BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

T 2004

REVISTA JUDICIAL

Año XVII — Núm. 57 — Setiembre, 1992

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"

PRESENTACIÓN

En esta entrega, la Sección de Estudios contiene artículos en las siguientes materias: Derecho Societario, Filosofía del Derecho, Derecho Procesal Penal, Derecho Agrario y Derecho de la Salud.

Publicamos, en primer término, la segunda parte del interesante estudio del **Dr. Gastón Certad Maroto** y del **Lic. Arnaldo Antillón** (colaborador) titulado **"La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. II"**, trabajo de permanente actualidad; los autores muestran que son pocos los casos que se dan, debido a las restricciones a esta acción; comienzan por explicar la acción social de responsabilidad contractual, que permite a la sociedad actuar contra sus propios administradores y plantean interrogantes sobre el hecho de que deba ser la asamblea la que acuerde el ejercicio de esta acción; Certad y Antillón, seguidamente, distinguen las posibilidades de accionar que tiene la asamblea y se refieren a los problemas de prescripción y renuncia, transacción y desistimiento de la acción social. Posteriormente los colaboradores tratan los temas de la acción individual de los acreedores y la naturaleza de la responsabilidad de los administradores frente a aquellos, lo mismo que la naturaleza de tal acción (autónoma o subrogatoria de la acción social); se enfrentan posteriormente con el tema de la acción individual del socio o del tercero, revelando las diferencias con la acción social y la individual de los acreedores sociales. Otros aspectos examinados son los ilícitos perseguibles, el cúmulo de responsabilidades y el cúmulo de acciones.

"Nuestro jurista y la enseñanza del Derecho" es el nombre del profundo artículo con que interviene la **Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo;** su propósito es exponer sus inquietudes como docente del Derecho; la autora se ocupa del papel del jurista en la sociedad y reafirma la idea de que el jurista no debe estar alejado de la realidad; la Dra. Sáenz Elizondo plantea dudas sobre los criterios adoptados para formar los currícula y la forma de impartir los cursos; y reitera la necesidad de enfrentar cuanto antes el problema; en su trabajo, enseña que el jurista debe estar integrado a las nuevas concepciones del mundo y a las

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

actitudes de los seres asociados dentro de un marco cultural real y expone los objetivos que, a su juicio, deben regir la enseñanza del Derecho. La autora sugiere que el problema de fondo reside en que necesitamos un profesional capacitado de acuerdo con las exigencias del mundo contemporáneo, para dejar de lado el modelo positivista tradicional; el brillante aporte termina ofreciendo algunas alternativas metodológicas, capaces de ofrecer nuevas posibilidades.

El **Lic. Javier Llobet Rodríguez,** quien se encuentra en estos momentos realizando estudios de posgrado en Alemania, y quien, junto con el **Lic. Juan Marcos Rivero,** obtuvo el **Premio Ulises Odio Santos** en marzo de 1992, en particular por sus **Comentarios al Código Penal,** en materia de valores de la personalidad, colabora con la novedosa y amplia ponencia titulada **"El nuevo proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica (en comparación con el Derecho alemán)",** presentada en el Seminario de Derecho Comparado, que se celebró en la Universidad de Friburgo, Alemania en noviembre de 1991. El laureado autor da cuenta de los orígenes, en Montevideo, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, indicando los diversos encuentros propiciados por él y hace ver, a pesar de la existencia en Latinoamérica de sistemas inquisitivos y autoritarios, el ideal bolivariano del fenómeno creciente de la unificación legislativa Latinoamericana (que ya ha tenido manifestaciones en otros campos del Derecho), lo mismo que en diversas convenciones y tratados aprobados a nivel latinoamericano. Seguidamente, el Lic. Llobet Rodríguez analiza el nuevo proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica en comparación con el Derecho alemán, del que tuvo influencia, destacando que este proyecto puede llevar nuestras legislaciones hacia un mayor respeto de los derechos humanos. El autor se preocupa por estudiar los derechos fundamentales (juicio previo, inocencia, juez imparcial, non bis in idem, inviolabilidad de la defensa), establecidos por el proyecto con la inspiración del Código de Córdoba y muestra sus características, comentando los principios procesales en que se basa el proyecto (oficialidad, principio acusatorio, legalidad, verdad material, oralidad, publicidad e inmediación). Seguidamente se refiere a las diversas etapas del procedimiento penal: fase instructoria, fase intermedia, etapa de juicio, etapa de casación y etapa de ejecución. Analiza particularmente la posición del imputado, su derecho de abstenerse de declarar, investigación corporal, el tema del reconocimiento del imputado en contra de su voluntad y las medidas coercitivas en contra del imputado, en especial, la prisión preventiva y la incomunicación. Se refiere finalmente a los llamados procedimientos especiales y a otros temas como menores y costas.

El **Lic. Adrián de Jesús Torrealba Navas,** especialista en Derecho Agrario, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica participa con el ensayo que dedica a **"El condominio agrario, en particular**

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

referencia al problema de la división y la cuota"; el autor introduce el tema con un enfoque metodológico tridimensional (que identifica el marco normativo, el hecho objeto de esta normativa y los valores fundamentales que ella pretende satisfacer) para la determinación del objeto del Derecho Agrario y de sus institutos; seguidamente, enfoca la propiedad agraria como instrumento de la empresa y muestra la tendencia hacia formas de empresa y propiedad que satisfagan el núcleo axiológico del Derecho Agrario (justicia y eficacia económica) para dar a la libertad un contenido social; el Lic. Torrealba Navas presenta la tesis de la pluralidad subjetiva con unidad objetiva, como consecuencia lógica de la tendencia antes apuntada; este trabajo dilucida en particular el tema del condominio agrario, caracterizándolo por la destinación a un fin y la prohibición de división, frente a los caracteres del condominio civil tradicional; discute el problema de la cuota, a la luz de las exigencias axiológicas implícitas en el instituto de la propiedad agraria (tanto frente al tema de la división como frente a las situaciones —de orientación y remuneración— jurídicas relativas a la actividad empresarial); en la parte final, expresa una visión del condominio agrario en función de valores a los que está vinculado.

Una vez más, nuestra asidua colaboradora, la **M.Sc. Licda. Roxana Salazar Cambronero,** pone en el primer plano los valores de la personalidad, al estudiar, bajo el título **"Instituciones encargadas de la protección y mantenimiento de la salud de los trabajadores"**, desde una perspectiva axiológica, el tema de la salud de los trabajadores; la autora analiza con gran acierto el acrecentamiento, en los últimos años, de los factores nocivos capaces de causar perjuicios graves a la salud de los trabajadores y nos informa sobre algunas disposiciones existentes, como el seguro social y el Código de Trabajo, lo mismo que sobre el Departamento de Previsión Social del Ministerio de Trabajo, donde está la Oficina de Seguridad e Higiene del Trabajo y sobre el Consejo de Salud Ocupacional; la máster Salazar Cambronero indica, además, la existencia del Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo (Decreto Nº 1 de 4 de mayo de 1970) y comenta aspectos del reglamento, como las condiciones de los ambientes de trabajo y los deberes de los patronos y trabajadores; luego se refiere a la Ley de Riesgos del Trabajo (Nº 6727 de 9 de marzo de 1982) y los campos a que se refiere ("medicina preventiva, medicina curativa y medicina rehabilitativa"), lo mismo que al tema de los accidentes de trabajo y las incapacidades, al igual que a las enfermedades del trabajo, describiendo las prestaciones a que tiene derecho el trabajador. En la parte conclusiva, la autora estima que el ensanchamiento de cometidos ha dado lugar a la transformación del Estado de Derecho en el Estado Social o Intervencionista, siempre bajo el principio de legalidad.

"La aprobación y el control de la deuda pública externa en el Ordenamiento Jurídico Costarricense" es el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

importante tema tratado en el ensayo del **M.Sc. Alan Thompson Chacón,** quien empieza aclarando que es poco lo que se ha escrito sobre las normas que rigen la suscripción, aprobación y control de los empréstitos; comienza por exponer la noción de deuda (con un sentido amplio que incluye diversas formas de contratos de crédito que no constituyen empréstitos en sentido estricto); se refiere luego al concepto de "deuda pública", para llegar seguidamente al de "deuda pública externa" y a los problemas que ésta presenta, entre ellos al de la determinación del criterio de esta exterioridad, para lo cual se ha usado el del lugar de pago, el de la residencia del acreedor, el de la moneda, etc. Manifiesta que el empréstito es la forma típica de instrumentación de la deuda pública; nos informa sobre las diversas concepciones acerca de su naturaleza; también trata sobre otras formas de instrumentación de la deuda pública, como los contratos de crédito externo y aclara la noción de crédito público. En la parte segunda se ocupa del régimen constitucional de la deuda pública externa: la suscripción y aprobación legislativa de los empréstitos públicos y convenios similares; nos da cuenta de las diversas tesis acerca de su naturaleza con importante información sobre pronunciamientos de la Procuraduría, la Contraloría y la Sala Constitucional. Nos coloca frente a interrogantes sobre la cuestión de si estas normas pueden modificar la legislación común o si tienen solamente el carácter de contratos administrativos, o más bien el de contratos de la Administración sujetos al Derecho Privado, distinción esta última, que es indiferente para efectos de determinar la jurisdicción aplicable; trata además el tema de la modificación de los contratos de empréstito; se ocupa de las diferentes modalidades que pueden tener los empréstitos, haciendo referencia a sus fundamentos constitucionales; distingue los empréstitos de los tratados internacionales y muestra la importancia de esta distinción. Concluye haciendo un llamado en favor de reformas a la Constitución por ser inadecuado el actual mecanismo; sugiere, al respecto, diversas alternativas, entre ellas la de establecer para la Asamblea un plazo perentorio en el que ésta debe manifestarse. Además propone reformas al marco legal y reglamentario.

"Situaciones varias de la trabajadora embarazada" es el nombre del artículo con que participa el **Lic. Ricardo Vargas Hidalgo;** el autor da cuenta de la evolución jurisprudencial sobre los artículos del Código de Trabajo relativos al deber del patrono de otorgar descanso a la trabajadora embarazada o lactante, que fueron reformados por la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer; el distinguido colega introduce su exposición con una explicación de los principios fundamentales de la normativa: prohibición de despido, requisitos que debe cumplir la trabajadora (entre ellos dictamen médico de su embarazo), importancia del conocimiento del patrono, posibilidad de despido durante el período de prueba o si la trabajadora comete falta grave, derechos de la trabajadora embarazada despedida, inadmisibilidad del apremio

corporal por razones de constitucionalidad.

En el presente número colabora el destacado profesor universitario, **Lic. Álvaro José Meza Lazarus,** con su trabajo titulado **"El contrato agrario"**, donde hace ver las diversas posiciones que se han asumido en el estudio de este contrato y en el que comenta la falta de una teoría general del negocio jurídico en las diversas concepciones. El autor expone sus notas características con base en la doctrina de la eficacia jurídica, partiendo del origen, de los intereses reales, para llegar luego a sus efectos jurídicos y critica las pretendidas diferencias tradicionales entre el contrato civil y el contrato agrario. Seguidamente, muestra las dificultades de una teoría unitaria de este contrato, dada la multiplicidad de "contratos agrarios"; se refiere en particular al arrendamiento agrario, a la asignación de tierras y a los contratos agroindustriales. El trabajo contiene diversas citas jurisprudenciales que iluminan el planteamiento. Sostiene, en forma reiterada, la total posibilidad de ubicación de los problemas de los contratos agrarios dentro de la teoría del negocio jurídico. Enfoca especialmente los temas de la causa genérica (donde niega que ésta sea la empresa agraria, como lo afirman muchos) y de la causa específica de los contratos agrarios, para lo cual critica la clasificación de contratos de empresa y para la empresa, insistiendo con Massart en que la verdadera causa es la actividad agraria (no la empresa); critica, también, lo que denomina la "escasa técnica de redacción de la Ley de Jurisdicción Agraria" y reafirma la idea de que el contrato agrario puede existir con independencia de la empresa agraria. En la parte final hace referencia a diversos posibles criterios de clasificación de los contratos agrarios (según los sujetos, según la forma, etc.) y plantea la necesidad de una normativa general sobre estos contratos.

Colabora también el colega **Lic. César Hines** con su importante trabajo **"La concesión de servicio público como un derecho real administrativo susceptible de darse en garantía".** El autor inicia su exposición con una referencia a las funciones del Estado y del traslado de competencias a otros entes y a particulares por medio de concesiones. Nos ofrece el concepto de concesión, como contrato de Derecho Público; encuentra el fundamento jurídico de la concesión en el mismo interés general, en función del cual se otorgan ciertas prerrogativas al concesionario; seguidamente, desarrolla la idea de la concesión como derecho real administrativo y presenta un cuadro de las facultades del concesionario; hace referencia a problemas específicos como la imposibilidad material de ejecución; aclara que parte de la doctrina hace distinciones entre las concesiones de uso del dominio público o de obra pública y otras; defiende la idea de que se trata de un derecho real administrativo sujeto a limitaciones.

En su estudio **"El recurso de amparo en la jurisdicción constitucional"**, el **Dr. Bernardo Baruch;** a su jui-

cio la creación de la Ley de Jurisdicción Constitucional, además de mejorar y ampliar pragmáticamente las garantías, amplía también los horizontes jurídicos, particularmente con la innovación del amparo en el ámbito privado; el autor comenta el desarrollo histórico de la defensa de los derechos individuales, en particular entre los hebreos y en la Roma antigua; posteriormente, trata en especial el tema del amparo contra sujetos de derecho privado y destaca su importancia frente a los abusos que se cometen por parte de quienes se encuentran de hecho o de derecho en una posición de poder, que no son menos dañinos que los que comete el Poder Público; hace referencia a ciertos entes donde hay alguna connotación pública; comenta especialmente el caso de las asociaciones. Es del parecer en la parte conclusiva de que hay algunos problemas que presenta la actual jurisdicción constitucional y sugiera diversas reformas.

En la Sección **La Ciencia al Servicio de la Justicia** publicamos "Medicina preventiva en Medicina Legal: un ensayo sobre el futuro tratamiento de la agresión en los niños" del Dr. Fernando Garzona Meseguer, especialista en Medicina Legal, jefe de la Clínica Médico Forense del OIJ en Cartago; el Dr. Garzona en su estudio manifiesta que ha habido fallas en los planes de tratamiento, donde si bien pueden estar prohibidos (a los médicos del OIJ) los procesos curativos, no lo están los preventivos y reprueba los enfoques individualistas para insertar su enfoque de la agresión infantil en una dimensión social, concluyendo con oportunas recomendaciones de orden preventivo.

Como siempre, brindamos nuestras secciones **Pronunciamientos Especialmente Relevantes** y **Jurisprudencia,** a cargo del **Digesto.**

Dr. Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN. 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I: ESTUDIOS

La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima II 13
Dr. Gastón Certad Maroto
Lic. Arnaldo Antillón (colaborador)

Nuestro jurista y la enseñanza del Derecho. 25
Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

El nuevo proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica (en comparación con el Derecho alemán) 33
Lic. Javier Llobet Rodríguez

El condominio agrario, en particular referencia al problema de la división y la cuota . . . 93
Lic. Adrián de Jesús Torrealba Navas

Instituciones encargadas de la protección y mantenimiento de la salud de los trabajadores 127
M.Sc. Roxana Salazar Cambronero

"La aprobación y el control de la deuda pública externa en el Ordenamiento jurídico costarricense" 137
M.Sc. Alan Thompson Chacón

"Situaciones varias de la trabajadora embarazada". 165
Lic. Ricardo Vargas Hidalgo

"El contrato agrario" 169
Lic. Álvaro José Meza Lázarus

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"La concesión de servicio público como un derecho real administrativo susceptible de darse en garantía" 179
Lic. César Hines

"El recurso de amparo en la jurisdicción constitucional" 187
Dr. Bernardo Baruch

SECCIÓN II: LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA
Coordinador: Dr. Eduardo Vargas Alvarado
Medicina preventiva en Medicina Legal: un ensayo sobre el futuro tratamiento de la agresión en los niños 197
Dr. Fernando Garzona Meseguer

SECCIÓN III: JURISPRUDENCIA PENAL RECIENTE 205
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN IV: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES 219
Licda. Cecilia Sánchez Romero

SECCIÓN V: JURISPRUDENCIA 233
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA (II)

DR. GASTÓN CERTAD M.*

SUMARIO

Pág.

1. La acción social de responsabilidad (arts. 191 y 192) 14
   - A. La deliberación de esta acción por parte de la asamblea general de accionistas 14
   - B. Prescripción y renuncia (transacción y desistimiento) de la acción social. Suspensión de la prescripción 17

2. La acción individual promovida por los acreedores sociales 18
   - A. Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad 18
   - B. Naturaleza de esta acción: ¿autónoma o subrogatoria de la acción social? 19
   - C. Prescripción 20

3. La acción individual promovida por el socio o el tercero 20
   - A. Diferencia con la acción social y con la individual de los acreedores sociales 21
   - B. Los ilícitos que pueden perseguirse con esta acción individual de responsabilidad 22
   - C. Naturaleza de la responsabilidad 23
   - CH. Cúmulo de responsabilidades y cúmulo de acciones 23
   - D. Prescripción 24

* *Catedrático de la Facultad de Derecho de la U. de C.R. y de la UACA.*
Colaborador Lic. Arnoldo Antillón.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD (ARTS. 191 Y 192)[1]

Esta acción permite a la sociedad actuar contra sus propios administradores para obtener el resarcimiento de los daños que ha sufrido como causa del incumplimiento, de parte de ellos mismos, de aquellas obligaciones que les imponen la ley o el pacto social.

La responsabilidad de los administradores frente a la sociedad que administran es considerada, pacíficamente, como una responsabilidad contractual.[2] Por lo tanto, el juez, para afirmar la responsabilidad, deberá determinar únicamente el incumplimiento de los administradores (de una obligación suya de carácter legal o consensual), y que de dicho incumplimiento se ha derivado un daño para la sociedad; no es necesario, como oportunamente dijimos,[3] que el juzgador entre a determinar, ni el actor a demostrar, culpa en la actuación de los administradores, correspondiéndole más bien a estos la carga de probar los hechos que valen para excluir o atenuar su responsabilidad.

A. La deliberación de esta acción por parte de la asamblea general de accionistas.

La acción social de responsabilidad debe ser deliberada por la (mayoría de la) asamblea general (ordinaria o extraordinaria, según lo determine el pacto social) de accionistas (art. 192).

Y la verdad es que siempre nos ha parecido extraño que la asamblea tenga que acordar el ejercicio de esta acción de responsabilidad contra los administradores: lo cierto es que ellos están generalmente ligados, de múltiples maneras, a la mayoría de la asamblea que los ha nombrado, la que frecuentemente no es ajena a sus violaciones y que, por ende, no intentará actuar en responsabilidad contra sus propios administradores. Es ilusorio pensar que la mayoría, que escoge, nombra, sostiene y, en algunos casos, se identifica con los administradores, pueda realmente ser el medio al través del cual se puedan evitar y reprimir los ilícitos cometidos por los administradores y se pueda eficazmente asegurar una gestión correcta y diligente; al contrario, frecuentemente los administradores son el instrumento de que se vale la mayoría para cometer abusos en perjuicio de la minoría; por eso creemos que, parafraseando al connotado tratadista italiano Franco Bonelli, "...mientras no es posible evitar los abusos y las ilicitudes de los administradores (sic) trámite un control de la asamblea, una adecuada responsabilización personal de los administradores podría contribuir a evitar los abusos de la mayoría de la asamblea en daño de las minorías".[4] Esta situación de la que se viene discurriendo, nos sume directamente en una carencia de tutela para las minorías y para los accionistas individualmente considerados, quienes, frecuentemente, deben mirar impotentes las violaciones cometidas por los administradores en perjuicio del patrimonio social.[5]

La concientización de esta situación ha llevado, a algunos legisladores, a admitir la legi-

---

1. De aquí en adelante cuando citemos un artículo sin indicar su procedencia, se entenderá que corresponde al Código de Comercio.
2. Recientemente la Sección Única de la Casación italiana en sentencia Nº 5241 del 6 de octubre de 1981, con comentario de BONELLI, Franco, *"Natura giuridica delle azioni di responsabilità contro gli amministratori di società per azioni"*, así lo ha establecido.
3. CERTAD M., Gastón y ANTILLÓN A., Arnaldo, *"La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima (I)"*, en el número anterior de esta misma revista, Nº 3.
4. *"La responsabilità degli amministratori di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, ed. prov., p. 5.
5. Máxime en nuestro país en donde no existe una norma como el artículo 2409 del Codice Civile —aunque criticada por la doctrina, en el sentido de que entorpece la actividad social con repercusiones muy graves para la sociedad—, según la cual los socios que representan un décimo del capital social pueden denunciar ante el Tribunal competente graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de administradores y fiscales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

timación de las minorías y/o del accionista para ejercer la acción social de responsabilidad.[6]

La doctrina italiana —país en donde su Codice Civile tiene una disposición muy parecida a la nuestra (art. 2393)— ha intentado, por vía de interpretación, modificar los efectos nocivos de semejante disposición: Messineo sostiene que para deliberar la acción social de responsabilidad sería suficiente el voto favorable de una minoría que reúna un quinto del capital social; por su parte, Salanitro considera que en algunas hipótesis sería procedente el ejercicio de esta acción por iniciativa de los socios individualmente considerados;[7] pero ambas tesis han sido rechazadas por los Tribunales italianos y por la mayoría de la doctrina considerando que la legitimación para el ejercicio de esta acción sólo corresponde exclusivamente a la sociedad.[8]

A fuer de sinceros tampoco el recurso a la acción individual de responsabilidad ha constituido un remedio eficaz, porque esta última acción, como se verá, tiene un ámbito de aplicación muy restringido al presuponer que el ilícito cometido por el administrador haya afectado directamente el patrimonio del socio.

La consecuencia ha sido que en nuestro país —no admitiéndose la acción social de responsabilidad por iniciativa de las minorías— los casos en que dicha acción ha sido ejercida son extremadamente raros.[9]

Algunos ordenamientos establecen que la deliberación concerniente al ejercicio de la acción de responsabilidad está incluida ex lege en el orden del día de la asamblea ordinaria en que se discuta el balance (art. 2393, párrafo segundo, Codice Civile; art. 20, Decreto-Lei Nº 49381 de 15 de novembro de 1969 de Portugal) o en el de cualquier asamblea (art. 173, párrafo segundo de la Ley peruana de 1966; art. 301 de la Ley Ecuatoriana de Compañías). Estas disposiciones están basadas en la consideración de que en esta materia es fundamental el elemento "sorpresa", pues de aplicarse la regla general de que la asamblea sólo puede conocer aquellos puntos que aparezcan expresamente en el orden del día, ello permitiría al administrador o administradores cuestionados "prepararse" para su descargo. Por el contrario, la nueva Ley de Sociedades Anónimas española (Real Decreto Legislativo 1564/1989 del 22 de diciembre de 1989, dispone, en el parágrafo 4 del artículo 134, que los accionistas que representen el 5% del capital social, "podrán solicitar la convocatoria de la Junta General para que ésta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la Junta General solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando éste hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad". En lo que concierne a nuestro país, si bien las

---

6. Como en Alemania, España, Noruega y Suecia; ALLEGRI, Vincenzo, *"Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori"*, Giuffrè Editore, Milano, 1979, pp. 67 ss.; WEIGMANN, Renato, *"Responsabilità e potere legittimo degli amministratori"*, U.T.E.T., Torino, 1974, pp. 104 ss.

7. NICCOLÒ, *"L'invalidità delle deliberazioni del consiglio di amministrazione di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1965, pp. 57 ss. Se ha cuestionado si los estatutos pueden fijar mayorías superiores a las legales para la deliberación de esta acción de responsabilidad, problema obviamente opuesto al aquí examinado. En sentido negativo, v. BORGIOLI, Alessandro, *"I direttori generali di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, pp. 323 ss.; FRE, Gian Carlo, *"Società per azioni"*, en Commentario del Codice Civile bajo de dirección de Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 514; MINERVINI, Gustavo, *"Gli amministratori di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1956, p. 350.

8. ALLEGRI, *op. cit.* en nota 6, p. 92.

9. Sólo conocemos de un caso resuelto negativamente por la Sala Primera de la Corte, en sentencia Nº 43 de las 16:10 h del 28 de mayo de 1982 (en Revista Judicial Nº 31, San José, diciembre, 1984, pars. 866, 868 y 869). Lo mismo, según apunta BONELLI (Franco, *"Gli amministratori di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1985, p. 286), ha sucedido en Italia en donde los pocos casos que se han dado fueron como consecuencia de un cambio en el grupo que controla la asamblea, producido por la venta del paquete accionario de control; por el contrario, esta acción es frecuentemente ejercida en la península itálica por el curador en caso de quiebra de la sociedad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

disposiciones legales sobre el orden del día no son lo suficientemente claras (arts. 141, 159 y 163), consideramos que de esta última norma se desprende el principio general de que la asamblea sólo puede deliberar válidamente sobre aquellas materias o temas para los que ha sido previamente convocada; de donde, al no establecer nuestro Código ninguna derogación expresa a dicho principio, la decisión sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad debe ser incluida expressi verbis en el orden del día.

En aquellos ordenamientos en que el denominado conflicto de intereses sirve de fundamento para invalidar un acuerdo de asamblea,[10] en algunos casos es posible —impidiéndole votar a la mayoría— que la minoría logre (hacer) deliberar (a la asamblea) la acción social de responsabilidad: a) cuando la mayoría de las acciones pertenezca a los mismos administradores contra quienes la asamblea deba deliberar la acción social de responsabilidad —ya que los administradores no podrían votar por encontrarse, precisamente, en conflicto de intereses[11] o en un conflicto de tipo especial[12] o dentro del principio "nemo iudex in causa propria"—;[13] y b) cuando los socios mayoritarios —no administradores— están interesados en que la acción de responsabilidad no sea ejercida por la sociedad —quienes no podrían votar por encontrarse precisamente en conflicto de intereses con la sociedad—.

Se preguntan algunos si el acuerdo sobre el ejercicio de la acción social de responsabilidad conlleva, necesariamente, a la revocación (automática) del nombramiento de los administradores endilgados. En nuestro país debe dársele respuesta negativa a esta cuestión, pues si el número 192 le exige a la asamblea el nombramiento de un ejecutor especial de dicho acuerdo —lo que es conteste con el art. 157—, es porque los administradores cuestionados quedan siempre al frente de la gestión social, a menos que, expresamente, sus nombramientos hubieren sido revocados, caso en el cual la asamblea deberá proceder a nombrar a sus sustitutos.[14]

La asamblea puede acordar accionar sólo contra uno o algunos administradores, en cuanto su responsabilidad es solidaria, y la acreedora-sociedad puede escoger contra cuál de sus codeudores prefiere accionar, sin que se determine una litis consorcio pasivo necesaria.[15] Más bien se ha sostenido que en el caso en que la asamblea haya acordado actuar contra todos los administradores, la acción puede luego ser planteada sólo contra algunos de ellos.[16]

Una vez acordada por la asamblea, la acción social es ejercida por el ejecutor especialmente designado al efecto.[17]

Weigmann sostiene que la deliberación por parte de la asamblea de la acción social de responsabilidad puede efectuarse una vez incoada la acción judicial, sanando la carencia inicial con efecto retroactivo; este mismo autor ha considerado, además, que la acción puede fundamentarse también sobre hechos distintos

---

10. Curiosamente nuestro Código sólo sanciona esta figura en relación con el fiscal (art. 200). Sin embargo, aunque el conflicto de intereses no sirva de base en Costa Rica para anular un acuerdo de asamblea o del consejo de administración, creemos que en cuanto el administrador en conflicto haya actuado irresponsablemente en perjuicio de la sociedad, él es responsable de los daños generados a ésta, sus socios o acreedores; v. CERTAD-ANTILLÓN, *op. cit.* en nota 3, Nº 5.

