencian de los demás cristianos, que su día de descanso es el sábado, como lo indica la Biblia y que fue día de descanso de la primitiva Iglesia Cristiana, hasta que San Pablo convirtió el día Domingo, originalmente día de la Resurrección en el día de descanso, en lugar del sábado que guardan los Judíos.

Hay comunidades adventistas en todo el país y un Seminario situado en la provincia de Alajuela.

IV-C-3d. Organizaciones y Fraternidades de Servicio

Sin que se les pueda dar carácter de comunidades, son hermandades, o fraternidades con mucha actividad en el desarrollo comunitario. Se pueden mencionar, los Leones, Rotarios, Kiwanis, los 4 S, Juniors, los Boy Scouts o Movimiento de Escultismo y los 30/30 y otros.

Sus actividades dentro de las comunidades llegan a veces a resolver grandes problemas y llenan funciones con espíritu e intereses que expresan el deseo de la necesaria solidaridad.

V. CONCLUSIONES

El propósito de la presente monografía, que en principio intentó analizar las actividades de un grupo de Hermandades que fueron introducidas por los españoles con el avance de la colonización y sus efectos en las expresiones comunitarias de los pueblos costarricenses.

El tema, conforme íbamos dando lectura a los datos buscados se amplió, notamos aspectos

---

56. BIBLIA. *Deuteronomio 30:19* - ob., cit., que se interpreta que Dios no ordena ningún dogma, señala al hombre el bien y el mal, pidiendo al hombre; que escoja el bien, que es la vida.
57. *"El testimono de José Smith"*. Pub. Mormona, Descrit. News Press, U.S.A. sin fecha.
58. PETERSEN, Mark E. *"¿Cuál iglesia es la verdadera?"*. Desert Press News, U.S.A. sin fecha.
59. *"El testimonio de José Smith"*. Pub. Mormona, Desert News, Press, U.S.A., sin fecha.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

muy importantes, y se tornó muy absorbente, tanto en la evaluación de ideas como en los hechos que "empujaron" el "Tren de la historia" y nos vimos obligados a condensar tanto las ideas como los datos históricos. El hombre es producto de la historia, aunque —como mencionamos antes— el hombre es el que hace la historia (ver nota D) usando su razón:

> "La razón humana —y analógamente el lenguaje, que distingue al hombre como tal, y que es su medio de expresión— no puede ser determinada de manera casual, la razón no puede ser explicada ni comprendida en la forma evolutiva, analizando su aspecto genético, pues ningún otro animal desarrolla su posible conciencia existente en él. Sólo el hombre nace dotado de razón, la razón que es esencia de la mutua relación entre los hombres. El hombre usa su razón como un "salto" para una nueva creación. El hombre continúa la obra de la creación, y su deber es ser constructivo. Esta es su misión".[60]

Lo anterior tiene relación con lo apuntado (ver nota Dx) a lo que ahora agregamos que el hombre con la razón sólo se expresa en comunidad con la razón de "los otros" hombres en su diaria actividad creativa.

El lento proceso, y el fruto del esfuerzo de las hermandades —que es y seguirá siendo expresión de humanismo—, ha creado en estas tierras una nacionalidad, que está haciendo su propia historia como bien lo apunta el Dr. Meléndez:

> "Si la historia es, sobre todo, las acciones humanas en todos los lugares y todos los tiempos y como ha dicho Goldman su importancia viene a ser lo que nosotros queramos darle. Que cada generación busca extraer del pasado lo que ella desea, pues es cantera inagotable según el talento del investigador y el propósito que le mueva en dicha empresa".[61]

En este contexto y amplio pensamiento, ahora ya no interesa, si los españoles evangelizaron las tierras de Indias por convicción espiritual-religiosa o lo hacían como negocio de Estado, los resultados son factores religiosos, culturales y folclóricos que viven hoy día nuestras comunidades, quedando en vigor el Teorema de Thomás, que nos dice que no importa si los hechos humanos de un determinado momento son reales o ficticios; los resultados siempre son reales y verdaderos.[62]

En el transcurrir histórico, en los resultados del avance humano quedan impresas en el sentir del pueblo, lo que los filósofos han dado en llamar "el espíritu del pueblo", el "Volkgeist" de que nos habló Hegel, que en el progreso de los pueblos costarricenses, las hermandades molderaron el "crudo" sentir que llevó a la expresión de la nacionalidad o del ser de la nacionalidad costarricense. Dentro de esta idea bien es aplicable la idea de nuestro ex presidente y pensador, José Figueres Ferrer, quien con el "seny" catalán nos dice:

> "Todo progreso humano implica un cambio de actitud. El paso más grande que ha dado el hombre hasta ahora fue el cambio de actitud que introdujeron en la vida primitiva las grandes religiones".[63]

El hombre, para crear, para expresar su pensar y creación, que al tiempo, que es una expresión natural del hombre, es una obligación que el hombre adquirió con su misión y destino que lo desliza por el sendero corto de su paso por la tierra, pero que el individuo es solamente un eslabón de la expresión del total humanismo —del "mankind"— que con el mundo continúa su marcha hacia nuevas creaciones.

---

60. **BARUCH, Bernardo.** ***La nacionalidad judía-costarricense*****". Tesis, Facultad de Derecho. Univ. de Costa Rica, 1972, pág. 371.**

61. **MELENDEZ, Dr. Carlos.** ***"La historia de Costa Rica, como proceso e ideología"*****. La Nación, 5 ag. 1978.**

62. **RODRIGUEZ, Eugenio y SALAZAR, Marco T.** ***"Lecturas sociológicas"*****. Publicaciones de la Univ. de Costa Rica, 1964.**

63. **FIGUERES FERRER, José.** ***"La pobreza de las naciones"*****. 4a. edición, Imprenta Nacional, 1973.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

BIBLIOGRAFIA

ACADEMIA DE GEOGRAFIA E HISTORIA DE COSTA RICA. *"Colección de documentos para la historia de Costa Rica, relativos al cuarto y último viaje de Cristóbal Colón"*, Imp. y Librería Atenea, San José, C.R., 1952.

BATAILLON, M y SAINT-LUA. *"El padre de Las Casas y la defensa de los indios"*. Editorial Ariel, Barcelona, 1976.

BARUCH, Bernardo. *"La nacionalidad judía-costarricense"*. Tesis facultad de Derecho, Univ. de Costa Rica, 1972.

BIBLIA. Original hebreo, Yehoash Farlag Gezelschaft, Forward Edition U.S.A., 1957.

BUBER, Martín. *"¿Qué es el hombre?"*. Fondo cultura económica, México, 1964.

CASTELLON, Rosa. *"Los misioneros de Costa Rica en los siglos XVI y XVII"*. Tesis de Fac. de Letras y Filosofía, Univ. de C.R., 1947.

CICERON. *"Antología del pensamiento jurídico"*. Pub. Univ. de Costa Rica, C. Universitaria R. Facio, 1971.

CONSTITUCION POLITICA. *"Constitución Política de la República de Costa Rica"*. Imp. Nacional, San José, C.R., 1968.

CONSTITUCION B'NAI B'RITH. Pub. por IVa. Convención B'nai B'rith, Bogotá, Colombia, 1974.

CORDERO, José A. *"El ser de la nacionalidad costarricense"*. Ed. Tridente S.A., Madrid, 1964.

COSTA, Joaquín. *"Colectivismo agrario en España"*. Ed. Americalee, Buenos Aires, 1944.

CHACON TREJOS, Gonzalo. *"Costa Rica es distinta en Hispanoamérica"*. Imp. Trejos Hnos., San José, 1969.

CHACON TREJOS, Gonzalo. *"Tradiciones costarricenses"*. 3a. edición, Trejos Hnos., San José, C.R., 1964.

DIMONT, I. Max. *"The indestructible Jews"*. Edit. Signet, A New American Library, U.S.A., 1973.

DA MATA, Roberto. Citado en *"El opio del pueblo"* de Mario Vargas Llosa, La Nación, San José, 1-6-1980.

ENCICLOPEDIA JUDAICA. *"Enciclopedia judaica Jerusalén"*. Jerusalén, 1971.

FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. *"Cartilla histórica de Costa Rica"*. 44a. Edición, Ed. Antonio Lehmann, San José, C.R., 1970.

FERNANDEZ, León. *"Documentos"*. T. VII, Editorial Costa Rica, San José, C.R., 1976.

FIGUERES FERRER, José. *"La pobreza de las Naciones"*. 4a. edición, Imp. Nacional, San José, C.R., 1973.

HERNANDEZ, Francisco Javier S.A. *"Bula Intercétera"*, Colección de Bulas, breves y otros documentos relativos a la Iglesia de América y Filipinas, Bruselas 1879 cit. p. M. Bataillon.

JIMENEZ, Manuel de Jesús. *"Noticias de antaño"*. Imprenta Nacional, San José, 1949.

LAIN ENTRALGO, Pedro. *"La espera y la esperanza"*. Revista de Occidente, Madrid, 1958.

MARX, Carlos. *"Obras escogidas"*. Editorial Cartago S.A., Buenos Aires, 1957.

MELENDEZ, Dr. Carlos. *"La historia de Costa Rica, como proceso e ideología"*. La Nación 5-8, 1978.

MONGE ALFARO, Carlos. *"Historia de Costa Rica"*. 13a. edición, Imp. Trejos Hnos., San José, C.R., 1966.

OBREGON LORIA, Rafael. *"De nuestra historia patria"*. Pub. de la Universidad de Costa Rica, 1971.

PACHECO, León. *"Evolución del pensamiento democrático de Costa Rica"*. Revista Combate (Marzo-abril), San José, C.R., 1961.

PERALTA, Hernán G. *"Las constituciones de Costa Rica"*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

PEREZ VALENZUELA, Pedro. *"Los recoletos"*. Tipografía Nacional, Guatemala, C.A., 1943.

PETERSEN, Mark E. *"¿Cuál iglesia es la verdadera?"*. Dessert Press. News, U.S.A., sin fecha.

PRADO, Eladio. *"La orden franciscana en Costa Rica"*. Imp. El Heraldo, Cartago, C.R., 1925.

PRADO, Eladio. *"Nuestra señora de Ujarrás"*. 2a. edic. Imp. Lehmann, San José, C.R., 1960.

PUIGROS, Rodolfo. *"De la colonia a la revolución"*. Ed. Futuro, Buenos Aires, 1957.

RODRIGUEZ, Eugenio, y M. T. Salazar. *"Lecturas sociológicas"*. Pub. de la Universidad de Costa Rica, 1964.

ROSS, Alf. *"A textbook of international law"*. Ed. Longmans, Green, Londres, 1947.

SANABRIA, Víctor Manuel. *"El mensajero del clero"*. Rev. Mens. Eclesiástica de la Arquidiócesis de San José, C.R., abr. 1931.

SANCHEZ, Fr. Daniel, *"Vida popular de Fr. Antonio Margil"*. Imp. "El Heraldo". Cartago, Costa Rica, 1923.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SAPHIRE, Shaul. *"Columbus der Yid"* en Yidish Columbus, The Criptio Jew, 1934.

SINTES, Jorge. *"Diccionario de frases célebres"*. Ed. Sintes, Barcelona, 1961.

STONE, Doris. *"Apuntes sobre la fiesta de la Virgen de Guadalupe, en Nicoya, Costa Rica"*. Pub. del Ministerio de Educación, Imp. Nacional, 1954.

TOYNDE, Arnold. *"A study of history"*. tomado de "Jews God and history" de Max I. Dimant, New American Library, New York, 1962.

VARGAS COTO, Joaquín. *"Prólogo a noticias de antaño"*. Imp. Nacional, San José, 1949.

VASQUEZ, Fr. Francisco. *"Crónica de Guatemala"*. Lib. III cit. p. Fernández Guardia.

VILLACORTA, J. Antonio. *"Historia de la Capitanía General de Guatemala"*. Tipografía Nacional Guatemala, 1942.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EJERCICIO DE LA FUNCION JUDICIAL EN LO PENAL: UN ENSAYO CRIMINOLOGICO

Dr. Daniel Gadea Nieto

PLAN

Pág.

Introducción 108

I. El ejercicio de la acción penal 108

A. La instrucción y el sumario 108

B. El debate 109

II. El aporte de la criminología 109

Conclusión 110

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCION

Muchas veces se habla de ejercicio de la función judicial en lo penal y se piensa no solo entre la gente común, sino que también de parte de los juristas, que dicho ejercicio hace referencia únicamente al derecho penal, en sentido estricto, entendiendo por ello tanto el derecho sustantivo como el procesal. A partir de esta creencia errónea, parte también toda una ideología errada de lo que debe ser la formación, capacitación y desenvolvimiento del ejercicio del funcionario en el campo penal. Esto es una concepción que se da por muchas razones tanto académicas, como institucionales, la mayor parte de las ocasiones por ignorancia. Se cree entonces que el ejercicio de la función judicial en lo penal debe tener como objetivo la formación de un funcionario con conocimiento básicamente de derecho procesal y de derecho sustantivo. Esto podría ser una de las primeras causas que nos señalarían lo inadecuado de formar funcionarios bajo este patrón práctico o pedagógico, pues ello unido a la concepción inquisitiva que el proceso tiene, nos dejan como consecuencia funcionarios con un alto grado de visión represiva. Así por ejemplo, en los momentos actuales, con todos los adelantos de la era moderna, la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, se da el lujo de suprimir del currículum de licenciatura, entre otras, materias como Medicina Legal y Criminología, materia esta última en favor de la cual realizamos esta investigación y que va a merecer nuestra mayor atención en este pequeño ensayo. Este trabajo tiene el propósito entonces de mencionar el error que se comete cuando no se le da al funcionario judicial en lo penal, la oportunidad de llevar una materia como la criminología (esto a nivel universitario) o de comprender qué relación tiene la criminología con el proceso penal en la práctica (esto a nivel judicial). Los motivos para este "olvido o desprecio" de parte de la criminología son muchos, lo cual no es el objeto de esta investigación, pero basta señalar que la criminología, no sólo en Costa Rica, sino que a nivel mundial ha tenido o se le ha conferido un *status* marginal. Veremos ahora, en cuanto a lo que nos interesa señalar, qué tipo de problemas o consecuencias puede acarrear para el funcionario judicial en lo penal, la falta de conocimiento criminológico.

I. EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

Fuera de situaciones excepcionales, en las cuales el particular puede hacer valer la pretensión represiva, el ejercicio de la acción penal, además de ser una función pública, se confiere su ejercicio al Ministerio Público.

Así, pues, los órganos del Ministerio Público, supuestamente son sujetos imparciales, pues a ellos se les atribuye "la misión de requerir la justa actuación de la ley en razón de un interés, (el mismo que persigue el órgano jurisdiccional) puramente objetivo de justicia".[1]

Puede notarse entonces que se parte de la idea dentro del Derecho Procesal de "parte imparcial", aunque ello sea considerado por la doctrina procesal como una cuestión contradictoria.[2] Vamos por tal motivo a analizar la situación de esta "parte imparcial" en ciertas fases del proceso.

A) La instrucción y el sumario.

Hay muchas situaciones dentro de la instrucción formal, como dentro del sumario cuando se trata de asuntos de citación directa que llaman la atención del criminólogo ante la práctica muchas veces inconcebible de muchos de los funcionarios judiciales en lo penal.

En un proceso por citación directa, se plantea muchas veces la necesidad de otorgar la excarcelación del imputado. Generalmente, el mismo día de la indagatoria, el abogado defensor plantea el escrito de excarcelación ante el agente fiscal mediante caución juratoria prioritariamente, o en su defecto mediante fianza. Es práctica muy lamentable que muchos de los agentes fiscales no conceden la excarcelación juratoria y es aquí donde en un primer momento notamos la falta de información crimi-

1. Vélez Mariconde Alfredo. *El ejercicio de la función judicial.* Derecho Procesal Penal, tomo II, pág. 208.
2. Ibíd.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

nológica del funcionario correspondiente. Hay que hacer notar que en primer lugar, la mayor parte de los imputados provienen de las clases más desfavorecidas. Entonces si el funcionario correspondiente cree que le hace un gran favor al reo cuando le fija una fianza de dos mil colones, con ello **está muy equivocado**, porque si tal indiciado contara con dicho dinero, tal vez no estaría enfrentado a un proceso criminal. Además el funcionario que así procede (lo más grave se produce cuando el delincuente es primario) demuestra falta de conocimiento y "tacto" criminológico, ya que tal vez la persona que por falta de pago de la fianza, debe permanecer en prisión, es la mayor parte de las veces el eje central de una familia numerosa, que se va a hundir sin la presencia de dicho eje. Todo ello sin mencionar la grave contaminación que puede sufrir un primario en su contacto con el aparato represivo.

Lo mismo sucede a nivel de los jueces de instrucción, sólo que desde un punto de vista más inquisitivo. En un juzgado de instrucción, es casi un sueño o una utopía pensar en la excarcelación juratoria. Lo verdaderamente preocupante del asunto es que cuando se deniega la libertad o sencillamente se fija en la instrucción un monto muy elevado, esto nos lleva a círculo vicioso producto de la falta de entendimiento criminológico. Primero muchas veces, el juez de instrucción, olvidándose de la grave crisis por la que atraviesa el país fija un monto exagerado de fianza para un "pobre diablo" (ya esto lo aprendió quizás desde que pasó en sus inicios por la agencia fiscal). Luego el abogado defensor plantea una apelación para que se baje el monto y el tribunal superior (que ya para llegar a tal peldaño tiene una mente demasiado represiva) con una simple resolución carente de análisis criminológicos del caso concreto aprueba el monto por encontrarlo "ajustado a derecho" o sencillamente deniega la excarcelación.

B) El debate.

Durante la fase de debate hay varias situaciones que desde un punto de vista criminológico llaman la atención.

Analicemos primero la actitud del funcionario que comparece al juicio en representación del Ministerio Público. Muchas veces, una vez que ha transcurrido el debate, se da el caso de que las pruebas de cargo han resultado insuficientes y se nota a todas luces que lo que cabe es una sentencia absolutoria. Pero para sorpresa de muchos defensores el fiscal de turno, piden una sentencia condenatoria pues su mente inquisitiva no les deja otra alternativa. En otras palabras, muchas veces el fiscal llegará al debate con una única meta de reprimir y castigar, aunque en realidad su meta sea la verificación de la verdad.

Dentro de este mismo debate, la actitud de los jueces muchas veces es estigmatizante, pues la forma en la cual se dirigen sobre todo a los imputados "despreciables" no es la correcta, si consideramos que supuestamente "todo hombre es igual ante la ley".

II. EL APORTE DE LA CRIMINOLOGIA

La criminología puede dar un aporte muy valioso al funcionario judicial que se desenvuelve en la rama de lo penal. Nociones básicas por ejemplo de lo que es el mecanismo del pasaje al acto pueden hacer comprender al funcionario penal la forma de cómo un sujeto desviado pasa al acto, es decir, su mente se va a abrir para entender los diversos factores que motivaron la conducta delictiva. Esto lógicamente lo que pretende es tratar de humanizar hasta donde sea posible la visión del delincuente, puesto que se pretende hacer comprender a la gente que estamos en presencia de una situación normal de la vida en sociedad. El delincuente, en ese sentido, no debe ser percibido por la reacción institucional como un monstruo o como un animal, sino como un ser humano.

Por otra parte, el saber criminológico pretende hacer entender a los funcionarios judiciales en lo penal el problema que acarrea la estigmatización dentro del proceso penal. En ese sentido se debe analizar si las actitudes e incluso ciertas resoluciones (como en el caso citado de la excarcelación), contribuyen a dar un tratamiento humano al delincuente en lo judicial o si por el contrario, el aparato judicial está ayudando a denigrar la imagen del sujeto o formar una persona inadaptada. En todo esto hay que tener mucho tacto, pues el aparato represivo puede ser visto, y de hecho lo es, por el desviado, como un ente que busca por todos los medios no solo el castigo del cuerpo, sino también el castigo del alma. Medidas administrativas a nivel judicial (toma de huellas digitales, fotografías, etc.) con-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

tribuyen en un alto grado a configurar una imagen desvalorizada en el sujeto. Esto viene a dar la razón al postulado de que en gran medida, son más bien las medidas y actitudes de la reacción social las que son causa de la desviación.

Desde otro punto de vista, el saber criminológico puede mostrar a los funcionarios judiciales en lo penal ante qué tipo de personas está haciendo frente la justicia penal. Lógicamente no todos los delincuentes son iguales, pues unos son desviados por ciertos motivos, mientras que otros lo serán por razones diversas. Entonces, la criminología puede suministrar al funcionario judicial valiosa información sobre la tipología criminal.

Otro aspecto que resalta la criminología y que tienen validez en cuanto al funcionario judicial en lo penal, se refiere a la concepción crítica que emana por naturaleza del saber criminológico. Esta disciplina es eminentemente crítica y ello puede ayudar al funcionario a cuestionar una serie de situaciones para determinar si se está dando un verdadero cumplimiento de la ley de una manera justa. En ese sentido se debe determinar si es mediante la aplicación de medidas severas que se debe resolver el problema criminal, o si por el contrario se trata de un problema de eficacia y de cuestionamiento del sistema judicial imperante. Es decir, el funcionario se debe cuestionar con un alto sentido crítico y de responsabilidad la mejor forma de revisar si sus actitudes y resoluciones están ayudando al mejoramiento o desviación de la justicia.

CONCLUSION

Definitivamente la criminología tiene mucho que aportar al funcionario judicial en lo penal. Por ello es necesario que en el futuro se hagan esfuerzos para brindar la oportunidad a tales funcionarios de que no solo tengan un conocimiento estrictamente penal, sino que comprendan todos los factores que giran alrededor del pasaje al acto y de las medidas que de una manera u otra pueden influir de una manera determinante en la vida del delincuente.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ESTUDIO COMPARATIVO DEL TRATAMIENTO DEL HOMBRE Y DE LA MUJER A NIVEL JURISDICCIONAL Y PENITENCIARIO

Lic. Daniel Salazar Villegas

INTRODUCCION

La desigualdad económica de los hombres constituye una situación real, palpable, evidente, universal, que como vivencia perceptible por la totalidad del género humano no requiere de comprobación científica alguna. Sabemos también que no es posible hablar de "igualdad humana" por cuanto no todos los hombres son de la misma raza, no todos tienen la misma capacidad intelectual, ni todos logran alcanzar la misma instrucción.

Esas diferencias se dan tanto entre hombres (estricto sensu) como mujeres y entre estas y aquellos y se derivan tanto de la naturaleza física como de la organización social, es decir de las circunstancias que rodean a cada individuo, en particular.

Ahora bien, el artículo 33 de nuestra Constitución Política consagra la igualdad del hombre (lato sensu) ante la ley, la cual está por encima de las desigualdades arriba enunciadas. En consecuencia, se pretende garantizar que la ley no establezca diferencias entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas.

En el presente estudio se pretende determinar si en nuestro país se cumple con ese principio en punto al tratamiento que reciben mujeres y hombres, tanto en el ámbito judicial como penitenciario en la distinta condición de imputados o sentenciados, partiendo por supuesto de una misma situación jurídica y de iguales condiciones. Si se concluye que el tratamiento no es igual, se deberán establecer las causas y proponer soluciones.

En un principio se pensó en tres períodos importantes a tomar en cuenta para efectos de la investigación, a saber:

A. Durante la tramitación del proceso.
   a-1. Concesión de excarcelación y tipos de caución.
   a-2. Denegatoria de excarcelación.
   a-3. Prisión domiciliaria (203 C.O.P.).
   a-4. Cesación de prisión preventiva (art. 294 C.P.P.).

B. Al dictarse la sentencia.
   b-1. Ejecución condicional.
   b-2. Conmutación de pena.
   b-3. Recomendación de indulto total o parcial.
   b-4. Medidas de seguridad.

C. Durante la ejecución de la pena.
   c-1. Libertad condicional (art. 64 C.P.).
   c-2. Ejecución de la multa (art. 54 S.P.).
   c-3. Beneficios del programa de prueba y libertad vigilada.
   c-4. Visita conyugal.

En vista de la amplitud del objeto de estudio hubo que reducir los aspectos a tratar en cada uno de esos períodos sin ignorar ninguno de ellos en su conjunto.

MUJERES Y HOMBRES CONDENADOS DURANTE LOS AÑOS 1982 Y 1983

	1982	1983
Total	5552	6512
Hombres	5109	5980
Mujeres	443	532

Sin necesidad de haber recurrido a datos estadísticos, es claro que para cualquier persona extraña a la materia y con mucho más razón para quienes de alguna forma están relacionados con ella, resulta una verdad a gritos que es mayor en relación con las mujeres el número de hombres

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

imputados y condenados por los Tribunales Penales de la República.

De los datos arriba expuestos se obtiene el siguiente resultado: del cien por ciento de los imputados condenados un noventa y dos por ciento correspondió a los hombres y un ocho por ciento a las mujeres. Esto significa que como población penal ya sea sufriendo prisión preventiva o cumpliendo la condena, constituyen un porcentaje muy reducido en relación con el todo, si tomamos en cuenta que no todas esas personas han estado ni estarán guardando prisión.

¿EN QUE FORMA AFECTA A LA MUJER LA CIRCUNSTANCIA DE QUE COMO IMPUTADAS O CONDENADAS CONSTITUYEN UN PORCENTAJE TAN REDUCIDO?

Para cumplir con el propósito se ha contado con datos estadísticos del Poder Judicial, de Adaptación Social, del Buen Pastor y algunos documentos de la Procuraduría de Derechos Humanos.

La reducida cantidad de mujeres que guardan prisión preventiva o cumplen condenas, ha determinado que por razones económicas únicamente exista un centro carcelario (Centro de Adaptación Social El Buen Pastor) para ese fin, el cual está ubicado en la provincia de San José muy próximo a la ciudad Capital.

En ese mismo Centro se purgan las penas impuestas y se aplica el programa de prueba y libertad vigilada. Situación totalmente distinta ocurre con los varones, para quienes hay centros de reclusión en todo el territorio nacional y centros de confianza urbanos, rurales y agropecuarios para la aplicación del citado programa.

En igualdad de condiciones y circunstancias, a los hombres les favorece el hecho de que constituyan un número más elevado de sujetos sometidos al sistema penitenciario, toda vez que la mayor parte de recursos económicos destinados para esos fines se invierten en ellos. Se pone en evidencia aquí la desigualdad de tratamiento a nivel institucional, la que genera a la vez los siguientes inconvenientes para la mujer:

1) El desarraigo que alcanza dimensiones gravísimas.
2) Descabezamiento de la familia.
3) Desfinanciamiento del grupo familiar.

1) Se ha dicho con toda razón que la libertad es el conjunto de todas las libertades, de manera tal que, el hombre no será libre si falta una sola de ellas. La "libertad física" entendida como el derecho al libre movimiento por todo el territorio nacional sin restricción alguna y a la facultad de salir de él cuando se desee, desaparece cuando el sujeto es sometido y limitado por las paredes que el Estado ha creado para aislar a aquellos administrados que irrespetan las normas de convivencia social. Pero sucede que cuando el hombre es limitado por esas paredes no solo desaparece su libertad física sino también un sinnúmero de libertades y derechos más, tales como vivir en familia, practicar el culto religioso de su agrado, tener acceso a los actos culturales de su preferencia, relacionarse sexualmente con su pareja de hecho o de derecho, canalizar su energía de trabajo de acuerdo con lo que estime de mayor conveniencia sin condicionamiento estatal alguno, etc. Pues bien, la mujer que pierde su libertad física además de padecer todo lo antes descrito "involuntariamente" es sometida a sufrir el tormento psicológico derivado del desarraigo de la comunidad a que pertenece. No es lo mismo guardar prisión en el mismo sitio geográfico en que habita la familia que ser trasladado a considerables distancias donde tal vez el único canal de comunicación sea la vía telefónica. Lo anterior no es ni más ni menos que la aplicación de un castigo sobre otro castigo.

2) De acuerdo con el censo de población penal del primero de julio de mil novecientos ochenta y tres, elaborado por la Dirección General de Adaptación Social, en el siguiente cuadro se representa el estado civil de las mujeres recluidas.

ESTADO CIVIL	POBLACION TOTAL: 173
Soltera	117
Casada	12
Unión libre	18
Separada	29
Viuda	5

El porcentaje de mujeres casadas y en unión libre, en que se parte de la premisa de que la con-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

ducción de la familia es compartida por el hombre y la mujer, alcanza apenas el 26,5%. El resto de los casos, es decir de mujeres solteras, divorciadas, separadas y viudas con hijos en que el control y dirección de la familia descansa en ellas constituye el 73,5%. Si bien es cierto que en el Centro de Adaptación Social El Buen Pastor existen los recursos para mantener la unión y contacto necesarios entre la madre infractora y sus hijos menores de edad, no es menos cierto que aún así se afecta a la familia como unidad por la ausencia de aquella como rectora de la misma.

3. De conformidad con las mismas estadísticas del censo de población penal, setenta y siete de esas ciento setenta y tres mujeres estaban laborando antes de ingresar a prisión. Esa cantidad de mujeres integradas al proceso de producción representa el 44,5 por ciento en relación con el todo. Cuando se habla del desfinanciamiento del grupo familiar como consecuencia de la prisión que estas deben guardar, se piensa en dos momentos fundamentalmente, es decir, el anterior al dictado de la sentencia y el posterior a la misma. Se debe pensar en ellos para determinar si durante la tramitación del proceso se ha hecho todo lo necesario desde el punto de vista técnico-jurídico, por parte de jueces y defensores para que la libertad de las mujeres sea limitada en los casos estrictamente indispensables. Se debe pensar también en el período de ejecución de la pena y los perjuicios que se derivan de la ausencia de centros de confianza para la aplicación del programa de prueba, la cual determina la imposibilidad de que la mujer se reintegre al proceso productivo con el cual se beneficia directamente, beneficia a la familia y a último término al país.

En consecuencia, la concentración de mujeres imputadas o condenadas en el Buen Pastor únicamente beneficia a las que viven en la ciudad Capital o en su periferia. Se ven menos afectadas las que proceden de las cabeceras de las provincias de Alajuela, Cartago y Heredia y resultan totalmente perjudicadas aquellas cuyo domicilio se ubica en las zonas norte y sur, así como en las costeras del país.

Huelga manifestar que el factor distancia es el determinante de toda la problemática planteada.

PRISION DOMICILIARIA Y CESACION DE PRISION PREVENTIVA

En el artículo 293 del Código de Procedimientos Penales, el legislador dejó plasmado su deseo de dar un trato preferencial a la mujer honesta a efectos de que pueda cumplir la prisión preventiva en su domicilio, debiéndose entender por tal en su favor el lugar (casa en el sentido estricto, y población o radio de la misma, en sentido más amplio), en que se halla establecida una persona para el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos. Constituye en resumen, una vinculación íntima de persona y lugar, con ánimo de nexo duradero en los aspectos familiar, laboral, patrimonial, vecinal, etc. En consecuencia, no debe restringirse el concepto de domicilio a la casa de habitación que ocupa la imputada, toda vez que de esa forma la solución al problema sería parcial, es decir, se estaría atendiendo el problema familiar y descuidando el aspecto laboral, que por razones obvias es de transcendental importancia.

Obsérvese que en el presente caso estamos en presencia de una desigualdad de tratamiento legal que favorece a la mujer, favorecimiento que queda reducido a letra muerta por cuanto los jueces se resisten a hacer uso de ella.

Las estadísticas judiciales no registran el dato en punto a la prisión domiciliaria y es claro que su comprobación resulta sumamente difícil por cuanto habría que revisar uno a uno cada expediente para determinar en cuántos pasos se concedió de oficio y en cuántos fue gestionado por la defensa y denegado por las autoridades correspondientes. Sin embargo, revisados 342 expedientes en que el Juzgado Segundo Penal de San José dictó setencias en el año 1983, se pudo determinar que no se presentó un solo caso en que se hubiere concedido la prisión domiciliaria y se detectaron dos condenatorias en que las mujeres eran de limpios antecedentes penales y a quienes se les aplicó la pena cumplida hasta ese momento. Las causas penales eran por los delitos de daños simples y hurto simple y las sentencias fueron de un mes y ocho días y dos meses y cuatro días de prisión respectivamente. Es de todos sabido que la pena prevista para el primer delito es alternativa de quince días

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

a un año de prisión o de diez a cien días multa y para el segundo de un mes a tres años de prisión. Lo más grave de la situación es que para ambos delitos no está prevista la prisión preventiva.

En el caso de delito de daños, dadas las penas establecidas, era lógico que el juzgador nunca podía estimar que se le fuera a imponer una pena mayor a dos años de prisión y en todo caso en beneficio de la imputada se tendría que haber interpretado que la pena a aplicar sería de multa y que por ese camino si se llegaba a dictar sentencia condenatoria la prisión aparecía como una mera posibilidad en caso de incumplimiento de pago de la multa respectiva.

En sendos casos las excarcelaciones fueron gestionadas y concedidas, pero hubo imposibilidad económica para rendir las garantías fijadas. No ocurrió lo mismo con respecto a la prisión domiciliaria ya que la misma fue ignorada tanto por el juez como por el defensor.

Si como se ha venido sustentando, la ausencia de centros de reclusión para la mujer en todo el país le perjudica y constituye una desigualdad de tratamiento en su perjuicio, la aplicación sistemática de estos beneficios constituiría un remedio de importancia invaluable frente al desarraigo, el descabezamiento y desfinanciación del grupo familiar.

EJECUCION CONDICIONAL

	1982	Porcentaje
Hombres	1876	37%
Mujeres	194	44%

EJECUCION CONDICIONAL

	1983	Porcentaje
Hombres	2225	37%
Mujeres	233	44%

Obsérvese que en ambos años se mantiene constante el porcentaje de mujeres y hombres a quienes se le concedió la ejecución condicional de la pena, registrándose un 7% más a favor de las primeras, razón por la cual se puede concluir que independientemente de las condiciones objetivas que se requieren para ser acreedor de ese beneficio, se pone de manifiesto de parte de los jueces una actitud más blanda con respecto a la mujer.

LA VISITA CONYUGAL

Para nadie es un secreto que desde hace varios años se estableció y reglamentó la visita conyugal para el hombre en las distintas etapas del sistema penitenciario progresivo. No obstante, pese a que ya se trabaja en la elaboración de un proyecto de reglamento de visita íntima para que sea aplicado en los centros de mujeres, todavía éstas continúan sometidas a una discriminación que no tiene razón de ser y que las coloca en una situación de desigualdad de tratamiento en relación con el hombre.

Todas las razones que se esgrimieron y que sirvieron de fundamento para establecer la visita conyugal a favor de los hombres que se encuentran en cautiverio, cobran vida y tiene plena vigencia y aplicación para las mujeres colocadas en la misma circunstancia.

En el artículo 73 del Reglamento del Centro de Adaptación Social La Reforma, se establece que:

> "La visita conyugal tiene por objeto principal el mantenimiento de las relaciones del interno con su esposa o concubina, en forma sana y moral, para beneficio de la estabilidad y desarrollo del núcleo familiar. Dicha visita se realizará en los diferentes locales de visita conyugal, con la regularidad y duración prescrita para cada una de las etapas del sistema penitenciario progresivo. En ningún caso se permitirá el acceso a prostitutas".

Obsérvese que el espíritu de la disposición que antecede es el de proteger la familia de derecho y de hecho, ya que fomentando el acercamiento íntimo sexual de la pareja constituida se contribuye a evitar el resquebrajamiento de la unidad familiar.

Tal y como se han mantenido las cosas hasta el momento implícitamente se ha aceptado en demérito de la mujer, que cuando es ella la que guarda prisión no se pone en peligro el buen funcionamiento de la relación con su esposo o concubino y que no se atenta en contra del núcleo familiar. Todo pareciera indicar que hay una concepción

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

distinta de la familia y la protección que requiere según quien sea el miembro de la pareja que haya sido privado de su libertad.

Bastante se ha hablado de la incidencia del problema económico en el distinto tratamiento que se da a la mujer y de los problemas de índole administrativa que han impedido llevar igualdad a este campo, pero no por ello se debe cegar en los esfuerzos iniciados que pretenden poner fin a una cadena de injusticias.

ANALISIS COMPARATIVO DEL NUMERO Y CLASE DE BENEFICIOS OTORGADOS A PERSONAS QUE CUMPLEN PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

1.— **Objetivo:**

El objetivo del estudio consiste en determinar la cantidad de personas, hombres y mujeres, que les fue otorgado el beneficio del artículo 55 del Código Penal, durante los años 1982 y 1983.

2.— **Procedimiento de obtención de los datos:**

La información se obtuvo directamente de las actas del Instituto Nacional de Criminología; como se sabe, el Instituto es el único organismo autorizado por la ley, para conceder el beneficio mencionado, razón por la cual, sus actas contienen la totalidad de beneficios otorgados. Esta circunstancia confiere alta confiabilidad a los resultados.

3.— **Universo del estudio:**

El universo del estudio lo constituyen todas las personas, adultos de ambos sexos, sometidos a penas privativas de libertad, en los establecimientos carcelarios del Sistema Penitenciario Nacional, durante los años 1982 y 1983.

La población de interés la confirman todos los individuos adultos, de uno u otro sexo, que recibieron el beneficio del artículo 55 del Código Penal, durante el período ya mencionado. Se incluyen además, aquellos varones que fueron trasladados a cualquiera de los centros semiabiertos del sistema penitenciario, así como las mujeres que les fue otorgado algún tipo de permiso de salida del centro Buen Pastor.

Estos permisos consisten en una autorización si para salir del Centro, cuya duración por lo general, no excede las 24 horas; pueden ser mensuales, quincenales o semanales y con frecuencia, las personas que lo disfrutan obtienen el beneficio del artículo 55.

Volviendo al asunto de la existencia de solo un centro de reclusión para mujeres en la ciudad de San José, es claro que en muchos casos el beneficio se torna ilusorio en virtud de la distancia en relación con el domicilio de la mujer que ha sido privada de su libertad. Piénsese por ejemplo en un permiso de salida para ir a Corredores en cuyo caso las 24 horas no alcanzarán siquiera para el viaje.

4.—**Resultados:**

A continuación se presentan los resultados generales; anexo, sírvase encontrar los cuadros que contienen la información detalladamente:

Cuadro 1

TOTAL DE INTERNOS QUE RECIBIERON ALGUN BENEFICIO, SEGUN SEXO, POR AÑOS Y CLASE DE BENEFICIO

	1982		1983	
	Art. 55	Otro beneficio	Art. 55	Otro beneficio
Hombres	144	516	122	415
Mujeres	9	32	9	29

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EJECUCION CONDICIONAL DE LA PENA

El artículo 60 del Código Penal señala en forma taxativa los requisitos que constituyen el presupuesto indispensable para que el juez ejercite la facultad de aplicar la condena de ejecución condicional, según lo preceptuado en el numeral 59 del cuerpo de leyes citado.

Como puede apreciarse es difícil aquí localizar la existencia de una desigualdad de tratamiento en favor de la mujer en punto a la ejecución condicional, toda vez que todo está determinado por condiciones objetivas que la ley prevé. Sin embargo como aunque aparentemente se cumplen los requisitos, sigue siendo una facultad del juez su concesión, lo que interesa es determinar si en igualdad de condiciones y circunstancias existe alguna actitud más benévola en este sentido y a favor de la mujer.

En 1982 las autoridades penales (tribunales colegiados y juzgados penales) condenaron a 5552 personas de las cuales 443 eran mujeres y 5109 hombres. En 1983 el total de condenados ascendió a 6512 personas de las cuales 532 fueron mujeres y 5980 fueron hombres.

En los siguientes cuadros se indica el número de hombres y mujeres a quienes se concedió el beneficio de ejecución condicional y el porcentaje que eso significa en relación con la totalidad de los condenados en cada caso según el sexo.

A primera vista puede parecer exagerada la desproporción que se observa entre ambas categorías en cuanto a los números absolutos se refiere, pero, dado que las categorías de población de donde provienen las variables de interés, son marcadamente distintas, en el sentido de que una es muy alta y la otra muy baja, resulta conveniente utilizar números proporcionales, pues clarifican mucho la situación; véase el cuadro 2 en donde se ha efectuado la relación proporcional:

Cuadro 2

PROPORCION (1/100) DE INTERNOS QUE RECIBIERON ALGUN BENEFICIO, SEGUN SEXO, POR AÑOS Y CLASE DE BENEFICIO

	1982			1983		
	Población total	Art. 55	Otro beneficio	Población total	Art. 55	Otro beneficio
Hombres	2732	4,17	18,8	2767	4,40	14,99
Mujeres	122	7,37	26,22	102	8,82	28,43

Una vez realizada la paridad o el "ajuste" entre las poblaciones masculina y femenina, la comparación resulta más adecuada, veamos:

En 1982, por cada 100 varones que cumplieron penas de prisión, 4 de ellos obtuvieron el beneficio del artículo 55, en tanto que 7 de cada 100 mujeres recluídas, fueron beneficiadas.

En el año 1983, se acentúa aún más la diferencia pues de cada 100 varones presos, solo 4 se beneficiaron con el "55", mientras que el número de mujeres beneficiadas fue de 8 por cada 100, es decir, el doble que los varones.

Con relación a la variable denominada "otro beneficio", que como ya se mencionó, significa el traslado a un régimen semiabierto, en el caso de los hombres y permisos de salida del centro a la comunidad, respecto de las mujeres, se observa una diferencia proporcional bastante marcada, a favor de las mujeres (véase el cuadro 2). Sin embargo, es incorrecto establecer comparación entre hombres y mujeres en este tipo de beneficio; aún más, es discutible en el caso de las mujeres, considerar como beneficio algunos permisos de salida, veamos la razón:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Si un hombre es trasladado a un centro semiabierto, tiene la posibilidad de salir "a la calle" desde el viernes en la tarde, hasta el día lunes por la mañana; además, permanece en un medio donde las limitaciones de espacio físico son casi inexistentes; las mujeres en cambio, obtienen por lo general un permiso que casi nunca excede las 24 horas y el resto del tiempo permanecen en un régimen cerrado.

La aplicación de este régimen de confianza tiene por finalidad que las mujeres puedan salir a trabajar o bien a visitar su hogar. En este último caso pueden darse para disfrutarlos todos los días o cada 8, 15, 22 ó 30 días, pero en general únicamente podrán hacerlos efectivos aquellas reclusas que habiten a una distancia "razonable" con respecto al centro.

TRASLADOS PROVENIENTES DE CENTROS CERRADOS A CENTROS DE CONFIANZA, INCLUYE SOLO VARONES

Centros de confianza	Años	
	1982	1983
Total	516	415
San Luis	153	150
Soledad	46	70
Sandoval	28	24
Pérez Zeledón	47	30
Tierra Blanca	32	36
Nicoya	29	38
Jalaca	—	41
San Agustín	110	17
Guadalupe	71	9

TOTAL DE CONCESIONES DEL BENEFICIO DEL ART. 55, VARONES, POR AÑOS

Centros de confianza	Años	
	1982	1983
Total	114	122
San Agustín	89	81
Guadalupe	23	39
Sandoval	1	—
Nicoya	1	—
San Gerardo (Alajuela)	—	2

CENTRO "EL BUEN PASTOR"
TOTAL DE BENEFICIOS CONCEDIDOS POR AÑOS, INCLUYE SOLO MUJERES

Tipo de beneficio	Años	
	1982	1983
Total	41	38
Artículo 55	9	9
Permisos de salida	32	29

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CONCLUSIONES

Primera:

El bajo índice de criminalidad de la mujer en relación íntima con el problema presupuestario del país, la coloca en una posición de desventaja en cuanto al tratamiento que recibe cuando es privada de su libertad. Esta situación se da tanto durante la tramitación del proceso como en la etapa de ejecución de la pena y la causa determinante de la misma se localiza en la existencia de solo un Centro Penitenciario que debe servir para cumplir la prisión preventiva, purgar la pena y aplicar el Programa de Prueba y Libertad Vigilada.

Segunda:

Por las circunstancias expuestas en el punto anterior, la aplicación del Régimen de Confianza beneficia solamente a la población penal que proviene de la ciudad Capital y su periferia, beneficia parcialmente a las residentes en la cabeceras de las provincias de Alajuela, Cartago y Heredia y perjudica por imposibilidad de ejecución a quienes tienen su domicilio en las zonas norte y sur, así como las costeras del país.

Tercera:

Se mantiene la discriminación de la mujer en cuanto al disfrute del derecho a la visita conyugal y por ese camino se atenta contra la estabilidad y desarrollo del núcleo familiar. En su demérito se da una concepción distinta a la familia y a la protección que requiere, según quien sea el miembro de la pareja de hecho o de derecho que haya sido privada de su libertad.

Cuarta:

De acuerdo con los datos obtenidos, una mayor proporción de mujeres resulta beneficiada con la aprobación de la Aplicación del Programa de Prueba.

Sin embargo, aunque la suma de esos beneficios sea mayor en relación con los concedidos a los hombres, es lo cierto que en relación con las primeras el sistema resulta inoperante por la carencia de Centros de Confianza para su aplicación. En consecuencia, es claro que problemas de infraestructura determinan una desigualdad de tratamiento en perjuicio de la mujer, situación que no ocurre con los hombres para quienes se han construido Centros de Confianza Urbanos, agropecuarios y rurales.