11. WEIGMANN, *op. cit.* en nota 6, pp. 113 ss.

12. JAEGER, Pier Giusto, *"Il voto 'divergente' nelle società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1976, pp. 121 ss.

13. SENA, Giuseppe, *"Il voto nella assemblea della società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1961, pp. 401 ss.

14. FERRI (Giuseppe, *"Le società"*, en Trattato de Diritto Civile dirigido por Giorgio Vassalli, U.T.E.T., Torino, 1971, p. 528) considera que la asamblea puede acordar la sustitución aunque el asunto no hubiere sido incluido en el orden del día.

15. BONELLI, *"Gli amministratori..."*, cit. en nota 9, p. 290; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 6, pp. 206 ss.

16. WEIGMANN, *op. últ. cit.*, pp. 206 ss.

17. COTTINO, Gastone, *"Diritto commerciale"*, I, CEDAM, Padova, 1976, p. 673; FERRARA JR., Francesco, *"Gli imprenditori e le società"*, Giuffrè Editore, Milano, 1975, p. 496; FERRI, Giuseppe, *"Manuale di diritto commerciale"*, U.T.E.T., Torino, 1972, p. 340.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a los analizados por la asamblea al momento de acordar el ejercicio de la acción.[18]

La jurisprudencia italiana ha sostenido que esta acción puede dirigirse contra administradores extranjeros, sin que desaparezca la jurisdicción del juez italiano;[19] que dicha acción no termina y puede ser continuada en el caso en que se plantee un convenio preventivo de acreedores contra la sociedad;[20] y que los socios y los acreedores sociales pueden atestiguar en el juicio planteado por la sociedad contra sus administradores.[21]

B. Prescripción y renuncia (transacción y desistimiento) de la acción social.

El término anual de prescripción (art. 984, inciso a) comienza a correr desde el día en que el derecho puede hacerse valer (art. 969). La prescripción de la acción social de responsabilidad decorre, entonces, desde la consumación del hecho dañoso cumplido por el administrador.[22] Esta expresión debe entenderse en el sentido de que la prescripción comienza a correr no desde que se incurra en la violación, sino desde que se genere el daño para la sociedad, pues el daño es un elemento trascendental de la "fattispecie" productora del derecho al resarcimiento; por eso, hasta que el daño no se haya producido, la sociedad no puede ejercer la acción social contra sus administradores y, por ende, no puede iniciarse la prescripción de un derecho que todavía no ha nacido.[23] Pero como la prescripción queda suspendida mientras los administradores estén desempeñando sus cargos (art. 976, inciso f), pierde importancia, al menos en la gran mayoría de los casos, la determinación precisa del momento en que empieza a correr la prescripción, resultando a tal efecto importante el momento en que cesaron en sus funciones los administradores responsables.

La sociedad puede renunciar al ejercicio de la acción social de responsabilidad mediante expresa deliberación de la asamblea general de accionistas (art. 191, inciso b). Nada habla nuestro Código de la transacción o del desistimiento de la misma. Somos de la opinión que produciendo estos dos institutos efectos muy similares a los de la renuncia, deben también ser aprobados por la asamblea general.[24] Nos parece importante indicar que si la transacción se efectúa sólo con alguno o algunos de los administradores, para evitar que los demás administradores codeudores solidarios puedan "beneficiarse" (art. 1374 C.C.) eximiéndose así de responsabilidad, es necesario que la misma se limite expresamente a la "cuota" del administrador o administradores transigidos, que sea, esto es, una transacción parcial que no se extienda a la totalidad del débito.[25]

Y si la acción social de responsabilidad puede ser objeto de renuncia (de transacción y

---

18. *Op. loc. últ. cit.*

19. Cassazione, Sezione Unica, Nº 5241 del 6 de octubre de 1981.

20. Cassazione Nº 1530 del 19 de mayo de 1972.

21. Cassazione Nº 21 del 5 de enero de 1972.

22. BONELLI, "Gli amministratori...", cit. en nota 9, p. 294.

23. PAOLA, *"In tema de prescrizione dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di una società di capitali fallita"*, cit. por BONELLI, *"Gli amministratori..."*, cit. en nota 9, p. 295, nota 282.

24. El Codice Civile se refiere expresamente a la renuncia y a la transacción de la acción, pero nada dice tampoco sobre el desistimiento (art. 2393 in fine), estableciendo además el sano principio de que no tendrán efectos, ni una ni otra, si media el voto contrario de una minoría de socios que represente al menos un quinto del capital social.
Algunos autores (ALLEGRI, *op. cit.* en nota 6, p. 311; FERRI, *op. cit.* en nota 14, p. 529; FRE, *op. cit.* en nota 7, p. 520) consideran que la renuncia y la transacción presuponen que el ejercicio de la acción social de responsabilidad haya sido acordado ya por la asamblea general, y que el consentimiento de la asamblea debe darse en relación con un esquema suficientemente determinado (FRE, *op. loc. últ. cit.)* o en relación con evidentes irregularidades (WEIGMANN, *op. cit.* en nota 6, pp. 210 ss.).

25. En caso de deudores solidarios, la doctrina italiana es pacífica en admitir la posibilidad de una transacción parcial con solo alguno o algunos de los codeudores responsables, v. RUBINO, Domenico, *"Delle obbligazioni. Artt. 1285-1320"*, en Commentario al Codice Civile dirigido por Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1961, p. 280.

de desistimiento), también puede ser objeto de compromiso arbitral.[26]

El "preventivo" acuerdo de asamblea general que disponga u ordene el cumplimiento de un acto que no fuere notoriamente ilegal (art. 191, inciso c), exonera a los administradores de responsabilidad frente a la sociedad, pero no ante los acreedores sociales, ni mucho menos frente a los socios o terceros. Sin embargo, nos parece dudosa la conveniencia de que la aprobación de la asamblea hecha con posterioridad al cumplimiento del acto (ratificación) —tales como la aprobación del balance respecto de las operaciones explícitamente contenidas en el mismo o en sus anexos ex art. 191 inciso a), o la aprobación de un acto específico o de la entera gestión ex art. 191 inciso b)—, sirva para liberar a los administradores de su responsabilidad frente a la sociedad: las más modernas leyes societarias excluyen, expressi verbis, que la aprobación del balance funcione como eximente de responsabilidad y, en cuanto a lo demás, la doctrina mayoritaria lo combate.[27]

2. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DE LOS ACREEDORES SOCIALES

Nuestro Código, a diferencia de lo que sucede con muchos otros, no se refiere mínimamente a la acción individual de responsabilidad, que bien puede provenir de los acreedores sociales, de los socios individualmente considerados o de terceros.

En términos muy generales, la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales se produce como consecuencia de la realización de actos u omisiones que lesionen directamente sus intereses. Es indiscutible la procedencia de esta acción cuando los administradores incumplen con las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social, y su responsabilidad es evidente e incuestionable cuando los incumplimientos o las violaciones de los administradores reducen el patrimonio social de manera tal que resulte insuficiente para satisfacer a los acreedores; de ahí que, generalmente, esta acción se ejerce cuando la sociedad está en quiebra y la incoa, precisamente, el curador, quien normalmente la ejerce acumulándola con la acción social.

A. Naturaleza (contractual o extracontractual) de la responsabilidad.

Un problema, profundamente estudiado y debatido, aunque si bien en un ámbito eminentemente teórico, es la determinación de la naturaleza (contractual o extracontractual) de la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores sociales.

Las opiniones son encontradas en doctrina; sin embargo, nos parece preferible la tesis de la naturaleza contractual, porque, en realidad de verdad, tal responsabilidad presenta, a nuestro criterio, todas las características que tradicionalmente han distinguido a ese tipo de responsabilidad, en especial:

---

26. En este sentido v. BORGIOLI, Alessandro, *"I direttori generali di società per azioni"*, Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 328; WEIGMANN, *op. cit.* en nota 6, pp. 111 ss., nota 17.

27. COLOMBO, Gianluca, *"Il bilancio di esercizio"*, CEDAM, Padova, 1965, p. 360; MINERVINI, *op. cit.* en nota 7, pp. 359 ss.
La Ley de Sociedades Anónimas de España (Real Decreto Legislativo Nº 1564 del 22 de diciembre de 1989) establece expresamente en el parágrafo 3 que "en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido aceptado, autorizado o ratificado por la Junta general".
Del mismo modo, el parágrafo 3 del artículo 134 ibídem dice que "la aprobación de las cuentas anuales no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supondrá la renuncia a la acción acordada o ejercida". Una similar disposición a esta última contiene el Codice Civile en su artículo 2434.

a) desciende del incumplimiento de una obligación preexistente y no de la mera ejecución de un acto dañoso; y

b) porque existe violación de un vínculo precedente (ya se derive éste de la autonomía contractual o de la ley) y como medio posterior para satisfacer el interés deducido en obligación y para resarcir un daño injusto.[28]

A estos efectos poco importa que a exigir la responsabilidad de los administradores sean los acreedores sociales, con quienes aquellos no tienen personalmente ninguna relación contractual, pues se le imputa a los administradores —lo que también sucede a propósito de la responsabilidad exigida por la propia sociedad con la que los administradores sí tienen personalmente una relación contractual— la violación de obligaciones preexistentes (aunque impuestas por la ley): y es que según la moderna doctrina, la responsabilidad debe calificarse en este caso de "contractual", siendo totalmente irrelevante a esos efectos que la "fuente" de las obligaciones esté en la ley o en pacto social.

Una indirecta pero muy significativa confirmación de lo dicho hasta ahora, nos la da la circunstancia de que la doctrina, en forma pacífica, sostiene que para confirmar la responsabilidad de los administradores es suficiente demostrar —tanto en la acción social como en la de los acreedores sociales— el incumplimiento por parte de los administradores de una obligación contenida en la ley o en el pacto constitutivo, y que de dicho incumplimiento se ha derivado un daño directo a los acreedores sociales (o a la sociedad), siendo totalmente exuberante o innecesario que el actor pruebe la culpa de los administradores, correspondiéndoles a estos, más bien, la carga de comprobar aquellos hechos que sirvan para excluir o atenuar su responsabilidad.[29]

Y si nuestro Código de Comercio omite regular esta clase de acción individual de responsabilidad con norma expresa, la conclusión a que hemos llegado nos permite afirmar que la misma debe fundamentarse en los artículos 702, 703 y 704 del Código Civil, en relación con el número 2 del Código de Comercio.

B. Naturaleza de la acción: ¿autónoma o subrogatoria de la acción social?

Un segundo problema que se han planteado los autores es el de la naturaleza de la acción individual de responsabilidad promovida por los acreedores sociales, esto es, si se trata de una acción directa y autónoma, cuyo ejercicio corresponde a los acreedores (y cuyo éxito iría, por lo tanto, en su exclusivo beneficio),[30] o si se trata más bien de la acción social de responsabilidad ejercida en vía subrogatoria por los acreedores (quienes, por ende, obtendrían sólo una ventaja indirecta, como consecuencia del incremento del patrimonio de la sociedad.[31]

La cuestión tiene enormes consecuencias prácticas:

a) si la acción se considerara subrogatoria, los administradores podrían oponerle a los acreedores gestionantes todas las excepciones que hubieren podido oponerle a la sociedad; si por el contrario se la tiene como autónoma, dichas excepciones no les pueden ser opuestas;[32]

b) en el caso en que se haya estipulado un convenio a porcentaje con los acreedores, si la acción tuviera naturaleza subrogatoria, con tal de que la sociedad cumpla, los acreedores no están interesados en aumentar el patrimonio

---

28. BARASSI, Lodovico, *"La teoria generale delle obbligazioni"*, II, Giuffrè Editore, Milano, 1964, p. 438; BARBERO, Domenico, *"Sistema del diritto privato italiano"*, II, U.T.E.T., Torino, 1962, pp. 52 ss. y 813; SCOGNAMIGLIO, Renato, *"Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale"*, voce, Novissimo Digesto Italiano, XV, U.T.E.T., Torino, 1968, p. 672.

29. CERTAD-ANTILLÓN, *op. cit.* en nota 3, Nº 1-B.

30. FRE, *op. cit.* en nota 7, pp. 524 ss.; GALGANO, Francesco, *"Diritto Commerciale"*, II, *"Le società"*, Bologna, 1984, pp. 338 ss.

31. FERRI, *op. cit.* en nota 14, pp. 529 ss.; MINERVINI, *op. cit.* en nota 7, pp. 329 ss.

32. GALGANO, *op. cit.* en nota 30, pp. 339 ss.

social; pero si la acción se considerara directa, los acreedores tendrían interés en conservar su derecho a ser integralmente satisfechos por los administradores culpables;[33]

c) sólo si esta acción se considerara subrogatoria, a ella se le aplicaría la causa de suspensión de la prescripción contenida en el inciso f) del artículo 976;

ch) ulteriores diferencias pueden derivarse de la distinta calificación de esta acción en la solución de aquellos casos —no expresamente previstos por la ley— de transacción entre acreedores y administradores.[34]

Recientemente en Italia, Borgioli ha considerado preferible la tesis de la naturaleza subrogatoria de la acción.[35] Sin embargo, los argumentos en pro de esta tesis no nos parecen decisivos pues, entre otros argumentos, la acción social es procedente respecto a un más amplio espectro de violaciones, permitiendo además el resarcimiento por falta de ganancia (lo que es harto dudoso respecto a la acción individual): nótese que, cuando menos bajo el aspecto del transcurso de la prescripción y de que la acción individual no se impide ni siquiera en el caso en que los administradores hubieran actuado conforme a la voluntad (aun unánime) de los socios, ambas acciones —la social y la de los acreedores— tienen una distinta disciplina jurídica; nótese también que ambas acciones tienen una diversa causa petendi, al ser la social más amplia, pues comprende violaciones a cualquier obligación legal o convencional; nótese, in fine, que distinta también es el área de incidencia del daño resarcible, porque en la social los administradores responden frente a la sociedad no sólo por las pérdidas patrimoniales (que parece ser prácticamente la única fuente de resarcimiento en la acción individual) sino también, y sobre todo, por no perseguir y alcanzar el fin social, que consiste, como todos sabemos, en un lucro.[36]

C. Prescripción.

El término anual de prescripción (ex art. 984, inciso a) empieza a correr desde el día en que el derecho puede hacerse valer (art. 969), esto es, desde el día en que el incumplimiento de los administradores afecte —disminuyéndolo— el patrimonio social.

Si se considera, con nosotros, como parece lo más correcto, que esta acción individual es autónoma (y no subrogatoria de la acción social), no resultaría aplicable a ella la causa de suspensión de la prescripción prevista (para la acción social exclusivamente) en el inciso f) del artículo 976.

3. LA ACCIÓN INDIVIDUAL DEL SOCIO O DEL TERCERO

Igual a cuanto sucede con la acción individual de responsabilidad contra los administradores promovida por los acreedores sociales, nuestro Código de Comercio tampoco se refiere a la acción que pueden ejercer el socio o socios individualmente considerados o el tercero o terceros. Pasaremos a analizar ahora sus características y su procedencia en nuestro país.

---

33. FRE, *op. cit.* en nota 7, p. 528.

34. FRE, *op. loc. últ. cit.*

35. *Op. cit.* en nota 26, pp. 338 ss. Para este autor, la acción concedida a los acreedores sociales es la misma conferida a la sociedad, porque los hechos que le sirven de presupuesto son exactamente los mismos y porque en ambas hipótesis se persigue reintegrar el capital social.

36. WEIGMANN, *op. cit.* en nota 6, p. 218.

A. Diferencias con la acción social y la individual de los acreedores sociales.

Mientras la acción social de responsabilidad le corresponde ejercerla a la sociedad, previo acuerdo de asamblea general de accionistas, legitimado para el ejercicio de esta acción individual es todo socio o tercero.

Así las cosas, sólo con esta acción las minorías de una s.a. pueden hacer valer o remediar las violaciones cometidas por los administradores y lograr que sean condenados a resarcirles los daños generados.

La doctrina italiana está decididamente orientada en el sentido de aceptar, como criterio distintivo entre las tres acciones hasta aquí analizadas (la social y la individual de los acreedores sociales de un lado, y, del otro, la individual del socio o del tercero), la distinta incidencia del daño producido como consecuencia de la violación del administrador: si el daño se da, en modo directo, sobre el patrimonio social, se da la acción social o la individual de los acreedores sociales;[37] si por el contrario, el daño incide directamente sobre el patrimonio del socio o del tercero, se da la acción individual de que venimos discurriendo.[38]

No obstante la claridad del criterio de diferenciación arriba apuntado, no es siempre fácil determinar, en concreto, si el acto culposo o doloso del administrador perjudicó directa o tan solo indirectamente al socio o al tercero. Muchas discusiones, tal vez el mayor número a propósito de esta materia, ha originado esa determinación. El conflicto de intereses que se presenta es evidente: el socio y el tercero, obviamente, están interesados en extender, lo más posible, el ámbito de aplicación de esta acción individual, a la que sólo ellos están legitimados y, por ende, están interesados en sostener en cada caso particular que el acto ilegítimo del administrador los ha perjudicado directamente; opuesto es, lógicamente, el interés del administrador demandado con esta clase de acción individual de responsabilidad...

La verdad es que esta acción de responsabilidad es bastante rara porque, teniendo los administradores la tarea de administrar el patrimonio social, los actos ilegítimos que ellos realicen dañan normalmente tal patrimonio, y tan solo "indirectamente" el de los socios o terceros. Sin embargo, la jurisprudencia italiana ha reconocido en un cierto número de casos la existencia de un daño directo al socio o al tercero y, por lo tanto, su legitimación para el ejercicio de la acción sub examine. Los ejemplos emergidos de la jurisprudencia peninsular van del caso del administrador que induce a socios o terceros, mediante la redacción de balances falsos, a suscribir o adquirir acciones a precio insostenible, provocándoles con ello un daño directo a su patrimonio;[39] al caso del administrador que obtiene la fianza de un banco, presentando una falsa situación de balance (con alegres exposiciones de cifras en el activo y/o no indicando en el pasivo todas las deudas sociales), produciéndole un daño al banco si éste no logra obtener la restitución de las sumas utilizadas en la ejecución de la fianza de la sociedad fiada; al caso, muy similar al anterior, del administrador que con balances falsos, o bien disimulando el paupérrimo estado de la sociedad, recurre abusivamente al crédito, o, particularmente, obtiene al crédito respetables cantidades de materia prima, con plazos muy beneficiosos para su cancelación; al caso del administrador que predisponga un balance falso, con fundamento en el cual un banco acepta en prenda acciones de la socie-

---

37. Claro que también los socios resultan perjudicados por el descenso en el valor de sus acciones como consecuencia de la disminución del valor del patrimonio social, pero ese daño es para ellos tan solo indirecto, siendo el reflejo o la repercusión sobre el patrimonio del socio, del daño producido en forma directa al patrimonio de la sociedad.

38. En este sentido se pronuncia la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia italianas; v. infra, nota 39.

39. Cassazione Roma del 24 de mayo de 1912, con comentarios críticos de D'AMELIO y VIVANTE y adhesivos de CHIRONI y DE FEO. En sentido conforme con el texto, ALLEGRI, *op. cit.* en nota 6, p. 127; BONELLI, *"Gli amministratori..."*, *cit.* en nota 9, p. 314; FERRARINI, Guido, *"La responsabilità di prospetto"*, Giuffrè Editore, Milano, 1986, pp. 106 ss., 114 ss., 118 ss.; FERRI, *op. cit.* en nota 14, p. 536; FRE, *op. cit.* en nota 7, p. 531; MINERVINI, *op. cit.* en nota 7, p. 353.

dad, como garantía por una importante financiación a favor de un tercero; al caso del administrador que, después de haber recibido de los socios el dinero necesario para la suscripción de un aumento de capital, se intesta a su nombre las acciones suscritas; etc.[40] Algunos casos han sido hipotizados por la doctrina mercantilista italiana: administradores que no le otorguen el "placet" para la inscripción en el libro de registro de accionistas al tercero adquirente de acciones;[41] administradores que no le entreguen a un socio el billete de admisión a la asamblea, o le impidan el ejercicio de un derecho de opción;[42] administradores que intesten títulos accionarios a una persona distinta a su suscriptor, o violen el derecho de opción de los socios, o se apropien de dineros que pertenecen a un tercero que los depositó en la sociedad;[43] administradores que nieguen injustificadamente el agrado, o la inscripción en el libro de registro de accionistas, o la distribución de dividendos acordada por la asamblea,[44] etc.

El requisito hasta aquí examinado —es decir, que en la acción sub examine el daño consiguiente a la violación cometida por el administrador debe incidir "directamente" sobre el patrimonio del socio o del tercero, y no sobre el patrimonio social— no debe ser confundido con el principio normativo según el cual son resarcibles sólo aquellos daños generados "como consecuencia inmediata y directa" del incumplimiento (art. 704 C.C.), pues el primer requisito concierne el *an debeatur* y la misma posibilidad de proponer o incoar la acción, mientras que el segundo requisito (el del art. 704 C.C.) se refiere al *quantum debeatur* y la selección de los daños resarcibles (sólo aquellos que sean consecuencia inmediata y directa de la violación), una vez que sea admitida la acción misma.[45]

B. Los ilícitos que pueden perseguirse con esta acción individual de responsabilidad.

Limitada la utilización de esta acción individual de responsabilidad a las hipótesis en que el ilícito del administrador haya dañado directamente al socio o al tercero, se hace necesario determinar cuáles ilícitos pueden ser atacados con semejante acción.

En Italia, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido al respecto dos tesis distintas: según una primera opinión, poco reciente y decididamente de minoría, la responsabilidad de los administradores en este caso existe sólo cuando el hecho ilícito ejecutado por el administrador sea ajeno a la actividad de gestión e incida en la esfera de su actividad individual;[46] la tesis opuesta, que recoge la mayoría de las opiniones, considera que la responsabilidad del

---

40. Otros casos muy sonados en Italia son: la violación de una cláusula estatutaria que exigía la distribución a los socios de la producción social en proporción a sus participaciones sociales; la no convocatoria a un socio a una asamblea general de accionistas; administradores que habían hecho creer a terceros adquirentes de acciones no pagadas, que las mismas estaban totalmente pagadas; destrucción por parte del administrador de las acciones al portador que un socio le había entregado para su conversión en acciones nominativas, etc.

41. RAGUSA MAGGIORE, Giuseppe, *"La responsabilità individuale degli amministratori (art. 2395 C.C.)"*, Giuffrè Editore, Milano, 1969, p. 147.

42. FRE, *op. cit.* en nota 7, p. 530.

43. FERRI, *op. cit.* en nota 14, p. 286.

44. BORGIOLI, *op. cit.* en nota 26, p. 60.

45. BONELLI, *"Gli amministratori..."*, *op. cit.* en nota 9, pp. 317 ss.

46. Esta tesis es seguida, fundamentalmente, por la jurisprudencia italiana y está basada en una interpretación del término "directamente" en el sentido de que el daño debe ser provocado directamente por el administrador, y no a través del ejercicio de la actividad social, como sucede cuando el ilícito va incluido en la actividad administradora. Recientemente esta tesis ha sido sostenida por STOLFI, Carlo, *"Le società multinazionali nel diritto comunitario"*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, pp. 295 ss.

administrador existe también cuando el acto ilícito es cumplido por el administrador en el ámbito de la actividad de administración.[47]

C. Naturaleza de la responsabilidad.

Es opinión mayoritaria en la jurisprudencia y doctrina italianas, que la responsabilidad de los administradores frente a socios y terceros tiene naturaleza extracontractual.[48]

Sin embargo, como la responsabilidad de los administradores desciende, también en estas hipótesis, del incumplimiento de preexistentes obligaciones que el pacto social o las leyes les imponen para el correcto ejercicio de sus funciones, nos parece preferible considerar que se trata de una responsabilidad contractual.[49]

En síntesis: o la responsabilidad de los administradores desciende de la violación de obligaciones que a ellos les imponen la ley o el pacto social como consecuencia y por el hecho de la relación de administración que los une a la sociedad, y entonces estamos dentro del ámbito de la responsabilidad contractual (tesis que nosotros preferimos acoger en todas las hipótesis de responsabilidad hasta aquí examinadas y que nos obliga a aplicar, en lo tocante a las acciones individuales, los números 702, 703 y 704 del C.C. en relación con el artículo 2 del C. de C.); o la responsabilidad de los administradores deriva de la comisión de hechos culposos o dolosos que causen daños injustos a terceros (más allá e independientemente de la violación de obligaciones precedentes derivadas de la relación de administración), y entonces estamos en el campo de la responsabilidad extracontractual ex art. 1045 C.C., por lo menos en lo concerniente a las acciones individuales.

CH. Cúmulo de responsabilidades y cúmulo de acciones.

En todo caso, nos decidamos por la naturaleza contractual de la responsabilidad (lo que a nosotros nos parece preferible) o por la naturaleza extracontractual, la jurisprudencia y la doctrina italianas concuerdan en afirmar:

a) que la responsabilidad del administrador por sus propias violaciones (p. ej., redacción de balances falsos para obtener crédito, escondiendo el estado de insolvencia de la sociedad) coexiste y puede acumularse a la responsabilidad (obviamente contractual) de la sociedad por el incumplimiento de la operación realizada en su nombre (es decir, que es acumulable, en el ejemplo dado, con la responsabilidad de la sociedad por la no restitución del dinero mutuado);

b) que la responsabilidad por el ilícito cometido por el administrador es imputable también a la sociedad por él administrada. Esta responsabilidad de la sociedad administrada algunos la atribuyen a la concepción orgánica de la sociedad, con fundamento en la cual ella responde por los actos ilícitos realizados por los sujetos integrantes de los propios órganos, y otros aplicando el principio general contenido en el artículo 1048 del C.C., entendido en sen-

---

47. Esta tesis descansa sobre la interpretación del término directamente que hemos sostenido en el texto, y uno de sus primeros y más aguerridos seguidores ha sido en Italia GIANNATASIO, conjuntamente con ASCARELLI, COTTINO, FERRI, FRE, MINERVINI, OSTI, etc., autores todos citados por BONELLI, *op. cit.* en nota 9, p. 320, nota 342.

48. Uno de los pocos autores que favorece la tesis de que la naturaleza de esta acción es contractual es FRE *(op. cit.* en nota 7, p. 530). Posiciones particulares asumen BORGIOLI *(op. cit.* en nota 26, pp. 350-353) y DI SABATO *("Manuale delle società"*, U.T.E.T., Torino, 1984, pp. 409 ss.); para el primero, es necesario decidir caso por caso si estamos ante una responsabilidad contractual (p. ej. cuando no se le entrega al socio la contraseña para participar en la asamblea) o extracontractual (p. ej. cuando se induce a un tercero a suscribir acciones con fundamento en un balance falso); para el segundo, la responsabilidad es contractual o extracontractual según la naturaleza de la norma violada.

49. BONELLI, *"Gli amministratori..."*, *cit.* en nota 9, p. 321.

tido amplio, según una interpretación hoy generalmente admitida;[50]

c) que cuando la violación del administrador perjudique contemporáneamente tanto el patrimonio social, cuanto, directamente, el de uno o más socios o el de uno o más terceros, las distintas acciones de responsabilidad (social e individuales) pueden acumularse. En estas hipótesis no se trata de resarcir dos veces el mismo daño, sino de resarcir el doble daño que los administradores causaron con un único acto.[51]

D. Prescripción.

Sobre la prescripción de esta acción individual remitimos a lo dicho infra, sub 2-C.