Quinta:

Las autoridades que administran justicia penal y los defensores han descuidado lo atinente a la prisión preventiva domiciliaria y la cesación de la misma, según lo preceptuado en los artículos 293 y 294 del Código de Procedimientos Penales.

Estos institutos constituyen remedios procesales efectivos para hacer menos onerosa la ausencia de Centros de Reclusión para la mujer en todo el país y por ende para disminuir por esa vía la brecha de trato desigual en su perjuicio.

Con la prisión domiciliaria se prodría cumplir en parte con lo establecido en el artículo 39 de la Constitución Política en cuanto a que a nadie se hará sufrir pena sino en virtud de sentencia firme.

Sexta:

Independientemente de las condiciones objetivas que puedan determinar la concesión de la ejecución condicional de la pena, es claro que se ha puesto de manifiesto una actitud más benévola de parte de los jueces frente a la mujer, que bien puede estar determinada por el conocimiento que tienen de los efectos negativos que se generan con su desarraigo por la ausencia de centros para su reclusión en la zona geográfica a que pertenecen.

Sétima:

El bajo índice de criminalidad de la mujer unido a problemas de infraestructura determinados por la situación económica ha generado un trato desigual en su perjuicio que roza con la garantía constitucional prevista en el numeral 33 de nuestra Carta Magna.

RECOMENDACIONES

Primera:

Creación de cuatro "Centros de Confianza" femeninos, ubicados en los siguientes puntos estratégicos del territorio nacional:

a) Pérez Zeledón (Tratamiento Zona Sur)
b) Liberia (Tratamiento Zona Norte)
c) Puntarenas
d) Limón

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Segunda:

Como siempre habrá reclusas que procederán de lugares muy alejados con respecto a esos centros de población, se deberá establecer coordinación interinstitucional con la Guardia de Asistencia Rural (por tratarse de un cuerpo policial presente en todo el país), la que contará con personal femenino de apoyo, a efectos de que el Programa de Prueba y la aplicación de los regímenes de confianza, cobren vida en toda su dimensión.

Tercera:

Reformas al artículo 60 del Reglamento del Centro de Adaptación Social El Buen Pastor, en cuanto a los regímenes de confianza limitado y amplio se refiere, de manera tal que las autoridades encargadas de aplicar el sistema puedan adecuar la duración de la salida de la interna a su hogar tomando en cuenta la distancia que media entre el Centro y su domicilio.

Cuarta:

Concluir la reglamentación de la "Visita Intima" para mujeres y proveer las instalaciones necesarias para ese fin.

Quinta:

Instar respetuosamente a jueces y defensores para que hagan efectiva la aplicación de la prisión preventiva domiciliaria y la cesación de la misma en los casos previstos por Ley.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

DELINCUENTES POR MOTIVACION POLITICA Y ACCION PENITENCIARIA

Ms. Mario Alberto Víquez Jiménez

"Toda posición radical implica una desmoralización del orden establecido. Es posible temerla y tratar de suprimirla, pero entonces se suprimirá al mismo tiempo una de las bases de la democracia". (D. Szabō. Criminología y política en materia criminal).

INDICE

Pág.

1. Introducción 122
2. Algunas dificultades en la definición de delitos políticos 122
3. El tratamiento penitenciario 123
4. Conclusiones y recomendaciones 124
5. Bibliografía 124

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

INTRODUCCION

El abordaje de un fenómeno tan "espinoso" como lo es la delincuencia política, tiende en muchas ocasiones a resolverse en lo que nosotros creemos ver el "camino más largo y errado; su ocultación o negación".

Esta ocultación, puede tener diversas formas de presentación; como lo son la indefinición, la prolongación o ausencia de políticas claras y definidas en la materia, la argumentación de que se trata de un problema jurídico formal de orden común, etc. Es evidente, si queremos ser justos, que no todo se prorroga o dilata por negación al fenómeno; sino que en ocasiones —como el caso costarricense— tratándose de un fenómeno "nuevo",[1] suscitó diversas reacciones y modificaciones en los órganos de control social, y que en el caso concreto del ámbito penitenciario, se expresó como una situación que podríamos describir como de confusión, ignorancia e impotencia.

La razón principal de tal situación, creemos encontrarla fundamentalmente en que los instrumentos de la clínica criminológica tradicionalmente centrados en el sujeto-delincuente no son suficientes para abordar un fenómeno que excede el ámbito de la explicación individual, para ubicarse en el contexto económico y social.

Por lo demás, todo lo relacionado con la delincuencia política, su acción, detección, juzgamiento y prisionalización, se ve permanentemente matizado por "una evidente y abundante publicidad". Y encontramos sumamente saludable dicha publicidad, en tanto sea una forma de garantizar las libertades individuales y ciudadanas; pero no así cuando se convierte en un factor multiplicador de los temores que estas acciones tienden a producir en gran parte de la población, con las correspondientes "propuestas extremistas" de represión social. Porque el número de publicaciones, en relación con dicho fenómeno, muy probablemente tienen una relación inversa, a la capacidad media de comprensión del mismo, sumado al carácter descriptivo y poco analítico que emiten gran parte de los medios de comunicación colectiva.[2]

ALGUNAS DIFICULTADES EN LA DEFINICION DE DELITOS POLITICOS

Es claro que cada sociedad, se construye una idea sobre los delitos políticos que revela sus propios valores.[3] Pero como bien lo señala la corriente interaccionista de la criminología, para que se dé un delito, no basta el rompimiento objetivo de la norma, sino que se hace necesaria la percepción como tal de dicha acción.

Es así como una misma acción será percibida de manera diferencial dependiendo de factores históricos, económicos y sociales. Lo que hoy es delito, no necesariamente lo será en el futuro ni lo fue en el pasado. En el caso concreto de lo político, esto se evidencia aún más, en tanto que el calificativo de "político" cambia de significado continuamente. Es así como de partida nos enfrentamos a un problema de fondo, que necesariamente implica una toma de posición. Como consecuencia inmediata de esa relatividad histórica, surge la pregunta básica de ¿existen diferencias reales entre los llamados "delitos comunes" y los de "motivación política"? Porque podría uno preguntarse dos cosas: ¿Qué hace que los llamados "delitos comunes" no sean políticos? y en segundo término ¿cómo determinamos que los denominados delitos de motivación política, realmente tienen tal origen? La respuesta no es fácil, sin embargo, podemos al menos, ensayar la descripción de algunos aspectos que delimiten lo que generalmente se entiende como delitos de motivación política.

En primer término el "delito político" es un delito de excepción, en segundo lugar los objetivos que persiguen "se suponen" son impulsados por

---

1. Nuevo, en la magnitud y forma de expresión actual, pues históricamente encontramos diversos acontecimientos y formas de reacción social ante acontecimientos de orden político. Para una mayor información, puede consultarse a Ricardo Jinesta. *La Evolución Penitenciaria en Costa Rica.* Editorial Falcó, San José, 1940.

2. Una posición similar sobre los medios de comunicación asume William Cliffort en *Terrorismo, un reto.* Editorial Ilanud al Día. Año 2, No. 6, San José, 1979.

3. D. Szabõ. *Criminología y política en materia criminal.* Editorial Siglo XXI, México, 1980.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

móviles que van más allá de su interés personal (a diferencia de los llamados delitos comunes que normalmente tienen un interés individual) y en tercer término, no pone en sus autores un estigma de infamia.[4]

Ahora bien, a este primer intento de caracterización hemos de agregarle algunas propuestas de diferenciación. Por un lado están los delitos políticos producidos a causa de las convicciones (políticas, religiosas, morales, etc.), color, origen étnico, idioma o religión, es decir, vinculados a características personales o de conciencia, creando lo que Amnistía Internacional denomina "presos de conciencia". Por otro lado, están aquellos sujetos en los que ha mediado una acción concreta, normalmente violenta, tipificada generalmente como "delito común".[5]

Podemos en síntesis, hablar de dos posibles posiciones. La primera de ellas **subjetivista,** en tanto que toma en cuenta los motivos "altruistas" del autor, quedando por fuera las personas que han obedecido a un sentimiento egoísta, por codicia, rencor o a su propio mundo interior, en tanto que esté alterada la percepción de la realidad (sicosis). En segundo lugar, la tesis **objetivista,** en lo que solo importa el acto reprensible, donde de antemano se incluyen "acciones más graves para la moral y/o el derecho común", como serían el homicidio, envenenamiento, lesiones, incendio, robo agravado, etc.[6]

Como vemos las posibilidades de definición son inmensas y relativas al momento histórico-político de sociedades concretas, donde los límites entre lo "político" y lo "común", queda sujeta a la posición ideológica en que se ubica al definidor. Porque tanto los móviles de orden sujetivo-individual, se cuestionarían en tanto que son parte de un orden social; como las infracciones contra el orden y funcionamiento del Estado y los derechos de los ciudadanos, lo pueden ser todos los delitos de "orden común".

EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Si la posibilidad de una definición nos ha dado suficientes problemas, en el ámbito de la ejecución penitenciaria éstos se multiplicarán.

En nuestro país la pena tiene una clara función, donde textualmente encontramos "...la pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma que una ley especial determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora".[7] Como podemos observar, la acción penitenciaria debe entonces, estar centrada en el **sujeto,** y como sabemos bien, a pesar de los problemas de definición, nuestros "delincuentes políticos" en su mayoría, han cometido un "delito común", por el resultado, pero político por el objetivo y sus motivaciones. Ahora bien, si la acción penitenciaria debe centrarse en el autor, el ámbito de la rehabilitación recae sobre la "conciencia" del autor, dado que las motivaciones (origen del delito) provienen de sus convicciones.

Aquí nos enfrentamos en un problema en nuestro juicio sustancial, pues la constitución claramente señala en su artículo 28 que "...nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones, ni por acto alguno que no infrinja la ley". Lo que a nuestro juicio implica que nadie puede ser inquietado ni manipulado por los contenidos de su "conciencia" mientras no exista alguna acción.

¿Podríamos así pensar en la posibilidad de un derecho a la no rehabilitación? La respuesta no es sencilla, porque la lógica judicial y la lógica penitenciaria no necesariamente van de la mano. La lógica judicial ha sentenciado por una acción que claramente forma parte del derecho penal común, pero el tratamiento penitenciario le toca centrarse en el sujeto con un objetivo claro, tal y como lo señalan los reglamentos de la Dirección General de Adaptación Social: "...promover la rehabilitación del interno dentro de la sociedad..."; caracterizán-

4. D. Szabō. *Criminología y política en materia criminal.* Editorial Siglo XXI, México, 1980.
5. Esta caracterización es la que creemos encontrar en Ammistía Internacional. Ver *Ammistía Internacional, Informe 1980.* Editorial Publicaciones A.I., Londres, 1981.
6. D.Zsabō. Idem.
7. Artículo 51, Título IV, Sección I, Código Penal de Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

dose este régimen de adaptación "...por ser individualización y progresividad".[8]

En síntesis, si bien la lógica judicial juzga fundamentalmente (por lo menos en los hechos) por la acción, la ejecución penitenciaria le tocaría, hipotéticamente, la rehabilitación de una conciencia por sus convicciones.

Hemos de agregar un elemento más al tratamiento penitenciario cual es la disposición del artículo 4 del Reglamento del Centro de Tratamiento "La Reforma": "...no se darán diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de raza, color, lengua, religión, fortuna, nacimiento, **opinión política** o de cualquier otro origen".[9]

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las consideraciones expuestas anteriormente sobre los problemas de definición y tratamiento penitenciario nos llevan a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. El concepto de "delito político" es restrictivo y ambigüo, haciendo referencia a las ideas que sobre él tiene el sentido común.
2. La diferenciación entre lo político y común es relativo y poco claro, dado que pueden darse diversas combinaciones.
3. La definición de lo político está evidentemente influido por las corrientes de opinión dominantes en la sociedad, así como por la posición ideológica del definidor.
4. Existen contradicciones importantes a la hora de abordar el problema dentro de la lógica judicial y penitenciaria.
5. Debe darse el derecho a la no rehabilitación cuando se trate de un problema de conciencia.

Recomendaciones

1. Los internos por delitos definidos institucionalmente de motivación política, deben tener el derecho a no ser inquietados ni manipulados por su pensamiento político.
2. Deben tener igual trato que todos los demás internos, teniendo acceso a todos los servicios y actividades desarrolladas en la institución, posibilitando el desarrollo de sus aptitudes y motivaciones personales en todas las áreas de su personalidad; sin que esto entre en detrimento de la seguridad pública y la convivencia, tal y como lo estipulan los reglamentos y la Dirección General de Adaptación Social y las leyes de la República.

De forma particular

3. Debe permitirse la individualización y progresividad, definidas por la existencia de un período de diagnóstico y evolución por los regímenes del sistema penitenciario progresivo, con las correspondientes evaluaciones del caso, así como la tramitación de los posibles beneficios que la ley señala.
4. Debe facilitarse (al igual que los demás internos) el trabajo cultural, intelectual, deportivo y recreativo sin censura de ningún tipo en los posibles contenidos de tales actividades.
5. Debe facilitarse en forma permanente, el acceso y conocimiento de la opinión pública, universidades y otros organismos internacionales sobre el estado de su situación carcelaria.
6. En caso de encontrarse indiciados, la institución cumplirá con los requerimientos judiciales de custodia, tomando las medidas que considere necesarias, sin detrimento de los derechos y deberes que señala el Reglamento de Adaptación Social, las leyes y tratados internacionales del país.

BIBLIOGRAFIA

JINESTA Ricardo. *La Evolución Penitenciaria en Costa Rica.* Edit. Falcó, San José, 1940.

CLIFFORT William. *Terrorismo, un reto.* Edit. Ilanud. Ilanud al Día. Año 2, No. 6, San José, 1979.

SZABO Denis. *Criminología y Política en Materia Criminal.* Edit. Siglo XXI, México, 1980.

AMNISTIA INTERNACIONAL, *Informe 1980.* Edit. Publicaciones. Amnistía Internacional, Londres, 1981.

Código Penal. República de Costa Rica. Edit. Porvenir. San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica.

Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma". San José, 1976.

8. **Reglamento del Centro de Adaptación Social "La Reforma", San José, 1976.**
9. **Idem.**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. ANTECEDENTES HISTORICOS Y FUNCIONAMIENTO

Licda. Bárbara María Rodríguez Assmann

SUMARIO

Pág.

I. Nacimiento de los acuerdos en Bretton Woods 126
1. Acuerdos de Bretton Woods 126
2. Creación del Fondo Monetario Internacional 127
A. El FMI como organismo especializado de la ONU 127
a) Potestad normativa externa 129
b) Potestades externas específicas: Recomendaciones y resoluciones 129
B. Convenio constitutivo del FMI 130
C. Primera y segunda enmiendas al CCFMI 130

II. El Fondo Monetario Internacional 132
1. Análisis estructural y normativo 132
A. Organos del FMI 132
a) Junta de Gobernadores 132
b) Directorio ejecutivo 132
c) Director gerente 132
B. Personalidad jurídica del FMI 133
a) Función cuasijudicial 133
b) Función cuasilegislativa 134
2. Régimen de admisión y retiro 134
A. Cuota y poder de voto 135
B. Retiro voluntario y forzoso 135

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

I. NACIMIENTO DE LOS ACUERDOS EN BRETTON WOODS

Los acuerdos de Bretton Woods, que dan nacimiento al Fondo Monetario Internacional, se presentan como una reacción a la anarquía del estado de guerra económica que caracterizó al período 1930-1940. Los convenios del FMI se incluyen en los planes económicos que con carácter supranacional surgen en un período de postguerra, como un intento de solucionar los problemas de pagos internacionales, efecto de las crisis económicas y depresión de los años treinta, que derrumbaron el patrón oro, y ocasionaron una situación de caos económico internacional.[1]

Las principales potencias económicas de la postguerra hacen un llamado a la comunidad internacional sobre la necesidad de reunirse y estudiar la forma de eliminar las prácticas económicas dañinas para la prosperidad mundial y la necesidad de brindarse asistencia mutua para superar dificultades temporales en el intercambio de divisas. Este llamado se concreta inicialmente en la redacción y publicación de una serie de "planes" —Plan Keynes y Plan White—, y finalmente en la redacción formal en los acuerdos de Bretton Woods de los deberes y obligaciones entre los Estados participantes, y esencialmente el deber de consulta respecto a que las modificaciones en las políticas cambiarias de un país miembro debían tomarse bajo la supervisión de organizaciones internacionales como el FMI.

1. Acuerdos de Bretton Woods

Los expertos estadounidenses y una delegación británica, encabezada por Keynes, publicaron en septiembre de 1943 el llamado Comunicado Conjunto de los Expertos,[2] que contenía la mayoría de las cláusulas que más tarde se adoptaron en el Acuerdo del Fondo Monetario Internacional,[3] y que pese a la oposición de Keynes estaba basado en lo esencial sobre el Plan White.[4]

La característica más importante del Plan Keynes era la creación de una moneda bancaria internacional llamada Bancor, que nacía automáticamente; para Keynes, el problema consistía en tomar una sola medida en favor de una cooperación internacional pero sin volver a caer en el sistema del patrón oro.[5]

El Plan White fue titulado "Proyecto preliminar de un protocolo para un Fondo Internacional de Estabilización de los Estados Unidos y países asociados", y entre "sus objetivos se encuentran: a) ayudar a la estabilización de los tipos de cambio; b) acortar los períodos y disminuir el grado de desequilibrio de las balanzas internacionales de pago; y c) reducir el uso de restricciones de los tipos de cambios y otras prácticas de discriminación".[6]

A manera de resumen, vemos que "White propone la constitución de un fondo con aportes de los socios en oro, moneda nacional y valores oficiales, el cual se tomaría para concederles *préstamos temporales* a los países deficitarios; mientras que según Keynes, no habría aportes iniciales de los socios sino apertura a favor de ellos de créditos puramente contables, llevados en una unidad monetaria internacional sobre los cuales podrían girar los paí-

---

1. Sobre un resumen de los episodios económicos de la Segunda Guerra Mundial, véase Carreau Dominique. *Le fond monetaire international.* París, Libraire Armand Colin, 1970, p. 8. Sobre la situación de pagos internacionales véase Picado Roberto. *El Fondo Monetario Internacional. La experiencia de Costa Rica.* San José, Tesis para optar por el Título de Licenciado en Ciencias Económicas, Escuela de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Costa Rica, 1968, p. 6-7. Para un análisis del inconveniente del patrón oro y la necesidad de estabilización económica después de un conflicto bélico, véase Consejo Monetario Centroamericano. *Centroamérica ante la Reforma Monetaria Internacional.* Centroamérica. Secretaría Ejecutiva del CMC, junio, 1977, p. 2-3 y Facio, Rodrigo. *La moneda y la banca central en Costa Rica.* San José. Editorial Costa Rica. Segunda edición, 1973, p. 225. También se remite al lector a la traducción del texto original de las actas tomadas en Bretton Woods. "Final Act and Related Documents". *Convenios sobre el Fondo Monetario Internacional.* Anexo "C". San José. Imprenta Nacional, 1946, p. 98.

2. Para un resumen de sus cláusulas, ver Shigeo, Horie: *El Fondo Monetario Internacional.* Barcelona, Casa Editorial Bosch, traducción española por Alfredo Pastor Bodmer y Antonio Bosch Domenech, 1966, p. 100, 103. También ver, Facio, Rodrigo: *op. cit.*, p. 242, 243 e International Monetary Fund. *The first ten years of the International Monetary Fund.* Washington D.C. agosto 1956, p. 3.

3. En adelante llamado FMI.

4. "El pensamiento estadounidense, representado por el conservador Plan White, prevaleció sobre el inglés representado a su vez por el Plan Keynes: concepción más amplia y visión integral de los problemas postbélicos en escala mundial. De tales negociaciones son producto el FMI. . .". Lizano, Eduardo. *Comentarios sobre economía nacional.* San José. Publicaciones de la Universidad de Costa Rica. Serie Económica y Estadística No. 35, 1971, p. 29.

5. Shigeo, Horie. *Op. cit.*, pp. 72-73, 92-93. Sobre las unidades "bancor" y "unitas". Picado, Roberto. *Op. cit.*, p. 8, 10.

6. Shigeo, Horie, *Op. cit.*, pp. 72-73, 92-93. Sobre las unidades "bancor" y "unitas". Picado, Roberto, *Op. cit.*, p. 8, 10.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ses deficitarios con el fin de saldar sus deudas internacionales".[7]

Resulta indispensable recordar estas discusiones y examinar el modo en que se creó el FMI actual, como fruto de las mismas y del compromiso adoptado para la buena comprensión del sistema y de los problemas que está llamado a resolver. Sin embargo, algunos objetaron que "las opiniones y los intereses contrapuestos fueron desdibujando y debilitando progresivamente su razón de ser original. En consecuencia, no es sorprendente que el FMI se desarrollase en medio de una confusa e inadecuada organización monetaria internacional".[8]

2. Creación del Fondo Monetario Internacional

Con anterioridad al 1 de julio de 1944 se celebró en Bretton Woods, New Hampshire, USA, una conferencia monetaria y financiera de las Naciones Unidas,[9] en la que tomaron parte representantes de 44 países aliados, siendo los principales temas de discusión los principios generales del Comunicado Conjunto de los Expertos y luego de tres semanas de discusión se adoptaron las propuestas en favor del "Fondo", y la conferencia finalizó el día 22 del mismo mes. "El resultado de las labores de la Conferencia se conoce con el título de "Acta Final de la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas", con dos apéndices: Acuerdo del FMI y Acuerdo del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo. Ambos acuerdos suelen designarse con el nombre de "Acuerdos de Bretton Woods", y ambas organizaciones acostumbran llamarse Organizaciones de Bretton Woods.[10]

"Lo que hemos hecho aquí en Bretton Woods es desarrollar una maquinaria por medio de la cual hombres y mujeres de todas partes puedan intercambiar libremente, sobre bases justas y estables, los bienes producidos, fruto de su trabajo. Aquí hemos tomado los pasos iniciales a través de los cuales las naciones del mundo podrán ayudarse unas a otras en su desarrollo económico, para su mutua ventaja y el enriquecimiento de todos".[11] "El espíritu con que hemos conducido estas discusiones sentará un precedente para realizar consultas amigables entre las naciones, en sus intereses comunes. Estas cosas que necesitamos hacer, deben ser hechas —pueden sólo ser hechas— en armonía, en conjunto".[12]

Es así como en un clima de amistad y solidaridad económica[13] se crea el FMI y toda una estructura orgánica en su Convenio Constitutivo.[14] Tentativamente podríamos hablar del FMI como de una institución especializada de la ONU, y por eso mismo tiene *vocación universal.*[15] Más aún, el Fondo tiene sensiblemente más miembros que la ONU; esta diferencia se debe a que el FMI es una organización técnica.