50. En este sentido JAEGER, Pier Giusto, *"La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sulla amministrazione straordinaria", cit.* por BONELLI, *"Gli amministratori...", op. cit.* en nota 9, p. 323, nota 348; LO CASCIO, Giovanni, *"La responsabilità degli amministratori nei gruppi di imprese"*, en Le società, 1982, p. 274.

51. FERRI, *op. cit.* en nota 14, p. 534; FRE, *op. cit.*, en nota 7, p. 534, nota 16; RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.* en nota 41, pp. 41, 62, notas 55 y 96.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

NUESTRO JURISTA Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

M.Sc. MARÍA ANTONIETA SÁENZ ELIZONDO

PREÁMBULO

Las próximas páginas tienen como propósito exponer las inquietudes que después de varios años de formar parte del cuerpo docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, me he planteado y que son preocupaciones que sé muy bien, están también "vibrando" constantemente en muchos de nuestros docentes y estudiantes. Además el ejercicio profesional, me ha proporcionado un cuadro lo suficientemente claro como para hoy expresar con algún fundamento la honda preocupación que me causa el descuido y mal manejo en que se incurre día tras día, en la educación de nuestros juristas, situación que se hace cada vez más patente en el quehacer cotidiano.

Trataré de comunicar mi pensamiento no sólo a partir de mi propia opinión y experiencia, sino también de la de aquellos estudiosos que han dedicado maravillosas páginas a este tema.

Objetivo primordial de este trabajo, será aquel de criticar la postura actual en lo relativo a los criterios adoptados para formar los currícula y la forma de impartir los cursos, que en nuestra opinión, han dejado como saldo un jurista esencialmente *iuspositivista* y por ello aislado o más bien "atrapado" dentro de un sistema rectilíneo muy alejado de la realidad que lo circunda y que desde luego, lo afecta directamente, pues en el desempeño de sus funciones, constituirá no sólo su marco de acción sino que sobre ese medio recaerá la adecuada o no preparación con la cual el mismo, cumpla sus cometidos.

Por otro lado, recalcar que el replanteamiento de la educación del jurista es tarea de todos los que estamos inmersos en este proceso: docentes y estudiantes de todos los centros dedicados al estudio del Derecho, con apertura y sinceramente comprometidos.

Es también nuestro interés hacer notar que el problema debe ser enfrentado cuanto antes pues, nos incumbe a todos en especial no sólo como ciudadanos sino porque está en juego el verdadero significado de la justicia fin supremo del Derecho y por el cual debemos siempre luchar los juristas de manera incansable, real y efectiva, y respondiendo con acierto, cualquier afrenta que pretenda festinar con la educación jurídica.

> "La 'justicia' entonces emergerá como el valor práctico o político que poco a poco y objetivamente, es atribuible a la respuesta concreta dada a un problema de la sociedad: valor consistente en cuanto se trata de una respuesta capaz de resolver, de manera adecuada las exigencias generales de la época, aquel específico problema práctico".*

---

* CAPELLETTI, *"Apuntes para una fenomenología de la justicia en el siglo XX"*, trad. de SÁENZ ELIZONDO, M.A., **Rev. Judicial, Nº 45**, 1988, pp. 25 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. GENERALIDADES SOBRE EL PAPEL DEL JURISTA EN LA SOCIEDAD

Es muy posible que si buscamos, a lo largo y ancho en nuestro medio, una clara definición de cuál sea el papel del abogado dentro y fuera del país no la encontraremos.

Ello se debe al modo con que en Costa Rica, manejamos las cosas: bajo una suerte de "ir sin rumbo". Es el actuar sin proyecto sin saber el *qué* y el *para qué*. De ahí el caos que se nos genera en la vida política, económica y social.

Estamos acostumbrados a que todo va saliendo aunque no sepamos cómo. Amamos los resultados casuales los que si son malos, nadie acepta responsablemente no obstante ser producidos por esa ausencia de planificación. Cuando algo resulta bien nos sentimos los mejores del mundo y nada más. Lo que sucede es que casi todo se consigue no por la vía de la disciplina y perseverancia, sino por obra del "hada Fortuna", compañera muy frecuente de nuestra improvisación y gracias a la que de manera permanente, olvidamos el deseo de hacer las cosas bien.

Cierto, no podemos negar que a pesar de "ser como somos", no nos han descalificado del todo y prueba de ello es que sobrevivimos. Pero, sobrevivir no es suficiente: tenemos que crecer. Pues, también, es una verdad indiscutible que no ocupamos primeros lugares en desarrollo y que nuestra economía nunca ha dado muestras de fortaleza y estabilidad. Al contrario, siempre ha sido precaria e incierta. Es probable que por ello, nuestros gobernantes han ya aceptado en forma visible, que no podemos nosotros mismos y entonces han permitido que nos disciplinen desde afuera.

Sin embargo, ante una situación así no debemos permanecer impasibles al punto de claudicar. Eso no sería una actitud digna. Lo ideal es que quienes no queremos pensar como la masa, pongamos nuestro empeño para dar la voz de alarma y levantar a los hombres y mujeres de buena voluntad para que unidos, tratemos de buscar otra salida.

Por este motivo es que hoy nos sentimos prácticamente en el deber de escribir unas líneas sobre el tema referido al profesional en Derecho, dado que es nuestro ámbito de acción diario.

Creemos de importancia medular, comenzar a definir para qué existe el profesional en Derecho. Cuál es su papel dentro de nuestro medio o cuál al menos, debería ser.

La idea de lo que debe ser el abogado, consideramos ha de originarse en los planes de estudio de una Facultad de Derecho, la cual a la hora de crearlos debe ante todo, acudir al mundo fenomenológico; al mundo de los hechos pues el papel del abogado debe ajustarse al momento en que deberá desplegar su labor. De acuerdo con las exigencias del momento que requerirán de manera obligada, un determinado modelo de abogado.

El problema queda así planteado como una responsabilidad única y exclusiva, de la enseñanza del Derecho. He aquí la piedra angular de la cuestión.

Pero, si miramos con detenimiento, este propósito debe ser auxiliado de una serie de elementos que nos permitan encuadrar el problema recurriendo como se dijo, al mundo del acontecer real pero, sin descuidar ni por un instante, el perfil esencial del profesional cualquiera sea su especialidad en el conocimiento humano, cual es el *perfil académico.*

Es así, que la tarea de "planear" un modelo de jurista exige un proyecto integral que abarque el *quehacer* y el *saber,* aspectos ambos, que deben apoyarse en los más rigurosos pilares de la ética, la excelencia y la convicción de parte del estudiante, de que se le prepara para ejercer una labor de servicio social antes que para la búsqueda y satisfacción de privilegios personales inmerecidos.

Basándonos en la experiencia y observación, podríamos decir que el profesional en Derecho sin lugar a dudas, ocupa un lugar muy importante en la vida de un país. Sobre él se depositan las más altas responsabilidades de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los ciudadanos y de las entidades públicas. Sus funciones son múltiples y variadas y en muchas ocasiones, se entrecruzan casi con todo tipo de actividades conexas o no con el Derecho, hasta convertirlo en una presencia necesaria e insalvable.

Ello es así porque el Derecho ocupa una posición central en la vida política, económica y social al ser el punto de referencia para eliminar todo tipo de conflicto. De ahí que el jurista sea el protagonista en esta posición central que ocupa el Derecho en la vida republicana ya como legislador, como asesor del legislador, como abogado, como juez ordinario, como juez constitucional y ya como estudioso. Actividades todas fundamentales en la estructuración y custodia de una democracia y el desarrollo del país.[1]

En nuestros días los desafíos son grandes, como lo han sido siempre a través de la historia pero, son diferentes y por eso es que debemos estar muy conscientes de esos cambios. En esta década principalmente, se impone un amplio abanico de nuevas situaciones al asistir a la caída de los regímenes socialistas, cuya influencia mucha o poca llegó a varios países del mundo y a la cual no se sustrajo Costa Rica, dejando una huella de condiciones históricas superadas, que de cara al regreso de la corriente económica liberal, la aparición de la Sala Constitucional, el vertiginoso avance de la ciencia y la tecnología y la interacción con sociedades ultraindustriales, toman inoperantes los viejos esquemas en todos los ámbitos del quehacer del país, interesando inevitablemente la actividad del jurista dado ese lugar central que éste ocupa en el funcionamiento del mismo.

En consecuencia, en la formación del jurista debe tenerse en cuenta que el cambio originado en una nueva concepción económica en la introducción de nuevas instituciones, tecnologías y el avance científico del mundo moderno, cambiará también las formas del Derecho. Resistirse ante esta realidad, creo que sería tan solo asumir una actitud *suicida.*

De toda esta anterior meditación podemos extraer una idea central y es que el concepto de jurista no es un concepto abstracto sino más bien concreto y variable, en el cual el único común denominador, debe ser la calidad de su formación ética y académica que le procuren su idoneidad en el desempeño práctico. Cuando encontramos algunas "definiciones" o más bien opiniones del jurista, observamos que por lo general, lo conciben como un profesional fundamentalmente *social.* Así se dice que es un: "racionalizador del fenómeno social";[2] "un comunicador del conocimiento";[3] "un colaborador técnico de la parte".[4] Es desde esta perspectiva, de esa vinculación indisoluble entre jurista y sociedad, de donde se deduce el deber de formular una respuesta que permita una acción positiva y eficaz del jurista en cada momento del Ordenamiento Jurídico que será el que de acuerdo con los componentes sociales, económicos, y políticos y al desarrollo científico y tecnológico, realiza y preserva los patrones de conducta sin los cuales no sería posible la cooperación de las personas para lograr alcanzar los fines que convienen a la sociedad.

De modo, que el jurista debe ser el producto de una decisión planificada en orden a los elementos que marcan la evolución de la sociedad. En resumen, debe ser el profesional integrado a las nuevas concepciones del mundo, a las actitudes de los seres asociados dentro de un marco cultural real: sujeto al "movimiento" permanente y contingente que produce la historia.

Una tal conclusión nos transporta de inmediato, a tratar el tema de la enseñanza del Derecho.

---

1. Una posición semejante en FAZZALARI, *Il cittadino, l'avvocato, il giudice* en **Giur. It.**, 1974, IV. Considera el autor que en primera línea dentro del Ordenamiento encontramos siempre al *hombre de leyes.*
2. SCARPELLI, *L'educazione del giurista,* **Riv. Dir. Proc.**, 1968, p. 5.
3. CARNELUTTI, *La missione del giurista,* **Riv. Dir. Proc.**, 1959, p. 343.
4. FRANCESCHINI, *Il gratuito patrocinio,* Turín, 1903, pp. 1-2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

II. ENSEÑANZA DEL DERECHO

Para comenzar y en honor a la verdad, tenemos que reconocer que nuestros sistemas jurídicos y la cultura jurídica se encuentran en franca crisis. Crisis que de no tomarse las medidas que corresponden, irá en decidido y vertiginoso progreso. Es decir, que la solución de este problema, es impostergable y debe enfrentarse con preocupación y seriedad sin permitir la típica complacencia ante el "facilismo" y la "superficialidad", que sólo genera un grado de conocimiento artificial en el profesional gracias a la improvisación y la renuncia a la discusión para la posibilidad de romper con la vieja figura del jurista. Y es que esta crisis sólo puede ser efímera si quienes nos ocupamos del estudio del Derecho, nos manifestamos adversarios de programas universitarios "momificados" y descomunalmente divorciados de la época y sus exigencias propias.

El mantener estos esquemas superados, sólo sirve para dar ocasión a planes de estudio "enlatados" que por ello fomentan una reducción del esfuerzo y rigurosidad académica para dar lugar a la *repartición* indiscriminada de títulos sin importar que hay necesidades nuevas en el país de hoy que demandan una preparación adecuada para que el cambio no sofoque a nuestros juristas.

La academia como tal debe cuidar que haya un balance entre la razón jurídica y su valor pragmático donde el jurista estará capacitado para ajustar, construir y reconstruir, más allá de las estructuras rígidas, estructuras acordes con relaciones y situaciones nuevas.

Así nos dice Scarpelli que: "El problema de la educación del jurista es la educación para el uso pragmático de la razón jurídica".[5]

Interesante es recordar que el jurista es un profesional que debe buscar siempre la verdad del Derecho que es la Justicia y sólo mediante este equilibrio entre Derecho y Justicia podrá realizar una labor efectiva en la lucha por abreviar la distancia entre lo teórico y lo práctico del Derecho.

Carnelutti nos dice que el pueblo romano tenía en sí el genio del Derecho y por eso ellos: "...tenían los pies sobre la tierra pero miraban al cielo; pues sabían que el derecho no basta sin justicia, ni mucho menos en este pobre mundo, la justicia sin derecho".[6]

Tenemos entonces ante sí el reto de una profunda reflexión que nos conduzca a rescatar el Derecho por medio de la enseñanza del mismo en las formas idóneas para no defraudar a miles de jóvenes aspirantes y al país en general.

III. OBJETIVOS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

El planteamiento para formular la idea que ha de transformar nuestro modelo de jurista obliga en primer lugar, a delinear, de manera clara, los objetivos que nos proponemos lograr a través de una carrera de Derecho.

Quizá el primer paso en este sentido debemos darlo dando un vistazo a lo que hasta hoy se ha venido haciendo en nuestras Facultades de Derecho.

---

5. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 12. También CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno al metodo*, Riv. Dir. Proc., 1958, pp. 463 ss. El autor hace aquí un interesante análisis de la posición kelseniana haciendo referencia a la dogmática jurídica alemana cuyo máximo precursor fue Windscheid dando lugar a la teoría general del Derecho. El método que propone el autor para el estudio del Derecho es la referencia de éste con todo el resto de las normas del universo pues todas se entrelazan y por eso se explican entre sí.
   Una bellísima pieza sobre el método en CARNELUTTI, *Il metodo del "non so come"?*, Riv. Dir. Proc., 1960, pp. 1 ss. También CARNELUTTI, *Profilo del rapporti tra scienza e metodo*, Riv. Dir. Proc., 1960, pp. 367 ss.

6. CARNELUTTI, *op. cit., La missione...*, p. 345.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En mi opinión, por razones históricas originadas en las ideologías reinantes en diferentes momentos, la preparación de nuestro jurista se ha concebido como un profesional amorfo e inseguro que termina sus estudios y se define en la "calle".[7]

Los métodos y programas no proporcionan las suficientes herramientas para ingresar al mundo del ejercicio profesional con el aplomo y seguridad que tan delicada función requiere. Los reproches en este sentido son frecuentes y los creemos realmente fundados.

Nos hemos quedado con el fantasma de Facultades programáticas de meros contenidos legales. Creo que hemos estado formando, sin darnos cuenta, *juristas positivistas.*[8] Estos no ven más que la ley y su bibliografía más preciada son los códigos (por no decir la única). Esta figura kelseniana sobra decir, parece ya muy superada. Por eso las dimensiones del problema se agravan a medida que los cambios como hemos indicado, surgen y cada vez con más velocidad y variedad, pues las exigencias no guardan proporción con la talla de nuestro jurista que no va más allá de un concepto "empolvado" y por ende, terriblemente equivocado.

Por otro lado, todo este "aire viciado" se extiende y penetra en todo el sistema jurídico tanto institucional como en las esferas del desempeño particular o público del jurista y en la enseñanza. De ahí que suframos una suerte de "atrofia" en cualquier lugar en donde haya algo que ver con el Derecho.

Así en los departamentos legales de las instituciones públicas, en el Poder Judicial y en las Universidades encontramos y percibimos súbitamente el olor del pasado y el estatismo y echamos de menos la eficiencia y la frescura del *modus operandi* en esos despachos. Esa visión inconsciente de orden positivista coloca todo el quehacer de nuestro jurista y lo transforma en un *perfecto burócrata.*

Es preocupante ser testigo diario de la proliferación desmesurada de abogados en Costa Rica con esta formación. Y es que un esquema de esta naturaleza, no requiere de grandes capacidades ni esfuerzos para coronar la carrera de Derecho. Basta, de parte del estudiante, una buena memoria, unos buenos apuntes y los códigos a la par. Para el centro de enseñanza: una habitación con unos cuantos pupitres y un "profesor". Aquí la cosa no termina pues una gran cantidad de jóvenes que se reclutan no tienen vocación para la carrera y están ahí porque obtendrán un título de una profesión "prestigiosa" y sin "devanarse los sesos". Los profesores cargados de vicios e ignorancia, muchas veces no son más que oportunistas ansiosos de nombre y poder y por eso fingen ser estudiosos del Derecho. Lamentablemente, son ellos los que más daño causan a las generaciones que asisten a nuestras universidades y no son pocos los que así actúan. El peor ausentismo en nuestras Facultades de Derecho es el de la adecuada preparación y ética de los docentes por falta de reales y serios mecanismos de selección y la falta de vocación de los estudiantes.

Ello trae múltiples y severas consecuencias a todo nivel, pues la escasa rigurosidad se traslada por doquier y lo más grave es que el Poder Judicial, siendo el encargado de administrar justicia, no se salva de esta contaminación y así encontramos los jueces machoteros, excesivamente legalistas, reacios a los alegatos (escritos u orales) muy elaborados.

Es aquí donde comenzamos a sentir el "castigo" de la manipulación y descuido en la formación del jurista, toda vez que la falta de lenguaje técnico, la imprecisión en el manejo del idioma y la pobre doctrina que almacena,

---

7. SÁENZ ELIZONDO, M.A., *Importancia del estudio del Derecho Procesal Civil*, **Rev. de Ciencias Jurídicas, Nº 62, 1989.**

8. La corriente positivista fortalecida por Hans Kelsen con su teoría pura del derecho, propone un estudio del derecho a nivel de ciencia exacta de ahí que su teoría general del derecho, se caracterice por ser una teoría cognoscitiva neutral. En defensa de esta tesis, BOBBIO, *Giusnaturalismo y positivismo giuridico*, Milán, 1965. Crítica a esta teoría en SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, 1965. ALF ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. de Giacomo Govazzi, Turín, 1965. Sostienen ambos autores, que el derecho es una ciencia de carácter empírico con orientación "realista".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

no le permite decir lo que tiene que decir, ni puede decirlo como debe decirlo y tal vez lo peor; no sabe qué tiene que decir. Este fenómeno da origen a todo un drama: no sólo en el ejercicio profesional, sino porque las víctimas directas son los *usuarios* del derecho, quienes cada día desconfían más del sistema y lamentan profundamente lo que está sucediendo.

Quizá lo más alarmante es, aparte de esta deficiente calidad, la relación entre el *mastodónico cuerpo forense* que se está formando, y el destierro de la ética profesional, lo que ha puesto en un enorme entredicho al gremio y le da carácter de *emergencia nacional* al problema.

Darse cuenta de toda esta problemática como ya lo hicimos ver, debe llevarnos a meditar para dar inicio a un movimiento gestor de un cambio integral en la educación del jurista: objetivo primordial de la enseñanza del Derecho y es este un reto que la historia pone en nuestras manos para lo cual debe existir un acuerdo entre todos y cada uno de aquellos que estemos sinceramente comprometidos en esta empresa. Recordemos un maravilloso párrafo de los tantos escritos por Carnelutti, maestro vitalicio del Derecho y la justicia:

> "También el derecho, como historia y precisamente por ser historia, nace de la libertad; pero de la libertad de todos no de la libertad de uno. La *célula* del derecho es el *acuerdo.* No se puede explicar el derecho sin explicar el acuerdo; pero ¿cómo se explica el acuerdo? El problema del acuerdo es un problema del universo, sea del uno en el diverso. Así se llega realmente al principio. El no ser de cada uno se llena con el ser de los otros.
>
> Los hombres, al final, se unen por la necesidad de ser. El *deber ser,* aquí también es el *no poder no ser;* es esta la fórmula del ser más exquisita".[9]

IV. EL PROBLEMA DE FONDO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Ya hemos hecho referencia a la ausencia de elementos que formulen una respuesta válida en la formación del jurista. Estamos claros, que en esencia, el problema reside en que necesitamos un profesional idóneo, capacitado de acuerdo con las exigencias del mundo contemporáneo, sea ese jurista con formación *integral,* para desechar el *netamente* iuspositivista. Pero, ¿cómo ha de ser ese modelo?

Básicamente la disyuntiva se apoya en una orientación que reúna al jurista científico pero también práctico[10] pues no queda lugar a dudas que la Universidad debe ofrecer al joven una buena capacitación intelectual y buenos instrumentos para que enfrente los diferentes papeles que deberá desempeñar.

La dificultad está en crear planes de carrera que concilien ambas orientaciones con real eficiencia.

Creemos que la conformación de currículum que combine esta posición sólo puede hacerse reprogramando el orden de las materias, su contenido en coordinación con toda la línea curricular evitando duplicidades pero a su vez, actuando en forma interdisciplinaria con áreas destinadas al ejercicio jurídico que comprenderá además el tratamiento aplicado de la doctrina.

Consideramos que la investigación y la discusión de lecturas en el aula resulta altamente provechosa así como la combinación de pruebas orales con las escritas.[11]

---

9. CARNELUTTI, *Meditazione sul dover essere,* **Riv. Dir. Proc. Civ.**, 1958, p. 413. También al respecto, CARNELUTTI, *Meditando Capograssi. Variazioni sull'accordo,* **Riv. Dir. Proc.**, 1957, p. 507.

10. El punto de vista se viene formulando en Europa desde hace varios años. Ver al respecto, SANSOVINO, *L'avvocato e il segretario,* Florencia, 1942. EISENMAN, *Les scienzes sociales dans l'ensegnement superieur: droit,* Ginebra, 1954, pp. 1 a 59 ss.

11. De incalculable valor sobre este tema es la obra de CALAMANDREI y GIORGIO PASQUALE, *L'università di domani,* Foligno, 1923.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Las áreas de especialización por su lado, deberían plantearse a nivel de selección de vocaciones para las diferentes actividades, de manera que tengamos una verdadera fase de especialización no por conocimiento únicamente sino por especialidad, así tendríamos la oportunidad de perfilar las diferentes inclinaciones naturales del estudiante ya como juez ordinario o juez constitucional, como abogado de empresa, abogado independiente (en diferentes ramos del Derecho), como asesor legislativo, etc. La gama de posibilidades es grande.[12]

El punto está en ofrecer a los jóvenes alternativas que puedan, de una mejor manera, corresponder con sus intereses y propósitos.

Aspecto de suma importancia al hacerse cualquier propuesta en esta materia, es no perder de vista la selección previa para el ingreso a la carrera, pues es de todos aceptado, el obstáculo que representan aquellas personas que siguen una carrera sin ser ésta de su agrado.

Si deseamos conferir un nuevo sello a la carrera de Derecho y graduar verdaderos juristas, se debe imponer esta selección porque de ello depende el éxito y la correcta utilización de un título universitario.

V. IMPORTANCIA DE LA METODOLOGÍA

La *metodología* en la enseñanza del Derecho debe tener como norte el proporcionar al jurista precisamente un *método jurídico.*[13] Es dotarlo de una mentalidad jurídica y entrenarlo para el quehacer jurídico. Por ello la importancia de escoger debidamente esa metodología pues se pueden correr graves riesgos acudiendo a sistemas poco serios que más bien traicionen los buenos propósitos. Así no creemos que sean válidos los sistemas revolucionarios que abogan por seminarios o actividades que reduzcan al profesor a un puro y simple consejero como alternativa para poner fin a la vieja práctica de la llamada *clase magistral.* Evidentemente tenemos que evitar los extremos: ni el profesor que mantiene al estudiante como un pobre recipiente de su doctrina, evitando la dificultad del diálogo y la discusión, ni el inmaduro profesor que se vale de medios culturales infantiles, olvidando la verdadera pedagogía y la didáctica. Se trata como bien dice Scarpelli, de escoger "una vía nueva, que debe ser justa y que es la vía escogida siempre por los grandes maestros: la vía de una enseñanza tal que permita el aprendizaje y la maduración de los jóvenes estudiantes, las formas sólidas y sistemáticas, críticas de por sí y listas para la crítica; y de un trabajo de seminarios y diálogos entre el profesor y el estudiante. Con discusión plenamente libre de prejuicios y gran participación de los estudiantes, sabiamente guiados por el profesor..."[14]

CONCLUSIONES

Con el hecho de haber expresado en este corto estudio, mis puntos de vista acerca de la educación jurídica en Costa Rica en cuanto a su estado actual y las perspectivas para mejorarla, claramente no se resuelve el problema pues se hace indispensable abrir un foro de pensamiento, discusión y de serios propósitos.

12. CONSO y FAZZALARI, *Stato e prospettive della facoltà di giurisprudenza,* **Foro It.,** 1967, p. 89.

13. SCARPELLI, *Il metodo giuridico,* **Riv. Dir. Proc.,** 1971, pp. 553 ss.

14. SCARPELLI, *op. cit., L'educazione...,* p. 29.

PODER JUDICIAL
BIBLIOTECA
II CIRCUITO
JUDICIAL
SAN JOSE

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Quizá esta es la más importante conclusión. Pero al menos, el problema queda planteado sobre el tapete. Invito a profesores y estudiantes de todas las universidades en donde se cursan carreras de Derecho, a formar ese *universo* en el *acuerdo* de que nos habla Carnelutti a fin de armonizar y fortalecer a los hombres y mujeres que estudian y aman el Derecho en beneficio de todo nuestro pueblo.

No olvidemos que entre mayor calidad y excelencia, mayor confianza inspirarán nuestras instituciones.

Tal vez así, la calidad finalmente se destaque en Costa Rica, después de largos períodos de frivolidad en todos los ámbitos. Tal vez por fin, veremos salir a nuestros jueces, a nuestros magistrados, a nuestros docentes, abogados y funcionarios jurídicos desde las más selectas personas dotadas de una adecuada preparación teórica y práctica, así como de una ética forjada realmente a través de la carrera y no en pocos *días hábiles* y que por eso igual dura: como el lustre en la torta sin ninguna adherencia ni unidad. Es este el único modo de actuar, para que podamos ver el brillo del verdadero genio y la blancura de la verdadera honestidad.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

ALF ROSS, *Diritto e giustizia,* Turín, 1965. (Trad. de Giacomo Govazzi).

BOBBIO, *Giusnaturalismo y positivismo,* Milán, 1965.

CALAMANDREI y PASQUALE, *L'università di domani,* Foligno, 1923.

EISENMAN, *Les scienzes sociales dans l'insegnement superieur: droit,* Ginebra, 1954.

FRANCESCHINI, *Il gratuito patrocinio,* Turín, 1903.

SANSOVINO, *L'avvocato e il segretario,* Florencia, 1942.

SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico,* Milán, 1965.

Revistas:

CAPELLETTI, *Apuntes para una fenomenología de la justicia del siglo XX,* **Rev. Judicial,** Nº 45, 1988.

CARNELUTTI, *La missione del giurista,* **Riv. Dir. Proc.,** 1959.

CARNELUTTI, *Meditando Capograssi. Variazioni sull'accordo,* **Riv. Dir. Proc.,** 1957.

CARNELUTTI, *Meditazione sul dover essere,* **Riv. Dir. Proc.,** 1958.

CONSO y FAZZALARI, *Stato e prospettive della facoltà di giurisprudenza,* **Foro It.,** 1967.

FAZZALARI, *Il cittadino, l'avvocato, il giudice,* **Giust.,** IV, 1974.

SÁENZ ELIZONDO, *Importancia del estudio del Derecho Procesal Civil,* **Rev. Ciencias Jurídicas,** Nº 62, 1989.