A. El FMI como organismo especializado de la ONU

"Lo realmente extraordinario es que las naciones estuvieran dispuestas a aceptar la intervención internacional en el manejo de sus relaciones monetarias externas, renunciando así a su soberanía nacional absoluta en estas materias".[16]

La ONU, desde sus orígenes, fue incapaz de convertirse en el embrión de un gobierno mundial. Desde su constitución había adoptado el principio nada realista de "un estado, un voto", y luego no había encontrado mejor manera de aproximar una ficticia igualdad de Estados a la dura realidad; tal gobierno se desarrolló, no de la ONU, sino de una u

7. Facio, Rodrigo. *Op. cit.*, p. 235-236.
8. Shigeo, Horie, *Op. cit.*, p. 173.
9. Se analizarán más adelante los vínculos del FMI y la ONU.
10. Shigeo, Horie, *Op. cit.*, p. 112.
11. Discurso del Honorable Henry Morgenthau, Jr. "Final Act and Related Documents". *Op. cit.*, p. 5.
12. Palabras del Presidente Roosevelt, junio 29 de 1944, *Ibídem*, p. 1 y 2.
13. Este sentimiento de comunidad económica internacional es retomado más adelante por S.S. Juan XXIII, quien se expresa así sobre la economía universal: ". . .la economía de unas naciones se entrelazan cada vez más con la economía de otras. . . los planes se van asociando, de todos ellos unidos, resulta una especie de economía universal. . . porque la creciente prosperidad de un Estado es en parte efecto y en parte causa de la creciente prosperidad de los demás. . .". S.S. Juan XXIII, *Encíclica Pacem in Terris*, San José, Imprenta Metropolitana, 1973, p. 48, 11 de abril de 1963.
14. "Dicha carta fundamental adquirió plena vigencia a partir del 27 de diciembre de 1945 después de haberse obtenido la firma de los gobiernos de 29 países, los cuales representaban el 80 % de las cuotas originales del Fondo". Picado, Roberto, *op. cit.*, p. 11.
15. Carreau, Dominique, *op. cit.*, 22 y p. 27 (subrayado nuestro).
16. Consejo Monetario Centroamericano. *Op. cit.*, p. 9.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

otra de las "empresas" políticas más antiguas y vigorosas: el gobierno de los Estados Unidos y el gobierno de la Unión Soviética".[17] Posteriormente la ONU emitió la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados,[18] fortaleciendo aún más su influencia en los Estados a través de los organismos especializados sobre los cuales tiene la administración indirecta.[19]

Así surgió el FMI como una institución supranacional, reordenadora de los tipos de cambio mundiales, puesto que "las diferencias que anteriormente se habrían abandonado a la mano invisible de Adam Smith ahora requieren negociación, colaboración y coordinación amplia de las directrices nacionales".[20] La coincidencia de intereses y armonía de políticas nacionales a través del FMI planteó "la cuestión subyacente detrás de los acuerdos de Bretton Woods: si el FMI debía ser una institución independiente, animada por funcionarios internacionales o, al contrario, las actividades del Fondo debían ser propias y evidentes, en virtud de sus implicaciones políticas. Bajo la presión del gobierno americano y de la delegación inglesa y Keynes, la segunda concepción debía triunfar.[21]

La mayoría de los autores por un lado coinciden en ver al FMI como una agencia especializada de la ONU[22] y tratan de obviar por el otro que "los múltiples programas norteamericanos de ayuda al exterior, su control efectivo sobre los organismos internacionales de crédito, su estructura de los tratados comerciales y otros relacionados con ellos, son instrumentos que pueden utilizarse para fomentar como ley, en la comunidad mundial, doctrinas compatibles con sus objetivos políticos y sociales".[23]

Manteniendo una estrecha relación con el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas,[24] estos organismos especializados están constituidos por todos los órganos estatales (Estados) que cooperan en la celebración de un tratado,[25] y en cierta manera estamos de acuerdo en el efecto "capitis deminutio"[26] de las relaciones con el FMI en el sentido de que la conferencia de Bretton Woods ha creado un cierto orden monetario internacional y ha confiado la gestión a una institución especializada de las Naciones Unidas, el FMI. La institucionalización de los estatutos del Fondo ha entrañado una sensible disminución de la *soberanía monetaria,* de los países miembros del FMI, mas esta "capitis deminutio", tiene una contrapartida dentro del derecho a la ayuda monetaria y los beneficios que se obtienen al ser miembros del Fondo.

El FMI también es analizado como una organización autónoma aunque afiliada a la ONU[27] debido a las potestades de autointerpretación de sus acuerdos. Esta potestad cuasijudicial será analizada en la Sección II, aparte 2-a) de este mismo Capítulo.

---

17. En su libro *Estudio de la Historia* (3) Compendio IX/XIII Madrid, Alianza Editorial, 1975, p. 283 (traducción de Luis Alberto Bixio).

18. *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados.* Para un análisis de la Carta y la naturaleza jurídica de sus principios en relación al Derecho Económico Internacional, ver Witker, Jorge, *La Carta como Código Marco del nuevo Derecho Internacional Económico,* Derecho Económico Internacional, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 120-122.

19. En este sentido los artículos 57 y 63 de la *Carta de las Naciones Unidas,* San Francisco, 26 de junio de 1945. Sobre un extenso comentario en relación con el tema, ver *Las Naciones Unidas. Orígenes, Organización y Actividades.* New York, Naciones Unidas, tercera edición, 1969, p. 579. "En el caso de los organismos internacionales se trata de entes en que los estados participan sacrificando parte de su soberanía, actúan como entes colegiados y sus acuerdos representan el criterio mayoritario de la comunidad que ellos integran". Fernández, Raúl, *op. cit.*, p. 36.

20. Kaplan, Morton y Katzambach, Nicholas. *Fundamentos Políticos del Derecho Internacional,* México. Editorial Limusa-Wiley, 1965, p. 96.

21. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 18.

22. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 27. Tamames, Ramón, *Estructura económica internacional,* Madrid, Editorial Alianza, quinta edición, 1978, p. 75-76. Grieg D. W., *International Law,* London. Butterworth & Co., Second Edition, 1976, p. 776 y Verdross, Alfred, *Derecho Internacional Público.* España Biblioteca Jurídica Aguilar, 1976, p. 609 y 328.

23. Kaplan, Morton y Katzenbach, Nicholas, *op. cit.*, p. 33.

24. Comentario del Príncipe Teodoro Láscaris-Comneno, citado por Joaniquet Pons, Celso, *Fundamentos filosóficos del Código Mundial.* Barcelona. Editorial Cervantes, tercera edición, 1961, p. 190. Ver el Capítulo IX y Capítulo X, sobre la composición, poderes y funciones del Consejo Económico Social de la ONU. *Carta de la ONU.*

25. Verdross, Alfred, *op. cit.*, p. 328.

26. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 167 (subrayado nuestro).

27. Hart, Albert y Kenen, Peter, *Deudas monetarias y actividad económica,* México. Centro Regional de Ayuda Técnica (AID), 1964, p. 431, y Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 97.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Entre los caracteres diferenciales de las organizaciones internacionales,[28] la autonomía normativa establecida por medio de un acuerdo internacional constitutivo, viene a reforzar la razón misma de su existencia, y regular el mecanismo de sus fines específicos.[29]

Algunos autores han afirmado que el derecho que regula las organizaciones internacionales no tienen ninguna procedencia[30] en el sentido de que por un lado el DI general es el derecho que las vincula: así todos los miembros son sujetos de DI y están dotados de personalidad y representación en la comunidad internacional; además de un tratado multilateral que las crea y viene a constituir un DI particular frente al DI general que constituye la base de su ordenamiento internacional. Así coexisten y se complementan entre sí, lo nacional y lo internacional, como referencia obligada frente a los Estados miembros de las organizaciones internacionales.

El poder normativo de las organizaciones internacionales se manifiesta, hacia el interior de la misma, creando normas que complementan y adaptan su propio ordenamiento, y hacia el exterior, vía en la que se da vida a normas jurídicas que tienen relevancia fuera del propio ordenamiento jurídico de la organización.[31]

a. Potestad normativa externa

Que se manifiesta a través de la posibilidad de concluir tratados internacionales y que tiene su fundamento en su cualidad de sujeto de derecho internacional y en la especial autorización del tratado creador, a posteriores actos internacionales que haya modificado éste de manera directa e indirecta. Dentro de esta potestad normativa externa podemos encuadrar la posibilidad de crear normas de carácter consuetudinario. Es cierto que dichas costumbres, en principio son simplemente costumbres particulares y forman parte del DI particular; "pero luego las normas van ampliando su esfera de aplicación hasta entrar a formar parte del DI general".[32]

b. Potestades externas específicas: Recomendaciones y resoluciones

Esta potestad específica se manifiesta a través de una serie de actos de carácter internacional, unos de carácter obligatorio y otros no, pero cargados de una indudable autoridad jurídica y de consecuencias prácticas que no se pueden desconocer. Esta serie de actos reciben el nombre de resoluciones.[33] Existen dos tipos con diferentes efectos: aquellas que no tienen valor obligatorio, tal como los votos, dictámenes y recomendaciones, y aquellas con valor obligatorio, entre las que cabe resaltar las resoluciones, los reglamentos y las órdenes.

En la definición de las recomendaciones como "declaraciones de voluntad de las organizaciones internacionales, por medio de las cuales se formulan con solemnidad y en forma particular una invitación o se toma una decisión o inicia una acción en un sentido determinado",[34] se hace evidente la ausencia de distinción formal y efectual de las mismas, despojándolas de su contenido jurídico propio, o sea la obligatoriedad, pero conservando, sin embargo, "un especialísimo valor moral",[35] más o menos fuerte, según la organización que las adopte y el peso político de las mismas.

Las decisiones que emiten las organizaciones internacionales, suponen una manifestación claramente establecida en cuanto a su fuerza vinculan-

28. Así, el estar compuestas por sujetos de DI, con un carácter estable, en que tanto su acto jurídico creador como su ordenamiento interno forman parte del DI, y que la organización en sí tiene finalidades concretas, que realiza a través de órganos propios y poderes propios. Díez de Velasco, Manuel, *Curso de Derecho Internacional Público.* Madrid. Tomo I. Editorial Tecnos, 1963, p. 329.

29. Mónaco, R., *L'autonomia normativa degli enti internazionali.* Milán. "Scritti di Diritto Internazionale" in Onore di T. Perassi, Vol. II, 1957, p. 142. Citado por Díez de Velasco, Manuel, *op. cit.*, p. 328.

30. Díez de Velasco, Manuel, *op. cit.*, p. 354.

31. *Ibídem*, p. 354-355.

32. Díez de Velasco, Manuel, *op. cit.*, p. 356-357. En este mismo sentido véase Vargas Carreño, Edmundo, *op. cit.*, p. 96-97.

33. Tentativa definición, por la diversidad de efectos jurídicos vinculantes que representan los actos de las organizaciones y la falta de precisión terminológica.

34. Así Laurent, P., "Principies communs aux differentes Organisations Internationales", en *Juris Classeur de Droit International.* Vol. I, fasc. 112, p. 16. Citado por Díez de Velasco, Manuel, *op. cit.*, p. 359.

35. Díez de Velasco, Manuel, *op. cit.*, p. 359. Por otro lado, el incumplimiento de una recomendación lleva aparejada una toma de posición de los restantes estados que forman la organización y de la opinión pública de los mismos respecto al Estado que no ajusta su conducta al contenido de la recomendación emitida. *Ibídem*, p. 360.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

te, del poder de tomar decisiones ejecutivas. Las decisiones son obligatorias en todos sus elementos, en el sentido de que la "obligatoriedad afecta concretamente a aquellos a los que se dirige".[36] Las decisiones pueden tener un carácter individual y obligan por efecto de su notificación al interesado, pero pueden tener un carácter general y, en ese caso, obligan por el hecho de su publicación.

Debido a la imprecisión usada en las organizaciones internacionales, tanto en el término decisión como resolución, nos vemos obligados a examinar en cada caso su contenido y estudiar los poderes del órgano que las haya tomado, para decidir su verdadero valor obligatorio.[37]

B. Convenio constitutivo del FMI[38]

"El FMI rige las relaciones monetarias de 129 países y constituye la base del sistema monetario internacional de los últimos treinta años".[39]

Existen diferentes acepciones sobre el carácter jurídico del CCFMI.[40] Para un análisis somero del mismo, ver el Capítulo II, que trata específicamente sobre la naturaleza jurídica del CCFMI y otros acuerdos del FMI.

Es así que el Convenio Constitutivo del FMI se nos presenta como un instrumento internacional, que crea la organización, llamado instrumento constitutivo o instrumento constitucional, y determina su capacidad y sus modalidades[41] como todo un sistema normativo unitario, que contiene disposiciones exhaustivas sobre sus fines, el modo de efectuar las enmiendas al CCFMI, suspensión temporal del CCFMI e inclusive la disolución misma del FMI.[42]

En 1945, el CCFMI aprobado en esa ocasión adquiriría vigencia plena cuando hubiere sido firmado a nombre de los gobiernos cuyas participaciones sumaran por lo menos el 65 por ciento del total de las cuotas asignadas a los 45 países que concurrieron a la mencionada conferencia de Bretton Woods y cuando los instrumentos constitutivos de las manifestaciones de aceptación del Convenio, conforme a las leyes de cada país, hubieran sido depositados a su nombre.[43]

C. Primera y segunda enmiendas al CCFMI

La Primera Enmienda al CCFMI, elaboró un sistema basado en Derechos Especiales de Giro en el FMI y modificaciones en las normas y prácticas del Fondo, especialmente en cuanto al informe de los directores ejecutivos a la Junta de Gobernadores.[44]

En Costa Rica, la Primera Enmienda al CCFMI, es objeto de comentarios periodísticos y debates parlamentarios;[45] pero es el Lic. González del Valle, invitado especial de la Comisión de Asuntos Eco-

---

36. Díez de Velasco, Manuel, *op. cit.*, p. 363.

37. *Ibídem*, p. 364. Así las resoluciones del FMI: comunicaciones y sanciones temporales, véase Capítulo I, Sección III, B-2. Véase también Capítulo II, Sección C: sobre los acuerdos de derecho de giro. Como acto unilateral del Fondo.

38. Véase el Anexo No. 1: Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional. Ley No. 6.223 de 27 de abril de 1978, p. 249.

39. Consejo Monetario Centroamericano, *op. cit.*, p. 2-3.

40. Algunos autores sosteniendo la clasificación de los tratados con base en la intención de los contratantes, en abiertos y cerrados, según que permitan la incorporación de nuevos miembros, consideran que la naturaleza del CCFMI pertenece a la de los "tratados generales, que prevén mecanismos determinados para incorporar nuevos miembros, por consiguiente, no *ipso facto* a la participación de todos los Estados". De la Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo, *op. cit.*, p. 91.

41. De la Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo, *op. cit.*, p. 177. Consideran estos autores que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se aplica a los instrumentos constitutivos de las organizaciones internacionales. Ver así el art. 5 de la Convención de Viena, y Fernández, Raúl, *op. cit.*, p. 29-30.

42. Sobre las disposiciones de emergencia ver el Convenio Constitutivo del FMI (en adelante CCFMI), publicado en el Alcance No. 93 a La Gaceta No. 105 del 2 de junio de 1978, bajo la Ley No. 6.223 del 27 de abril de 1978, los artículos XXVII, sección 1, suspensión temporal del CCFMI, sección, 2, disolución del Fondo y el artículo XXVIII sobre el modo de efectuar las enmiendas al CCFMI.

43. Picado, Roberto, *op. cit.*, p. 71. "El primer pago de la participación de Costa Rica fue realizado por el Departamento Emisor del Banco Nacional de Costa Rica el 22 de febrero de 1947". *Ibídem*, p. 74. Actualmente el CCFMI, en su artículo XXXI, sección 2), contempla disposiciones específicas sobre la firma del convenio, así: "a) entregarán para su depósito en los Estados Unidos de Norteamérica un instrumento en el que declaren que han aceptado este convenio, y que han tomado las *medidas necesarias* para poder cumplir con todas las obligaciones contraídas al tenor del mismo" (subrayado nuestro).

44. Gold, Joseph, *La reforma del FMI.* Folleto del FMI 12-S Washington 1970, p. 1.

45. "Prohíbe prácticas cambiarias discriminatorias: FMI" *La Nación* (periódico), martes 17 de enero de 1967, p. 14. La Primera Enmienda al CCFMI fue publicada en el Alcance No. 16 a *La Gaceta* No. 120 de 28 de mayo de 1969, Ley No. 4.336 de 20 de mayo de 1969.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

nómicos, quien mejor nos explica el sentido "costarricense" de esta Primera Enmienda: "Pero con toda honestidad les voy a decir: la Enmienda por lo menos tiene una característica, no tiene nada de revolucionario, no es una reforma verdadera, es una fórmula muy conservadora, sumamente conservadora, pero responde a la excesiva cautela con que operan los banqueros centrales y los banqueros privados y ha sido, por lo tanto, un reflejo de todos esos temores y todas esas suspicacias, pero la reforma en medio de todas sus limitaciones es buena, por lo menos, tiene la ventaja de que no hace daño, en la práctica, se verá si es útil. Por lo tanto, es algo esotérico todavía".[46]

A pesar de las medidas contenidas en la Primera enmienda al CCFMI, ya "desde 1969 se venía gestando una recesión económica con inflación; la generalización de la crisis económica mundial en 1973 y su agravamiento en 1974, hicieron fracasar la viabilidad política de la reforma integral, por lo que se propuso un plan de acción inmediata para evitar la desintegración del sistema monetario. Se constituyeron así las bases de las negociaciones internacionales que culminaron en 1976 con el Proyecto de Segunda Enmienda al CCFMI".[47] Las objeciones básicas al antiguo sistema de Bretton Woods era que "consideraban al tipo de cambio como un punto fijo de referencia sobre el que podrían basar una disciplina conveniente para el mantenimiento de la estabilidad financiera interna, en estas circunstancias, si el país se esforzaba en mantener un tipo de cambio fijo, a fin de evitar el estigma de la devaluación, sólo podía lograrlo recurriendo a la práctica de imponer restricciones al comercio y a los pagos, lo cual tendía a aislar su economía del concierto mundial en menoscabo de la misma y, por ende, a agudizar las distorsiones ocasionadas por el mantenimiento de un *tipo de cambio ficticio.*[48]

Es así que la Segunda Enmienda al CCFMI viene a "crear un nuevo sistema cambiario, que en esencia legaliza la flotación de las monedas: se vincula así el objetivo de la estabilidad de los tipos de cambio, con el logro de una mayor estabilidad económica y financiera, se fortalece el papel del FMI al dotársele de facultades más amplias para la supervisión y control del sistema cambiario".[49]

La Asamblea Legislativa de Costa Rica ratificó la segunda reforma al CCFMI,[50] bajo la Ley No. 6223 del 27 de abril de 1978, y aprobó conjuntamente una serie de reformas a la Ley de la Moneda y la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.[51]

Habiendo analizado los orígenes y creación del FMI, consideramos necesario hacer un análisis estructural y normativo del FMI como institución jurídica.

---

46. *Expediente legislativo.* No. 3.712, folio No. 8. Acta No. 106, p. 8.

47. Consejo Monetario Centroamericano, *op. cit.*, p. 28.

48. Heyden, William, *La reforma al sistema monetario internacional y la segunda enmienda al convenio constitutivo del FMI.* Serie "Comentarios sobre asuntos económicos" No. 27, Banco Central de Costa Rica, 1977, p. 3 (subrayado nuestro). "El Fondo, después de la crisis de 1973 y de su fracaso para evitarla, resurgió fortalecido en 1976, que le confirió amplios poderes para regular los sistemas cambiarios de los países y aplicarles *condiciones asfixiantes* de carácter contractual, cuando requieran de su financiamiento". Oduber, Daniel, "El fracaso del convenio del FMI", *La Nación* (periódico). Viernes 22 de agosto de 1980, p. 10-A (subrayado nuestro).

49. Heyden, William, *op. cit.*, p. 2. En ese mismo sentido ver González Truque, Guillermo, *Breves comentarios al margen de la Reforma al Sistema Monetario Internacional.* San José. Banco Central de Costa Rica. Serie de Comentarios sobre Asuntos Económicos, No. 7, 1973, p. 55.

50. "A la fecha de la ratificación legislativa de la Segunda Enmienda al Convenio Constitutivo del FMI el valor del colón en relación con el dólar de los Estados Unidos de América, será de ₡ 8,54 para la compra en colones y de ₡ 8,64 para la venta". PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE PLENA. Recurso de inconstitucionalidad. Interpuesto por el señor Gabriel Orlando Trujillo Restrepo en su carácter de apoderado generalísimo de Beneficiadora Santa Elena, S.A. En sesión celebrada el nueve de julio de 1981, p. 11.

51. Para un resumen de estas reformas y en general sobre la reforma monetaria internacional, ver en *Memoria Anual del Banco Central de Costa Rica.* San José, 1978, p. 12-13.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

II. EL FONDO MONETARIO INTERNACIONAL

"Yo tengo una idea de lo que es el Fondo, es el Ministro de Hacienda grande de todo América".[52]

1. Análisis estructural y normativo

A. Organos del FMI

La estructura del FMI se desarrolla en tres estadios: primero la Junta de Gobernadores, segundo el director general que debe asegurar el buen funcionamiento del FMI y de los administradores, y tercero los administradores propiamente, que son los encargados de la conducta general y operaciones del Fondo. Sin embargo, este esquema tripartito se considera incompleto, en el sentido de que no está contemplado el papel de los Estados miembros dentro de la organización y funcionamiento del FMI, cuya actuación es esencial, pues "son los países miembros los que en última instancia reforman los estatutos del Fondo, y los que nombran y revocan a los Gobernadores y a los Administradores".[53]

a. Junta de Gobernadores

Todos los poderes del Fondo residen en esta Junta, la cual está integrada por un gobernador y un suplente nombrado por cada miembro. El poder de voto de los gobernadores guarda relación con la cuantía de la cuota de las naciones que representan.[54]

La Junta de Gobernadores,[55] con ocasión de la asamblea general anual y en todo tipo de sesiones, toma sus decisiones, bajo la forma de resoluciones. Estas resoluciones que constituyen "de véritables decisions"[56] tienen el carácter de obligatorias para todos aquellos miembros participantes, y no tienen el carácter de simples sugerencias o recomendaciones.