SCARPELLI, *Il metodo giuridico,* **Riv. Dir. Proc.,** 1971.

SCARPELLI, *L'educazione del giurista,* **Riv. Dir. Proc.,** 1968.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA IBEROAMÉRICA (EN COMPARACIÓN CON EL DERECHO ALEMÁN)[1]

JAVIER LLOBET R.

SUMARIO

Pág.

Introducción 35

1. Aspectos previos 35
   1.1. Historia del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal 35
   1.2. Elaboración del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica 36
   1.3. Unificación legislativa latinoamericana 38

2. Principales disposiciones del nuevo Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (en comparación con el Derecho alemán) 40
   2.1. Derechos fundamentales 40
      2.1.1. Juicio previo 40
      2.1.2. Principio de inocencia 41
      2.1.3. Principio del juez imparcial 42
      2.1.4. Principio ne bis in idem 42
      2.1.5. Principio de inviolabilidad de la defensa 42

   2.2. Principios procesales en que se basa el proyecto 46
      2.2.1. Principio de oficialidad 46
      2.2.2. Principio acusatorio 47
      2.2.3. Principio de legalidad 48
      2.2.4. Principio de verdad material 49
      2.2.5. Principios de oralidad, publicidad e inmediación 51

   2.3. Etapas del procedimiento penal 52
      2.3.1. Fase instructoria 52
      2.3.2. Fase intermedia 53
      2.3.3. Etapa de juicio 54
      2.3.4. Etapa de casación 55
      2.3.5. Etapa de ejecución 55

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2.4. Posición del imputado 56
2.4.1. Derecho del imputado de abstenerse de declarar 56
2.4.1.1. Nociones generales 56
2.4.1.2. Investigación corporal 58
2.4.1.3. Reconocimiento del imputado en contra de su voluntad 58

2.4.2. Medidas coercitivas en contra del imputado 58
2.4.2.1. Prisión preventiva 58
2.4.2.2. Incomunicación 61

2.5. Procedimientos especiales 62
2.5.1. Procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad 62
2.5.2. Procedimiento con menores 62

2.6. Costas 63

2.7. Indemnización al imputado 63

2.8. Jueces profesionales o jueces legos 64

Conclusiones 65

Bibliografía 66

Notas 74

ABREVIATURAS

BBG ..... *Ley General de Funcionarios Federales*
BRRG ..... *Ley Marco de Funcionarios Jurídicos*
BVerfGe ..... *Tribunal Federal Constitucional*
C.P.P. ..... *Código de Procedimientos Penales*
GVG ..... *Ley de Organización de los Tribunales*
JR ..... *Juristische Rundschau*
JuS ..... *Juristische Schulung*
JZ ..... *Juristische Zeitung*
NJW ..... *Neue Juristische Wochenschrift*
NStZ ..... *Neue Zeitschrift für Strafrecht*
OPP ..... *Ordenanza Procesal Penal alemana*
StV ..... *Strafverteidiger*
ZStW ..... *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft*
ZRP ..... *Zeitschrift für Rechtspolitik*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

En materia procesal penal siguen imperando en Latinoamérica los Códigos basados en un sistema inquisitivo, no acordes con un régimen que debe respetar los derechos humanos.

Se ha dicho por muchos que una muestra del sistema político de un país es la regulación que el mismo tiene de la prisión preventiva. Si uno se atiene a ese aspecto habría que concluir que por la regulación que presenta la prisión preventiva en Latinoamérica, y los altos índices de presos sin condena, predominan en dicha región los regímenes autoritarios. Ello no es acorde con el proceso democratizador llevado a cabo en dicha región durante la década de los ochenta, que hizo que cayeran casi todos los regímenes dictatoriales.

El problema es que se ha entendido que para una adecuada represión de los delitos, deben restringirse al máximo los derechos de los acusados, y debe encarcelárseles preventivamente. Se ha malentendido así la función del Derecho Procesal Penal, ya que se le ha asignado una función importante dentro de la política de combate contra la delincuencia, de modo que se ha hecho que cumpla funciones de prevención general y especial, propias del Derecho Penal, pero no del Derecho Procesal Penal.

Dentro de este contexto es que el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo puede impulsar la reforma procesal penal en Latinoamérica, llevándola hacia un régimen respetuoso de los derechos humanos. Pero el Proyecto, como se verá, va mucho más lejos de lo que llegó la reforma procesal introducida en Argentina (y en Costa Rica) por los Códigos de Córdoba de 1939 y 1970, y es que no sólo se preocupa de mejorar la garantía de los derechos procesales del acusado (por ejemplo con respecto a la regulación de la prisión preventiva), sino también de introducir un sistema acorde con las tendencias actuales a nivel europeo, que en definitiva ponen en entredicho por razones prácticas los principios en que se basó el Código de Córdoba, y que aprendimos en Latinoamérica a través de las enseñanzas de Vélez Mariconde y de muchos otros autores. Por ello el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo es particularmente polémico, y sin duda ha encontrado y encontrará mucha oposición.

En el presente trabajo haré inicialmente un repaso de los antecedentes del Proyecto, lo que es imprescindible para entender el porqué del mismo y la influencia que puede llegar a tener. Con posterioridad pretendo hacer un repaso de las principales normas del Proyecto, comparándolas con las correspondientes de la legislación alemana, lo que obedece a la indiscutible influencia de ésta en el Proyecto. Haré también referencia al Código de Córdoba de 1970, lo que me interesa no sólo porque en mi país, Costa Rica, se sigue casi al pie de la letra las previsiones de éste, sino también porque hasta hace poco se consideraba el modelo a seguir a nivel latinoamericano.

1. ASPECTOS PREVIOS

1.1. Historia del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal fue creado en Montevideo, Uruguay, durante las "I Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", las que se llevaron a cabo en homenaje al procesalista uruguayo Eduardo Couture.[2]

Las "II Jornadas" se realizaron en 1960 en México,[3] las "III" en 1962 en Brasil;[4] las "IV" en 1967 en Venezuela;[5] las "V" en 1970 en Colombia;[6] las "VI" en 1978 en Venezuela;[7] las "VII" en 1981 en Guatemala;[8] las "VIII" en 1982 en Ecuador;[9] las "IX" en 1985 en España;[10] las "X" en 1986 en Colombia;[11] las "XI" en 1988 en Brasil;[12] las "XII" en 1990 en España.[13] Las "XIII", se llevarán a cabo en 1992 en México.

Es de destacar que el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal es una organización no gubernamental, formada por procesalistas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de Latinoamérica, España y Portugal. Se dedica al estudio de todo el Derecho Procesal, y no solo al Derecho Procesal Penal.[14] Por ello al lado de un "Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica", existe un Código Procesal Civil Modelo.[15]

1.2. Elaboración del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

En las "V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal", celebradas en 1970 en Colombia, se aprobaron las bases fundamentales para la legislación procesal penal de España y Latinoamérica, elaboradas por los argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Clariá Olmedo.[16]

De acuerdo con estas bases: 1a. Las leyes procesales penales deben ajustarse real y fielmente a los principios proclamados en 1948 en la Declaración Americana y Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y en las Constituciones de cada país. 2a. La ley procesal penal debe procurar un equilibrio razonable entre el interés de la colectividad por el triunfo de la verdad y la justicia, y el derecho individual a la libertad personal. 3a. Puesto que el imputado goza de un estado de inocencia mientras no se le declare culpable por sentencia firme, las medidas de coerción personal que contra aquél se dicten sólo deben tener carácter cautelar y provisional, y estar limitadas a lo estrictamente necesario. 4a. El principio que consagra el derecho de defensa y su inviolabilidad debe tener efectiva aplicación en todo el curso del proceso, inclusive durante la instrucción preparatoria del juicio, y debe comprender las facultades de intervenir, declarar, probar, alegar, elegir defensor y recibir asistencia técnica de éste. 5a. Los elementos de hecho que se recojan en la etapa anterior al juicio no deben tener valor probatorio definitivo, salvo que se trate de actos irreproductibles y que las partes hayan tenido oportunidad de controlarlos, por haber sido oportunamente notificadas. 6a. El acto de la declaración indagatoria debe ser reglamentado como un medio de defensa, y su práctica debe ser anterior al procesamiento y prisión preventiva, y a la sentencia definitiva. 7a. Debe proscribirse la incomunicación absoluta previa a la declaración indagatoria, que implica una coacción sobre el imputado, y ésta debe estar libre de cualquier otro tipo de coacción física, psicológica o moral, lo mismo que del empleo de drogas. La Policía deberá poner al imputado inmediatamente a disposición del juez de instrucción, sólo éste podrá adoptar medidas de coerción sobre su persona. 8a. El juicio oral deberá ser oral, público, contradictorio y concentrado, para que opere la debida inmediación del juzgador y pueda ejercitarse eficazmente la defensa. 9a. El juez debe gozar de libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin trabas impuestas por tarifa legal. 10a. El Ministerio Público debe ser un órgano autónomo, o independiente de las demás ramas del Estado. 11a. El imputado o meramente indagado tiene derecho a que se sobresea la causa definitivamente a su favor, cuando no hubiere indicios suficientes para concluir que puede ser declarado culpable. 12a. Sin perjuicio de su iniciación de oficio por el juez de instrucción, éste debe intervenir desde el primer momento en que la policía le comunique el conocimiento de un hecho delictivo o que el Ministerio Público o un particular le formulan el correspondiente requerimiento o la querella. 13a. Debe proscribirse el sometimiento a la jurisdicción castrense o militar de asuntos que corresponden a la justicia ordinaria, con el pretexto de razones de orden público o declaración de estado de sitio.

En dichas "Jornadas" se encargó a Vélez Mariconde, Clariá Olmedo y Jorge de la Rúa que elaboraran un Código Procesal Penal Modelo para Latinoamérica,[17] sobre la base del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Argentina, según la propuesta de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, presidente en ese entonces del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, para quien el Código de Córdoba constituía el mejor Código Procesal Penal de América y uno de los mejores del mundo. Es de resaltar que el Código de Córdoba en su versión original fue redactado por Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler, y entró en vigor en 1940. Se basó principalmente en los Códigos italianos de 1913 y 1930,[18] aunque también se tomaron en cuenta otras legislaciones como

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la española y la alemana. El Código fue substituido en 1970 por uno nuevo elaborado por Vélez Mariconde.[19] El modelo cordobés fue acogido por otras provincias argentinas[20] y por Costa Rica.[21]

Este primer Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica terminó siendo elaborado por Clariá Olmedo,[22] quien lo presentó en 1978 en las "VI Jornadas" llevadas a cabo en Venezuela. Se basó principalmente en el Código de Córdoba de 1970 y en el Proyecto de Código Procesal Penal para la Nación elaborado por el propio Clariá Olmedo, y presentado en 1970,[23] que era bastante similar al de Córdoba.

Algunas características del Código propuesto son: a) Se regula una etapa instructoria, escrita y secreta para extraños, y una etapa de juicio, con vigencia de los principios de oralidad, publicidad e inmediación. Sin embargo, se establece el juicio escrito para el juzgamiento de los delitos cometidos en un lugar distante de 200 a 400 kilómetros, según los casos, de la ciudad en donde tenga su asiento el Tribunal. Dicha excepción no estaba contemplada en el Código de Córdoba; b) La instrucción en principio es a cargo del juez de instrucción. Sin embargo, en asuntos de poca importancia o de fácil investigación se atribuye la instrucción al agente fiscal; c) Se le atribuye al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal pública, pero a diferencia de la legislación cordobesa, se le da participación al ofendido para provocar la elevación a juicio, regulación de influencia alemana; d) Se prevé el principio de legalidad en el ejercicio de la acción. No se contemplan causales de oportunidad reglada; e) Debe buscarse la verdad material, como consecuencia de ello se regulan los subprincipios de investigación judicial autónoma, de libertad de la prueba y de valoración de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; f) Se regula como regla la prisión preventiva cuando el delito está reprimido con prisión de más de un año, y como excepción a dicha regla la excarcelación a través de caución monetaria, y en casos excepcionales juratoria; g) En contra de la sentencia condenatoria producto del juicio oral sólo es posible la interposición de un recurso de casación, y no de apelación; y h) El Tribunal es integrado por jueces profesionales.

En las mismas "Jornadas" en que fue presentado el Proyecto, se decidió integrar una comisión revisora formada por Víctor Fairén Guillén; Fernando de la Rúa, Julio Maier, José Federico Márquez y Bernardo Gaitán Mahecha. Sin embargo, los dos últimos en definitiva no trabajaron en la Comisión.[24] En las "VII Jornadas", celebradas en 1981 en Guatemala, se somete a discusión los dictámenes presentados por Fairén Guillén, Fernando de la Rúa y Julio Maier, integrantes de la Comisión.[25] El informe de Fairén Guillén se refería a la privación ilegítima de la libertad ambulatoria, mientras que el de De la Rúa y Maier era sobre la parte general del Código Procesal Penal Modelo.[26] La discusión continúa en las "Octavas Jornadas", llevadas a cabo en 1982 en Ecuador. Se resuelve allí integrar a la Comisión revisora a Jaime Bernal Cuéllar y Ada Pellegrini.[27] El Instituto resuelve no seguir tratando como punto exclusivo de las siguientes Jornadas los proyectos de Código Procesal Modelo (Civil y Penal), hasta que las respectivas comisiones los presenten elaborados definitivamente.[28] El nuevo Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica fue presentado en las "XI Jornadas", llevadas a cabo en 1988 en Brasil. En la elaboración intervinieron en un inicio Fernando de la Rúa y Julio Maier; y posteriormente Julio Maier y Ada Pellegrini.[29] También participó Jaime Bernal Cuéllar.[30] Se indica en el Proyecto que se tomaron en cuenta las prescripciones del Código de Córdoba, según la recomendación hecha en las "Quintas Jornadas", celebradas en 1970 en Colombia.[31] Además —se señala— se consideraron las leyes procesales de Francia, Italia, España y Alemania Federal.[32] Es de destacar en especial la influencia de la legislación y doctrina alemana.[33] El Proyecto se empezó a discutir en las "XI Jornadas" realizadas en Brasil. La discusión continuó en las "XII Jornadas" celebradas en España. Se han llevado a cabo además un "Encuentro Preparatorio" (1990)[34] y un Congreso (1991)[35] en Italia para discutir el Proyecto. Debe reconocerse que en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal aún no existe

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

acuerdo en cuanto a la aprobación del texto propuesto.[36]

1.3. Unificación legislativa latinoamericana.

Las luchas en contra de los colonizadores europeos hicieron surgir en América el ideal de la unidad política entre los diversos países latinoamericanos.

Fue Simón Bolívar el que puso más empeño en dicha idea, expresada en la llamada Carta de Jamaica, escrita en 1815. En 1826 se llevó a cabo en Panamá, bajo el auspicio de Bolívar, una conferencia interamericana tendiente a lograr la unidad política iberoamericana. Sin embargo, dicha conferencia terminó fracasando.

Con posterioridad se realizaron diversos congresos con el objeto de lograr uniones de Estados. Dicha idea fue abandonada en el Congreso de Lima de 1864. En lugar de ello se reforzaron los intentos de cooperación y defensa mutua.

A partir del Congreso de Washington (1888-1889), los Estados Unidos van a participar dentro de los intentos de integración regional. En dicho Congreso se funda la Unión Internacional de las Repúblicas Americanas. Se pretendía la colaboración de las repúblicas americanas en los sectores político, económico y social. Sin embargo, la eficacia de dicha organización fue eclipsada por la política intervencionista estadounidense.

En 1948 se creó la Organización de Estados Americanos como organización de cooperación regional dentro del marco de las Naciones Unidas.

Tanto la Organización de Estados Americanos como la antigua Unión Internacional de las Repúblicas Americanas, no pueden enmarcarse estrictamente dentro de los ideales de integración latinoamericana, ya que junto a los países latinoamericanos y los del Caribe participan los Estados Unidos, los que han desempeñado un papel hegemónico.

Se han realizado diversos intentos de integración económica entre países latinoamericanos,[37] por ejemplo el Mercado Común Centroamericano.[38] Dichos intentos hasta la fecha han fracasado.

El Tratado interamericano de más importancia desde el punto de vista procesal penal es la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en 1969, y que entró en vigencia en 1978. Dicha Convención establece una serie de garantías mínimas de la persona humana[39] muy similares a la Convención Europea de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[40] Se crea en la Convención la Comisión Americana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,[41] aunque a la fecha no han llegado a tener la importancia que tienen sus similares europeos.[42] En general la doctrina latinoamericana ha aceptado que la Convención Americana de Derechos Humanos es de aplicación inmediata (self-executing) en lo relativo a las prescripciones procesales en ella contempladas.[43] Sin embargo, ello ha encontrado dificultades para ser admitido por los tribunales.[44] Sin lugar de dudas las prescripciones de la Convención Americana son el punto de partida de todo intento de proponer una legislación Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

En materia procesal penal tiene importancia también la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, suscrita en Colombia en 1985.

Además de dichas convenciones existe una serie de Tratados aprobados a nivel interamericano, entre ellos el Código de Derecho Internacional Privado, conocido como Código de Bustamante.[45] Existen Convenciones sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas; sobre conflictos de leyes de cheques; sobre arbitraje comercial internacional, sobre exhortos cartas rogatorias; sobre recepción de pruebas en el extranjero; sobre el régimen legal de poderes para ser usados en el extranjero, etc.[46]

Como antecedente de importancia al Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica hay que señalar el Código Penal Tipo para Latinoamérica, cuya parte general fue redactada en la década de los sesenta, y cuya parte especial, inconclusa, fue discutida

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en la década de los setenta.[47] El Código Penal Tipo, a semejanza del Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, surgió como un intento de armonización legislativa proveniente de organismos académicos.[48] Reunió a los principales penalistas iberoamericanos de la época. Dicho Código tuvo una influencia decisiva en las reformas legislativas que se emprendieron a nivel latinoamericano a finales de la década de los sesenta y principios de los setenta. Así fueron tomados en cuenta en el Código Penal de Costa Rica de 1970, los Proyectos de Colombia de 1974 y 1976, el Código Penal de El Salvador de 1973 y el Proyecto venezolano de 1969.[49] Hoy día es criticado fuertemente por la doctrina, especialmente en lo relativo a la regulación de las medidas de seguridad[50] y la ausencia de alternativas a la prisión.[51] Sin embargo, debe reconocerse que fomentó la discusión doctrinal en Latinoamérica,[52] y contribuyó a la introducción en la parte general de los Códigos Penales latinoamericanos de una serie de normas acordes a la doctrina y legislación más moderna, por ejemplo la regulación expresa de la comisión por omisión, la eliminación del versari in re ilícita a través de la adopción de una fórmula similar a la alemana en los delitos calificados por el resultado, y la previsión del sistema de días multa.

Existen Códigos Modelo para Iberoamérica también en otras ramas del Derecho como por ejemplo en Derecho Tributario[53] y Derecho Procesal Civil, este último como se dijo antes, presentado dentro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Una de las críticas que se le hicieron al Código Penal Tipo para Latinoamérica,[54] y que puede ser trasladada al Proyecto de Código Procesal Modelo,[55] es que se pretendió proponer un modelo de legislación válido para toda Latinoamérica, no obstante las diversas realidades latinoamericanas.

Debe reconocerse que existen grandes diferencias entre los países latinoamericanos, pero los mismos están unidos también por grandes semejanzas. Son unidos por ligámenes de tipo histórico, provenientes de la etapa colonial; y de carácter jurídico, al ser receptores del sistema continental europeo,[56] lo que ha hecho que aparte de la influencia que cada uno de los países ha recibido de los países continentales europeos (por ejemplo España, Francia, Portugal, Italia y Alemania), los países latinoamericanos se hayan influenciado unos a otros. Así la falta de barreras idiomáticas entre los países latinoamericanos de habla hispana, hace que los libros editados en un país de estos, circulen también en otros. Son frecuentes también los estudios jurídicos de Derecho Comparado que se llevan a cabo con respecto a Latinoamérica, en algunos de los cuales se hace una proposición de una legislación modelo. Entre dichos estudios debe destacarse, entre otros, los que se han llevado a cabo sobre la parte general del Código Penal;[57] la protección de los derechos humanos en el sistema penal,[58] sobre la política criminal latinoamericana,[59] sobre los presos sin condena,[60] y sobre la pena de multa.[61]

A lo anterior debe agregarse que los países latinoamericanos comparten problemas sociales y económicos similares, por ejemplo la marcada división de clases, la economía dependiente y la elevada deuda externa. Por supuesto en unos países esos problemas son más graves que en otros.

La mayoría de los países latinoamericanos poseen en común un pasado reciente de violación de derechos humanos a través de regímenes dictatoriales. Sin embargo las nuevas democracias fundadas en los últimos años, en general no han adecuado la legislación procesal al sistema democrático, de modo que siguen en vigencia en muchos de los países Códigos inquisitivos,[62] herencia del período colonial. En los últimos años ha existido un gran interés en aprobar nuevos Códigos Procesales Penales, así se han emprendido labores tendientes a ello en países como Guatemala, El Salvador, Paraguay, Uruguay, Perú, Colombia y Argentina. Dentro de este marco es que un Código Procesal Penal Modelo puede servir para fomentar la reforma procesal penal en Latinoamérica, orientando ésta hacia el respeto de los derechos humanos.[63] Se pretende que el Código Procesal Penal Modelo pueda servir

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de ayuda al legislador de cada país, para que tomándolo como punto de partida le haga las adaptaciones correspondientes a la legislación constitucional y a la realidad de su país.[64] De hecho ya el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo ha sido tomado en cuenta como base para la reforma del Código Procesal Penal de Guatemala.[65]

2. PRINCIPALES DISPOSICIONES DEL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

Como se dijo antes el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica recibió una influencia de diversas legislaciones europeas. Sobresale en particular la influencia alemana.

De la lectura del Proyecto de Código Procesal Penal Modelo se nota una gran similitud con la sistemática seguida por los Códigos de Córdoba (Argentina), de 1939 y 1970.[66] En la redacción de muchos artículos se ha seguido también la utilizada por dichos Códigos.[67] Sin embargo, en temas fundamentales, como son por ejemplo la atribución de la instrucción al Ministerio Público, la participación del querellante adhesivo, el establecimiento de causales de oportunidad reglada en el ejercicio de la acción penal, y la regulación de la prisión preventiva, se aparta el Proyecto de los Códigos de Córdoba mencionados, y toma como base la Ordenanza Procesal Penal alemana.

En el presente trabajo hago una comparación entre el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica y la Ordenanza Procesal Penal alemana, para determinar hasta dónde llega la influencia de esta última.[68] Pretendo por ello señalar no sólo las semejanzas, sino también las diferencias.[69] Debe tomarse en cuenta que mis observaciones parten de la experiencia con la legislación procesal penal costarricense, similar a la de Córdoba, Argentina. Por ello mi interés en el Proyecto es también para compararlo con el Código cordobés, específicamente el de 1970, considerado durante mucho tiempo como el modelo a seguir en Latinoamérica.

2.1. Derechos fundamentales.

El Proyecto, partiendo de lo establecido en el Código de Córdoba, regula en sus primeros artículos los principios básicos procesales. En ello se diferencia de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que carece de la formulación expresa de esas normas.

A través de la enumeración de los "derechos fundamentales" se trata de citar los aspectos fundamentales que deben orientar el proceso penal: juicio previo, juez imparcial, tratamiento del imputado como inocente, ne bis in idem e inviolabilidad de la defensa. Son derechos que con frecuencia son garantizados a nivel constitucional en Latinoamérica, por lo que algunos Códigos, basados en el de Córdoba, prefieren ubicarlos bajo la denominación "Garantías Constitucionales". Ello no hace sino recordar la relación estrecha entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Penal, el que ha sido considerado como "derecho constitucional aplicado",[70] y como "sismógrafo de la Constitución".[71]

2.1.1. Juicio previo.

Siguiendo lo establecido en el Código de Córdoba, se indica en el art. 1 del Proyecto: "Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino después de una sentencia firme, obtenida por un procedimiento regular, llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código, con observancia estricta de las garantías para las personas y los derechos del imputado..."[72] De dicho principio no solo se extrae la necesidad del proceso previo para la imposición de una pena *(nulla poena sine praevio judicio)*,[73] sino también que el proceso sea el que el Código reglamenta.[74] De esto último se deduce el principio del "debido proceso" (due process of law),[75] elaborado por el derecho anglosajón.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2.1.2. Principio de inocencia.

El principio de inocencia es sin duda el principio de mayor importancia dentro del proceso penal, aunque sus consecuencias han dado lugar a una gran discusión aún no terminada.

El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica lo regula de manera expresa, a diferencia de la Ordenanza Procesal Penal alemana. Así señala en su artículo 3 que "el imputado o acusado debe ser tratado como inocente durante el procedimiento, hasta tanto, una sentencia firme le imponga una pena o medida de seguridad o corrección..." Se trata de un principio que se encuentra garantizado en la Convención Americana de Derechos Humanos en el art. 8.2, y al que varias Constituciones latinoamericanas hacen mención en forma expresa,[76] o implícita.[77]

En Alemania el principio de inocencia se encuentra reconocido expresamente a través de la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6 II).[78]

En cuanto al contenido del principio de inocencia no hay acuerdo doctrinal.[79] A nivel latinoamericano pocas veces se ha estudiado con detenimiento, ya que la preocupación latinoamericana se ha centrado en cuestiones meramente teóricas, por ejemplo si se está ante una "presunción de inocencia" o bien ante un "estado de inocencia". En realidad, tanto a nivel latinoamericano como a nivel alemán se ha tendido a enumerar algunas consecuencias que tendría el principio de inocencia.

La discusión inicial es si el principio de inocencia tiene importancia solamente cuando se dicta la sentencia, de modo que en caso de duda sobre las cuestiones de hecho se dicte una sentencia favorable al acusado (in dubio pro reo), o bien tiene importancia también durante el desarrollo del procedimiento.

Esta última posición es la que ha dominado en general en Latinoamérica y es la que sigue el Proyecto en el artículo 3 mencionado. En este sentido debe entenderse la expresión de que el imputado debe ser "tratado" como inocente durante el procedimiento.[80] Dicho artículo contempla también criterios de restricción de las medidas coercitivas y además como regla general que "la duda favorece al imputado".[81]

En Latinoamérica se ha tendido a aceptar que del principio de inocencia se deducen dos subprincipios:[82] a) el imputado no tiene obligación de probar su inocencia, sino debe demostrarse su culpabilidad para que pueda ser condenado. Así no tiene obligación de aportar prueba en su contra, pudiendo abstenerse de ello sin que se vaya a tomar en su contra (art. 41 del Proyecto). Si luego de la realización del debate no existe la certeza de su culpabilidad debe ser absuelto (in dubio pro reo: art. 3 del Proyecto); y b) el imputado tiene derecho a permanecer en libertad durante la tramitación de la causa, solamente en forma excepcional se permite el encarcelamiento preventivo (art. 202 del Proyecto). Es importante anotar que este aspecto, que es el que puede dar lugar a mayores controversias, es en general aceptado a nivel latinoamericano, ya que se considera que el principio de inocencia impone limitaciones al mismo legislador en cuanto a las causales de prisión preventiva admitidas. Por ejemplo en general la doctrina admite que la prohibición de excarcelación en caso de que se acusen ciertos delitos (y exista sospecha fundada de culpabilidad), es contraria al principio de inocencia.[83] Hoy día un sector de la doctrina en Latinoamérica admite solamente la fuga, el peligro de fuga y el peligro de oscurecimiento de la prueba como causales de prisión preventiva compatibles con el principio de inocencia.[84] Sobre la regulación del Proyecto con relación a este tema volveré al referirme a la prisión preventiva.