En la Segunda Enmienda al CCFMI, se contempla la creación de un Consejo de Gobernadores, integrado por cierto número de miembros de la Junta de Gobernadores; un órgano con responsabilidades políticas, ubicado entre el Directorio Ejecutivo —que maneja las operaciones y la administración del fondo— y "la Junta de Gobernadores, que es el órgano supremo investido con las más altas facultades para la conducción del Fondo".[57]

b. Directorio ejecutivo

Son los responsables de la actuación global del FMI y a este fin ejercerán todos los poderes delegados en ellos por la Junta. No necesitan ser gobernadores.[58] Cinco de los directores ejecutivos son nombrados por los principales países contribuyentes y los otros son elegidos por los gobernadores que representan a los demás países.[59]

c. Director gerente

Debe entregarse al servicio del Fondo, y sus funciones presupuestarias, administrativas, y representativas, "dentro de las organizaciones internacionales, este tipo de funciones se les encomiendan a los ejecutivos".[60] Sirve de enlace entre los administradores y el personal y los Estados miembros.

---

52. *Expediente legislativo* No. 3.712 de 18 de enero de 1969. Acta No. 106, 14:00 hrs. Palabras del diputado Aguilar Vargas. Para un somero resumen sobre qué es y cómo opera el FMI, ver *La Nación* (periódico), domingo 11 de enero de 1981.

53. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 55. Sobre la estructura orgánica del FMI, referirse al artículo XII del CCFMI.

54. *Las Naciones Unidas.* Orígenes, organización y actividades. *Op. cit.*, p. 584. Art. XII sec. 2 del CCFMI. Sobre el tema ver también Van Meerheaghe, M.A.G., *International Economic Institutions.* London. Longman Group Limited, Second Edition, 1971, p. 26.

55. O Consejo de Gobernadores (Conseil des Governeurs), o Board of Governors.

56. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 57.

57. Consejo Monetario Centroamericano. *Op. cit.*, p. 44.

58. Shigeo, Horie, *op. cit.*, p. 155-156. Ver Art. XII sección 3 del CCFMI.

59. *Las Naciones Unidas.* Orígenes, organización y actividades. *Op. cit.*, p. 584. En la actualidad hay 21 directores: 5 de ellos nombrados por los países de cuota más elevada (Estados Unidos, el Reino Unido, la República Federal de Alemania, Francia y Japón), uno es nombrado por Arabia Saudita y los otros 15 elegidos por las 15 jurisdicciones que agrupan a los restantes 132 países miembros del Fondo. Boletín del Fondo, septiembre de 1979, p. 5.

60. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 66-67. Sobre el contenido de las funciones del Director Gerente, ver Art. XII sec. 4 c) del CCMFI y en su anexo "D" sobre el modo de elección de los Directores Ejecutivos. También en Shigeo, Horie, *op. cit.*, p. 156.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

En el artículo IX del CCFMI en su sección 8, y en referencia con el artículo XII, sección 4, se ha cuestionado si dentro de este sistema monetario internacional, este tipo de funcionarios del FMI son expertos independientes que brindan asesoría técnica, o simplemente defensores de los intereses nacionales de los países que los han nombrado. El acuerdo de Bretton Woods se acerca más a la concepción de expertos independientes, sobre la categoría de "funcionarios y empleados" con privilegios e inmunidades (art. IX, sec. 8 CCFMI). Es así que la función de estos administradores es permanente en la sede central (art. XII, sec. 3 g) CCFMI) del Fondo y referido al Directorio Ejecutivo, "se está animando a los administradores a comportarse como representantes de sus estados nacionales".[61]

A fin de que el Fondo pueda cumplir las funciones que le han sido confiadas, a través de sus órganos directivos y administradores, le son otorgados en los territorios de cada país miembro, la personalidad jurídica, las inmunidades y los privilegios. Es así como el Fondo tendrá plena personalidad jurídica y, en particular, capacidad para: contratar, adquirir bienes inmuebles y muebles y disponer de los mismos y entablar procedimientos legales.[62]

B. Personalidad jurídica del FMI

Los principios enunciados por la CIJ, el 11 de abril de 1949, definen al FMI como una organización internacional que dispone de todos los poderes inherentes para la consecución de los fines plasmados en su carta constitutiva, sea el CCFMI. En este mismo sentido, el Fondo posee una personalidad jurídica internacional objetiva que se impone como un hecho a todos los países de la comunidad internacional.[63]

En el presente trabajo analizaremos dos funciones típicas y jurídicas del FMI.[64]

a. Función cuasijudicial

Aunque con la multiplicación de organismos financieros internacionales, habíase difundido el nuevo método de hacer la interpretación jurídica en el seno de esos organismos, [65] el criterio de que las cuestiones de interpretación debían someterse a algún *tribunal externo*[66] siguió subsistiendo como doctrina general entre las instituciones internacionales.[67] La razón para apelar ante un tribunal externo contra las decisiones del fondo, era un precedente que debía seguirse de modo más general. Se pensó que constituía una anomalía el hecho de que el fondo estuviera facultado para resolver con carácter definitivo diferencias en las que pudiera figurar como parte interesada, así como también que las cuestiones de interpretación pudieran ser resueltas mediante votación. De modo que la máxima "nemo judex in re sua" motivó para plantear reformas de procedimiento que llevaron, a lo que se ha llamado, una aportación original al derecho internacional: así el procedimiento de interpretación continúa siendo interno; toda cuestión de interpretación resuelta por los directores ejecutivos (art. XXIX a) del CCFMI), que por apelación se someta a la Junta de Gobernadores, será decidida por una comisión de interpretación del seno de la propia Junta de Gobernadores. Esto significa que el convenio ha creado un nuevo órgano cuya función es conocer de esas apelaciones.[68]

No se debe perder de vista que los estatutos

---

61. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 60. Sobre el contenido de las funciones del Director Gerente, ver Art. XII sec. 4 c) del CCFMI y en su anexo "D" sobre el modo de elección de los Directores Ejecutivos. También en Shigeo, Horie, *op. cit.*, p. 156.

62. Artículo IX, sobre la personalidad jurídica, inmunidades y privilegios del FMI, en sus secciones 1 y 2.

63. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 70.

64. *Ibídem*, p. 63 y sgts., fonction cuasijudiciaire y fonction cuasilegislative.

65. Así, el autor Dominique Carreau opina que los administradores en general tienen una potestad cuasijudicial en el sentido de que "en lo que se refiere a los estatutos del Fondo, tienen potestad de interpretar y que le permite orientar efectivamente así la política general del Fondo y que le permite adaptarse a las circunstancias". *Ibídem*, p. 63.

66. Así el art. XXIX del CCFMI, después de un procedimiento interno en el Fondo, contempla la posibilidad de ir a arbitraje internacional, inc. c).

67. Gold, Joseph, *op. cit.*, p. 64.

68. Gold, Joseph, *op. cit.*, p. 65. Sin embargo en el art. XXIX sobre interpretación contempla primero que, sobre una decisión del Directorio Ejecutivo, procede apelación dentro de los tres meses y ante la Junta de Gobernadores (que nombrará en su seno una comisión especial de interpretación). En caso de desacuerdo entre el Fondo y el país miembro retirado o por retirarse existe el procedimiento de arbitraje internacional, en la vía del Derecho Internacional y siguiendo el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

del Fondo constituyen un documento jurídico reglamentario de la actividad de los estados miembros dentro del dominio monetario, económico y financiero, por lo que las interpretaciones formales del Fondo, tienen fuerza obligatoria para todos los estados miembros.[69]

b. Función cuasilegislativa

Esta potestad reglamentaria, implica "un poder de decisión que le permite adaptar su política a los cambios de circunstancias, es también cuasilegislativo, en la medida que aprueba las modificaciones paritarias y las restricciones de cambio y establece todo un sistema de consulta y control, sobre todo en el envío regular de misiones (arts. XIV y VIII del CCFMI).[70]

2. Régimen de admisión y retiro

El FMI está constituido por miembros fundadores y otros países.[71] No existe diferencia en los requisitos para acceder a la categoría de miembros entre unos y otros países, pero el procedimiento de entrada es distinto. Los países del primer grupo son aquellos que participaron en la Conferencia de Bretton Woods,[72] ratificaron su adhesión antes de finales de 1946 y depositaron su acuerdo de adhesión en la Administración de los Estados Unidos. Los miembros originales eran 39 en total, esto es los 44 países aliados, menos Australia, Haití, Liberia, Nueva Zelandia que posteriormente, se unieron al Fondo, excepto la U.R.S.S.[73] Los otros países eran los que accedieron con posterioridad a la categoría de miembros en términos prescritos por el Fondo en su régimen de admisión.

Estos otros miembros deben sujetarse a un procedimiento especial. Si se es miembro de la ONU, se hará por medio de una notificación formal de aceptación de los derechos y deberes establecidos en el CCFMI.[74] Sin embargo, a pesar de ser el FMI una agencia especializada de la ONU, no es necesario pertenecer a esta organización para lograr ser miembro del Fondo. Ambas membresías tienen mecanismos de admisión y la pertenencia a la una, no es requisito esencial de admisión a la otra. Si se establece como requisito esencial el que todo futuro miembro debe probar que es un Estado en el sentido que se entiende en la doctrina del DI, es decir que "tiene la libre disposición en la conducción de sus asuntos dentro del orden internacional".[75]

Además del conjunto de deberes y poderes que entraña la admisión del FMI, también se le atribuye al país miembro admitido, una cuota cuyo pago ha de efectuarse en el momento de entrar en el Fondo, y ha de estar completa, como máximo, cuando se autorice al país a comprar divisas al Fondo.[76] El depósito de la cuota puede hacerse en el mismo fondo o en las cuentas de sus depositarios calificados que son: la banca de Francia, la banca de Inglaterra, la Reserva Federal de la India y el Banco de Reserva Federal de New York.[77]

Se considera que la cuota fijada a los miembros originales, bajo el sistema de Bretton Woods, se realizó tomando en consideración elementos tales como la importancia económica del país y el peso del país en la economía mundial; sin embargo "todos estos factores son difícilmente mensurables".[78] Las cuotas de los miembros no originales del Fondo son fijadas por el Consejo de Gobernadores del Fondo,[79] y en un clima de conversacio-

69. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 99-101. Se aplican así los principios generales de Derecho Internacional. Sobre los mismos ver resumen en Vargas Carreño, Edmundo, *Introducción al Derecho Internacional.* San José, Tomo I. Editorial Juricentro 1979, p. 103-117.

70. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 64. Se aplican así los principios generales de Derecho Internacional. Sobre los mismos ver resumen en Vargas Carreño, Edmundo, *Introducción al Derecho Internacional.* San José, Tomo I. Editorial Juricentro, 1979, p. 103-117.

71. Artículo II, secciones 1 y 2 del CCFMI. Durante el período 1979 a 1980 el número de miembros del Fondo se elevó de 138 a 140 países con la entrada de Santa Lucía en noviembre de 1979 y de San Vicente y Granada en diciembre de 1979. International Monetary Fund, *Annual Report on Exchange Arrangements.* Washington, 1980, p. 5.

72. Costa Rica es uno de los miembros fundadores.

73. Ver Shigeo, Horie, *op. cit.*, p. 121.

74. Artículo 3 de la Carta de las Naciones Unidas en relación con el CCFMI art. 2 sección 1. Ver en ese sentido Grieg, D.W., *op. cit.*, p. 702.

75. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 29-30.

76. Shigeo, Horie, *op. cit.*, p. 125.

77. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 33. En Costa Rica, la cuenta número uno del Banco Central de Costa Rica.

78. *Ibídem*, p. 31-32. "Se recopilan los datos pertinentes sobre la economía del país que ha solicitado su ingreso, con otros países que ya hayan ingresado y se les sitúa en el grupo de países miembros de magnitud económica comparable". *Boletín Informativo del Fondo*, septiembre, 1979, p. 6.

79. CCFMI, art. XII sec. 2-b.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

nes y diálogo, entre el país solicitante y el Fondo. Así tales negociaciones revisten un carácter negocial y convencional, que no existió nunca para los 44 miembros de Bretton Woods.[80]

A. Cuota y poder de voto

El monto de la cuota juega un papel importante en la organización y funcionamiento del Fondo. Así determinan los recursos del Fondo, el monto de uso de los recursos, y el derecho a voto.[81]

Es así que la cuota fijada viene primeramente al capital del Fondo: todos los recursos que el Fondo puede disponer, luego fijan el monto de los recursos disponibles para ese determinado país, salvo disposición expresa del Fondo.[82] La función más importante de la cuota, es determinar el derecho a voto en la organización del Fondo, que a diferencia de la Organización de las Naciones Unidas, donde cada país tiene derecho a un voto "los mecanismos interiores de decisión del Fondo descansan sobre el principio del "vote pondéré" que es la característica común a la mayoría de las instituciones económicas y financieras internacionales".[83] Así el voto ponderado viene a ser la suma de 250 votos más un voto suplementario por cada fracción de su cuota equivalente a 100.000 dólares americanos.[84]

La cuota no permanece inalterable; sucesivos aumentos fueron aprobados por el Director Ejecutivo y la Asamblea de Gobernadores, posteriormente tales aumentos fueron aprobados por la Asamblea Legislativa de cada país miembro.[85]

B. Retiro voluntario y forzoso

Los países miembros del Fondo que deseen retirarse del mismo, ejercen un verdadero derecho a retiro,[86] cuyo único requisito es una notificación previa por escrito a la sede del Fondo; este retiro voluntario surtirá efectos desde la fecha de recepción de esta notificación por el Fondo.

Existe un retiro forzoso o separación obligatoria[87] en el caso de que el país miembro incumpla las obligaciones del CCFMI y después de haber sido advertido mediante comunicaciones y misiones del Fondo, sobre su incumplimiento, se le podrá exigir al país miembro que se retire del Fondo por decisión de la Junta de Gobernadores.

En el retiro voluntario y forzoso, existe un régimen de liquidación de cuentas,[88] posterior al efecto primordial, que es el cese inmediato de las operaciones y transacciones ordinarias de ese país con el Fondo. El CCFMI prevé un arreglo convencional inicial sobre la cancelación de cuentas adeudadas por el país miembro, en caso de no alcanzarse mutuo acuerdo, se deberá acoger a un procedimiento especial contemplado en el Anexo "J" del CCFMI.[89]

---

80. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 123, señala que en su conjunto, para fijar las cuotas del país solicitante, "se sigue la línea del Plan White, disponiéndose que se calcularán, con base en las reservas monetarias, el volumen de comercio exterior y la renta nacional de cada miembro, tomándose en cuenta, además, algunas consideraciones políticas".
81. Funciones básicas según Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 41-44.
82. CCFMI, art. V, sección 4.
83. Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 44.
84. CCFMI. Art. XII, Sección 5. La característica del sistema de votación de las agencias financieras, entre las cuales está el FMI, es que el poder del voto se define por la mayor contribución al capital de la misma organización. Ref. al "weighted voting". Ver así Grieg D.H., *International Law. Op. cit.*, p. 715.
85. Costa Rica ha visto aumentada su cuota en 1960, 1965, agosto de 1966. Actualmente el Fondo aumentó las cuotas para los países miembros en 20.5 millones en DEG. *La Nación* (periódico), jueves 4 de diciembre de 1980, p. 2-A. "El aumento de la cuota es de gran conveniencia para el país, pues en situaciones difíciles de balanza de pagos podría girar hasta un total de 20 millones de dólares, mediante los llamados convenios de disponibilidad inmediata *(stand-by agreements)*". *Expediente Legislativo* No. 1.035, sancionado bajo la Ley No. 3.448 de 5 de noviembre de 1964.
86. Así el CCFMI art. XXVI sección 1. Ver también Carreau, Dominique, *op. cit.*, p. 50.
87. CCFMI, art. XXVI, Sección 2. Generalmente la notificación de expulsión del Fondo viene después de una declaratoria de inhabilitación o incapacidad para usar los recursos del Fondo. En este sentido ver Shigeo, Horie, *op. cit.*, p. 121-122. Antes de la expulsión del país miembro, el país debe de encontrarse inhabilitado para usar los recursos del Fondo. Transcurrido tiempo razonable de la declaratoria y si el país persistiere en el incumplimiento y el "país miembro haya sido informado con anticipación razonable, de la queja existente contra él, y se le haya brindado oportunidad adecuada para que expusiera, tanto verbalmente como por escrito, cualquier hecho o razón jurídica atinente, a la cuestión pendiente ante el Fondo". Decisión No. 343 (54/73) de 11 de agosto de 1954. Fondo Monetario Internacional, *Recopilación seleccionada de decisiones del FMI y otros documentos*. Washington, D.C., 10 de mayo de 1976. Octava edición, p. 301.
88. CCFMI art. XXVI, Sección. 3.
89. Así: "El Fondo estará obligado a devolver al país miembro que se retire una cantidad igual a su cuota, más cualesquiera otras cantidades que le adeude, menos cualesquiera cantidades que el país adeude al Fondo, incluidos los cargos que se devenguen después de la fecha de retiro. Los pagos se harán en la moneda del país miembro que se retire". CCFMI, Anexo "J", 1.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

RECIENTES TRANSFORMACIONES, ESTADO ACTUAL Y PERSPECTIVAS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Dr. Víctor Pérez Vargas

CONTENIDO

Pág.

I. Introducción 138

II. Raíces de la crisis del seguro de responsabilidad civil profesional: la proliferación de acciones y de condenas judiciales 138

III. La respuesta de las compañías aseguradoras: los incrementos de primas y el retiro del mercado 139

IV. La respuesta de algunas asociaciones profesionales 140

V. Propuestas legislativas: los intentos de limitar legislativamente los derechos de las víctimas. Limitaciones: temporales, cuantitativas y cualitativas 140

VI. Reacciones jurisprudenciales nugatorias: el debate sobre la constitucionalidad de las soluciones legislativas 141

VII. Conclusiones 142

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

I. INTRODUCCION

El seguro de responsabilidad civil profesional se encuentra en estos momentos y desde hace algunos años, en los Estados Unidos, en una aguda crisis, cuyas perspectivas de solución todavía no se vislumbran claramente.

En términos fácticos, las considerables recientes transformaciones en esta materia nos revelan que este tipo contractual está pasando por un momento decisivo; ellas pueden resumirse así:

1. Proliferación de acciones judiciales por culpa profesional (especialmente significativa con relación a la Medicina) y proliferación de sentencias condenatorias por responsabilidad civil profesional.
2. Incremento consiguiente en los costos de este tipo de seguro y retiro de muchas compañías de este mercado.
3. Propuestas y reformas legislativas tendientes a resolver la crisis.
4. Reacciones jurisprudenciales nugatorias por razones de constitucionalidad.

El anterior orden es secuencial; cada uno de estos hechos ha condicionado la producción del siguiente. El resultado ha sido el desconcierto actual del mercado.

Contrariamente, los aspectos estrictamente jurídicos de estas pólizas de responsabilidad civil profesional han ido afinándose en diversos sentidos: del anterior sistema general de "occurrence made policies" se ha pasado a un uso altamente difundido de las "claim made policies", pues se ha considerado que mientras más precisas sean las estimaciones, más equitativas pueden ser las tarifas;[1] para evitar vacíos de protección se ha utilizado ampliamente "tail coverage" en los contratos;[2] en general, se regula bastante acertadamente lo relativo a las cargas, derechos y obligaciones de las partes en caso de verificación del supuesto jurídico contractual generador de la eficacia típica de este seguro.

Así, al tiempo que se perfecciona técnicamente el contrato, desde el punto de vista jurídico, las dificultades de mercado han llevado a estas pólizas a un punto crítico.

Se pretendió, en un primer momento, resolver el problema mediante una reducción de costos, en la medida de una reducción de indemnizaciones, a través de limitaciones temporales, cuantitativas y cualitativas de los derechos de las víctimas.

Inmediatamente, doctrina y jurisprudencia cuestionaron la validez constitucional de tales soluciones.

El resultado es la continuidad de las crisis en estos momentos y la actitud expectante de los aseguradores norteamericanos, mientras se aclaran los nublados del día.

II. RAICES DE LA CRISIS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL: LA PROLIFERACION DE ACCIONES Y DE CONDENAS JUDICIALES

Gran cantidad de comentaristas ha escrito recientemente acerca de la creciente frecuencia y el costo creciente de los reclamos por culpa profesional.[3] Esta circunstancia ha generado una necesidad urgente de eficaz protección, mediante seguros, para los profesionales.[4] La ampliación fáctica de la responsabilidad civil en esta materia[5] se ha manifestado también en cuanto al monto de las indemnizaciones; "las condenas superiores a un millón de dólares no son raras"[6] como antes.