En Alemania la discusión sobre el principio de inocencia ha sido mucho más intensa, no existiendo acuerdo doctrinal,[85] salvo en lo relativo a que del principio de inocencia se deriva el principio in dubio pro reo, aspecto que es inclusive controvertido por un sector minoritario.[86] Algunas consecuencias que diversos autores han dicho que tendría la presunción de inocencia son: la exigencia de un proceso de partes semejante al anglosajón; la necesidad de regular el "Schuldinterlokut";[87] la garantía del derecho de abstenerse de declarar; el quebranto a la presunción de inocencia a través de las

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

condiciones y mandatos que debe cumplir el imputado para el archivo del proceso (art. 153a OPP); la prohibición de mencionar el grado de sospecha; la no autorización de dar un trato distinto entre sospechosos y no sospechosos; los problemas existentes entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia, especialmente con respecto a las causales de "gravedad del hecho" (art. 112a 1 OPP) y de "peligro de reiteración" (art. 112a 2 OPP); el establecimiento de límites temporales absolutos a la prisión preventiva; la estructuración de la ejecución de la prisión preventiva teniendo en cuenta el carácter de inocente del imputado; el in dubio pro reo, etc.[88]

2.1.3. Principio del juez imparcial.

El art. 2 del Proyecto indica: "El juzgamiento y decisión de las causas penales se llevará a cabo por jueces imparciales independientes de los poderes del Estado, sólo sometidos a la ley. La ejecución penal estará a cargo de un tribunal judicial. Por ninguna causa los restantes poderes del Estado podrán arrogarse el juzgamiento de causas pendientes o el restablecimiento de las ya terminadas por decisión firme. Nadie puede ser juzgado, condenado, penado o sometido a una medida de seguridad y corrección, sino por los tribunales designados por la ley antes del hecho de la causa".

Se regula en dicho artículo la imparcialidad de los jueces, la independencia judicial y el principio del juez legal.[89] En la redacción resalta el énfasis que se da a la independencia judicial frente a los otros Poderes del Estado, lo que evidentemente obedece a los antecedentes existentes a nivel latinoamericano.

Con respecto a la imparcialidad de los jueces, el Proyecto, siguiendo lo establecido por la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 24.2), establece como una de las causales de recusación la existencia de un motivo serio y razonable que funde el temor de parcialidad (art. 25). Se corrigen así los problemas que la regulación taxativa de los motivos de apartamiento del juez, prevista en el Código de Córdoba,[90] ocasionan.

2.1.4. Principio ne bis in idem.

Se encuentra previsto en el art. 4 del Proyecto, que señala que "Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho..."[91]

En Latinoamérica la doctrina considera que una consecuencia del principio "ne bis in idem" es que no es posible un recurso de revisión en contra del absuelto o condenado. Ello no ocurre en Alemania, en donde se ha regulado con amplitud la posibilidad de recurrir en Revisión en contra del absuelto o condenado (art. 362).[92]

El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo parte en principio de la no posibilidad de un recurso de revisión en contra del imputado. Sin embargo, autoriza una causal de Revisión en contra de éste, cuando el sobreseimiento o absolutoria se hayan basado en la extinción de la acción penal por muerte del imputado, y se alega en la vía de revisión que aún vive (art. 359) . Aun cuando debe reconocerse que esta causal persigue que impere la justicia, debe optarse por la seguridad jurídica que exige el respeto del principio "ne bis in idem".[93]

2.1.5. Principio de inviolabilidad de la defensa.

El Proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica regula en forma expresa la inviolabilidad del derecho de defensa.[94] Una previsión expresa de tal principio no se encuentra en el Código de Córdoba.

Indica el art. 5 del Proyecto: "Es inviolable la defensa en el procedimiento. Salvo las excepciones expresamente previstas en este Código, el imputado tendrá derecho a intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba y de formular todas las instancias y observaciones que considere oportunas, sin perjuicio del ejercicio del poder disciplinario por la autoridad correspondiente; cuando esté privado de su libertad personal, podrá formular sus instancias y observaciones por intermedio del encargado de su custodia, quien las transmitirá inmediatamente al tribunal de la causa o al Ministerio Público. El imputado tiene derecho a elegir a un defensor letrado de su confianza. Si no lo hiciere, el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tribunal designará de oficio un defensor letrado, a más tardar antes de que se produzca la primera declaración del imputado sobre el hecho, según la reglamentación para la defensa oficial. Si prefiriese defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará, sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica y, en caso contrario, designará de oficio un defensor letrado, sin que ello menoscabe su derecho a formular instancias y observaciones, previsto en el párrafo anterior. La misma disposición rige para el condenado o para aquel a quien se le hubiere impuesto una medida de seguridad y corrección, en lo pertinente, hasta la extinción de la pena o la medida".

Es importante resaltar que la designación de oficio de un defensor en todos los casos en que no se designa un defensor particular (y no se autoriza la autodefensa), se fija como una consecuencia del principio de inviolabilidad de la defensa (y del de igualdad de armas, agrego yo). Se sigue así la regulación establecida en el Código Procesal Penal de Córdoba. La legislación alemana al respecto es insuficiente, pues no establece en forma absoluta dicho derecho, de modo que no existe derecho a un defensor de oficio en todos los casos (art. 140 OPP). Entre otras causales, es importante anotar que en Alemania existe derecho a un defensor de oficio cuando el delito inculpado estuviese castigado con pena privativa de libertad mínima de un año o superior a un año; y cuando la gravedad del hecho o la dificultad de la cuestión fáctica o jurídica, haga que el nombramiento del defensor parezca conveniente. Sin embargo, debe reconocerse que en Alemania se trata de garantizar en la medida de lo posible el derecho de elección libre del defensor de oficio del imputado, esto entre los abogados inscritos en el Distrito del Tribunal (art. 142 I OPP),[95] derecho que no se garantiza en el Proyecto ni actualmente a nivel latinoamericano.[96]

Otro aspecto en que el Proyecto supera la regulación de la Ordenanza Procesal Penal alemana es en lo concerniente al momento en que debe nombrarse el defensor de oficio. En el art. 5 del Proyecto (transcrito arriba), se indica que si el imputado no ha elegido un defensor particular, debe nombrársele uno público a más tardar antes de que se produzca la primera declaración del imputado sobre el hecho. Esto ocurre durante la instrucción. La Ordenanza alemana dispone que el nombramiento del defensor de oficio se llevará a cabo en los casos previstos antes de que el imputado sea invitado a declarar durante la etapa intermedia (art. 141).[97] Durante la instrucción puede nombrarse un defensor de oficio a petición del Ministerio Público, cuando éste estima que será necesaria la participación de un defensor público por estarse en uno de los casos de defensa necesaria.[98]

El Proyecto deja clara la función de asistencia que cumple el defensor del imputado, al señalarse que el imputado puede exigir antes de declarar la presencia de su defensor y consultar con él la actitud a asumir (art. 41).[99] En Alemania la participación del defensor como asistente del imputado entra en tensión con la definición del defensor como "órgano de la administración de justicia" (art. 1 de la Ley Federal sobre la Abogacía: BRAO), lo que crea una serie de problemas relacionados con los límites de la función de asistencia cumplida por el defensor.[100]

El número máximo de defensores que puede tener un imputado se fija en el Proyecto en 2, siguiendo al respecto lo previsto en el Código de Córdoba. La Ordenanza Procesal Penal alemana limitó en 1975 el número de defensores a 3, como consecuencia de la experiencia en asuntos de terrorismo, en los cuales los imputados como forma de obstruir el desarrollo del proceso nombraban gran cantidad de defensores.[101]

Un aspecto sobre el que la Ordenanza Procesal Penal alemana tuvo una gran influencia (art. 138 a OPP) es la regulación de las causales de apartamiento del defensor (art. 54 del Proyecto), las que fueron establecidas en Alemania como consecuencia de la experiencia en la tramitación de los delitos relacionados con el terrorismo, y en los cuales muchas veces el defensor era un integrante del grupo terrorista, y hasta había participado en los hechos.[102] A través de las causales de apartamiento previstas en el Proyecto se separa de la

defensa al defensor que con un grado de probabilidad participó en los hechos acusados, actuó como encubridor, participa en la asociación ilícita o banda que tiene relación con el ilícito, o bien participa en la evasión del imputado (art. 54). Dentro de las causales de apartamiento del defensor se incluye el haber sido testigo del hecho, causal no prevista en la legislación alemana,[103] pero que la doctrina latinoamericana, aun sin precepto legal expreso, ha defendido.[104]

Con respecto al derecho del defensor de consultar el expediente durante la etapa instructoria, el Proyecto regula como regla el derecho del defensor de consultar el expediente. Como excepción a ello se indica que el Ministerio Público "...podrá disponer, sólo una vez, el secreto total o parcial de las actuaciones por un plazo que no podrá superar los diez días corridos, siempre que la publicidad entorpezca el descubrimiento de la verdad. El plazo se podrá prorrogar hasta por otro tanto, pero, en este caso, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de la instrucción que examine los fundamentos de la disposición y ponga fin a la reserva. No obstante, cuando la eficacia de un acto particular dependa de la reserva parcial de las actuaciones, el Ministerio Público podrá disponer el secreto, con mención de los actos a los cuales se refiere, por el tiempo absolutamente indispensable para cumplir el acto ordenado, que nunca superará las cuarenta y ocho horas..." (art. 255). No se siguió al respecto la legislación alemana que es mucho más restrictiva, ya que permite que sin límite de tiempo el Ministerio Público decrete el secreto de la instrucción mientras se lleva a cabo la instrucción, ello cuando lo considere conveniente para la averiguación de la verdad (art. 147 OPP). En la práctica la regla es la negativa del Ministerio Público a enseñar las actas.[105]

En lo relativo al nombramiento de un perito, el Proyecto no es claro sobre si debe nombrarse o no cuando el Tribunal posee los conocimientos profesionales exigidos (art. 180). La legislación alemana indica en forma expresa que en dicho caso puede ser rechazada la solicitud probatoria de interrogatorio de un perito (art. 244.4 OPP). Al respecto comparto la posición de Clariá, cuando dice que si se prescindiera del nombramiento cuando el Tribunal tenga los conocimientos necesarios para captar por sí mismo el objeto probatorio que requiere ser explicado técnica, científica o artísticamente, "...las partes podrían ser excluidas del contralor y valoración de las operaciones periciales, y se destruiría el principio según el cual el juez no puede fundamentar su sentencia con base en sus conocimientos personales. De esta manera la pericia quedaría excluida del contradictorio, confundiéndose el juicio del perito con el juicio del juez".[106] Se trata en definitiva de un problema relacionado con el principio de inviolabilidad de la defensa, incluyendo dentro de éste no sólo al imputado, sino también al Ministerio Público, querellante adhesivo y partes civiles. La controversia doctrinal que ha existido en Latinoamérica sobre el punto, merece que se regule en forma expresa que el Tribunal debe proceder al nombramiento del perito aun cuando posea los conocimientos en la técnica, ciencia o arte.

Un aspecto relacionado con el derecho de defensa del imputado (y de los otros intervinientes), es el relativo al nombramiento de los llamados consultores técnicos (art. 109 del Proyecto), los que no están regulados en la Ordenanza Procesal Penal alemana. Sin embargo, en Alemania se permite que los defensores se hagan acompañar durante el debate de hombres de ciencia.[107] El Código de Córdoba los contempla, pero atribuyéndoles la calidad de peritos, que se suman a los nombrados por el tribunal, lo que provocó una discusión sobre las relaciones del "perito de parte" con el proponente de su nombramiento.[108] En el Proyecto "...se persigue... adecuar la institución de los llamados 'peritos de parte' a su verdadera función, la de colaboradores de la defensa de un interés y, por tanto, evitar la tarea discutible y penosa de intentar conciliar el interés de aquél a quien responden, con el dictamen pericial; ahora representan, inequívocamente, un interés, y por ello, obran sólo asesorando al titular de ese interés sobre cuestiones referentes a su conocimiento específico, para la mejor defensa de ese interés".[109]

El Proyecto señala, a diferencia de lo previsto en Alemania (art. 163 a 4 OPP), que "la policía no podrá interrogar autónomamente al imputado..." (art. 48). Un sector de la doctrina latinoamericana ha combatido desde hace mucho tiempo la posibilidad de que la policía reciba declaración al imputado. Se basa ello en una desconfianza fundada hacia la actuación de la policía en general, y en particular en Latinoamérica.[110]

El Proyecto no permite la condena del imputado en rebeldía, ya que ésta supondría un quebranto al principio de inviolabilidad de la defensa (art. 40).[111] El Código de Córdoba, que se tomó como base para la redacción de los efectos de la rebeldía, ni la Ordenanza Procesal Penal alemana permiten la condena de los ausentes (art. 285).

Importante es mencionar lo dispuesto por el art. 322, párrafo 2, del Proyecto, en el que se indica que "En la condena, el Tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o del auto de apertura a juicio, o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda de su competencia. Empero, el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto legal distinto del invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de elevación a juicio, si previamente no fue advertido sobre la *modificación posible de la calificación jurídica.* La regla comprende también a los preceptos que se refieren sólo a la pena y las medidas de seguridad y corrección" (el subrayado es mío). Dicha norma tiene un origen en la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 265 OPP). Se trata de garantizar no tanto el principio acusatorio (puesto que el Tribunal puede actuar sin necesidad de solicitud del Ministerio Público), sino el derecho de defensa del imputado, de modo que se eviten las condenas "sorpresivas".[112] Dicha disposición supone un notable avance frente a aquellas regulaciones basadas en la de Córdoba, que facultan al Tribunal de Juicio a variar con libertad la calificación jurídica siempre que se respeten los hechos acusados.[113]

No se establece en el Proyecto que los funcionarios deban tener autorización de sus superiores para rendir declaración. De acuerdo con la legislación alemana los jueces y funcionarios mencionados en el art. 54 de la Ordenanza Procesal Penal, requieren de una autorización previa de su superior para rendir declaración como testigos.[114] Cuando se autoriza la declaración del funcionario que recibió la información de una persona de confianza (V-Mann),[115] pero no se permite que se revele el nombre de ésta, surge el problema de si es posible utilizar la información dada por el hombre de confianza, que llega sólo en forma indirecta a conocimiento del Tribunal. La legislación alemana no dice si se puede permitir introducir al debate la declaración del hombre de confianza a través del funcionario que recibió la información. Ello ha dado lugar a una gran discusión jurisprudencial y doctrinal.[116] Se trata de un problema relacionado no sólo con el principio de inmediación, sino fundamentalmente con relación al derecho de defensa, específicamente el derecho a interrogar a los testigos de cargo, al que hace referencia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14 e)[117] y la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6.3 d).[118]

El Proyecto contempla la reposición del plazo (restitutio in integrum). Se dice así que "quien, sin su culpa, por defecto de la notificación, por fuerza mayor que no le sea imputable o por un acontecimiento fortuito insuperable, se haya visto impedido de observar un plazo y desarrollar en él una actividad prevista en su favor, podrá obtener la reposición íntegra del plazo, con el fin de realizar el acto omitido o ejercer la facultad concedida por la ley, a su pedido..." (art. 119). Una norma similar se encuentra en la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 44), pero no en el Código de Córdoba.[119] La no contemplación de la restitutio in integrum en el Código de Córdoba, obedeció a la recepción de una norma de indiscutible influencia fascista, establecida en el Código Rocco.[120] El no contemplar la restitución del plazo, como en el Código de Córdoba, hubiera supuesto un quebranto al principio de inviolabilidad de la defensa.

2.2. Principios procesales en que se basa el Proyecto.

La doctrina latinoamericana ha estado acostumbrada a estructurar el Proceso Penal de acuerdo con una serie de máximas. Así se han formulado como válidos en las diversas etapas procesales el principio de oficialidad, el principio acusatorio, el principio de legalidad y el principio de verdad material; y con respecto a la etapa de juicio el principio de oralidad, el principio de inmediación y el principio de publicidad. Hoy día la tendencia es a reconocer, fundamentalmente por razones prácticas, excepciones a los mencionados principios procesales, de modo que se habla de una "reprivatización"[121] o "consensualización"[122] del Proceso Penal.

El nuevo Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica no escapa de esta tendencia, como se verá luego. Ello sin duda lo hace muy polémico, ya que rompe la estructura del Proceso Penal con que está acostumbrada a trabajar la doctrina latinoamericana.

El desarrollo de los principios que haré a continuación no se referirá exclusivamente a lo relacionado con la nueva tendencia mencionada, sino también con respecto a otros aspectos de interés del Proyecto.

2.2.1. Principio de oficialidad.

De acuerdo con el principio de oficialidad le corresponde al Estado la persecución de los delitos, debiendo hacerlo de oficio (art. 229 del Proyecto. Art. 160 de la OPP alemana). Excepciones tradicionalmente contempladas en los diversos Códigos existen con respecto a los delitos perseguibles a instancia privada (art. 229, párrafo 3, del Proyecto), en que la instancia del ofendido opera como una condición de procedibilidad,[123] y los delitos de acción privada (art. 86 del Proyecto), en los cuales es el "ofendido" quien promueve y ejercita la acción penal.[124]

Como consecuencia del principio de oficialidad se ha tendido a otorgarle el monopolio de la acción penal pública al Ministerio Público, reduciendo al ofendido a un papel de denunciante y testigo.[125] Se ha permitido también que actúe como actor civil en el proceso penal, pero con poderes muy restringidos, puesto que sólo se le da participación en lo concerniente a la acción civil.[126] Este es el sistema del que parte el Código de Córdoba, Argentina, y gran parte de los Códigos Procesales Penales latinoamericanos. Debe reconocerse que existen también diversos países de dicha área geográfica en que se ha regulado la llamada "acción popular".

En el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo, bajo la influencia de la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 395 y ss.), se le da participación al "ofendido"[127] como "coadyuvante del Ministerio Público" ("querellante adhesivo) (art. 78). Ello se enmarca dentro de la tendencia internacional hacia una mayor participación de la "víctima" en el procedimiento penal.[128]

La "víctima" desempeña en el Proyecto una función de control del Ministerio Público con respecto al ejercicio de la acción penal. Así puede objetar el requerimiento del Ministerio Público de archivar (por razones que no son de oportunidad) o bien de sobreseer la causa (art. 269).[129] No se le da intervención alguna cuando el archivo es por razones de oportunidad reglada, ni cuando se suspende el proceso a prueba (art. 83, párrafo 2o.), ello a semejanza de lo que se dispone en la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 397.2).[130] Se diferencia el Proyecto de lo regulado en la Ordenanza alemana con respecto al archivo por razones de legalidad (art. 172), en que en el Proyecto el Ministerio Público no puede proceder por sí solo al archivo del proceso, sino es necesario que se solicite el archivo al Tribunal. Este puede rechazar la solicitud aun cuando el querellante adhesivo no se haya opuesto.[131]

En el Proyecto pueden oponerse al archivo solicitado por el Ministerio Público, tanto el querellante como el que haya pretendido serlo (art. 269).[132] En ello se diferencia de la legislación alemana. En Alemania la acción adhesiva supone que ya ha instado el Ministerio Público, por lo que el "ofendido" lo que hace es adherirse a él; mientras que en el proceso de reforzamiento de la acción (Klageerzwingungsverfahren) no participa el querellante adhesivo

(Nebenkläger), puesto que el "ofendido" no ha tenido aún oportunidad de apersonarse presentando la acción adhesiva.[133]

El "ofendido" admitido como interviniente en el proceso penal (querellante adhesivo) puede, de acuerdo con el Proyecto, además ofrecer prueba (art. 276) y participar en el debate (art. 83). Puede también "pedir" al Ministerio Público que se presente recurso de casación en contra del imputado, o bien que se amplíe el recurso presentado (art. 339).[134] Para ello su "petición" se debe hacer con las formalidades de un recurso de casación. El Ministerio Público decidirá si acoge la "petición", correspondiéndole responsabilidad disciplinaria en caso de que no haya actuado correctamente. En la Ordenanza Procesal Penal alemana se le dan mayores poderes al querellante adhesivo, ya que puede recurrir independientemente de la Fiscalía (art. 401). Debe indicarse que en Alemania algunos propugnan por la eliminación del querellante adhesivo, ello ya que se dice que persigue solamente intereses individuales, sea la venganza y la indemnización civil.[135] Se trata de la misma argumentación dada en Latinoamérica con respecto a la eliminación de toda participación de la "víctima" en el ejercicio de la acción penal pública.[136] Sin embargo, debe anotarse que la participación de la "víctima" es un control importante frente a la burocratización a que tiende el Ministerio Público.[137] Por otro lado, la "víctima" tiene un interés legítimo en el desenlace del proceso.

En definitiva el Proyecto trata de hacer compatible el principio de oficialidad con una mayor participación del "ofendido" dentro del proceso penal, manteniendo en un carácter preponderante al Ministerio Público, e instituyendo al "ofendido" como un simple coadyuvante de éste (art. 83). Es de criticar, sin embargo, que no se regula en el texto principal del Proyecto, sino solamente como alternativa para aquellos países que deseen dar más intervención penal a las asociaciones intermedias, el que "en los delitos de acción pública, las asociaciones, reconocidas por el Estado, podrán asumir el papel de querellante, por sí mismas, en aquellos delitos que afecten intereses colectivos, y por el pedido del ofendido en los demás casos, siempre que la persecución penal se vincule con el objeto de la asociación".[138] Una regulación de ese tipo (no contemplada en la legislación alemana) es necesaria como medio de control de la actividad del Ministerio Público en los delitos llamados "de intereses difusos".[139]

El Proyecto establece (fuera del texto principal), para aquellos países que prefieran, políticamente, un querellante con mayores atribuciones para la persecución penal e incorporar la acción popular como alternativa a la regulación relatada, la "acción popular", pero limitada a los delitos que afecten intereses colectivos o cometido con abuso de la autoridad pública. El contemplar como alternativa la "acción popular", obedece a que se busca la aceptación del Proyecto en aquellos países en los que la "acción popular" tiene una gran tradición, aparte de que se trata de establecer un control que evite las violaciones a los derechos humanos que se han dado a nivel latinoamericano.[140]

Es de lamentar que en el Proyecto no se le otorgaran facultades al "ofendido" por el hecho de serlo, sin necesidad de que se apersone como querellante adhesivo. En ese sentido en la Ley alemana de Protección a la Víctima, de 1986, se dispuso, entre otros aspectos, el derecho a examinar los autos en tanto no se oponga a ello un interés preponderante digno de protección, del inculpado o de un tercero (art. 406 d) OPP); el derecho del ofendido a la asistencia letrada (art. 406 f) OPP) y el derecho a ser informado sobre el desenlace del proceso (art. 406 d) OPP).

2.2.2. Principio acusatorio.

A través del principio acusatorio se han separado las funciones de acusar y juzgar, no pudiendo actuar el órgano juzgador de oficio ("Wo kein Kläger, da kein Richter"; "ne procedat iudex ex oficcio"; "nemo iudex sine actore").

El Proyecto garantiza el citado principio. Así establece que el Ministerio Público es a quien le corresponde el ejercicio de la acción penal (art. 68), no pudiendo actuar el órgano jurisdiccional de oficio.

Es importante anotar que le confiere al Ministerio Público la realización de la instruc-

ción preparatoria (Ermittlungsverfahren), lo que se hace como una forma de garantizar el principio acusatorio.[141] Sobre ello volveré más adelante.

2.2.3. Principio de legalidad.

La legislación latinoamericana tiende a establecer sin excepción el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal pública, excluyendo así todo criterio de oportunidad. Como consecuencia de ello la promoción de la acción penal pública es siempre necesaria. Igualmente una vez promovida la acción penal no puede suspenderse ni hacerse cesar. Así sucede por ejemplo en el Código de Córdoba y los que lo han tenido como modelo.[142]

El Proyecto establece como regla el principio de legalidad (art. 229), y como excepción a dicha regla criterios de oportunidad reglada (art. 230).[143] En la regulación de las causales que se recomiendan, la legislación alemana desempeñó una gran influencia. Deben destacarse como causales de oportunidad la insignificancia o falta de frecuencia del hecho, de modo que no afecta el interés público (cuando la pena mínima no supere los 3 años y además no se trata de un delito cometido por un funcionario público), y la contribución o culpabilidad leve del agente en la comisión de un hecho en que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. Dichas causales tienen una influencia de la legislación alemana (art. 153 OPP),[144] que contempla como una de las causales de archivo por razones de oportunidad la culpabilidad ínfima del autor cuando no existe un interés público en la persecución. Si bien debe aceptarse el archivo del proceso en asuntos de bagatela, debe reconocerse que la redacción de las citadas causales del Proyecto, y la de la causal mencionada de la Ordenanza Procesal Penal alemana, envuelven el problema de la falta de precisión,[145] lo que evidentemente lleva a problemas relacionados con el tratamiento igual a los diversos imputados que se encuentren en situaciones similares, tal y como ha ocurrido en Alemania.[146] Nótese que con respecto a la legislación alemana no existe unanimidad doctrinal sobre qué debe entenderse por "culpabilidad escasa" e "interés público".[147]

El archivo por razones de oportunidad necesita en el Proyecto la autorización del juez de instrucción. En ello se diferencia de la legislación alemana, la que establece que la aprobación del Tribunal (que interviene en la etapa intermedia) no se requiere en caso de delito castigado con pena privativa de libertad mínima inferior a un año (Vergehen), que se hubiera dirigido contra un patrimonio ajeno, y no estuviera amenazado con una pena elevada al mínimo, cuando los daños causados fueran mínimos. La posibilidad de archivo sin autorización judicial ha sido criticada por la doctrina alemana.[148]

El principal fundamento que se da para la admisión de criterios de oportunidad es la imposibilidad real del Estado de juzgar todos los delitos que se cometen en su territorio, por lo que deben seguirse criterios selectivos de acuerdo con la gravedad del hecho. Se ha dicho con razón que lo que se hace al regular criterios de oportunidad como excepción al principio de legalidad, no es sino contemplar una situación que en forma informal se da en la práctica sin ningún control.[149]

Se distingue en el Proyecto entre causales de "oportunidad" y causales de "suspensión del proceso a prueba" (art. 231). Se regula esta última como "una anticipación de las instituciones de la condena condicional, la remisión de la pena a prueba o la suspensión de la pena, para que funcionen sin condena".[150] Se persigue evitar los efectos perniciosos que tiene la persecución penal y la condena,[151] lograr el descongestionamiento de los tribunales, y garantizar en la medida de lo posible el derecho a la indemnización que posee la víctima del delito. Por esto último se enmarca dentro de la tendencia internacional hacia el fortalecimiento del papel de la víctima en el proceso penal.[152] Se trata de una solución consensual, ya que se requiere la anuencia del imputado, el que debe admitir además la veracidad de los hechos que se le atribuyen. El Tribunal (que interviene en el procedimiento intermedio), debe aprobar la suspensión del proceso a prueba.[153]

Importante es resaltar que no procede con respecto a todos los delitos, sino se requiere que sea admisible la condena condicional, la suspensión condicional de la pena o la remisión de la pena.[154]

Requisito fundamental para la "suspensión a prueba del proceso" es que "...el acusado hubiere reparado el daño convenientemente; afianzare esa reparación; demostrare la absoluta reparación de hacerlo; o asumiere formalmente la obligación de reparar el daño de acuerdo con sus posibilidades, y como parte de las condiciones de prueba". Ello es conforme a la tendencia hacia el reconocimiento de la reparación del daño (Wiedergutmachung), como causal de archivo del proceso (o bien de exclusión de la pena).[155] Importante es que se establece no sólo como causal de "suspensión del proceso a prueba" la efectiva reparación o la promesa de ella, sino también se contempla los casos en que el imputado demuestra su imposibilidad de llevar a cabo la reparación, o bien se compromete a realizarla de acuerdo con sus posibilidades. Dicha solución combate las críticas que se le han hecho a la reparación como contraria al principio de igualdad entre ricos y pobres.