---

1. FRANK, Michael, *For Peace of Mind*, The Michigan Bar Journal, Vol. 59, No. 11, November 1980; WILSON-BALKAN-LePARTNER, *Legal Malpractice and Professional Liability Insurance*, New York State Bar Journal, November, 1980, Vol. 52, No. 7, p. 566; LONG, Rowland, *The Law of Liability Insurance*, Matthew-Bender, New York, 1984, No. 12.3.4.
2. HORAN-GUERRINI, *Accountants' Professional Liability*, Insurance Issues, Forum, American Bar Association, Vol. XV, No. 1, Summer, 1980, p. 518.
3. GIBSON, William, *Medical Malpraxis*, Journal of Insurance, Nov.-Dec. 1981.
4. SCHREIBER, Sol, *Liability insurance disputes*, Practicing Law Institute, KF-1190-83.
5. NORRIS, Eillen, *Hospital risks; Liability*, Business Insurance, April 26, 1982, p. 48.
6. Así, por ejemplo, en los casos donde la culpa deriva de errores u omisiones de carácter administrativo o de hipótesis en que se deja transcurrir inútilmente un término procesal, en el caso de los abogados. Así: BACKMAN, Irving, *Professional Liability*, Boston Bar Journal, Vol. 24, No. 9, Oct.-1980, p. 13.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Si bien es cierto que en algunos estados (como Wisconsin) el fenómeno no parece ser tan grave,[7] la verdad es que en la mayoría de ellos la crisis es manifiesta. En el estado de New York se habla de "un clima de crecientes reclamos por responsabilidad civil profesional";[8] lo mismo ocurre en la mayor parte de los estados. El fenómeno tiene también idénticas manifestaciones en Inglaterra donde, del mismo modo, se ha dado una expansión en la cantidad y monto de las indemnizaciones.[9]

Los reportes de las dos principales asociaciones inglesas que velan por los intereses de los médicos británicos revelan esta situación[10] que, en los Estados Unidos tiene especial gravedad con relación a cirujanos y hospitales.[11]

Con especial referencia a los médicos, con relación a los cuales la crisis adquiere realmente dimensiones agudas, se ha considerado que ella es parte de un fenómeno que abarca a toda la Nación y cuyos factores (determinantes de la frecuencia y severidad de los reclamos contra los médicos) son los siguientes: las deficiencias de los médicos; cambios en la relación médico-paciente; el creciente número y la mayor experiencia de los abogados litigantes especialistas en reclamos por responsabilidad civil profesional; el surgimiento rápido de nuevas drogas y de nuevos procedimientos médicos y quirúrgicos; la tendencia a culpar a los médicos cuando las cosas no salen bien y la creciente liberalidad de los tribunales.[12]

Del mismo modo, en el campo de la abogacía, se ha producido igualmente la crisis por la alta frecuencia de reclamos contra estos profesionales.[13] Para algunos autores la situación de la responsabilidad civil de los abogados es inclusive más grave que en el caso de los médicos. Se ha expresado que "la profesión legal es ahora la más vulnerable de todas las profesiones con relación a tales reclamos y estos se encuentran en la misma posición en que se encontraban los médicos alrededor de 1975 cuando el incremento de litigios comenzó contra ellos".[14]

III. LAS RESPUESTAS DE LAS COMPAÑIAS ASEGURADORAS: LOS INCREMENTOS DE PRIMAS Y EL RETIRO DEL MERCADO

Aunque algunos autores consideran que se trata de un fenómeno cíclico, reiterativo,[15] ante la situación descrita, diversas compañías optaron por elevar las primas drásticamente.[16] El caso de Pennsylvania es significativo: en dos años se produjo un incremento en los costos de este tipo de seguro de un 45%.[17] En New York, recientemente, las compañías aseguradoras principales solicitaron autorización para aumentar en un 71% las primas; se les autorizó un 26,6%; en este mismo estado, otro consorcio había solicitado un aumento de 368%; se le autorizó un 28%.[18] En el estado

7. "En realidad no son tantas las indemnizaciones por culpa profesional y más bien algunos aseguradores están obteniendo excesivo provecho de su negocio. Las estadísticas y la experiencia en Wisconsin en los últimos años apoyan esta conclusión", BRANCH, Joseph, *How our professional liability insurance program works*, Wisconsin Bar Bulletin, April, 1982, Vol. 55, No. 4.
8. Entrevistas con los abogados James G. EBERZ y Robert M. WELDON, del Colegio de Abogados de New York, en enero de 1985. V. también: WILSON-BALKAN-Le PARTNER, op. cit., supra 1, p. 565.
9. "La explosión de juicios por responsabilidad profesional —en especial médica— también se ha dado en las islas británicas. Las indemnizaciones en Inglaterra están en crecimiento...", SHAPIRO, Stacy, *Medical Malpractice Claims Rise in Britain*, Business Insurance, Dec. 7, 1981, p. 16.
10. *Doctors and Malpractice Claims*, International New Review, January 14th. 1977, p. 3.
11. INSURANCE FIELD COMPANY, *Adjusters' Reference Guide*, Louisville, Kentucky, Vol. 3, Technical Section, 381.1.
12. INSURANCE FIELD COMPANY, op. cit., supra 11, 381.1.
13. WILSON-LePARTNER-BALKAN, op. cit., supra 1, p. 565.
14. BACKMAN, op. cit., supra 6, p. 12.
15. "La disponibilidad en el mercado de la responsabilidad civil profesional es cíclica", CONNER, Leslie, *Professional Liability Insurance*, Oklahoma Bar Journal, March, 1980, Vol. 51, No. 9.
16. GIBSON, William, op. cit., supra 3, p. 12. Se ha llegado a hablar de "skyrocketing premiums", RICHARDS, J. Kent, *Statutes limiting medical malpractice damages*, Federation of Insurance Counsel Quarterly, IOWA, Vol. 32, No. 3, Spring 1982, p. 247.
17. *Malpractice changes sought in Pennsylvania*, National Underwriter, Property/Casualty, April, 15, 1983, p. 8.
18. 27% hike in malpractice premiums gives New York doctors a breack. Employee Benefit Plan Review, 1982, p. 97.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

de Florida los médicos llegaron a realizar una huelga para protestar por las primas de responsabilidad civil profesional.[19]

Ya en 1980, Leslie Conner predijo la crisis que hoy presenciamos; dijo entonces: "Si las tendencias históricas son verdaderas, habrá escasez de aseguradores dispuestos a cubrir la responsabilidad profesional".[20] Las predicciones se cumplieron y, efectivamente, la otra reacción de las compañías aseguradoras fue la de retirarse del mercado y, en particular, del mercado relativo a la profesión médica;[21] es indicativo que el retiro expresado lo hayan realizado, precisamente, los principales aseguradores, muchos de los cuales lo han hecho completamente.[22] De acuerdo con la información contenida en la última versión de "Adjusters' Reference Guide", "los contratos Lloyd's", aunque en alguna medida más limitados en cobertura, se presentan como la única alternativa en muchos estados en los que los aseguradores se están retirando del mercado para ciertos tipos de médicos y cirujanos, por el clima general médico-legal.[23]

IV. LA RESPUESTA DE ALGUNAS ASOCIACIONES PROFESIONALES

Ante el panorama expuesto, algunas asociaciones profesionales en los Estados Unidos se han decidido por la creación de "Captive Insurance Companies" con el propósito de brindar protección a sus miembros.

En 1980, la "Asociación de Abogados de 'North Carolina'", irritada y alarmada ante el incremento de los niveles de las primas formó una compañía de seguros de responsabilidad civil para sus miembros.[24]

Su ejemplo fue seguido por los abogados del estado de Wisconsin; se afirma que el nuevo programa de responsabilidad civil profesional da a los abogados de este estado las ventajas de poseer su propia compañía.[25] Recientemente los abogados de Alabama hicieron lo mismo.[26]

V. PROPUESTAS LEGISLATIVAS: LOS INTENTOS DE LIMITAR LEGALMENTE LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS. LIMITACIONES: TEMPORALES, CUANTITATIVAS Y CUALITATIVAS. OTRAS PROPUESTAS

La crisis condujo a la propuesta de diversas reformas legislativas sobre la materia de la responsabilidad civil profesional.[27] En un primer momento se pensó que la mejor alternativa para responder ante el desconcierto del mercado era la de generar leyes mediante las cuales se produjera un descenso en la frecuencia de los reclamos y en sus montos.

Surgieron entonces las iniciativas más dispares: muchas de ellas parciales, otras sin mayor eficacia práctica, varias consideradas inconstitucionales y todas ellas insuficientes para resolver la crisis.

Las principales soluciones proyectadas fueron:

a) La reducción de los plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones por responsabilidad civil profesional;[28] se pensó que con ello

19. FLA recommends malpractice ins. changes, National Underwriter, Property/Casualty, March 25, 1983, p. 28.
20. CONNER, op. cit., supra 15.
21. GIBSON, op. cit., supra 16, p. 12.
22. INSURANCE FIELD COMPANY, op. cit., supra 11, 381.1.
23. INSURANCE FIELD COMPANY, op. cit., supra 11, 381.1.
24. STRASNER, Stuart, *North Carolina's Captive' Lawyers Liability Insurance Company*, Oklahoma Bar Journal, March, 1980.
25. BRANCH, op. cit., supra 7, 1982.
26. NORDLINGER, Duke, *Bar endorses New Professional Liability Insurance Program*, The Alabama Lawyer, Montgomery, March, 1984, p. 73.
27. RICHARDS, op. cit., supra 16, p. 247.
28. GIBSON, op. cit., supra 16, p. 12.

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

se podría lograr una reducción de incertidumbre actuarial.[29]

b) Limitación de los montos de las indemnizaciones. Estas leyes que limitan las indemnizaciones pueden agruparse en las siguientes categorías:

1. Limitación de la responsabilidad médica a una suma determinada (en general $500.000);
2. limitación de la responsabilidad a una suma más modesta (en general $100.000), junto con el establecimiento de una especie de compensación para los pacientes, para el pago de ciertos excesos sobre esas sumas (es frecuente que se pongan límites también a tales excesos);
3. limitaciones absolutas (en general $250.000) para la indemnización de los daños morales (por dolor y sufrimiento);[30] y
4. eliminación de la posibilidad de obtener indemnización para ciertas categorías de daños ("punitive damages", en particular).[31]

c) Términos especiales de noventa días para los aseguradores para la determinación de si el demandado es responsable.[32]

ch) Obligación de los aseguradores de reportar los reclamos por responsabilidad civil profesional, ligada a la existencia de un registro y listas especiales de médicos con dos o más reclamos en su contra al año.[33]

d) Medidas disciplinarias de diverso género.[34]

e) Eliminación de la obligación del profesional condenado judicialmente de pagar las costas de ambas partes.[35]

f) Pago de las obligaciones civiles derivadas de culpa profesional en partes, con una estructuración cronológica, en lugar de un solo pago.[36]

g) Creación de un fondo especial.

En concreto, en New York, se propone el establecimiento de un fondo para pagar el 90% de todas las indemnizaciones por impericia médica, fondo que se cubriría con una nueva tarifa compuesta en seguros de salud.[37] Al respecto, Phillis Boes, presidente de la Asociación de Seguros de Responsabilidad Profesional dijo que el fondo propuesto "no hace nada del todo" para ayudar a contener o reducir el costo de los reclamos.[38]

Como veremos más adelante, muchas de estas soluciones (que ya han fracasado en los Estados Unidos de América) están siendo intentadas en Costa Rica hoy.

VI. REACCIONES JURISPRUDENCIALES NUGATORIAS: EL DEBATE SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS SOLUCIONES LEGISLATIVAS

Los tribunales estadounidenses y la doctrina jurídica inmediatamente reaccionaron negativamente frente a las "soluciones" expuestas. "Muchas de esas leyes fueron consideradas inconstitucionales".[39] Ocho de once leyes ya se encuentran declaradas inconstitucionales en los reportes de casos de la Suprema Corte de diversos estados.[40]

Los principales argumentos que se han utilizado para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes citadas son:

29. RICHARDS, op. cit., supra 16, p. 247.
30. RICHARDS, op. cit., supra 16, p. 249.
31. STRAZEWSKY, Len, *Florida proposing reform of malpractice system*, Business Insurance, February, 25, 1983, p. 1.
32. FLA recommends malpractice ins. changes, op. cit., supra 19.
33. Loc. ult. cit. y McKENZIE, Ian, *Malpractice reforms proposed in New York*, National Underwriter, Property/Casualty, New York, April, 16, 1982, p. 3.
34. Loc. ult. cit.
35. FLA recommends malpractice ins. changes, op. cit., supra 19.
36. McKENZIE, op. cit., supra 33 y FLORIDA, etc., op. cit., supra 19.
37. McKENZIE, op. cit., supra 33.
38. Loc. ult. cit.
39. GIBSON, op. cit., supra 16.
40. RICHARDS, op. cit., supra 16, p. 249.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

a) ellas violan los principios de "igual protección". Este ha sido el argumento más exitoso para invalidar las leyes que en alguna forma establecen limitaciones al resarcimiento de los daños,[41]

b) las limitaciones constituyen legislación especial prohibida,[42] y

c) las limitaciones constituyen una especie de expropiación sin indemnización. Se ha dicho que "el derecho a la indemnización por culpa profesional médica es una especie de derecho de propiedad, que la legislación del Estado no puede eliminar a menos que lo haga mediante una compensación".[43] "Las víctimas más seriamente afectadas por la culpa profesional quedarían en una situación de no poder obtener la indemnización que habrían obtenido en su ausencia. No es de sorprenderse que estas leyes limitando los daños hayan sido cuestionadas por razones de inconstitucionalidad."[44]

En síntesis, muchas de las reformas han sido controversiales por limitar los derechos de las víctimas.

VII. CONCLUSIONES

De lo expuesto resulta claro que el panorama de los seguros de responsabilidad civil profesional, en los Estados Unidos de América, continúa siendo crítico. Las razones de inconstitucionalidad de las soluciones propuestas muestran que no vamos a presenciar ninguna eliminación significativa de reclamos como resultado de las reformas a la legislación sobre responsabilidad civil.

En entrevista que sostuvimos el señor Juan Luis Valle y yo con el profesor Frank E. Hourrigan, "Chairman of the Insurance Division" del "College of Insurance" de New York, resultaron confirmadas a la fecha (enero de 1985) todas las anteriores circunstancias. El profesor Hourrigan manifestó enfáticamente que este tipo de seguro es el que está presentando en estos momentos mayores dificultades. Los remedios que se han buscado han resultado infructuosos y el desconcierto en el mercado se mantiene con el retiro (o por lo menos suspensión temporal de actividades) de muchísimas compañías en esta línea. La "conciencia del reclamo" que se ha desatado en forma creciente en los últimos años, ligada al fracaso de las soluciones proyectadas, continúa haciendo de este seguro algo crítico.[45]

También en el medio costarricense se están gestando iniciativas análogas a las que han fracasado en los Estados Unidos: existe en estos momentos una Comisión de Responsabilidad Médica que estudia un borrador de anteproyecto de "Ley de Malpractice" (así se llama) que contiene los mismos defectos que ya en los Estados Unidos se han denunciado y que han determinado la invalidación de las soluciones legislativas. En particular, entre ellas: la limitación de la indemnización al pago de los gastos de curación y perjuicios en los casos de "heridas, lesiones u ofensas físicas" (el anteproyecto usa esta terminología), la limitación del daño moral a la suma de ₡ 100.000, la prescripción cortísima (de un año) para los casos de responsabilidad profesional médica, o de "3 años desde que se produjo" el hecho generador de ésta (sin contar si fue conocido o no, lo cual genera indefensión).

Es de prever que una tal ley conducirá inevitablemente a cuestionamientos de inconstitucionalidad y no llevará a ninguna solución real y efectiva al problema.

---

41. Op. ult. cit., (aunque el autor sostiene lo contrario). V. Carson vs. Maurer, 120 N.H. 925, 424, A 2d, 825, 830 (1980).

42. V. Wright vs. Central Du Page Hospital 63 Ill. 2d 313, 326, 330, 347. N.E. 2d 736, 741, 743 (ya desde 1976). También Arneson vs. Olson, 279, N.W. 2d 125, 136, 137, N.D. (en 1978).

43. Johnson vs. St. Vincent Hospital Inc. 404, N.E. 2d 585, 598 (Ind. 1980).

44. V. Fein vs. Permanent Medical Group. 121 Cal. App. 3d 135, 175 Cal Rptr. 177 (1981); Jones vs. State Bd. of Medicine, 97 IDAHO 859, 555, P. 2d. 399 (1976), cert denied, 431, U.S. 914 (1977); Prendergast vs. Nelson 199, NEB. 97, 256 N.W. 2d 657 (1977); Everett vs. Goldman, 359, So. 2d 1256 (LA, 1978), cit. p. RICHARDS, op. cit., supra 14.

45. RICHARDS, op. cit., supra 16.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

BIBLIOGRAFIA

BACKMAN, Irving. *Professional liability,* Boston Bar Journal, Vol. 24; No. 9, octubre 1980.

BRANCH, Joseph. *How our professional liability insurance program works,* Wisconsin Bar Bulletin, april, 1982, Vol. 55 No. 4.

CONNER, Leslie. *Professional Liability Insurance,* Oklahoma Bar Journal, March, 1980, Vol. 51, No. 9.

FRANK, Michael. *For Peace of mind,* The Michigan Bar Journal, Vol. 59, No. 11, november 1980.

GIBSON, William, *Medical Malpraxis,* Journal of Insurance, Nov.-Dec. 1981.

HORAN GUERRINI, *Accoutants' Professional Liability,* Insurance Issues, Forum, American Bar Association, Vol. XV, No. 1, Summer, 1980.

INSURANCE FIELD COMPANY, *Adjusters' Reference Guide,* Louisville, Kentucky, Vol. 3, Technical Section, 381.1.

LONG, Rowland, *The Law of Liability Insurance,* Matthew-Bender, New York, 1984.

McKENZIE, Ian. *Malpractice reforms proposed in New York,* National Underwriter, Property Casualty, New York; april, 16, 1982.

NORDLINGER, Duke, *Bar endorses new professional liability insurance program,* The Alabama Lawyer, Montgomery, march, 1984.

NORRIS, Eileen, *Hospital risks; Liability,* Business Insurance, 1982.

RICHARDS J. Kent. *Statutes limiting medical malpractice damages,* Federation of Insurance Counsel Quarterly, IOWA, Vol. 32, No. 3, Spring, 1982.

SHAPIRO, Stacy. *Medical Malpractice Claims Rise in Britain,* Business Insurance, December, 7, 1981.

SCHREIBER, Sol. *Liability insurance disputes,* Practicing Law Institute, KF—1190—83.

STRASNER, Stuart. *North Carolina's Captive' Lawyers Liability Insurance Company,* Oklahoma Bar Journal, March, 1980.

STRAZEWSKY, Len. *Florida proposing reform of malpractice system.* Business Insurances, febrero, 25, 1983.

WILSON-BALKAN-Le PARTNER, *Legal Malpractice and Professional Liability Insurance,* New York State Bar Journal, november, 1980, Vol. 52, No. 7.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

COMENTARIO

El artículo del Dr. Víctor Pérez Vargas titulado *"Recientes transformaciones, estado actual y perspectivas del seguro de responsabilidad civil profesional en los Estados Unidos de América"* toca un tema nuevo en nuestro medio. Tiene, por tanto, la virtud de arrojar luz sobre un asunto en el cual es fácil cometer errores en el campo del derecho (v. gr. proposiciones declaradas inconstitucionales en otras latitudes han sido promovidas en Costa Rica en el caso de los médicos).

Hemos juzgado conveniente hacer algunas aclaraciones en la esfera de los seguros, útiles para los especialistas en abogacía.

Nos limitaremos en estos comentarios a precisiones indispensables de lenguaje para una interpretación correcta de algunos puntos contenidos en el presente artículo.

En seguros el vocablo inglés "event" debe traducirse en español como eventualidad, contingencia, acontecimiento aleatorio o casual. En suma, se refiere a hechos o circunstancias de realización incierta.

En sentido ordinario, "occurrence" equivale a incidente, evento o suceso. En seguros, tiene, además, otros significados técnicos. Así, por ejemplo, designa la exposición —continua, gradual o repetida— a una condición adversa no intentada ni esperada para que resulte en lesión o daño, en contraste con un accidente que es un suceso repentino.

Hay un problema importante de precio relacionado con el seguro de responsabilidad civil por la incertidumbre que se produce en dos sentidos: por una parte, en cuanto al monto de la pérdida y, por otra, en lo que toca al momento en que se liquida la indemnización. En seguros de responsabilidad civil suele contratarse sobre la base de "occurrence" en la primera acepción dada anteriormente a este vocablo. Esto significa que si un incidente (v. gr. la negligencia de un médico durante una intervención quirúrgica) ocurrió en cierta fecha, en una distinta se entabla la reclamación y en otra se liquida —pudiendo mediar entre estos diversos momentos, meses o inclusive años— entonces según la base contractual dicha, la indemnización se imputaría al año póliza en que sobrevino el incidente y no a los años en los cuales se entabló la demanda o fue liquidada la indemnización. Por causa de alteraciones recientes en la frecuencia y severidad de las pérdidas, las compañías de seguros han adoptado un método alternativo para determinar en cual año contractual han de ser ubicados ciertos tipos de pérdidas de responsabilidad civil. Aunque este lenguaje se ha confinado a varias coberturas de responsabilidad civil, el problema se ha generalizado a otras de este ramo que experimentan incertidumbre similar.

En 1967, Lloyd's de Londres cambió sus contratos de impericia médica de la modalidad "occurrence form" al sistema de "claims made policies", y en 1975 algunas compañías de los Estados Unidos de América del Norte que aseguran responsabilidad civil profesional de abogados y de impericia médica (medical malpractice) hicieron el mismo cambio. Bajo el método de "claims made policies" la reclamación es imputada al año en que fue entablada la demanda y no al año en el cual sucedió el incidente que ocasionó el reclamo.

Por diversas razones, las compañías que aceptaron seguros de impericia médica sintieron que la modalidad "occurrence made form" no era manejable.

En primer término, las primas se fundan en la frecuencia y severidad esperadas de incidentes futuros que ocurrirían durante ese año de vigencia de la póliza. Por tanto, bajo este sistema hay una brecha temporal entre el incidente que ocasionó la reclamación (v. gr. la rendición de servicios profesionales) y la entablación de la demanda, en virtud de que en la mayor parte de los casos los daños alegados no son detectables sino varios años después de que se ha prestado el servicio. En realidad, en un pequeño porcentaje de los incidentes, la entablación de la demanda puede ocurrir ocho o diez años después de que el servicio aducido como causante de los daños ha sido brindado. Esta situación suele denominarse como el problema de el "long tail" (cola larga) de la distribución de la frecuencia de reclamaciones. Aunque característica de los riesgos de impericia médica y responsabilidad civil de productos, subsiste este problema en un menor grado en otras líneas del ramo.

Por causa del problema del "long tail", las compañías de seguros deben hacer proyecciones acerca de la frecuencia, la severidad, las actitudes de la sociedad y de los tribunales de justicia hacia la negligencia, y los posibles cambios legales, a fin de calcular la prima. Por otra parte, el aceptador de riesgos debe también pronosticar las mismas variables muy en el futuro al tomar la decisión de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

aceptarlos. A principios de la década de los años 1970 en los Estados Unidos de América del Norte, las compañías que aseguraban impericia médica y responsabilidad civil de productos se inclinaban a pensar que en el futuro:

1) la frecuencia y la severidad de las reclamaciones continuaría en aumento considerable; y
2) la sociedad y los tribunales de justicia llegarían a ser más liberales (desde el punto de las víctimas) en sus actitudes hacia la negligencia.

En razón de estos factores, dichas compañías contemplaron primas más altas, y en virtud de la incertidumbre para predecir reclamaciones futuras, los aseguradores necesitaron también una prima de incertidumbre adicional que, a su vez, produjo un incremento de tarifas. Sin embargo, bajo el sistema de "occurrence form" no hay todavía manera de acertar en la adecuación de la prima adicional.

Un segundo problema de esta modalidad de cobertura es que, desde el punto de vista del asegurado, límites comúnmente aceptables de responsabilidad civil pueden ser inadecuados cuando las indemnizaciones sean liquidadas. El problema radica en que estos límites pueden ser convenientes para reclamaciones entabladas y liquidadas poco después del año del contrato, pero insatisfactorios en los casos en los cuales la demanda se entabla muchos años después del año del contrato. En consecuencia para estas reclamaciones, la ocurrencia o límite agregado por año podría posiblemente ser excedido si un aumento considerable en el tamaño de las sentencias sucede entre el año de la cobertura y el momento en que el reclamo es liquidado.