Aparte de lo dicho sobre la reparación, puede imponerse diversas instrucciones de comportamiento al imputado, por ejemplo de residencia, capacitación, abstención de usar ciertas sustancias, prestar trabajo no retribuido en favor del Estado, etc.[156]

La regulación de la "suspensión del proceso a prueba" contemplada en el Proyecto, sin duda recibió una influencia del art. 153 a) de la Ordenanza Procesal Penal alemana, introducido en ésta en 1975.[157] Sin embargo, en el Proyecto la reparación ocupa un papel preponderante, mientras que en la Ordenanza Procesal Penal alemana se regulan otras medidas alternativas a la reparación, tales como el pagar una cantidad en favor de una institución de utilidad pública o del Estado; el proporcionar prestaciones de otra forma útiles públicamente; el cumplir obligaciones alimenticias en determinada magnitud. Tal vez debido a que se establecen de manera alternativa estas medidas, y no subsidiaria a la exigencia de la reparación, ésta no ha tenido mayor utilización práctica. Así en 1987 el 98,5% de las obligaciones consistía en el pago de una multa, solo el 0,8% en reparación de los daños y el 0,7% en prestaciones de trabajo en provecho de la comunidad.[158]

Es criticable tanto en la legislación alemana como en el Proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica (art. 83), el que no se le dé participación al ofendido en el procedimiento de suspensión del proceso a prueba. Debido a que la reparación del daño está regulada entre las causales contempladas en la Ordenanza Procesal Penal alemana para la suspensión del proceso, y es el requisito fundamental en el Proyecto iberoamericano, es claro que debería dársele oportunidad a la víctima de participar oponiéndose a la suspensión y bien prestando su conformidad, resolviendo su reclamo el Tribunal.

2.2.4. Principio de verdad material.

De acuerdo con el principio de verdad material lo que importa en el proceso penal es la investigación de la verdad histórica, y no la verdad "consensual" ni la "legal" (tasación del valor de las pruebas).

De dicho principio se extraen los subprincipios de investigación judicial autónoma, libertad de la prueba, y valoración de la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, todos ellos regulados por el Proyecto en comentario.[159]

Sin embargo el principio de verdad material no debe llevar a la investigación de la verdad a cualquier precio, de modo que se autorizara el quebranto de los derechos de la persona que sirve de medio de prueba.[160]

El art. 45 del Proyecto se refiere a los métodos prohibidos de la declaración del imputado. Indica que "En ningún caso se le requerirá al imputado ratificación solemne de su exposición, ni será sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa, salvo aquellas expresamente autorizadas por la ley penal o procesal, ni se usará medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad, ni se le hará cargos o reconvenciones tendientes a obtener su declaración. Toda medida que menoscabe la libertad de decisión

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del imputado, su memoria o su capacidad de comprensión y dirección de los actos está prohibida, en especial los malos tratos, las amenazas, el agotamiento, las violencias corporales, la tortura, el engaño, la administración de psicofármacos, los llamados 'sueros de la verdad', 'detectores de mentiras' y la hipnosis". Al igual que la regulación correspondiente de la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 136 a) OPP),[161] se trata de eliminar los métodos que degradan la condición de persona del imputado, y lo convierten en un mero objeto.[162] Sin embargo, a diferencia de lo dispuesto por la Ordenanza alemana, no se señala qué pasa si el resultado del quebranto es exculpatorio del imputado. En Alemania aun en ese caso el resultado no podría ser aprovechable (art. 136 a) OPP).[163] En el Proyecto no se dice nada en forma expresa. El art. 52 del Proyecto dice que la inobservancia de las normas referentes a la declaración del imputado (dentro de las que se encuentra la prohibición de la utilización de sueros de la verdad, detectores de mentiras o hipnosis), "...impedirán aprovechar la declaración para fundar cualquier decisión en contra del imputado, total o parcialmente, aun cuando él hubiere dado su consentimiento expreso para infringir alguna norma o para utilizar su declaración..." (el subrayado no es del original). A ello se agrega que el último párrafo del art. 1 del Proyecto indica que la inobservancia de una garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio.[164] De dichos artículos puede extraerse que cuando se ha quebrantado el art. 45, citado arriba, puede utilizarse el resultado exculpatorio en favor del imputado.[165] De ello no debe deducirse que la utilización de sueros de la verdad, detectores de mentiras, hipnosis, etc., esté autorizada en cuanto puedan favorecer al imputado, tal y como se establecía en el Proyecto Maier para La Nación (Argentina) de 1986 (arts. 45-51).[166] Al contrario sigue siendo antijurídica su utilización, sólo que en caso de su quebrantamiento puede favorecer al imputado.[167]

En relación con la prueba ilícita el Proyecto indica que "...son inadmisibles, en especial, los elementos de prueba obtenidos por un medio prohibido, tales como la tortura, la indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados..." (art. 148, párrafo 2o.). Se indica además que "Todo elemento de prueba, para ser valorado, debe haber sido obtenido por un procedimiento permitido e incorporado al proceso conforme a las disposiciones del Código..." (art. 149, párrafo 1o.).[168] Un problema esencial es la solución que se debe dar a los problemas de prueba obtenida en forma indirecta como resultado del quebranto de la ley procesal, sea el problema de la llamada "teoría de los frutos del árbol envenenado", elaborada inicialmente por la jurisprudencia de los Estados Unidos de América, pero sobre la que existe una extensa discusión en Alemania, sin que a la fecha exista acuerdo doctrinal ni jurisprudencial.[169] Por ejemplo a través de un allanamiento ilegal realizado en la casa de A para investigar la muerte de B, se encuentra un papel en que consta que el arma homicida se encuentra en la casa de C. Se practica un segundo allanamiento, éste con las formalidades legales, en la casa de C y se encuentra el arma. Se llevan a cabo pruebas científicas por medio de las cuales se determina que efectivamente es el arma homicida, y que huellas dactilares de A se encuentran en el arma. Se ha dicho que el Proyecto dejó de resolver este problema, para dejar que lo hiciera la jurisprudencia de cada país.[170] Hubiera sido preferible que se hubiesen establecido reglas claras al respecto.

Un problema relacionado con la "reprivatización" o "consensualización" del proceso penal, a la que me referí antes, es la regulación del "Procedimiento Abreviado" en el Proyecto (arts. 371-373).[171] Permite dicho procedimiento prescindir del juicio oral y público, cuando el Ministerio Público estimare suficiente la imposición de una pena no mayor de dos años de privación de libertad o una pena no privativa de libertad.[172] Se requiere el consentimiento del imputado, el que debe admitir el hecho descrito en la acusación y su participación en el mismo (art. 371). El Tribunal podrá absolver o condenar, según corresponda, fundando su resolución en el hecho descrito en la acusa-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción, admitido por el imputado, pero la condena no podrá superar la pena requerida por el Ministerio Público (art. 372). A través del procedimiento abreviado se sustituye la "verdad material" por la "verdad consensual", sin perjuicio de la necesidad de que el juzgador valore la veracidad de la aceptación de los hechos acusados por el imputado, de modo que cuando tiene dudas al respecto rechace el procedimiento abreviado (art. 372).

El procedimiento abreviado en definitiva tiene relación no sólo con respecto a la vigencia de la verdad material, sino también a la del principio de publicidad. A través de la idea de prescindir de la publicidad del debate y de la recepción de la prueba, se pretende evitar el congestionamiento de los tribunales, y además evitar la estigmatización sufrida por el imputado al discutirse en público los hechos y aspectos relacionados con su personalidad.[173]

Como antecedente del "Procedimiento Abreviado" debe señalarse el supuesto de confesión del imputado durante el debate ante el juez correccional, regulado en el Código de Córdoba,[174] que permite que con la anuencia del juez, fiscal y defensor, se prescinda de la prueba tendiente a acreditar la culpabilidad.[175]

En Alemania existe el llamado Proceso por orden penal (Verfahren bei Strafbefehlen), en el cual se prescinde también de la publicidad y de la recepción de las pruebas por el Tribunal (arts. 407 y ss. OPP). Sin embargo mientras en el procedimiento abreviado regulado en el Proyecto se requiere el acuerdo previo entre el Ministerio Público y el imputado, en el Proceso por orden penal previsto en Alemania se parte de la solicitud del Ministerio Público y de la aceptación de dicha petición por el Tribunal, de modo que éste emite la llamada orden penal en la que se determina las consecuencias jurídicas. En realidad la resolución del juez implica una sentencia condenatoria y contiene una pena.[176] Solo después de ello es que puede intervenir el imputado oponiéndose a la orden penal. Dicha oposición provoca el debate oral. El proceso por orden penal es usado con mucha frecuencia en la práctica alemana.[177] De acuerdo con mi criterio la renuncia a la publicidad no puede establecerse de manera tácita, sino expresa, y todo procedimiento tendiente a dicha renuncia debe partir del acuerdo previo entre Ministerio Público e imputado.[178]

2.2.5. Principios de oralidad, publicidad e inmediación.

Son todavía pocos los Códigos Procesales Penales latinoamericanos que contemplan un juicio oral y público, en que tenga vigencia el principio de inmediación.[179]

El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo conforme al sistema inquisitorio reformado (como se le llama en Alemania), o sistema mixto (como se le denomina en Latinoamérica), prevé una fase preparatoria escrita y secreta para extraños, y una etapa de juicio en que tienen vigencia los principios de oralidad, publicidad e inmediación (art. 291 y ss.).

En lo relativo a las excepciones a la publicidad se prevén en el Proyecto las normalmente previstas en la legislación comparada, sea cuando se afecte el honor u honestidad de alguno de los intervinientes o de alguna persona citada para participar en él; afecte gravemente el orden público, la seguridad del Estado o las buenas costumbres; o peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida fuera punible (art. 293). A dichas excepciones hay que agregar los supuestos de "Proceso Abreviado", al que me referí antes, y el Proceso de Menores de 18 años, esto último como lo recomienda la doctrina.

Es lamentable que el Proyecto no contemple ninguna norma relativa a las transmisiones radiales y televisivas desde la Sala de Audiencias, de modo que se limiten éstas, tal y como está previsto en la Ley alemana (art. 169 de la Ley Orgánica de los Tribunales).[180] Debe recordarse que no puede extraerse del principio de publicidad el derecho de transmisión televisiva y radial del debate (publicidad ampliada), el que aparte de los problemas que ocasiona en el desarrollo normal del debate,[181] está relacionado con el derecho a la imagen y a la voz, provoca una gran estigmatización del imputado, y permite una manipulación de la información, al transmitirse normalmente solamente algunas "escenas" del debate.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Consecuencia del principio de inmediación es el de concentración. Se trata de evitar que los actos cumplidos en el debate vayan a ser deformados en cuanto a su memoria por los jueces debido al transcurso del tiempo. Por ello el proceso penal debe realizarse en las audiencias consecutivas que se requiera hasta su finalización, permitiéndose como excepción la suspensión del debate por un período corto de tiempo.[182] Igualmente exige que la sentencia sea pronunciada poco tiempo después de la finalización del debate. El Proyecto sigue al respecto las previsiones del Código Procesal Penal de Córdoba y no las de la Ordenanza Procesal Penal alemana, que por el largo período por el que se autorizan las suspensiones (art. 229 OPP),[183] y por el período también largo que transcurre desde que se termina el debate oral hasta el dictado de la sentencia (art. 268 OPP),[184] no serían compatibles con el principio de concentración, de acuerdo al contenido asignado a éste por la doctrina latinoamericana conforme a las enseñanzas de Vélez Mariconde.[185]

Se prevén en el Proyecto causales de suspensión del debate hasta por 10 días (art. 297). Con respecto al dictado de la sentencia, se dispone que la deliberación de los jueces debe realizarse inmediatamente después de la terminación del debate (art. 319), y que una vez terminada debe ser pronunciada públicamente la sentencia, pero se permite que se difiera la redacción de los fundamentos hasta por 5 días, ello como excepción (art. 324).

Con respecto al principio de identidad física del juzgador, consecuencia del de inmediación, es de destacar la posibilidad contemplada en el Proyecto, de que el Tribunal se constituya desde un inicio con un número de jueces superior al necesario para su integración. Así si un juez se enferma de modo que no puede continuar o muere, pueda ser substituido por el juez suplente que ha presenciado todos los actos del debate (art. 297.3). Se trata de una regulación que se encuentra en la legislación alemana (art. 192 II GVG).[186] Se trata con dicha previsión de evitar la reiniciación en caso de muerte o enfermedad grave de un juez en los procesos de gran duración.

2.3. Etapas del Procedimiento Penal.

El Procedimiento Penal se divide en el Proyecto en 5 etapas: Fase Instructoria, Fase Intermedia, Fase de Juicio, Fase de Impugnación ante Casación y Fase Ejecutiva.

2.3.1. Etapa instructoria.

El Proyecto, imitando la regulación en la Ordenanza Procesal Penal alemana convierte al Ministerio Público en "el Dueño de la Instrucción" (art. 69). El Ministerio Público es quien dirige la investigación preparatoria y no un juez de instrucción. Para ello cuenta con el auxilio de la Policía Judicial (arts. 68 y 73).[187]

Con la transmisión de las funciones instructorias al fiscal se pretende garantizar en el Proyecto el principio acusatorio, como se dijo antes, y además producir un aceleramiento del proceso.[188] Sobre la garantía del principio acusatorio es importante citar lo dicho por los autores del Proyecto: "No es consecuente... la entrega de ambas funciones —la de requerir y la de decidir—, durante el procedimiento preparatorio, a un inquisidor, a un sólo órgano estatal encargado de cumplir las dos tareas, v. gr., el juez de instrucción. Su existencia sólo se puede explicar como producto de las contradicciones y compromisos que todo movimiento histórico genera, esto es, de las marchas y contramarchas de un proceso cultural aún no terminado. En efecto, no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor. Esto es, precisamente, lo que ha sucedido al colocar la instrucción en manos de jueces inquisidores. El buen propósito de garantizar más al perseguido, colocando la investigación preparatoria en manos de un juez, sucumbió necesariamente ante la idea simple de que nadie es buen guardián de sus propios actos, esto es, quien está comprometido con la eficiencia de la investigación no puede ser, al mismo tiempo, quien controla el límite de sus poderes".[189]

Se dispone que el Ministerio Público en el ejercicio de su función debe actuar de manera

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

objetiva (art. 69 del Proyecto).[190] Ello no está expresamente establecido en la Ordenanza Procesal Penal alemana, pero se deduce del art. 160. A diferencia de ésta,[191] el Proyecto regula en forma expresa el derecho a recusar a los miembros del Ministerio Público (art. 72), tal y como está establecido en el Código de Córdoba.

A nivel latinoamericano un importante antecedente de la instrucción a cargo del Ministerio Público es la llamada Instrucción Sumaria a cargo del Ministerio Público, regulada en el Código de Córdoba y en otros Códigos que los utilizaron como modelo. Dicha Instrucción Sumaria procede en delitos de escasa gravedad.[192]

El Proyecto siguiendo las previsiones de la Ordenanza Procesal Penal alemana establece un juez de la investigación preliminar, que desempeña funciones de control. En la Exposición de Motivos del Proyecto se resume en qué consisten estas funciones. Así se dice que se establecen "...dos tipos de actividades de control. En primer lugar, los actos que implican una decisión y una autorización: entre ellos todas las decisiones acerca de las medidas de coerción, personales o referidas a la obtención de prueba (ej. allanamiento de morada, interceptación y apertura de correspondencia o comunicaciones, etc.), los que habilitan la intervención de distintas personas en el procedimiento (actor civil, tercero civilmente demandando, querellante) y las decisiones que extinguen o imposibilitan el ejercicio de la acción penal o civil. Por otra parte, están también a su cargo los actos definitivos e irreproductibles, que por su naturaleza, no implican una actividad decisoria, sino el mero resguardo de las condiciones necesarias para su eventual incorporación posterior al debate (anticipo de prueba)".[193]

Omisión grave del Proyecto es el no señalar la ubicación institucional del Ministerio Público y la Policía Judicial. En Alemania la doctrina discute sobre cuál es la ubicación institucional del Ministerio Público, no existiendo acuerdo al respecto. Algunos consideran que pertenece al Poder Ejecutivo,[194] mientras otros señalan que se trata de un órgano autónomo de la administración de justicia, ubicado entre el Poder Judicial y el Ejecutivo,[195] aunque su máximo jefe es el Ministro de Justicia.[196] Con respecto a los oficiales de policía designados para colaborar directamente con el Ministerio Público, pertenecen en Alemania al Ministerio del Interior del Estado (Land) respectivo.[197] Considero que en Latinoamérica el Ministerio Público y la Policía Judicial deben ser ubicados como órganos autónomos dentro del Poder Judicial.[198] Ello debe hacerse atendiendo a la realidad latinoamericana tan proclive a la corrupción y al exceso de poder.[199] La omisión indicada es grave, ya que dependiendo de la respuesta que se dé a la ubicación de los citados órganos, puede aceptarse o no que se le transfiera la dirección de la instrucción al Ministerio Público. Debe preferirse el establecer al Ministerio Público y a la Policía Judicial como órganos autónomos pertenecientes al Poder Judicial, y no simplemente como órganos autónomos sin relación con el Poder Judicial y el Ejecutivo, ya que la ubicación en el primero permitiría en la realidad latinoamericana una mayor protección frente al Ejecutivo.[200]

2.3.2. Etapa intermedia.

A similitud de la Ordenanza Procesal Penal alemana es que se regula la etapa intermedia (art. 267 y ss. del Proyecto). La función principal de esta es la de servir de control con respecto a las conclusiones a las que llegó el Ministerio Público luego de terminar la etapa instructoria. Se trata fundamentalmente de determinar si existe sospecha suficiente para elevar la causa a juicio, evitando juicios inútiles y garantizando el derecho de defensa.

A semejanza de lo dispuesto en la legislación alemana (art. 201 OPP), se dispone que durante la etapa intermedia el imputado puede solicitar que se reciban medios probatorios omitidos durante la etapa instructoria (art. 268.4 del Proyecto). Dicha disposición que no se encuentra regulada en el Código de Córdoba, es necesaria desde que se confía la dirección de la instrucción al Ministerio Público.

En Alemania quienes actúan como jueces en la etapa intermedia, son los mismos que actuarán en la etapa de juicio (art. 199 OPP),

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

excluyéndose los jueces legos del Tribunal, de modo que éste está formado durante la etapa intermedia solamente por jueces profesionales. Ello ha dado lugar a que esta etapa sea criticada, ya que se dice que los jueces profesionales del juicio oral estarían prejuzgando, aun cuando sea en lo atinente a la existencia de la probabilidad de que el imputado luego sea condenado, y no a la certeza de la culpabilidad de éste. Se ha propuesto así por algunos la supresión de la etapa intermedia.[201] Sin embargo, el problema se solucionaría simplemente atribuyéndole competencia en la etapa intermedia a un tribunal distinto del que conocería del asunto en la Etapa de Juicio.[202] El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, no presenta dicho problema, ya que se establece como causal de apartamiento de jueces el haber intervenido como juez en otro período del procedimiento (art. 22.2).

No se regulan en el Proyecto excepciones a la etapa intermedia, como ocurre en Alemania con respecto al llamado "procedimiento acelerado" (Beschleunigtes Verfahren). Dicho procedimiento se prevé en Alemania cuando las circunstancias que rodean al asunto fueran sencillas, de modo que se hace posible su enjuiciamiento rápido (art. 212 OPP). Se puede seguir en los asuntos que en la etapa de juicio son competencia del juez penal o del Tribunal de Escabinos (art. 212 OPP). Cuando se procede por dicho procedimiento no es posible imponer una pena privativa de libertad superior a un año o una medida de corrección o de seguridad (art. 212 b) OPP). Si el fiscal solicita que se proceda por dicho procedimiento, el Tribunal decide sin oír al imputado (art. 212 b) OPP), lo que constituye a mi juicio un quebranto al derecho de defensa.

En el Proyecto se inicia la etapa intermedia no sólo con la solicitud de elevación a juicio, sino también con el pedido de archivo o de sobreseimiento. Es de destacar que se regula el sobreseimiento no sólo cuando con evidencia falta una de las condiciones que habilita la imposición de una pena, sino también cuando a pesar de la falta de certeza, no existiera, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir, fundadamente la apertura a juicio (art. 278). A diferencia de lo sostenido por la doctrina alemana, el sobreseimiento por falta de prueba suficiente produce cosa juzgada material (art. 280 del Proyecto).

A través de este tipo de sobreseimiento, se le da prevalencia a criterios de seguridad jurídica. Se substituye así el llamado "sobreseimiento provisional" tomado por muchas legislaciones latinoamericanas de la Ley Procesal Penal española,[203] y la "prórroga extraordinaria de la instrucción" por un término fijo, establecida en el Código de Córdoba.[204] Es posible solamente la prórroga de la instrucción cuando existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba, los que se deben enumerar.

2.3.3. Etapa de juicio.

La etapa de juicio se divide en actos preliminares, debate, y sentencia.

En el debate (art. 291 y ss. del Proyecto) es cuando tienen vigencia los principios de oralidad, publicidad e inmediación a los que se hizo mención.

Importante es destacar que el Proyecto siguiendo el sistema anglosajón, establece la posibilidad de que el debate se divida en dos, una primera parte en la que se discute la cuestión acerca de la culpabilidad del acusado, y una segunda parte en que se resuelve acerca de la determinación de la pena o medida de seguridad y corrección. Sin embargo, los autores del proyecto no se atrevieron a disponer dicha división en todos los casos, sino se deja a discreción del Tribunal el ordenarla, cuando sea conveniente para resolver adecuadamente sobre la pena y para una mejor defensa del acusado (art. 287). El acusado tiene derecho a exigir la división del debate cuando la pena máxima de los hechos imputados, supere los cinco años de prisión (art. 287). En Alemania desde los años 20 se ha discutido acerca de la división del debate en dos etapas (Schuldinterlokut). La doctrina dominante propone dicha división.[205] Se dice para ello que la división del juicio oral en dos etapas protege el derecho a la intimidad del imputado, ya que sólo se inda-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

garán aspectos relacionados con la personalidad de éste y sus antecedentes, cuando se ha determinado previamente su culpabilidad. Además se ha dicho que la división del juicio permite una mejor individualización de la pena o de la medida de seguridad a imponer.[206]

Otro aspecto en el que el Proyecto incorpora las recomendaciones de reforma procesal propuestas por la doctrina alemana,[207] es en lo concerniente a la forma en que debe llevarse a cabo el interrogatorio de los testigos y peritos. Así se dice que el presidente "...le otorgará la palabra para que informe todo lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba. Al finalizar el relato, concederá el interrogatorio al que lo propuso y, con posterioridad, a los demás intervinientes que desean interrogar, en el orden que lo considere conveniente. Por último, el mismo presidente y los miembros del Tribunal podrán interrogar al perito o al testigo, a fin de conocer circunstancias de importancia para el éxito del juicio..." (art. 314). Se pretende con ello un cierto acercamiento al sistema anglosajón para asegurar la imparcialidad del Tribunal, sin dejar de considerar la obligación de éste de buscar la verdad material.

2.3.4. Etapa de casación.

Característica del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica es que la única forma de combatir la sentencia producto del debate es a través de un recurso de casación,[208] no siendo posible la presentación de un recurso de apelación (art. 338 y ss.).[209] Se parte de que el recurso de apelación es incompatible con el debate oral, ya que si el Tribunal de apelaciones resuelve sobre la base de las actas del juicio oral, no funcionaría el principio de inmediación, pilar del debate oral; y si se realizara de nuevo un debate oral, resguardándose el principio de inmediación, el nuevo debate no sería en realidad una segunda instancia, sino una segunda primera instancia, ya que no se trataría de una reproducción del primer debate.[210] La solución proviene del Código de Córdoba, y de los que lo han utilizado como modelo. Sin embargo, debe reconocerse que la apelación está muy arraigada en la cultura jurídica latinoamericana,[211] sobre todo porque hasta el momento han predominado los procedimientos sin vigencia de la inmediación, con respecto a los cuales la apelación no tiene ningún problema para funcionar. Para combatir las críticas a la no contemplación del recurso de apelación en contra de la sentencia producto del juicio oral, los redactores del Proyecto recomiendan la integración colegiada del Tribunal de Juicio (al menos tres miembros), basándose en que cuando intervienen varias personas se reduce la posibilidad de errores.[212]

Es importante resaltar que la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2.h) garantiza el derecho a recurrir la sentencia condenatoria, y que la doctrina latinoamericana en general ha estimado como suficiente para cumplir con dicho requisito, el que se autorice la interposición de un recurso de casación.[213]

En Alemania se concede el derecho a presentar recurso de apelación en contra de las sentencias condenatorias, pero no en todos los casos, sino en los de menos importancia, sea contra todas las sentencias de los Amtsgerichte (art. 312 y ss.). El recurso de apelación provoca la celebración de un nuevo debate. Sin embargo, la discusión sobre la conveniencia de un recurso de apelación en contra de la sentencia dictada luego del juicio oral no es un tema desconocido en Alemania. Así se ha llegado a proponer la eliminación del recurso de apelación, pero ampliando las causales de casación, de modo que se abra la posibilidad en ciertos casos de discutir la fijación de los hechos realizada en la sentencia.[214] Actualmente en Alemania en contra de las sentencias dictadas por otros tribunales sólo procede recurso de casación.

2.3.5. Etapa de ejecución.

La principal innovación del Proyecto es el contemplar el juez de ejecución o de vigilancia, como control sobre la legalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad,[215] como es la tendencia internacional (de la que no escapa Alemania).[216] En Latinoamérica la creación del juez de ejecución ha sido propugnada por un sector de la doctrina,[217] aunque solamente unos pocos países lo han creado.[218]

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2.4. Posición del imputado.

Es claro que de acuerdo con un Derecho Procesal Penal respetuoso de los derechos humanos el imputado es un sujeto procesal y no un simple objeto de la persecución penal, tal y como sucedería en un sistema inquisitivo. El que sea sujeto procesal implica que debe reconocerse su dignidad, y supone que deben reconocérsele una serie de derechos, por ejemplo el derecho de abstenerse de declarar, el in dubio pro reo, el que las medidas coercitivas en contra del imputado tengan un carácter excepcional (principio de proporcionalidad), y sean dictadas con base en la necesidad procesal y no con fundamento en criterios propios del derecho sustantivo (consecuencia de la presunción de inocencia), etc. Otros aspectos relacionados con la garantía de la calidad de sujeto procesal del imputado, son también por ejemplo la protección del principio de inviolabilidad de la defensa, y de la imparcialidad del juzgador, a los que me referí con anterioridad.

Voy a tratar en este apartado el derecho del imputado de abstenerse de declarar y las medidas coercitivas en contra del imputado.

2.4.1. Derecho del imputado de abstenerse de declarar.

2.4.1.1. Nociones generales.

Con respecto a la declaración del imputado ya referí algunos aspectos relacionados con los métodos prohibidos del interrogatorio. Ahora me ocuparé del derecho del imputado de abstenerse de declarar.

El art. 41 del Proyecto señala con respecto al interrogatorio al imputado, que debe advertírsele que puede abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio. Una norma similar se encuentra en la Convención Americana de Derechos Humanos, la que reconoce en su artículo 8.2.g), el derecho del imputado de no intervenir como "testigo" en contra de sí mismo, y de no reconocerse culpable.