Por tanto, en razón de la dificultad para predecir las reclamaciones que serán entabladas muchos años en el futuro, y de los límites virtualmente inadecuados, algunos aseguradores optaron por un método distinto de imputarlas a años de la póliza. Fue introducido como sustituto del método de "occurrence form" la modalidad de "claims made policies", en la cual se atribuye la pérdida al año de la póliza en que fue entablada la demanda. Desde el punto de vista tarifario, este sistema ofrece la ventaja de que el asegurador sólo tiene que proyectar unos pocos meses en el futuro en vez de muchos años para determinar la prima adecuada. Así para determinarla pueden usarse previsiones de más corto plazo en lo que toca a la frecuencia y severidad de las reclamaciones esperadas. En lo que al asegurado concierne, hay más confianza de que los límites de responsabilidad civil comprados sean bajo el método de "claims made policies" más adecuados que en el otro sistema: el de "occurrence form". En síntesis, hay dos rasgos distintivos presentes en los seguros de impericia médica y de responsabilidad civil de productos. En primer término, las responsabilidades son diferidas; no son pagadas sino en algún punto desconocido del futuro. En segundo lugar, las responsabilidades son indefinidas; las sumas que deben pagarse en el futuro son inciertas.

El efecto en el precio es claro. El actuario y el aceptador de riesgos se hallan ante el hecho de no conocer las pérdidas futuras y, lo que es quizás más importante la reserva de pérdidas.

Lic. Juan Luis Valle

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

HALLAZGO DE LA VARIANTE S^u EN COSTA RICA

Dr. Rafael A. Marín R., M.Sc.

Introducción:

Muchos de los sistemas de grupos sanguíneos poseen variantes que consisten en grupos sanguíneos que se expresan débilmente o que del todo no se manifiestan. Se pueden heredar en forma ligada con el grupo principal, como es el caso del C^w, que cuando existe siempre se hereda con el grupo C, o más frecuente, en forma alélica a los grupos principales. Esto significa que la variante ocupa en los cromosomas el lugar que ocuparía uno o ambos alelos. Como ejemplos de estos casos tenemos al grupo D^u, al M^g, al fy y al S^u. La mayoría son de baja frecuencia y muchas de ellas características de raza.

Importancia de las variantes en paternidad discutida:

La exclusión de paternidad se puede realizar de dos modos diferentes.

a) Exclusión de primer orden: Cuando el menor en cuestión posee un grupo o factor que no tiene su madre ni el presunto padre. Este tipo de exclusión no presenta problema alguno y no se requieren estudios adicionales.

b) Exclusión de segundo orden: Opera cuando el menor en cuestión no posee un factor que se encuentra en forma homocigota en el presunto padre y que por ello tiene que ser heredado a sus hijos. Estos casos deben confirmarse, con análisis adicionales, para descubrir si el demandado es un verdadero homocigoto o posee una variante de grupo sanguíneo que hace que su fenotipo aparezca o semeje un homocigoto, cuando en realidad no lo es. Por ejemplo, cuando analizamos el sistema Duffy (fy^a, Fy^b) lo hacemos con dos tipos de sueros; el anti Fy^a y el anti Fy^b.

Si al analizar luego al menor encontramos que no reacciona con anti Fy^a, tendremos una exclusión de segundo orden, puesto que todos los hijos de un homocigoto para Fy^a deben tener ese factor. Sin embargo, debemos cerciorarnos de que no sea un falso homocigoto. Para esto podremos utilizar dos vías, en forma simultánea o individual: analizar a los padres del demandado o hacer una cuantificación del grupo Fy^a en sus glóbulos rojos, ya que un homocigoto tendrá más grupos Fy^a que un heterocigoto.

Como ya lo mencionamos, existe una variante llamada fy la cual se hereda como un alelo de fy^a y Fy^b. Por otra parte, esta variante es silenciosa o sea que no se manifiesta como un grupo en los glóbulos rojos. Su presencia se determinará, por lo tanto, indirectamente. Un verdadero homocigoto será Fy^a / Fy^a y un falso homocigoto será fy^a / fy.

La variante S^u:

Es una variante sumamente rara y característica de raza negra. Se ha encontrado en el 0,3% en sudafricanos y el 0,7% rodesianos, ambos en raza negra. En Estados Unidos se han encontrado frecuencias similares; no se conocen casos en latinoamericanos negros. En Costa Rica no la hemos encontrado en los pocos casos de demandados de aquella raza que se han presentado a análisis y no se investigaba en otras razas.

Sorpresivamente en 1984 una madre guanacasteca con rasgos típicos de las personas de esa zona y luego otra de San José, trigueña, presentaron la variante S^u que fue heredada por los 3 hijos de la primera y uno de la segunda.

Este importante hallazgo es doblemente sorpresivo ya que encontramos 2 casos en un corto período de tiempo y por otra parte sus portadores no son de raza negra. Si bien es cierto que nuestra población es una mezcla de razas, es inesperado que genes de tan baja frecuencia se encuentren en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PODER JUDICIAL BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

personas que fenotípicamente no muestran rasgos raciales de donde son originarios esos genes.

Como secuela de este hallazgo, en la actualidad el Laboratorio de Inmunohematología investiga la presencia de todas las variantes, en los casos de exclusión de segundo grado, aunque los involucrados no sean de la raza en que teóricamente ellas deben encontrarse.

Bibliografía

Hoehstra, Anneke et al S-s-U- Phenotype in South African Negroes Vox Sang. 29: 214–216. (1975).

Issitt, P.D. and Issitt, Ch. H. Applied Blood Group Sorology B.C.A. Palo Alto. Segunda edición, 186-188. (1981).

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL DERECHO DE FAMILIA EN PUERTO RICO Y LA REVISION DEL CODIGO CIVIL*

Lic. Pedro F. Silva Ruiz**

Primera parte: La codificación.

Considerando que el tema general de la actividad gira en torno al estudio y al alcance de la reforma o revisión del Código Civil,[1] es, a mi juicio, relevante exponer y desarrollar algunas ideas, aunque sean breves, generales y esquemáticas sobre la codificación.

Un Código —escribe Capitant— "es un conjunto de textos legislativos que reglamenta las diversas instituciones constitutivas de una rama del Derecho".[2] "Codificar es ordenar sistemáticamente y coherentemente, como una especie de inmenso rompecabezas jurídico, un conjunto de normas homogéneas, pero no es inmovilizar el desarrollo del Derecho".[3] Recordamos aquí las atinadas palabras de Hernández Gil de que la codificación es, antes que una meta inmóvil, "un proceso en marcha", como "algo que es y que existe dinámicamente, con dinamicidad interna, como condición de su propia estructura".[4]

> El porvenir de la codificación, ha dicho Hernández Gil, no queda subordinado al imperio de la mentalidad formalista; dentro de la mentalidad antiformalista también tiene sentido, siempre que por codificación no se entienda una meta inmóvil, sino un proceso en marcha. La norma jurídica propiamente dicha, dice más adelante, ni es reflejo del simple querer político ni se identifica con cualquier regla resultante de un procedimiento de elaboración legalmente preestablecido. La tecnificación de los actos de preparación y elaboración de las leyes, que no excluyen la censura

---

** Comentario del autor a la ponencia presentada en este Simposio por el profesor Manuel Albaladejo García, no publicada en este número.*

*** Catedrático asociado, Escuela de Derecho. Universidad de Puerto Rico.*

1. El Código Civil español, que estaba vigente cuando ocurrió el cambio de soberanía, fue editado a tenor con la Ley del 11 de mayo de 1888, y aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889. Fue hecho extensivo a las islas de Puerto Rico, Cuba y Filipinas por Real Decreto del 31 de julio de 1889, y empezó a regir en Puerto Rico el 1 de enero de 1890. Ver Rodríguez v. San Miguel, 4 DPR 105, 114 (1903) y Torres v. Rubianes, 20 DPR 337 (1914).
   En la Orden General núm. 1, del 18 de octubre de 1898, el Gobernador Militar Norteamericano dispuso que las leyes provinciales y municipales, hasta donde afectaren la determinación de derechos privados correspondientes a individuos o propiedades, serían mantenidas en todo su rigor, a menos que resultasen incompatibles con el cambio de soberanía. El Código Civil fue mantenido.

2. Luis Riera Aisa, voz *Codificación*, 4 Nueva Enciclopedia Jurídica Española 235, omitiendo citas. El mismo autor escribe que Beudant insiste en el extremo diciendo: "Se da el nombre de Código a algunas leyes que contienen un sistema de legislación sobre una materia determinada. Un Código es una ley como las demás, de las cuales se diferencia tan sólo por la extensión y la importancia". Y Glasson añade: "Codificación es el acto de reunir una colección llamada Código un conjunto de leyes relativas a una rama importante de legislación. La codificación tiene por objeto dar a las leyes una forma precisa y agruparlas de suerte que su busca sea más factible". "Flota, por tanto, en la codificación escribe Riera, la idea de lograr la unificación bajo una base sistemática, apoyada en la adecuada y ordenada regulación de materias entre unas líneas generales". (Citas omitidas).
   "A code may be defined as a legislative enactment on an area of law, regarded as a single unit even though it may contain many different subject-matters, all with a view of ordering social relations in as complete and lasting a manner as possible. Its provisions should be arranged systematically, proceeding legally from principles or precepts to rules, all presented in a simple, logical and coherent exposition". Bernard Audit, *Recent Revisions of the French Civil Code*, 38 Louisiana Law Review 777 (1978).

3. Díez Picazo y Gullón, *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I (Tecnos, Madrid), página 43, según citado por Enrique Ruiz Badillo, *Esquema sobre una posible revisión parcial del Código Civil*, 32 Anuario de Derecho Civil 23 (1977).

4. Antonio Hernandez Gil, *Formalismo, antiformalismo y codificación* (Madrid, 1970), páginas 3, 18 y 24.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

política en cuanto a los principios, los fines y la oportunidad de la creación legislativa, lejos de contradecir la base democrática del Derecho, la sirve mejor.[5]

La codificación es el paso o tránsito, no la meta o conclusión, del proceso legislativo que objetiva o cristaliza la regla de conducta o norma jurídica.

Se habla con gran insistencia y se escribe profusamente sobre las *transformaciones* en el derecho civil codificado. Algunos piensan en esas transformaciones como crisis —descomposición, desmembramiento, desorden— y agonía del Derecho civil. Prefiero entender las mismas en el sentido propio de aquel término, es decir, en el sentido de evolución. Así, está en transformación o evolución, se modifica el Derecho civil —si se quiere el Derecho privado que es concepto más amplio— tal como se configuró en épocas pasadas.[6]

La concepción decimonónica del Derecho civil fundamentalmente descansa en las ideas siguientes:

1. "(E)l puesto central y esencial que el individuo ocupa en el sistema del Derecho civil codificado, del Derecho privado en general, permite afirmar que este Derecho aparece de manera total y exclusiva como el estatuto de los particulares, o sea, del individuo en la órbita del ordenamiento jurídico".
2. "El ideal de justicia universal que presidió la formación del Derecho privado a fines del siglo XVIII, cuya expresión filosófica fue el Derecho natural y la Codificación la expresión formal, se tradujo prácticamente en el reconocimiento de la noción del Derecho individual como principio de la sociedad civil".[7]

La codificación, pues, se inserta en este movimiento de afirmación del individuo frente al Estado. Es aquella la expresión positiva de un sistema filosófico que, en el siglo XVIII, conllevó la actuación de la idea individual en el orden de las relaciones sociales. En este aspecto la Codificación responde, en el campo del Derecho privado, a lo que fueron las declaraciones de derechos y las Constituciones en el campo del Derecho público. De esta manera, las codificaciones, entre ellas la civil, miraban a asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las ingerencias indebidas del poder político.[8]

Evidentemente que el Derecho civil, privado en general, de hoy no es el mismo que el decimonónico. Resulta obvio que siempre existe una tensión que deriva de la relación entre las normas (el derecho objetivado, cristalizado) y la realidad social (vivencias) regulada por ellas. La variabilidad social conlleva que no puede haber constancia en el Derecho. "Podemos pensar —ha dicho Cardozo— que el Derecho permanece idéntico si nos negamos a cambiar las fórmulas. Pero una tal identidad es sólo verbal. La fórmula no corresponde ya del mismo modo a la realidad. Llevada al comportamiento, ella significa algo diferente de lo que significaba primeramente.[9]

La visión decimonónica en la cual se exaltaba la actividad del individuo en el ámbito de la economía, garantizándosela como la más apropiada para tutelar al individuo, ha evolucionado hoy a la idea de una regla social que se impone al individuo. Así, se postula que el titular de un derecho ha de ejercerlo de acuerdo a las necesidades sociales. Es el ejercicio de los derechos con y en sentido social. Pero, advirtamos, con razón, la admonición de Santos Briz, de que "no conviene exagerar la nota de lo social hasta llegar a devorar al hombre, puesto que la obtención por el individuo de un puesto en lo social no ha de concebirse como una lucha

---

5. Hernández Gil, obra citada, páginas 3 y 37, según resumido por Enrique Ruiz Badillo, obra citada, página 33.
6. "La expresión 'crisis del Derecho civil' se ha generalizado peligrosamente; a mi juicio, infundadamente. Los que así piensan lo hacen en nombre de un relativismo histórico. Y el error que ante todo cometen entraña una falta de perspectiva histórica. De un lado, porque consideran como el único Derecho civil posible el que se muestra como tal en la penúltima etapa de su evolución; y así, todo cambio posterior, toda falta de coincidencia, se concibe como negación de la existencia, perecimiento, antítesis, extinción. Y de otro lado, porque no delimitan cuidadosamente aquello que en Derecho civil hay de sustancial de aquello otro que es secundario, perfectamente cambiable sin comprometer la esencia del Derecho civil". Antonio Hernández Gil, *Reflexiones sobre el futuro del Derecho Civil*, 41 Rev. de Derecho Privado 1179 (1957). Además, Castán Tobeñas, *Crisis mundial y crisis del Derecho* (Reus, Madrid, 1961, segunda edición), páginas 76-77.
7. Vicente Torralba Soriano. *El Derecho civil desde la codificación hasta el tiempo presente* (separata, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, setiembre y octubre de 1975, Instituto Editorial Reus, Madrid), página 246, omitiéndose las citas.
8. Idem, pág. 247.
9. *Idem*, páginas 337-338. La cita que hace de Cardozo, B., es "Il gindice e il Diritto", trad. Italiana de Gueli Florencia, 1961, página 168.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

entre individuo y sociedad, sino que la relación de rango entre ambos ha de ser resuelta con criterio armónico sin ver entre ellos contraposición alguna".[10]

Entonces, ¿cuál es la situación del individuo, la de la persona, dentro del derecho civil actual?

"Se define como persona —escribe Hernández Gil— la susceptibilidad para la imputación de derechos y obligaciones, la aptitud para ser soporte de titularidades jurídicas. Esa susceptibilidad es la capacidad jurídica; de donde se infiere, no ya que en cuanto se es persona se ostenta capacidad jurídica, sino que, en cuanto se ostenta capacidad jurídica se es persona". "La persona es un 'priuis' respecto del Derecho... La persona no es una creación del Derecho positivo. La vinculación del Derecho civil a la persona ha de expresar la adscripción de aquél a ésta como categoría ontológica, ética y social, que impone unas exigencias". Y más adelante señala que "el ser una persona no es una concesión del ordenamiento jurídico. El orden jurídico ha de estructurarse de tal modo que en él despliegue su ciclo vital y social el ser libre, destinado a coexistir, que es la persona".[11]

Hay doctrinas jurídicas que degradan al hombre, sujeto de derechos por excelencia, al cual vienen a considerarlo como un objeto, como una cosa. Esta posición, que rechazo, necesariamente conlleva una degradación del orden jurídico mismo. Recordando a Ortega podríamos decir: "Mas, a lo que parece, nos es dado elegir ante otro hombre, ante otro sujeto, entre tratarlo como cosa, utilizarlo, o tratarlo como 'Yo'. Hay aquí un margen para el arbitrio, margen que no sería posible si los demás humanos fueran realmente 'Yo' ".[12]

Segunda parte: Aspectos sociales sobre la familia

Una revisión del derecho legislado sobre la familia impone, como primer paso el conocimiento de los rasgos sociales de ésta en nuestro tiempo vis a vis aquellas ya pasadas.[13] Tan sólo así, a mi juicio, la revisión que se realice será atinada o acertada, pues responderá a las necesidades sentidas de nuestra época.

La familia ha sido definida de diferentes maneras. Aunque no es posible concebir una definición uniforme de la familia que se pueda usar en distintos contextos sociales,[14] tenemos que es-

10. Jaime Santos Briz, *El Derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales*, 61 Rev. de Derecho Privado 21 (1977).

11. Antonio Hernández Gil, en el Prólogo a la obra de Juan Manuel Pascual Quintana, *En torno al concepto del Derecho civil* (Universidad de Salamanca, 1959), páginas 10-11.
El mismo autor, señalando las directrices capitales de la transformación interna del Derecho civil, contemplada a través del contenido de dicho derecho, en cuanto a la "persona", ha escrito: "La persona —Una de las grandes conquistas del Derecho civil en el curso de los siglos ha sido el haber dejado de ser el Derecho de cierta clase de personas, como todavía lo indica su nombre— para pasar a constituir el estatuto de la persona, sin más; de toda persona. Pero hubo un tiempo —siglo XIX, imperio del dogmatismo— en el que se cometieron excesos en esa directriz y llegó a esquematizarse exageradamente la noción de la persona. Persona = capacidad. Capacidad = aptitud para ser sujeto de derechos. La persona como mero sujeto de titularidades. Actualmente, superada la consideración de la persona como sujeto o soporte de derechos, se tiende a protegerla en sí misma como realidad natural. El Derecho civil evoluciona en el sentido de calar más profundamente en la interioridad —en plenitud— de la persona". Antonio Hernández Gil, *Reflexiones sobre el futuro del Derecho civil*, 41 Rev. de Derecho Privado 1177 (1957).

12. Ortega y Gasset, "El 'yo' como lo ejecutivo", en *La deshumanización del arte y otros ensayos estéticos*, quinta edición, Madrid, Revista de Occidente, 1968, página 136, citado por Torralba Soriano, página 349.

13. "Se dice con frecuencia que la familia moderna no tiene la fuerza de la familia antigua. Hay que reconocer, en efecto, que la familia ha perdido, en gran medida, la extensión, la cohesión y la estabilidad que la caracterizaron durante la Edad Media. Ha perdido verdaderamente la familia mucha de su antigua extensión, especialmente en la línea colateral, pues la complejidad de la vida moderna dispersa con facilidad a los miembros de la familia. Ha perdido también su carácter económico, pues la antigua producción doméstica —que hacía de la familia una especie de grupo cooperativo que trabajaba y explotaba en común el patrimonio familiar— ha cedido el puesto a la organización industrial. Ha perdido, desde luego, todo carácter político, pues el principio de igualdad civil y política y el individualismo propio del Estado moderno han hecho que no suela ser la familia elemento orgánico del Estado, ni se derive de ella, por lo común, ninguna condición política particular. Por otra parte, en los últimos tiempos se ha dejado sentir en no pocos países (y de ello es ejemplo destacadísimo la legislación soviética, sobre todo en alguna de sus fases) una fuerte corriente destructora de la familia. Por fortuna, y a pesar de ello, la familia conserva aún gran vigor, especialmente en nuestra Patria, y lo que ha perdido en extensión y en fuerza política lo ha ganado quizá en la intensidad de sus afectos. Todavía sigue siendo la familia, como antes hemos dicho, la verdadera célula social, la sociedad natural que el Derecho debe respetar y proteger solícitamente". José Castán Tobeñas, *Familia y Propiedad* (Reus, Madrid, 1956), páginas 16-17. Del mismo autor, *Derecho de Familia: Relaciones conyugales*, V-I Derecho civil español, común y foral (Reus, Madrid, octava edición, 1960) páginas 15 y siguientes. Además, voz *Familia*, IX Gran Enciclopedia RIALP (Madrid, 1972), páginas 715 y siguientes.

14. Constantina Safilios-Rothschild, *La crisis de la familia: una perspectiva transcultural* (Conferencia Conmemorativa Dorothy D. Bourne, Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Puerto Rico, 10 de marzo de 1983, mimeo., página 1).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

forzarnos por lograr un marco de referencia conceptual. El consenso general parece advertirnos que es la unidad básica de la sociedad.[15]

Algunas definiciones de la familia son las siguientes:[16]

1. Un grupo de personas relacionadas por sangre o por ley, donde cada miembro individual adquiere un *status* reconocido; es un sistema de demandas y obligaciones; es una unidad de responsabilidades mutuas a la vez que un grupo de personas relacionadas.[17]
2. Un grupo social caracterizado por residencia común, cooperación económica y reproducción, que incluye adultos de ambos sexos y uno o más niños, propios o adoptados;[18]
3. Un grupo al que el individuo está afiliado por un largo periodo, a veces por vida y del cual no se puede retirar fácilmente o a voluntad. Es una organización con propósito ilimitado;[19]
4. Una estructura básica social centralizada alrededor de la función básica de reemplazo;[20]
5. Es la institución preocupada por el amor, la realización sexual, el matrimonio, la reproducción, la socialización del niño y los varios *status* y roles envueltos en la organización de parientes.[21]

Estas definiciones revelan el rol de la familia como institución social, así como la importancia que tiene la familia para la sociedad, sostiene acertadamente Quiñones de Rodríguez.[22]

Las distintas agencias gubernamentales de Puerto Rico definen la familia de forma diferente para ajustarla a sus necesidades de servicio. La Comisión de Salud Mental de Puerto Rico ha recogido todas aquellas definiciones y, en un intento por combinarlas todas en una, propuso la siguiente:

> La familia es un sistema social compuesto por personas en estrecha relación, que viven bajo un mismo techo, con una intención de continuidad como unidad familiar, vinculados por unos lazos legales y/o afectivos de reconocimiento recíproco de que son parte de esa unidad familiar y que son interdependientes para la satisfacción de sus necesidades básicas y el cumplimiento de sus funciones sociales.[23]

Ogburn identificó siete funciones de la familia, a saber: económica, otorgadora de *status,* protectora recreacional, educativa, religiosa y afectiva.[24] Winch menciona sólo cinco funciones sociales básicas de la familia. Estas son:[25]

1. Debe proveerse el reemplazo a los miembros que se mueren en una sociedad;
2. Debe producirse y distribuirse bienes y servicios para el sostén de los miembros de la sociedad;
3. Debe haber provisión interna y externa para resolver el conflicto y mantener el orden externamente;
4. Los reemplazos humanos deberán ser adiestrados para convertirse en miembros participantes de la sociedad y

---

15. La declaración universal de los derechos del hombre, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, declara en su artículo 16 que la "familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".
16. Véase, Carmen F. Quiñones de Rodríguez, *Cambios en las funciones básicas de la familia,* en 9 Humanidad 17-18 (1975) (Escuela de Trabajo Social, Universidad de Puerto Rico), de donde tomamos las definiciones traducidas al español.
17. Kyrk, *The Family in the American Economy* (Chicago University Press, Illinois, 1953).
18. Murdock, *"The Universality of the Nuclear Family"*, N. Bell y Ezra Vogel, *The Family* (The Free Press of Glencoe, Illinois, 1960), página 37.
19. Alfred Kuhn, *The Study of Society*, (Richard D. Irinn, Inc. y The Dorsey Press, Homewood, Illinois), página 520.
20. Robert F. Winch, *The Modern Family*, (Holt, Richart and Wiston, New York, edición revisada, 1966), página B. 13.
21. William Kephart, *The Family, Society and the Individual*, (Houghton Mifflin Co., Boston, Mass., segunda edición, 1966), pág. 2.
22. Carmen F. Quiñones de Rodríguez, trabajo citado, página 18.
23. Comisión de salud mental de Puerto Rico, *El ciclo de la vida, la salud mental y la calidad de la vida en Puerto Rico,* Michael Woodbury, et al., 1976, página 56, según citado en el Informe Social 1980 de la Junta de Planificación de Puerto Rico, página 11 (Capítulo uno: "La familia en Puerto Rico").
24. William F. Ogburn, *The changing functions of the family* en R.F. Winch y R. McGinnis, *Marriage and the family* (Henry Holt and Co., New York, 1953), página 75.
25. Winch, obra citada, página 14. La traducción al español aparece en C.F. Quiñones de Rodríguez, citado, página 21.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

5. Debe haber procedimientos para bregar con las crisis emocionales, para armonizar las metas de los individuos con los valores de la sociedad y para mantener un sentido de propósito.

Ha habido cambios en las funciones básicas de la familia. Los procesos sociales tales como la urbanización, la industrialización y la movilidad le afectan directamente. Así, por ejemplo, con la industrialización la familia perdió muchas de sus funciones económicas, pues la producción fue transferida a la factoría (fábrica). Otra instancia que, a título de ejemplo, también podemos mencionar, es que la función familiar de cuidar los ancianos está siendo asumida por el Estado y la autoridad familiar se escapa de manos de los ancianos.[26]

En un estudio que Ogburn y Nimkoff realizaran, se le pidió a 18 estudiosos prominentes que participaron en el mismo que mencionaran "diez destacados cambios en la familia, en los tiempos recientes". Los ocho cambios mencionados por lo menos por la mitad de los expertos fueron los siguientes:

1. Aumento en la tasa de divorcios;
2. Mayor difusión del control de los nacimientos y/o disminución del tamaño de la familia;
3. Disminución de la autoridad de esposos y padres;
4. Aumento en la relación sexual fuera del matrimonio;
5. Aumento en el número de esposas que trabajan por salario;
6. Creciente individualismo y libertad de los miembros de la familia;
7. Aumento en la transferencia de las funciones protectoras de la familia al Estado;
8. Disminución de la conducta religiosa en el matrimonio y en la familia.[27]

El estudio precedentemente aludido se realizó en 1947 y versó sobre los cambios significativos de la familia norteamericana. Estimo que estos cambios son igualmente notables en la familia puertorriqueña de las últimas tres o cuatro décadas.

La familia, que como toda institución social, comprende un complejo conjunto de normas, valores, posiciones y roles, es un agente de socialización; es "la principal correa de transmisión de las normas culturales a las nuevas generaciones".[28] Pero la trascendencia de la institución no termina allí, pues la labor de la familia se relaciona con los modos de comportamiento característicos de otros grupos sociales. Ello se debe a que "la familia transmite, en general, la porción de la cultura accesible al estrato y al grupo social en que los padres se encuentran. Constituye, por consiguiente, un mecanismo para disciplinar al niño en función de los objetivos culturales y de las costumbres del grupo".[29]

Tiende la familia, pues, a perpetuar la estructura social. Frente al cambio social, el rol de la familia, como sujeto pasivo del cambio es de institución estabilizadora de la sociedad y un agente efectivo de control social.[30] Pero la familia tradicional, rural, patriarcal o de tipo patrilineal y extendida, donde la autoridad y el control paterno sobre los demás miembros de la institución eran muy sólidos está declinado, inclusive en Puerto Rico. Es desplazada por la familia nuclear, urbana y biarcal o por la familia extendida modificada. La familia ha dejado de ser una unidad de producción económica para convertirse en una unidad de consumo.[31]

La decadencia de la familia extendida y el surgimiento de la familia nuclear puede asociarse con cambios en sus funciones. En las sociedades industriales modernas, la institución más poderosa es la gubernamental. Los programas gubernamentales de todo tipo, incluyendo los de

---

26. Carmen F. Quiñones de Rodríguez, páginas 26-27.

27. W.F. Ogburn y M.F. Nimkoff, *Technology and the Changing Family* (Houghton Mifflin Co., The Riverside Press, Cambridge, 1955), páginas 4, 7 y 291, citado en Carmen F. Quiñones de Rodríguez, página 28.

28. *Informe Social-1980*, citado, página 1, citando a su vez a Robert K. Merton, *Estructura Social y Anomía* en Erich. Fromm, et. al., *La Familia*, (Ediciones Península, Barcelona, 1970) páginas 67-106.

29. *Ibíd.*, página 1.

30. *Ibíd.*, página 2.

31. Carmen L. Noriega de Santa, *La familia puertorriqueña y su función de control social* (Escuela de Trabajo Social, Universidad de Puerto Rico, 28 de octubre de 1971), mimeo., página 1; *La familia y su transformación: unas consecuencias y un reto*, en Humanidad (Escuela de Trabajo Social, Universidad de Puerto Rico, año 1, núm. 1, diciembre de 1967), página 32.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

bienestar social, se diseñan para ayudar a la familia y hasta para sustituirla, en cierta medida, en algunas de sus funciones más tradicionales.

Estos cambios en la familia han repercutido sobre el derecho relativo a esa institución. Friedmann lo ha expresado en los términos siguientes:[32]

> La crisis actual del Derecho de Familia es el resultado de diversos factores: cambios en la filosofía social, que destacan la libertad del individuo contra la indisolubilidad, determinada sobre todo en términos religiosos, del estado civil matrimonial; la profunda transformación de la situación de la familia en la moderna sociedad urbanizada, y, en particular, de la posición de las mujeres casadas; los progresos científicos y médicos modernos que hacen posible el control de la natalidad y la inseminación artificial, por último las crecientes exigencias del Estado benefactor moderno, que hace nuevas demandas a la familia, pero también asume hacia ellas obligaciones mucho más grandes.

Los siguientes dos ejemplos ilustran adecuadamente los valiosos señalamientos de Friedmann:

1. El divorcio por mutuo consentimiento, fundamentado en el derecho a la intimidad,[33] destaca la libertad del individuo contra la indisolubilidad del matrimonio;
2. "Las uniones consensuales representan una proporción considerable de todos los matrimonios en Puerto Rico. En una encuesta efectuada en 1976 el 28 por ciento de todas las mujeres habían iniciado su vida matrimonial en una unión consensual. Esta proporción parece haber aumentado entre las mujeres que se han casado recientemente".
   "La incidencia de uniones consensuales es mayor entre los grupos de mujeres más jóvenes y las de edad más avanzada. Una relación similar se observa en relación a la duración del matrimonio. Estos hallazgos sugieren que la tendencia descendente en las uniones consensuales que se había venido observando en Puerto Rico desde los comienzos del siglo se ha invertido recientemente".[34]

Tercera parte: Enmiendas sugeridas al Derecho Codificado de familia en Puerto Rico.

Las reflexiones anteriores sobre los rasgos de la familia contemporánea —el desplazamiento de un núcleo social tradicional, rural, patriarcal de tipo patrilineal y extendido a uno de carácter nuclear, urbano y biarcal o extendido modificado— deben considerarse al revisar el derecho que la regula. La familia del siglo veinte, que apunta al ya venidero siglo veintiuno, no es la misma que existía en los dos siglos pasados y que se dibuja en el Código Civil.

Con el propósito de mantener la ponderación y el equilibrio, en atención a que este estudio es un acercamiento inicial al tema, nos limitaremos a proponer algunas enmiendas, quizás las más apremiantes o significativas, que deben hacerse al derecho codificado de familia en Puerto Rico. Nuestras propuestas, como quedó dicho, se circunscriben al Derecho de familia que aparece configurado en y por el Código Civil; además, las mismas giran en torno a las instituciones, como conjunto de normas jurídicas, en vez de a las disposiciones particulares o reglas específicas que integran dichas instituciones.

Primera: "La mayor edad empieza a los veintiún años cumplidos", reza el vigente Código Civil.[35]

Reduciría la misma para comenzar a los dieciocho (18) años cumplidos. Esa es la edad determinante del momento de la incorporación de los ciudadanos a la plenitud de la vida jurídica. Con ella se alcanza la plena capacidad. El grado mínimo de analfabetismo debido a los logros en la educación, así como la madurez intelectual y emocional de la juventud pueden servir de apoyo o funda-

---

32. Friedmann, *El Derecho en una sociedad en transformación* (traducción de la obra *Law in a Changing Society* por el Fondo de Cultura Económica, México, 1966), página 222.

33. Figueroa Ferrer v. *ELA*, 107 DPR 250 (1978).

34. José L. Vázquez Calzada y otros, *Patrones de nupcialidad de la mujer puertorriqueña* (mimeo), página 37 (16 de diciembre de 1980). Véase, además, Pedro F. Silva-Ruiz, *Private Law Aspects of Cohabitation without Formal Marriage in Puerto Rican Law*, publicado en Legal Problems concerning Unmarried Couples (Proceedings of the Eleventh Colloquy on European Law, Messina, July, 1981), Council of Europe, Strasbourg, France, 1982, pp. 251-263. También puede verse Pedro F. Silva-Ruiz, *Perspectivas futuras en el desarrollo del Derecho de familia en Puerto Rico*, 43 Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico 462-465 (agosto 1982).

35. Artículo 247, 31 LPRA 971.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

mento a la anterior propuesta. Además, y como argumento que apunta a la coherencia de las normas legales del ordenamiento, debe considerarse que: (i) "(S)erá elector toda persona que haya cumplido 18 años de edad. . ."[36] y (ii) que puede ingresarse a los cuerpos militares también a la misma edad. Si un ciudadano puede elegir gobernantes e ingresar en los cuerpos militares —pudiendo hasta matar, el acto más grave de la existencia, en defensa de los intereses del país— a la edad aludida, entonces debe también reconocérsele plena capacidad para otros actos de la vida en sociedad.[37]

En cualquier eventualidad particular, y por vía de excepción, pero no como regla, pudiera disponerse, en la(s) instancia(s) deseada(s), que sea a los 21 años de edad que alguna(s) norma(s) rija(n).

Hay que señalar expresamente que la enmienda anterior conlleva otras modificaciones al Código Civil. Así, y para tan solo ofrecer un sencillo ejemplo, el instituto de la emancipación quedaría tácitamente derogado de no enmendarse la edad —reduciéndola a los dieciséis (16) años— en que pudiera aquella concederse.[38]

La ausencia de determinada edad conlleva incapacidades o prohibiciones. Uniformaría todas las incapacidades o prohibiciones por falta de mayoría de edad en torno a la edad para alcanzar aquella o en la edad que haga posible la emancipación, según los diferentes casos.

Segunda: Toda la parte VI sobre "Paternidad y Filiación" ha de ser revisada a la luz de los pronunciamientos de *Ocasio* v. *Díaz*[39] y su progenie,[40] advirtiendo que no hay que ser excesivamente propicio a una axiomatización de la jurisprudencia. Ello también afectará el derecho sucesorio.[41] Igualmente deberán considerarse otros aspectos, no ya procedentes de la jurisprudencia, sino de la doctrina. Así, y a título de mero ejemplo, la reunión de expertos sobre adopción[42] recomienda que "la adopción procederá solo en beneficio de quienes sean menores a la fecha de solicitarse".[43]

Tercero: al examinarse los aspectos referentes al matrimonio, [44] tanto en el orden personal como en el patrimonial, debe estudiarse cuidadosamente la posibilidad de regular legislativamente el concubinato.[45]

En cuanto al margen de libertad para otorgar las capitulaciones matrimoniales, podría pensarse en admitir que las mismas puedan modificarse aún después de celebrado el matrimonio.[46]

---

36. Enmienda a la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Artículo VI, Sección 4.

37. Véase mi ponencia *Perspectivas futuras en el desarrollo del Derecho de familia en Puerto Rico,* citado, página 465.

38. Entre otros, sin pretender agotar todas las instancias, los artículos 233, 234 y 239 del Código Civil, 31 LPRA 911, 912 y 931, también quedarán afectados y deberían modificarse.
Aunque es ya un asunto de técnica o procedimiento legislativo, sugeriría que en un mismo proyecto se propusiese la enmienda de todos los artículos afectados vis a vis un proyecto particular e independiente para enmendar cada artículo en cuestión. Una instancia al respecto, en España, es el Real Decreto-Ley Núm. 33 del 16 de noviembre de 1978 (Boletín Oficial del Estado Núm. 275 del 17 de noviembre de 1978).

39. 88 DPR 676, 749-750 (1963). Véase, además, en España, la Ley Núm. 11 del 13 de mayo de 1981 (Boletín Oficial del Estado Núm. 119 del 19 de mayo de 1981).

40. Lebrón Cruz v. Suc. Yapor Elías, 90 DPR 266 (1964); Ortiz v. Cruz Pabón, 99 DPR 237 (1970); Texidor Díaz v. Tribunal Superior, 94 DPR 666 (1967) y muchos otros.

41. Garzot v. Tribunal Superior, 90 DPR 359 (1964).

42. Dicha reunión de expertos, convocada por el Instituto Interamericano del Niño, organismo especializado de la Organización de Estados Americanos (OEA), se celebró en Quito, Ecuador, en marzo de 1963. Esta reunión trató el único tema de Derecho de familia que es parte de la agenda de la Tercera Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-III) que se celebrará en 1984. Véase además, Pedro F. Silva-Ruiz, *La adopción*, documento de trabajo núm. 7 de dicha reunión de expertos, publicado por el Instituto de referencia anterior.

43. Base cuarta del documento del grupo de trabajo núm. 2 (Derecho Interno) de la reunión de expertos, *supra*. Cfr. artículo 135 Código civil de Puerto Rico, 31, LPRA 536.

44. En España, la Ley 30 del 7 de julio de 1981 (Boletín Oficial del Estado núm. 172 del 20 de julio de 1981), por la cual se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil puede ser de gran ayuda, siempre que se contemplen nuestras propias experiencias, haciendo los ajustes pertinentes y descartando lo inaplicable.

45. Pedro F. Silva-Ruiz, *Perspectivas futuras en el desarrollo del derecho de familia en Puerto Rico,* citado, páginas 462-465. Además, del mismo autor, *Régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho puertorriqueño,* trabajo presentado al Primer Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia, celebrado en la ciudad de Salta, Argentina en marzo de 1983 y publicado en el volumen de trabajos editado para el evento, las páginas 58-62 y, además, en la Revista de Derecho Privado, setiembre de 1983, páginas 820-835.

46. Artículos 1271 y 1272 del Código civil, 31 LPRA 3555 y 3556 y Vilariño Martínez v. Registrador 88 DPR 288 (1963), expresan la norma vigente de que después de celebrado el matrimonio no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas únicamente antes de su celebración. El legislador español, en 1975, implantó el sistema de variabilidad que propugnamos. Véase el artículo 1315, primer apartado, del Código civil español, así como el artículo 1326 del mismo cuerpo legal.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

En este mismo aspecto del régimen económico matrimonial debe estudiarse la conveniencia de adoptar un régimen de participación,[47] siguiendo o adaptando el patrón español, para atender nuestras propias peculiaridades. De esta forma se otorgaría a cada matrimonio un mayor margen de libertad para optar por uno de dos o más regímenes patrimoniales.

Cuarto: Eliminaría todo vestigio de discrimen por razón de sexo, en todas las disposiciones propias de aplicación de dicho principio.[48]

Quinto: El divorcio. Este será uno de los temas que posiblemente amerite uno de los estudios más detenidos y análisis ponderado. La discusión será apasionada.

No es posible en estas líneas exponer criterios, pero sí adelantar ciertas interrogantes, tales como las siguientes: ¿debe conservarse el concepto de culpa en lo que al divorcio respecta?; ¿debe modificarse el número de causales de divorcio que actualmente se establece?; en cuanto al mutuo consentimiento ¿debe establecerse un procedimiento para su obtención?, son tan solo algunas de las muchísimas cuestiones que deberán ser analizadas con sosiego y objetividad.[49]

Podríamos continuar enumerando propuestas. Pero la enumeración exhaustiva no es nuestro propósito ni tampoco el objetivo primordial de estas líneas. Si tomamos conciencia de que la tarea que nos espera es seria y ardua, así como de un gran alcance social, la revisión del derecho codificado de familia en Puerto Rico habrá superado otra de las varias etapas por las cuales atraviesa.

***

47. Véase el artículo 1411 y siguientes del Código civil español. Manuel Albaladejo García, *Derecho de familia*, IV Curso de Derecho Civil (Bosch, 1982), páginas 203-211. Debe modificarse el régimen de separación de los bienes de los cónyuges y su administración por la mujer durante el matrimonio en Puerto Rico, 31 LPRA ss. En España, el artículo 1435 ss. del Código civil; Albaladejo, páginas 194-203.

48. El precepto constitucional puertorriqueño así lo exige. Por ejemplo, el artículo 109 del Código civil, 31 LPRA 385, sobre alimentos para el/la ex cónyuge. Véase *Toppel*, v. *Toppel*, 83 JTS 28 (10 de marzo de 1983).

49. Puede verse una discusión serena de algunos de estos planteamientos en el *Informe sobre el libro primero del Código civil de Puerto Rico*, sometido al Consejo sobre la reforma de la justicia en Puerto Rico por el comité designado por dicho cuerpo para tal fin (San Juan, P.R., 8 de noviembre de 1974), páginas 103-217. Véase, además, Antonio S. Negrón García, *Puerto Rico updates its courts*, en 58, No. 7 judicature 350—356 (febrero 1975).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

"Les obligations. La responsabilité civile: conditions" par Geneviève Viney (Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin, Tome IV), L.G.D.J., París, 1982.

El *Tratado de Derecho Civil* que bajo la dirección del profesor Jacques Ghestin está publicando la L.G.D.J., se ha enriquecido con un primer tomo dedicado a las condiciones o requisitos de la responsabilidad civil, que ha redactado la profesora Geneviève Viney, de la Universidad de París I. Este tratado fue galardonado en el año de 1980 con el Premio Dupin de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia, lo que constituye una distinción muy calificada. Fue el jurista Henri Mazeaud quien propuso esta obra para el premio, con un reporte en que encomia la gran calidad y profundidad del trabajo (cuyo primer tomo, sobre la Introducción General al Derecho Civil fue reseñada por nosotros en esta Revista, y que cuenta, además, con un segundo tomo, redactado por el propio profesor Ghestin, sobre el Contrato).

La profesora Viney es especialista en el tema de la responsabilidad civil, sobre el que escribe regularmente en las revistas jurídicas francesas. Su tesis doctoral tuvo como tema "El debilitamiento de la responsabilidad individual" y constituye una obra de consulta obligada sobre la materia en Derecho francés. Ahora ingresa al grupo de autores del Tratado de Ghestin con el análisis de las "condiciones" de la responsabilidad civil, y se tiene previsto para un futuro otro tomo sobre la reparación y sobre los regímenes especiales.

El tomo que hemos leído se compone de un título preliminar (evolución general de la responsabilidad civil, responsabilidad civil y responsabilidad penal, responsabilidad contractual y responsabilidad delictual), y de la primera parte del libro primero (Teoría general de la responsabilidad civil). Esa primera parte está dividida en tres títulos: el daño, la relación de causalidad, el hecho generador de la responsabilidad civil (subdividido éste en tres subtítulos: la falta civil, el hecho de las cosas, el hecho de otro).

En nuestra opinión la obra es muy novedosa. La autora subraya que no ha separado formalmente el análisis de la responsabilidad civil contractual de la delictual (o extracontractual, para utilizar una expresión más cercana al Derecho costarricense), ya que tal *summa divisio* no tiene un fundamento muy firme en la realidad jurídica actual. Constata para ello la autora que hay tendencias legislativas muy definidas para organizar las llamadas "responsabilidades profesionales" en regímenes de muy diferente categoría que el general de la responsabilidad civil, que por otra parte ha dejado de ser considerada en función del vínculo contractual que une al acreedor con el obligado, sino más bien se pone énfasis en la actividad de ese obligado que lo ha llevado a ser considerado responsable de un daño. Es decir, el análisis moderno de la responsabilidad civil pareciera orientado a hacer perder la importancia de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, en provecho de otra distinción: un "derecho general" o "derecho común" de la responsabilidad civil y los regímenes especiales (en otras palabras, una regulación que tendría una "parte general" y una "parte especial").

La obra, en consecuencia, trata de ser esa "parte general" del derecho de la responsabilidad civil (que en el libro reseñado comprende únicamente las condiciones o requisitos) y esa "parte especial" integrada por los regímenes tales como los de las responsabilidades profesionales.

La profesora Viney ha detectado, pues, los principios más aplicables a cualquier caso de responsabilidad civil, tanto en Derecho francés como en Derecho comparado. Estos principios básicos de la parte general hacen referencia a la calidad del daño (debe consistir, en principio, en la lesión de un interés jurídicamente protegido, lesión que debe ser cierta y personal). En cuanto al carácter

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

"personal" del daño, pone énfasis en el desarrollo de la jurisprudencia francesa que admite el daño por "rebote" o daño reflejo (en que se pone en cuestión la doctrina tradicional del "daño directo"). La falta civil (violación de un deber o transgresión de una norma jurídicamente obligatoria) es analizada según su gravedad, con criterios objetivamente determinados. Las responsabilidades llamadas "objetivas" (hecho de las cosas y hecho de otro) ocupan, finalmente, un lugar muy destacado en esta magnífica muestra de la doctrina contemporánea del Derecho privado francés.

Diego Baudrit

***