El Proyecto reconoce el derecho del imputado de intervenir en careos (art. 51 y 195), a no ser sujeto activo en un acto de reconocimiento (arts. 193 y 194), a no participar en la reconstrucción (art. 159). No se reconoce el derecho del imputado de negarse al reconocimiento cuando es sujeto pasivo del mismo (art. 193), ni con respecto a la intervención corporal (art. 38).

En Alemania está regulado el derecho del imputado a abstenerse de declarar. Así el art. 136 de la Ordenanza Procesal Penal indica que al comienzo del primer interrogatorio del imputado "...se le advertirá que es libre según la ley de declarar sobre la inculpación o no, de declarar sobre la causa..."[219] El art. 243, párrafo 4, garantiza también dicho derecho, al decir que el presidente del Tribunal durante la vista oral le advertirá al imputado que "...es libre de pronunciarse sobre la acusación, o de no declarar sobre la causa..."[220] Ambos artículos presentan el problema de que no se dice expresamente que la abstención del declarar no puede tomarse en contra del imputado, lo que ha hecho que un sector mayoritario en un pasado de la doctrina, y minoritario actualmente, se haya pronunciado porque lo único que se garantiza es que el imputado no declare, pero no que su negativa no se puede utilizar en su contra, ya que al respecto rige el principio de libre apreciación de la prueba (art. 261).[221]

Es importante mencionar que la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene en forma expresa el derecho del imputado de abstenerse de declarar,[222] derecho que no está reconocido tampoco expresamente en la Constitución Política alemana.

El derecho de abstenerse de declarar plantea una serie de problemas, por ejemplo si existe con respecto al interrogatorio sobre las calidades personales del imputado.[223]

En lo relativo a dicho problema, el Proyecto no es claro (arts. 41 y 42). El Código de Córdoba, parte de que la comunicación al imputado de que puede abstenerse de rendir declaración, se hace luego de que se ha interrogado sobre los datos personales.[224] Esta solución supone que el derecho de abstenerse de declarar del imputado es con respecto al hecho acusado, pero no con respecto a la indicación de los datos de identificación. Sin embargo, la doctrina ha admitido que el imputado puede negarse a contestar las preguntas correspondientes al interrogatorio de identificación.[225] La

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

solución correcta parece ser que en principio el imputado no tendría derecho de abstenerse de indicar sus datos personales.[226] Pero sí tendría derecho a abstenerse de declarar con respecto a aspectos que podrían influir en la fijación de la pena, por ejemplo sus ingresos personales,[227] o cuando sus datos personales tienen una relación con el hecho acusado.[228] A pesar de ello, su negativa no puede ser suplida con la coacción física para obligarlo a dar sus datos personales, ya que eso iría en contra del respeto a la dignidad humana. Tampoco podría ser utilizado en contra del imputado su rechazo a dar los datos personales, ya sea para agravar la pena o para deducir indicios en contra del imputado con respecto al hecho acusado, ya que el punto de partida de la no admisión de la negativa a rendir los datos personales es que se trata de datos no relacionados con los hechos acusados, por lo que la no cooperación al respecto del imputado no debe llevar a empeorar su situación con respecto a dichos hechos.[229]

Otro problema es si el imputado que ha accedido a declarar, puede negarse a contestar determinadas preguntas. El Proyecto no dice nada al respecto. El problema se plantea acerca de si la negativa del imputado a contestar determinadas preguntas puede ser tomada en contra del imputado. Se trata de un problema sobre el que la doctrina alemana se encuentra dividida. Lo lógico es reconocer dicho derecho como expresión del derecho de abstenerse de declarar. Es claro que si el imputado puede abstenerse totalmente de declarar, podría hacer también un ejercicio de dicho derecho en forma parcial.[230]

Sin embargo, el aspecto más problemático con respecto al derecho de abstenerse de declarar, es la extensión de dicho derecho. Pueden sostenerse al respecto varias posiciones: a) un criterio restrictivo indica que existe solamente un derecho de abstenerse de declarar, pero no de no intervenir activamente en actos en los que el imputado no realiza ninguna declaración. Por ejemplo habría derecho de abstenerse de declarar no sólo en la declaración indagatoria propiamente dicha, sino también durante los careos y las reconstrucciones; b) una posición más amplia parte de que el derecho de abstenerse de declarar, se debe entender en el sentido de un derecho de no intervenir en forma activa en los actos en que se reciba prueba. Desde esta posición debe reconocerse el derecho del imputado de no rendir cuerpo de escritura, aunque nada impide que para el dictamen pertinente se utilicen documentos elaborados con anterioridad por el imputado.[231] Se plantea también el problema relacionado con el reconocimiento del imputado, al que haré referencia luego; y c) un criterio aún más amplio lleva a reconocer el derecho del imputado a no intervenir en todo acto procesal en que se pueda obtener prueba en su contra, ya sea cuando es sujeto activo, o bien es simplemente un interviniente pasivo. Se llega desde esta perspectiva a autorizar el derecho del imputado de abstenerse de declarar con respecto a todos los actos de investigación corporal.[232]

Por mi parte, me pronuncio por la posición que acepta el derecho del imputado de no intervenir activamente en la recepción de prueba que le pueda perjudicar. Nótese que debe entenderse que el imputado tiene derecho a no aportar prueba en su contra, y que cuando se le exige un comportamiento activo, por ejemplo que rinda cuerpo de escritura, estaría contribuyendo a la recepción de una prueba que le puede perjudicar. Por ello interpretar que el derecho de abstenerse de declarar sólo implica un derecho de no rendir una declaración es un criterio muy restrictivo. No se puede aceptar tampoco que el derecho de "abstenerse de declarar", se extienda con respecto a los actos que podrían realizarse en forma forzosa sin la colaboración del imputado, ya que con respecto a dichos actos el imputado en realidad no estaría realizando ni siquiera en forma indirecta un aporte de prueba. Además de acuerdo con dicha posición se debería admitir coherentemente la imposibilidad de practicar requisas corporales al imputado en contra de la voluntad de éste, lo que es ilógico. Por supuesto que dichos actos tendrán un límite, que viene como consecuencia del principio de proporcionalidad (art. 3 del Proyecto), al que se hará referencia al tratar la prisión preventiva.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

De acuerdo con lo dicho, examinaré a continuación dos casos polémicos con respecto al derecho de "abstenerse de declarar": la investigación corporal y el reconocimiento del imputado en contra de su voluntad.

2.4.1.2. Investigación corporal.

Siguiendo lo ordenado por la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 81a),[233] el art. 38 del Proyecto indica: "Se podrá ordenar la investigación corporal del imputado para la constatación de circunstancias de importancia para resolver el procedimiento. Con esta finalidad, serán admisibles extracciones de sangre y otras intervenciones corporales, que se efectuarán según las reglas del saber médico, aun sin consentimiento del imputado, cuando no fuere de temer perjuicio a su salud..."

Una prescripción similar no se encuentra en el Código Procesal Penal de Córdoba, el que ni siquiera hace mención a la extracción de sangre.

De acuerdo con los criterios primero y segundo señalados en el apartado 2.4.1.1 debe concluirse que la investigación corporal no quebranta el derecho de abstenerse de declarar. Este es el criterio que sostiene la doctrina alemana, la que sin embargo ha admitido que existe un derecho del imputado de abstenerse de colaborar cuando para comprobar el grado de alcohol que ha ingerido se le pide que exhale de un alcohómetro,[234] solución que la acercaría a la segunda de las soluciones dadas en el apartado anterior. De acuerdo con mi posición, expresada antes, debo admitir la procedencia de la extracción de sangre en contra de la voluntad del imputado, ya que dicho acto puede llevarse a cabo sin que el imputado tenga que colaborar en el mismo. Una solución diferente es cuando para la obtención de la prueba el imputado tendría que colaborar, por ejemplo el caso citado del alcohómetro, o el supuesto en que se le pide al imputado que se masturbe con el objeto de obtener semen para su análisis.[235]

2.4.1.3. Reconocimiento del imputado en contra de su voluntad.

En el Proyecto se establece en forma expresa que el imputado no tiene derecho a no participar en el acto de reconocimiento como sujeto pasivo (art. 193). Se sigue así el criterio sostenido por la doctrina mayoritaria latinoamericana[236] y alemana,[237] en el sentido de que en el reconocimiento el imputado es simplemente un objeto de observación. Dicho criterio lo he sostenido yo también con anterioridad,[238] pero es hora de rectificarlo. Es imposible pensar en la realización de un reconocimiento si no es con la cooperación del imputado. Así no podría pensarse en la realización coactiva del reconocimiento en caso de que el imputado se negase a participar en éste, ya que el reconocimiento requiere de una determinada posición corporal y hasta de una determinada expresión facial.[239] Por ello, el derecho del imputado de abstenerse de participar en un reconocimiento no es sino una consecuencia del derecho del imputado de no aportar prueba en su contra.

Independientemente de la solución que se dé a lo anterior, es de mencionar la disposición establecida en el Proyecto, en el sentido de que con respecto al reconocimiento "...en lo posible se tomarán las previsiones para que el imputado no se desfigure" (art. 193). Dicha disposición debe interpretarse en un sentido restrictivo. Así debe evitarse la solución que se ha dado en Alemania, aun sin una norma similar, en la que se ha autorizado que se le corte la barba y el pelo al imputado sin su autorización, o que se les cambie el color.[240]

2.4.2. Medidas coercitivas en contra del imputado.

Dentro de las medidas coercitivas en contra del imputado ya hice mención a la investigación corporal y al reconocimiento del imputado en contra de su voluntad.[241] Ahora sólo quiero hacer referencia a: a) la prisión preventiva; y la b) la incomunicación.

2.4.2.1. Prisión preventiva.

Uno de los mayores problemas que existe a nivel latinoamericano es el de los presos sin condena.[242] Para tener una idea clara de la magnitud de dicho problema es necesario mencionar los porcentajes de presos sin condena, en relación con el total de la población presa en los centros penitenciarios. Así El Salvador tie-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ne un 91.2% de presos sin condena (1989); Uruguay 91% (1989); Honduras 88.3% (1989); República Dominicana 85% (1989); Guatemala 73% (1989); Venezuela 71% (1988); Ecuador 69.8% (1988) y México 61% (1988). Mucho mejores, aunque no por ello no preocupantes son los porcentajes de presos sin condena en Colombia 54% (1989); Chile 53% (1989); Antillas Holandesas 48% (1989); Martinica 46% (1989); Nicaragua 45% (1990) y Costa Rica 44.3% (1990).[243]

El porcentaje de presos en prisión preventiva de Alemania es mucho más bajo, ascendiendo al 25.6% el 31 de marzo de 1990. Sin embargo, debe indicarse que el porcentaje de presos sin condena en Alemania la lleva solamente a ocupar una posición intermedia entre los diversos países europeos. La doctrina alemana ha estado muy preocupada con respecto a la cantidad de presos en prisión preventiva.[244]

Con respecto a la regulación actual de la prisión preventiva en Latinoamérica,[245] es de resaltar la amplitud con que se regulan las causales de prisión preventiva y los criterios restrictivos que se siguen para la concesión de la excarcelación. Partiendo del tipo de pena previsto en el delito acusado o del monto de ésta, en general se regula una presunción legal en el sentido de que existe peligro de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia.[246] Se establece así como regla el dictado de la prisión preventiva, y como excepción a dicha regla la liberación del imputado bajo caución monetaria, y en circunstancias especiales juratoria. En definitiva se invierte la lógica que de acuerdo al principio de inocencia debe rodear a la prisión preventiva, ya que en lugar de preguntarse si es necesario ordenar la prisión preventiva, hay que decidir si lo que procede es conceder la excarcelación del imputado.[247] El problema se agrava ya que se señala una serie de causales de denegación de la excarcelación que se basan en criterios de prevención general[248] o especial,[249] propios de las penas (prevención general o especial), o de las medidas de seguridad (prevención especial), pero no de la prisión preventiva.[250] Otros problemas que presenta la legislación latinoamericana son la falta de alternativas a la prisión preventiva, salvo la caución; la falta de un control de oficio sobre la continuación de la prisión preventiva, y la no determinación de plazos máximos fijos, luego de los cuales debe liberarse al imputado preso, y la no regulación de los derechos de los sometidos a prisión preventiva.[251]

Debe recordarse, como se dijo, en la introducción, que la regulación de la prisión preventiva revela mejor que cualquier otra institución el sistema procesal que se sigue en un país, y está relacionada íntimamente con el régimen político de éste.[252] Por ello es preocupante que en la Latinoamérica actual siga predominando un tratamiento inquisitivo de la prisión preventiva, de acuerdo al cual se trata de la regla y no de la excepción, como lo revela no sólo la regulación legislativa, sino también las estadísticas de presos sin condena. Debe tenerse presente que el tratamiento como pena anticipada contradice el principio de inocencia, y que como resumió alguien: "La prisión provisional tiene todos los inconvenientes de la pena privativa de libertad y ninguna de las ventajas".[253]

Frente a la situación actual de la regulación de la prisión preventiva en Latinoamérica se presenta el Proyecto de Código Procesal Penal Modelo con una regulación garantista de los derechos humanos, como se verá a continuación, que en caso de su adopción haría que se profundizara la democracia.

El Proyecto además de exigir la sospecha fundada de la culpabilidad del imputado,[254] establece como requisitos para el dictado de la prisión preventiva la fuga, el peligro de que el imputado se fugue, y el peligro de que vaya a falsear la prueba (art. 202). En lo relativo a las causales de la prisión preventiva recogió el criterio defendido por un sector de la doctrina latinoamericana, que admite como concordantes con el principio de inocencia solamente causales compatibles con los fines del proceso penal, como son las mencionadas.[255] Aun cuando con respecto a la prisión preventiva el Proyecto siguió las previsiones contempladas en la Ordenanza Procesal Penal alemana, en lo relativo a las causales de prisión preventiva se apartó de ésta, ya que la Ordenanza autori-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

za también la prisión preventiva con respecto a una serie de hechos de gran gravedad (causal denominada "gravedad del hecho"), y cuando existe el peligro de reiteración de uno de los delitos mencionados (Wiederholungsgefahr) (art. 112, 112 a) OPP).[256] Sin embargo, debe reconocerse, tanto la causal de "gravedad del hecho" como la de "peligro de reiteración" son fuertemente criticadas por un sector importante de la doctrina alemana que las considera "cuerpos extraños" a la prisión preventiva.[257]

Es de resaltar que el Proyecto regula en forma expresa el principio de proporcionalidad, al decir que las medidas de coerción "...tendrán carácter de excepcionales y serán proporcionadas a la pena o medida de seguridad y corrección que se espera del procedimiento, con estricta sujeción a las disposiciones pertinentes" (art. 3).[258] Dicho principio se encuentra también regulado en forma expresa en Alemania (art. 112 OPP).[259]

Como consecuencia del principio de proporcionalidad la prisión preventiva debe ser la "última ratio", por lo que se deben regular alternativas a la prisión preventiva, tal y como se prevé en el Proyecto de Código Procesal Penal para Iberoamérica (art. 209) y en la Ordenanza Procesal Penal alemana (art. 116 OPP).

Otra consecuencia del principio de proporcionalidad es el establecimiento de un límite temporal a la prisión preventiva. Dicho límite se fija en el Proyecto en un año (art. 208), mientras en la Ordenanza alemana en seis meses (art. 121). Ello es concordante con lo señalado por un sector importante de la doctrina latinoamericana, que ha abogado por la regulación expresa de límites temporales al encarcelamiento preventivo.[260] Debe recordarse que la Convención Americana de Derechos Humanos establece que "toda persona detenida '...tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad..." (art. 7.5), por lo que el establecimiento de un plazo límite a la prisión preventiva no es sino una concretización de dicha norma.[261] Es importante señalar que el Proyecto, al igual que la legislación alemana, establece la posibilidad de prolongar la prisión preventiva más allá del plazo establecido en casos excepcionales (art. 208 del Proyecto). En Alemania, ante la evidencia de que las circunstancias excepcionales para prolongar la prisión preventiva se dan con mucha frecuencia en la práctica, la doctrina ha dicho que una consecuencia de la presunción de inocencia es el establecimiento de un límite máximo de la prisión preventiva, más allá del cual no se podría prolongar ésta.[262] Importante es que el Proyecto establece en principio que la prisión preventiva se podría prolongar por tres meses más cuando se hubiese dictado sentencia condenatoria. Además se podrá prolongar un año más en estos casos excepcionales (art. 208). Sin embargo, dicha regla luego se relativiza al decirse que vencido el plazo de la prisión preventiva "...no se podrá ordenar una medida de coerción, salvo la citación; pero, para asegurar la realización del debate ..., o la realización de un acto particular..., para comprobar la sospecha de fuga... o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad, se podrá ordenar una nueva detención por un plazo que no exceda el tiempo absolutamente necesario para cumplir la finalidad de la disposición".

Una consecuencia del principio de proporcionalidad regulada en el Proyecto es la obligación de liberar al imputado cuando la duración de la prisión preventiva supere o equivalga a la condena que se espera, considerando, incluso, la posible aplicación de reglas penales relativas a la remisión de la pena o a la libertad anticipada (art. 208). Una norma similar se encuentra en el Código Procesal Penal de Córdoba.

El Proyecto regula también los derechos del preso preventivo, lo que no hace sino desarrollar la previsión de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone que el sometido a prisión preventiva debe ser tratado de acuerdo con su condición de no condenado (art. 5.4). Es de destacar el derecho que se otorga al sujeto preso en prisión preventiva a procurarse comodidades superiores, con las únicas restricciones relativas al espacio disponible y a la prohibición de ingresar elementos o sustancias, cuya tenencia se prohíba por ley (art. 217.1). Una regulación similar se encuentra en Alemania (art. 119 OPP). Se trata de un derecho que en ocasiones ha sido visto en Latinoamérica como contrario al principio de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

igualdad, pero que surge del principio de inocencia. Se establece que los presos preventivos deben ser separados de los condenados a pena privativa de libertad, lo que también está dispuesto en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.4). A diferencia de la legislación alemana (art. 119 OPP) no se consagra un derecho a ser alojado en una celda individual (art. 217.1), salvo cuando ello sea posible. Los redactores parten aquí de una perspectiva realista, ya que las prisiones latinoamericanas están sobrepobladas. Debe anotarse que el tema de la ejecución de la prisión preventiva es uno de los más debatidos en Alemania, en donde se pretende una reforma legislativa al respecto. La principal diferencia con respecto a la Ordenanza Procesal Penal alemana, es que se regulan en el Proyecto los derechos del preso preventivo y su comunicación con el mundo exterior. En Alemania por el contrario existe un vacío legal al respecto, ya que el art. 119 de la Ordenanza Procesal Penal solamente establece unas reglas generales. Aparte de las señaladas arriba es importante mencionar la regla de que al preso preventivo sólo se le pueden imponer las limitaciones que requiera la finalidad de la prisión preventiva y el orden del establecimiento. La concretización de la norma citada se realiza a través del Reglamento de Ejecución de la Prisión Preventiva (UVollzO).[263] Existe además una serie de resoluciones del Tribunal Constitucional.[264] El Reglamento citado ha sido criticado en el sentido de que se preocupa primordialmente de los problemas relacionados con el orden del Establecimiento Penitenciario, por lo que la comunicación con el mundo exterior es limitada al mínimo.[265] Sin embargo, la principal crítica que se hace es que la intervención del Estado en la privación de los derechos debe ser regulada legalmente, y no por vía reglamentaria.[266] Se han formulado así una serie de proyectos de ley desde 1981 tendientes a regular la ejecución de la prisión preventiva.[267]

2.4.2.2. Incomunicación del imputado.

Dispone el art. 214 del Proyecto: "El juez de la instrucción o el tribunal competente podrá ordenar la incomunicación del imputado privado de libertad, por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, sólo cuando existan motivos graves para temer que el imputado, de otra manera, obstaculizará la averiguación de la verdad; esos motivos constarán en la decisión. Sin embargo, ello no impedirá que el imputado se comunique con su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración... o antes de la realización de cualquier acto que requiera su intervención personal. El Ministerio Público podrá disponer la incomunicación del aprehendido sólo por el plazo necesario para gestionar la orden judicial, el cual no excederá de seis horas; rige, también, el art. 75, inc. 6". El art. 75 inciso 6 autoriza que la policía ordene la incomunicación del imputado cuando se den los requisitos del art. 214, por el plazo de seis horas, que no podrá prolongarse sin autorización expresa del juez de la instrucción.

La regulación de la incomunicación del imputado se encuentra en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas. La doctrina latinoamericana es muy crítica con respecto a la incomunicación, la que se considera que es utilizada como ocasión propicia para la tortura.[268] Además se indica que por sí sola puede llegar a constituir una tortura.[269] En la práctica se ha desnaturalizado la incomunicación, ya que se ha utilizado como forma de presionar al imputado para que confiese.[270] Todo ello recomienda que la incomunicación sea dispuesta en forma excepcional y por períodos de tiempo cortos, tal y como se establece en el Proyecto.[271] Un aspecto importante con respecto a la incomunicación es que no impide la comunicación del imputado con su defensor antes de la realización de cualquier acto en que el imputado podría aportar prueba en su contra. Ello no es sino una consecuencia del derecho de defensa. La legislación de Córdoba inicialmente no contemplaba dicho supuesto, lo que dio origen a discusiones doctrinales.[272] Dicha situación se modificó en Córdoba por Ley 7159, coincidiendo actualmente sobre ese aspecto con el texto del Proyecto.

En la legislación alemana por medio de la llamada "Kontaktssperregesetz" (Ley de Incomunicación) del 30 de setiembre de 1977, se estableció la posibilidad de prohibir el contacto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del imputado condenado o acusado de delitos de terrorismo, con el mundo exterior, incluyendo su defensor. La decisión es tomada por el Ministro de Justicia de la Federación o bien por el gobierno del Estado federado afectado, cuando existe un peligro actual proveniente de una organización terrorista, para la integridad física, la vida o la libertad de una persona, y como protección frente a dicho peligro es necesario prohibir todo contacto entre los presos y entre ellos y el mundo exterior. Si dicha decisión no es confirmada en el plazo de dos semanas por el Bundesgerichthoft (Tribunal Supremo Federal), o por el Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Estado Federado) competente, queda sin efecto. Después de 30 días puede ser renovada, y después de la correspondiente confirmación judicial puede ser de nuevo dispuesta la incomunicación. Ello provoca que no exista en la realidad ningún límite temporal de la incomunicación.[273] El Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 49, 24), confirmó la constitucionalidad de las disposiciones sobre la incomunicación. La Ley citada fue dictada en un momento en que existía en Alemania una gran agitación debido a los atentados terroristas, frente a la cual se dictaron una serie de leyes que restringieron los derechos de defensa.[274]

El Proyecto sigue en lo relativo a la incomunicación en general las prescripciones del Código de Córdoba, y no lo dispuesto por la legislación alemana, que obedeció a un problema concreto existente en Alemania, y que en cuanto a su regulación no es compatible con el derecho de defensa del imputado, ni con el derecho a no ser sometido a tratamientos contrarios a la dignidad humana.

2.5. Procedimientos especiales.

El Proyecto regula diversos procedimientos especiales: a) Procedimiento abreviado (arts. 371-379); b) Juicio por delito de acción privada (arts. 374-382); c) Procedimiento de menores (art. 383); y d) Juicio para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y corrección (art. 384). A ellos hay que agregar el procedimiento de faltas y contravenciones (apéndice) y el de hábeas corpus (apéndice). Los de más interés son el procedimiento abreviado, el procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad y el procedimiento con menores. Sobre el primero de ellos ya me referí con anterioridad, por lo que ahora haré referencia solamente a los otros dos.

2.5.1. Procedimiento para aplicación exclusiva de medidas de seguridad.

De acuerdo con el Código de la provincia argentina de Córdoba, y los Códigos basados en él, si se comprueba durante la instrucción que el imputado es inimputable procede dictarse "en su favor" una sentencia de sobreseimiento e imponerle la medida de seguridad que corresponde, sin que sea necesaria la realización de un juicio oral, y negándose el derecho de defensa. Se parte, al igual que la legislación de fondo basada en el Código Penal Tipo, de que las medidas de seguridad son en beneficio del sujeto, ya que tienden a rehabilitarlo.[275] El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo elimina la posibilidad de aplicar una medida de seguridad sin pasar a la etapa de juicio (arts. 384-387 del Proyecto).[276]

En Alemania se regula también un procedimiento especial para la aplicación de las medidas de seguridad (arts. 413-416 OPP).

2.5.2. Procedimiento con menores.

A nivel latinoamericano se ha estructurado el Derecho Penal de Menores partiendo de que se trata de un Derecho no sancionatorio, sino que es un Derecho tutelar de los menores.[277] Ello ha hecho que se hayan considerado innecesarias, y hasta contraproducentes, las garantías que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal otorga a los adultos.[278] Se trata del mismo pensamiento que ha gobernado en Latinoamérica con respecto a las medidas de seguridad a imponer a los adultos, a las que me referí antes. No es por ello una casualidad que se haya afirmado que lo que se aplica en el Derecho Penal de Menores no son penas, sino medidas de seguridad. Esto no debe llevar a olvidar que las "medidas" que se imponen en el Derecho Penal de Menores en la realidad suponen una sanción, que en el caso del internamiento del menor en un centro no se diferencia

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

en mucho de la pena de prisión que se impone a los adultos. Por ello es que se ha considerado que en el Proceso Penal de Menores deben respetarse las garantías otorgadas a los adultos.[279] En este sentido las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores", conocidas como "Reglas de Beijing", señalan en su artículo 7.1 que "En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas, tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior".[280]

El Proyecto garantiza dichos derechos a menores, puesto que señala que "En la investigación y juzgamiento de los hechos punibles en que intervenga como imputado un menor de veintiún años, se procederá con arreglo a las reglas comunes del Código..." (art. 383). Indica a continuación una serie de excepciones a dicha regla, para adecuar el proceso a las necesidades de la justicia de menores. Dentro de las normas debe destacarse la realización del debate a puertas cerradas, como lo recomienda la doctrina, para evitar los efectos estigmatizadores que la publicidad puede causar. Igualmente la posibilidad de que el debate se realice sin la presencia del menor, cuando la presencia pueda ocasionar daño a la salud. Esto tiene importancia con respecto a la discusión sobre la consecuencia jurídica a aplicar al menor. Cuando se trata de un menor de 18 años, se dispone la división del debate en todos los casos en dos etapas (Schuldintelokut), a lo que hice referencia con anterioridad en lo relativo a la etapa de juicio del procedimiento ordinario. Otro aspecto de importancia en que el Proyecto presenta una regulación propia es lo relativo a la prisión preventiva (art. 383).

La Ley alemana sobre el Tribunal de Menores posee una regulación mucho más amplia que la del Proyecto sobre el proceso de menores, no desprovista del pensamiento educativo. En Alemania existe una discusión doctrinal entre los partidarios de un Derecho Procesal Penal de Menores "educativo" y los partidarios de un Derecho Procesal de Menores "garantista de los derechos procesales". Así con respecto al defensor del menor, los partidarios de la primera posición indican que mientras en el procedimiento ordinario el defensor debe buscar la absolución o castigo suave al imputado, en el procedimiento de menores esto no está en primer lugar, sino que tiene que estar sometido a la educación del acusado. La segunda posición tiende a acentuar la función del defensor en defensa de los principios del Estado de Derecho en el procedimiento.[281]

2.6. Costas.

El Proyecto, al igual que el Código Procesal Penal de Córdoba[282] y la Ordenanza Procesal Penal alemana, dispone que en caso de sentencia condenatoria deben imponérsele las costas al imputado. Lo que me interesa al respecto es que entre las costas se incluye los gastos de traductores e intérpretes. Debe anotarse al respecto que la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2), establece el derecho del imputado de ser asistido gratuitamente por un traductor e intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado. Por ello la imposición al imputado de las costas ocasionadas por el nombramiento de un traductor o intérprete que lo asistió, va en contra de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es importante mencionar que en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 28 de noviembre de 1978, se declaró que Alemania Federal quebrantaba el art. 6.3 e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al imponérsele al condenado el pago de las costas relativas al intérprete o traductor que lo asistió durante el proceso.[283] La norma citada de dicho Convenio, al igual que el artículo respectivo de la Convención Americana, establece el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

2.7. Indemnización al imputado.

La Convención Americana de Derechos Humanos (art. 10) concede el derecho a una indemnización a favor del absuelto como con-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

secuencia de un recurso de revisión. El Proyecto va más allá y estima procedente también una indemnización por los días de prisión preventiva o de internación provisional sufridos por el absuelto o sobreseído (art. 421 y ss.).[284] La tendencia de la doctrina latinoamericana es a que se debe reconocer el derecho a la indemnización también en este segundo supuesto,[285] lo que se ha visto como una consecuencia del principio de igualdad ante las cargas públicas.[286] El razonamiento al respecto es éste: el imputado (absuelto o sobreseído) ha sufrido un daño (material y moral) a través del cumplimiento de la prisión preventiva,[287] y que en caso de que la orden de prisión preventiva no se haya dictado en forma ilegal, dicho daño habría sido ocasionado como consecuencia del funcionamiento normal de la administración de justicia. Sin embargo, la responsabilidad del Estado en casos de funcionamiento normal del mismo cuando ha causado un daño, es la tendencia del Derecho Administrativo actual,[288] ya que el administrado habría sufrido un daño en beneficio de la colectividad. Así para que el principio de igualdad en el sostenimiento material del Estado se mantenga, éste debe indemnizar al que sufrió el daño.[289] No bastaría reconocer un derecho del imputado que fue absuelto o sobreseído por haberse demostrado su inocencia, de modo que se negara cuando ello se debió a falta de pruebas. Una solución de ese tipo iría en contra del principio de inocencia.[290] Hasta la fecha han sido pocos los países latinoamericanos que han reconocido el derecho a una indemnización del imputado absuelto o sobreseído que sufrió prisión preventiva.[291] Ello se ha debido sobre todo a consideraciones de tipo presupuestario.[292] Esto no es sino una demostración del peso de las ideas fiscales como forma de frenar la realización de las exigencias de un Estado de Derecho.[293]

En Alemania se considera con respecto a las medidas de coerción dictadas en forma antijurídica, que el que las sufrió tiene un derecho a indemnización del Estado con base en el art. 839 del Código Civil. Cuando la medida de coerción era conforme a derecho se aplica la Ley de Indemnización por Medidas de Persecución Penal de 8 de marzo de 1971.[294] Esta Ley contempla entre otros supuestos el derecho a una indemnización al sujeto en favor del cual se declaró con lugar un recurso de revisión, o del imputado absuelto por el tiempo pasado en prisión preventiva.[295] Característica de la ley alemana es que la indemnización puede disponerse no sólo en favor del imputado, sino también de otras personas.[296] Además la indemnización no procede solamente con respecto a la prisión preventiva y a la internación provisional, sino también con relación a otras medidas de coerción.[297]

2.8. Jueces profesionales o jueces legos.

A pesar de que en la exposición de motivos del Proyecto se recomienda la participación de legos en la administración de justicia,[298] en el articulado no se hace un pronunciamiento sobre si se debe optar por un juicio oral con jueces profesionales o jueces legos. Simplemente se señala que se proponen dos sistemas para aquellos países que decidan incorporar ciudadanos a la labor de juzgar, integrando a los tribunales de juicio jueces accidentales (v. Apéndice II):

a) Juicio por jurados. Dicho juicio se estructura a semejanza del sistema anglosajón. En este sistema se divide el debate en dos etapas: una referente a la culpabilidad del imputado y otra a la determinación de la pena o medida de seguridad a imponer. El Tribunal que decide sobre la culpabilidad del imputado está integrado exclusivamente por jueces legos, mientras quien resuelve sobre la pena o medida de seguridad a imponer es un Tribunal profesional; y ,

b) Juicio por el Tribunal de Escabinos.[299] Se sigue aquí el sistema establecido en Alemania.[300] El Tribunal aquí está compuesto por jueces legos y jueces profesionales, que desempeñan la misma función y tienen las mismas facultades.[301] Es importante anotar que inicialmente existían en Alemania tanto el sistema de jurados como el de escabinos. Sin embargo en 1924 se derogó el sistema de jurados.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La intervención de legos en la administración de justicia se ha considerado como una forma de participación popular en la administración de justicia, derivada de la adopción de un sistema democrático. A ello se ha respondido que el principio democrático como fundamento de los jueces legos ha perdido su razón de ser, ya que hoy día el nacimiento y la clase social ya no son requisitos para obtener un puesto como juez, sino solamente la educación jurídica. Por ello se ha dicho, se trata más bien de un asunto de política jurídica.[302]

La participación de jueces legos, por influencia estadounidense, ha tenido en general resultados poco satisfactorios en Latinoamérica.[303] A pesar de ello una serie de países conserva en disposiciones constitucionales el mandato de que en la administración de justicia penal tomen parte legos.

Se ha dicho por algunos que el fracaso de la intervención de jueces legos en Latinoamérica, es porque se ha adoptado un sistema de jurados, y no uno de escabinado.[304]

Debe reconocerse que el sistema de escabinado soluciona algunos de los problemas del sistema del jurado, como por ejemplo lo relativo a la valoración de la prueba, ya que permite que ésta no se haga conforme al principio de íntima convicción,[305] sino de acuerdo con las reglas de la sana crítica,[306] evitando de esta manera el dictado de fallos arbitrarios.[307]

En defensa del sistema de escabinos se ha indicado en Alemania que dicho sistema impide una forma de ver jurídica unilateral y extraña al pueblo, y que la confianza de la generalidad frente a la administración de justicia queda a salvo.[308]

Sin embargo, debo afirmar que soy partidario de un sistema de jueces profesionales. Creo que los problemas que han existido en el sistema de jurados no se superarían totalmente con un sistema de escabinos, ya que es más fácil que los jueces legos reciban influencias extrañas que los jueces profesionales, sobre todo como consecuencia de los medios de comunicación en determinados asuntos o bien con respecto a cierto tipo de delitos que causan un gran escándalo social. A ello se añade que la dogmática penal es de gran complicación, por lo que no permite que los jueces legos vayan a ocuparse correctamente de la discusión jurídica, de modo que al respecto la influencia de los jueces profesionales del Tribunal será decisiva. Problemas adicionales se presentan con la "supresión mental" de la prueba ilícita que se hubiera recibido, la que es difícil que se lleve a cabo por los jueces legos, como consecuencia de su tendencia a buscar una sentencia conforme a la "justicia".

CONCLUSIONES

El Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica ha recibido una gran influencia del Derecho alemán, especialmente en lo relativo a la instrucción, la etapa preparatoria, las causales de oportunidad reglada, y la prisión preventiva. En algunos aspectos inclusive se ha adelantado a la Legislación Procesal Penal alemana, ya que ha acogido las propuestas doctrinales aun no materializadas legalmente, por ejemplo con respecto a la división del juicio oral en dos etapas.

Sin embargo, no se puede afirmar que el Proyecto sea una copia de la Ordenanza Procesal Penal alemana, ya que tiene una gran influencia también de la legislación de Córdoba (Argentina). Por ello en muchos aspectos, por ejemplo el derecho a un defensor de oficio en todos los casos en que no se nombra un defensor privado, la legislación propuesta es más respetuosa de los derechos humanos que la Ordenanza alemana.

Los aspectos criticables del Proyecto son una minoría, por ejemplo lo dicho con respecto a la cosa juzgada, y al reconocimiento.

Sin lugar de dudas el Proyecto constituye un modelo de legislación respetuosa de los Derechos Humanos, que en una América Latina en la que las legislaciones siguen inspirándose en modelos inquisitivos, puede ser de gran ayuda para las futuras reformas procesales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

Abalos. Código Procesal Penal de Mendoza, Argentina, T.I, 1982.

Albrecht, P.A. El Derecho Penal de Menores. España, 1990.

Alcalá. Estatutos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En: Nuevos estudios de Derecho Procesal, España, 1980, pp. 399-410.

Alcalá. Pequeña historia de las jornadas latinoamericanas de Derecho Procesal. En: Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala. Enero-febrero de 1981, pp. 1-8.

Amelung. Die Verwendung eines Polygraphen ("Lügendetektors") als Beweismittel im Strafverfahren ist auch bei Einwilligung des Beschuldigten unzulässig (BVerfG, Beschl. v. 18.8.81 - 2 BvR 166/81). En: NStZ (Alemania), Cuaderno 1, 1982, pp. 38-40.

Amelung y otros. Die Untersuchungshaft. Arbeitskreis Strafprozessreform. Alemania, 1983.

Anagnostopoulus. Haftgründe der Tatschwere und er Wiederholungsgefahr (§ 112 Abs.3, 112a StPO). Alemania, 1984.

Arias, M., La naturaleza inconstitucionalidad del artículo 27 de la Ley sobre Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas. En: Ciencias Penales (Costa Rica), Nº 2, 1990, pp. 60-63.

Armenta, T. Incremento de la llamada criminalidad de bagatela y tratamientos discriminizadores arbitrarios en la R.F.A., con especial referencia al principio de oportunidad. En: Justicia (España), Nº 1, 1990, pp. 201-223.

Armenta, T. Mecanismos de simplificación del proceso penal: El principio de oportunidad y los procesos monitorios. En: Un Còdice di Procedura Penale per L'America Latina. Italia, T. III, 1991, pp. 345-374.

Armijo. La Sala Constitucional. ¿Atenta contra la jurisdicción constitucional? En: Ciencias Penales (Costa Rica), Nº 4, 1991, p. 26.

Arloth. Geheimhaltung von V-Personnen und Wahrheitserfindung im Strafprozess, Alemania, 1987.

Ayán. Recursos en materia penal. Argentina 1985.

Bacigalupo. Los principios de política criminal de las recientes reformas y proyectos de reforma en América Latina. En: La Reforma Penal en los Países en Desarrollo. México 1978, pp. 17-38.

Bacigalupo. Entwicklung des Jugenstrafrecht und der kriminalrechtlichen Behandlung Jugendlicher in ausgewählten Ländern Lateinamerikanischen (Argentinien, Costa Rica, Mexiko, Kolumbien, Venezuela). En: Jugendstrafe und Jugenstrafvollzug (compiladores: F. Dünkel y K. Meyer), Alemania, T. II.

Baedeker. Entwicklung und Stand der Freiheitsstrafe in Costa Rica. Alemania, 1984.

Barona, S. La Revisión Penal. En: Justicia, Nº 4, 1987, pp. 849-882.

Baumann. Gesetzliche Regelung des Vollzugs der Untersuchungshaft. En: Juristische Zeitung, 1990, pp. 107-113.

Bernal; De la Rúa; Pellegrini; Maier. Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. En: Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. Argentina, 1989, pp. 11-35.

Bertolino. Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, 1991.

Binder; Maier. Exposición de motivos del Proyecto de Código Procesal Penal para Guatemala, 1989.

Bottke, W. Zur Ideologie und Teologie des Jugendstrafverfahrens. En: ZStW (Alemania), 1983, p. 69 y ss.

Bottke, W., Wahrheitspflicht des Verteidigers. En: ZStW (Alemania), Heft 3, 1984, pp. 726-760.

Briseño. Bases para orientar la unificación legislativa en materia procesal penal para Iberoamérica. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, setiembre de 1982, pp. 51-69.

Bustos, J. Control Social y Sistema Penal, España, 1987.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

EL CONDOMINIO AGRARIO, EN PARTICULAR REFERENCIA CON EL PROBLEMA DE LA DIVISIÓN Y LA CUOTA

LIC. ADRIÁN DE JESÚS TORREALBA NAVAS*

SUMARIO

Pág.

1. Premisa: el método tridimensional en la determinación del objeto del Derecho Agrario y de sus institutos 94

2. La propiedad agraria como instrumento de la empresa 96

3. El reflejo del objeto del Derecho Agrario en los institutos de la empresa y de la propiedad: la tendencia hacia formas de empresa y propiedad que satisfagan el núcleo axiológico del Derecho Agrario (justicia y eficacia económica) 97

4. La "pluralidad subjetiva con unidad objetiva" como consecuencia lógica de la tendencia apuntada: el condominio agrario como particular instituto 102

5. La destinación a un fin y la prohibición de división como elementos centrales en la función y estructura del condominio agrario 103
   a. Los caracteres del condominio civil tradicional 103
   b. Su superación a través de la destinación a un fin y la prohibición de división: exclusividad del condominio calificado 104

6. El problema de la cuota a la luz de las exigencias axiológicas implícitas en el instituto de la propiedad agraria (derivantes del objeto formal del Derecho Agrario) 107
   a. La cuota frente al problema de la división 109
   b. La cuota frente a las situaciones jurídicas relativas a la actividad empresarial 110
      bi. La cuota frente a la orientación de la actividad 111
      bii. La cuota frente a la remuneración de la actividad 119

Conclusiones 122

Bibliografía 123

* *Especialista en Derecho Agrario, profesor de posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. PREMISA: EL MÉTODO TRIDIMENSIONAL EN LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL DERECHO AGRARIO Y DE SUS INSTITUTOS

La aplicación de un método "tridimensional" en la determinación del objeto del Derecho Agrario[1] plantea varias exigencias al análisis científico. En primer lugar, el problema normativo, esto es, la ubicación y sistematización de aquellas normas que pueden llamarse "especiales", en tanto constituyen excepciones a las normas de Derecho Común (fundamentalmente del Derecho Civil). En segundo lugar, la identificación del hecho objeto de la normativa, es decir, del sector de la realidad social que, dadas las demandas y necesidades particulares que presenta, constituye el centro de regulación de dichas normas especiales. En tercer lugar, la identificación de los valores fundamentales que la normativa especial pretende satisfacer.

En cuanto a la primera exigencia, es preciso tener en cuenta que la especialidad de una rama jurídica tiene su fundamento histórico y sociológico en la necesidad de reforma. Así, la ley especial es tal cuando deroga el sistema normativo común y no participa del mismo principio de racionalidad que preside a otras leyes. Por lo tanto, mientras la ley ordinaria expresa el esfuerzo de interpretar las reglas de conducta así como se dan en la realidad social para dar certeza al derecho ya existente, la ley especial responde en cambio a una diversa exigencia política: aquella de modificar la realidad, reformándola. La ley especial no pretende, por esa razón, interpretar una realidad ya existente en el cuerpo social, sino que está pensada para poder perseguir más eficazmente el fin común de la sociedad mediante la introducción de nuevas reglas de conducta que deroguen el sistema. El derecho especial es, por eso, todo derecho político, en el sentido que refleja una voluntad política de transformación del Ordenamiento y, como tal, se expresa siempre a través de la norma escrita.[2]

En relación con la segunda exigencia apuntada, la doctrina ha encontrado la realidad fáctica que constituye el común denominador de regulación del Derecho Agrario a través de la teoría de la agrariedad.[3] Así, lo agrario es la "actividad productiva consistente en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, liga-

---

1. Nos referimos a aquella opción metodológica que intenta identificar el conocimiento de la materia a través de la determinación de una síntesis del contenido de una rama del Derecho, en este caso, el Agrario, que tome en consideración los hechos, los valores y las normas que están en la base de toda la disciplina. Al respecto expone ZELEDÓN: "En el campo epistemológico se pueden identificar principalmente tres grandes corrientes en relación con el objeto y el método. La primera es una concepción unidimensional, fundada en identificar el objeto en un único fenómeno, dentro de ésta se ubican las doctrinas iusnaturalistas, dikelógicas, normativas y las sociológicas, cada una con sus características y particularidades propias pero el método varía: es axiológica en las iusnaturalistas y dikelógicas, tiene su propio método por la teoría pura del Derecho —la normativa—, y utiliza el sociológico en las sociológicas o fácticas. La concepción bidimensional es producto de la unión de dos de las anteriores corrientes: normativa-sociológica, dikelógica-normativa, etc. El tridimensionalismo parte de identificar el mundo jurídico y por el objeto, desde una triple dimensión: fáctica, dikelógica y normativa, de ahí que el objeto es hecho, valor y norma". ZELEDÓN, Ricardo, *Determinación del objeto y el método del Derecho Agrario*, trabajo presentado en la "Quinta tavola rotonda italosoviética di Diritto Agrario", celebrada en Italia en las ciudades de Rirenze, Brescia y Sirmione, del 8 al 16 de noviembre de 1982, ahora en **Antología de Derecho Agrario**, Facultad de Derecho, UCR, 1988, p. 6. También con adaptaciones, en CARROZZA, A., y ZELEDÓN, R., *Teoría general e Instituto de Derecho Agrario*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 133 ss.

   Más adelante, concluye este autor: "En este sentido no cabe la menor duda que la corriente tridimensionalista ofrece mejores posibilidades para apreciar correctamente el objeto del Derecho Agrario, pues cualquier objeto jurídico tiene tres importantes dimensiones: resulta ser hecho, valor y norma a la vez, y en este sentido siendo éstos los tres aspectos del mismo objeto del conocimiento del método debe ser el adecuado, es decir conviene utilizar un método que sea fáctico, axiológico y jurídico a la vez". ZELEDÓN, Ricardo, *Ibidem*, p. 18.

2. GALLIONI, Giovanni, *Lezioni sul Diritto dell' Impresa Agricola*, Milán, Liguori Editore, 1980, p. 31.

3. Formulado, como se sabe, por el profesor italiano ANTONIO CARROZZA, fundamento de la llamada Escuela Moderna del Derecho Agrario. La exposición detallada de esta teoría puede verse en CARROZZA, Antonio, *Problemi generali e profili di qualificazione del Diritto Agrario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, p. 60 y ss. También en CARROZZA, Antonio, *La noción de lo agrario (agrariedad). Fundamento y extensión*", **Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano**, 1ª edición, San José, 1982, p. 97 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

do directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo, bien tales cuales, o bien previa una o múltiples transformaciones.[4]

Por último, en cuanto a la tercera exigencia, ésta se refiere al plano axiológico. En ese sentido, la voluntad de cambio reflejada en la legislación especial se inspira necesariamente en la búsqueda de satisfacción de un conjunto de valores que constituyen los fines (elemento teleológico) de la regulación jurídica. Tales valores son los que le dan un sello característico al objeto del Derecho Agrario, precisamente por cuanto le atribuyen una orientación, un destino, que permite darle organicidad al conjunto normativo por medio de pautas que operan como punto de referencia, respecto del cual se puede establecer la incompletez o incorrección de una normativa concreta. Así, "estando provisto de organicidad, el complejo de institutos jurídicos homogéneos que llamamos Derecho Agrario, aun cuando incompleto, denuncia continua tendencia a desarrollarse y a completarse".[5]

Concretamente, y en líneas muy generales, podemos afirmar que el desarrollo del Derecho Agrario ha tendido a resolver problemas de ineficacia económica, de injusticia social, de la necesidad de redimensión del concepto de libertad para darle un contenido más social, de falta de un desarrollo integral de la sociedad en general y de cada hombre concreto en particular. Como fácilmente puede verse, la solución a este tipo de problemas conlleva una constante labor de equilibrio axiológico, de tal manera que sea posible la armonización de los intereses sociales con los individuales, los cuales en innumerables situaciones entran en contradicción.

De este modo, el reconocimiento de tales valores en la normativa especial permite incluso detectar deficiencias en ésta respecto de esos mismos valores que pretende tutelar. Igualmente, permite detectar la contradicción entre los valores tutelados por normas diferentes, de manera que pueda pensarse en la forma de armonizarlos. Por esta razón, se ha dicho que la ciencia del Derecho Agrario, nacida cronológicamente a posteriori del sistema positivo de éste, puede delinear una especie de "ius condendum" o Derecho Agrario ideal hacia el cual debe evolucionar dicho sistema positivo, en tanto "ius conditium". De este modo, la ciencia o doctrina asume su papel de orientadora de la legislación futura.[6]

Este método de apreciación del objeto del Derecho Agrario en general tiene, por supuesto, aplicación en el estudio de cada instituto propio de esta materia, precisamente por cuanto aquél es el común denominador que liga a éstos entre sí y los hace parte de una misma rama del Derecho.[7]

En el presente trabajo, intentaré esbozar cómo los rasgos del objeto global del Derecho Agrario, vistos tridimensionalmente, según he señalado, se manifiestan en la configuración de un instituto particular, cual es el de la propiedad agraria, con particular referencia al llamado aspecto cuantitativo de su perfil subjetivo.

---

4. CARROZZA, Antonio, *La noción de lo agrario (agrarieta). Fundamento y extensión, ibídem*, p. 110. Esta noción alude a la llamada actividad agraria principal. También se incluyen las llamadas actividades conexas. Cfr. ZELEDÓN, Ricardo, *Determinación del objeto y el método del Derecho Agrario, op. cit.*, p. 16.

5. CARROZZA, Antonio, *La autonomía del Derecho Agrario*, **Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano**, p. 44.

6. Este planteamiento de la existencia de un "ius condendum" lo esboza ZELEDÓN, Ricardo, *Determinación del objeto del Derecho Agrario, op. cit.*, p. 19.

7. El método de estudio del Derecho Agrario por institutos como condición de su desarrollo científico autónomo es una posición que se ha vuelto pacífica en la doctrina iusagraria y cuya introducción sistemática se atribuye fundamentalmente a CARROZZA. Puede verse al respecto: CARROZZA, Antonio, *Problemas de teoría general del Derecho Agrario*, **Temas...**, p. 91.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. LA PROPIEDAD AGRARIA COMO INSTRUMENTO DE LA EMPRESA

La afirmación tan común en doctrina de que el Derecho Agrario es un Derecho de actividad y no de propiedad, pretende sintetizar el hecho de que, a diferencia del Derecho Civil que tiene como instituto central el de la propiedad, el Derecho Agrario tiene como instituto central la empresa.[8]

Esta atribución de relevancia a la actividad se manifiesta en el hecho de que es posible hablar, en consecuencia, del concepto de "actividad jurídica", como un fenómeno distinto del de "acto jurídico". Es decir, con la misma elevación de la "empresa en sentido económico" a instituto jurídico, la actividad en tanto complejo de actos teleológicamente orientados, teniendo una continuidad, duración y una dirección hacia un fin, adquiere por parte del Ordenamiento una calificación jurídica distinta a la del acto aislado.[9] Así, la actividad, en su dimensión fáctica, se caracteriza por presentarse como un comportamiento humano que, por definición, es continuado y orientado. De esta situación de hecho se extraen dos principios fundamentales, ambos de estricta aplicación en materia de actividad. Por un lado, el "principio de efectividad", de acuerdo con el cual la actividad no existe, ni real ni jurídicamente, sino se desarrolla *de hecho*. Por otra parte, "el principio de orientación", en tanto una actividad es tal por tender siempre a un fin, a un resultado.[10]

Ahora bien, desplazada la propiedad como instituto central, el cuestionamiento inmediato es la relación en que queda respecto del instituto prevaleciente. Es decir "si el Derecho Agrario, por así decirlo, se aleja de la propiedad para incluirse dentro de la empresa, ¿cómo se puede recuperar luego la propiedad destronada para convertirla en un elemento apto dentro

---

8. La identidad entre los conceptos de empresa y actividad no es unánime en doctrina. En ese sentido, es tradicional la discusión en cuanto a si la empresa es un sujeto, un objeto, si es actividad, etc. Un buen resumen de las distintas posiciones puede verse con PANUCCIO, Vicenzo, *Teoría Giuridica dell'Impresa*, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1ª edición, 1975. No obstante, es interesante el razonamiento que hace este autor en el sentido que para determinar la naturaleza jurídica de un instituto se pueden seguir dos vías: la estructural y la funcional. Así, la naturaleza jurídica determinada estructuralmente significa exactamente mirar a los hechos condicionantes, a los caracteres siguiendo una línea hacia ulteriores generalizaciones conceptuales, hacia una genealogía de conceptos, de relaciones entre géneros y especies a través de la dialéctica y la tópica. Por el contrario, la determinación funcional de la naturaleza jurídica parte de concebir al Derecho como un sistema de valores prácticos. Así, dicha determinación consiste en establecer este sistema de valores en un ámbito más reducido (aquél del instituto particular, ubicando este microsistema en el más general sistema del Derecho). Esta perspectiva resuelve el problema de cómo determinar la naturaleza jurídica, en el sentido de que debe mirarse a los efectos jurídicos, no a los hechos: ellos indican los valores y los fines perseguidos en la disciplina de un instituto. Como en la base de la previsión jurídica de los efectos están los valores, intereses jurídicamente relevantes, y éstos pueden ser múltiples, principales y accesorios, es posible que la investigación sobre la naturaleza jurídica de un instituto evidencia varios intereses, algunos sin duda conflictivos. Por esta razón, debe determinarse el interés o los intereses prevalecientes, al cual o a los cuales reconduce la naturaleza jurídica del instituto. Es decir, a cuál fenómeno jurídico se reconduce la disciplina jurídica. Tradicionalmente la doctrina ha intentado encontrar la naturaleza jurídica de la empresa por la vía estructural. La profusa literatura jurídica sobre el tema ha tendido a dividirse en dos grandes grupos: por un lado, las llamadas concepciones unitarias o totalitarias de la, que pretenden decir que ésta es ya objeto, ya sujeto o bien, conjunto de actos o actividad; por otra parte, las concepciones llamadas atomistas, que han tendido a resignarse ante la evidencia de que la empresa es ciertamente una realidad socioeconómica a la cual el Derecho únicamente puede estudiar y regular en sus distintos aspectos: subjetivos, objetivos, funcionales. En el fondo, el afán de categorizar la empresa de una y otra de las categorías fundamentales de la fenomenología jurídica obedece, sin duda, a la búsqueda de determinar la "naturaleza jurídica de la empresa". Sin embargo, cualquier categorización de este tipo tendía a dejar elementos de la realidad por fuera, con lo cual necesariamente no podía haber acuerdo en torno a la naturaleza jurídica determinada en esa forma. Y es que no es posible jerarquizar supuestos de hecho más que a través de la valoración que el Ordenamiento haga de ellos. En cambio, si se aplica la vía funcional a la empresa, muchos problemas que siempre han constituido un rompecabezas para la doctrina, pueden fácilmente resolverse. Así, afirma PANUCCIO, deviene, por ejemplo, inconsistente el problema de si la definición de la empresa debe ser unitaria o plural. Plural puede ser la calificación jurídica de un fenómeno metajurídico, pero la definición no puede más que ser unitaria, confiada exactamente a la "nuclearización del interés prevaleciente, sólo en función del cual puede establecerse la naturaleza jurídica del instituto". Cfr. PANUCCIO, Vincenzo, *op. cit.*, p. 164 y ss.

9. PANUCCIO, Vincenzo, *op. cit.*, p. 95.

10. PANUCCIO, Vincenzo, *Ibídem*, p. 97.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de los elementos del sistema que queremos reconocer propios del sistema agrario?"[11]

En términos muy generales y sintéticos, podemos responder a esta interrogante, con CARROZZA, en el sentido de que "en el campo del Derecho Agrario la propiedad está presente y es relevante en la medida en la cual hace de soporte a la empresa, la cual precisamente por la diferente relación en la cual se encuentra con la propiedad se califica en un modo o en otro, con diversidad de efectos bastante notables. Una propiedad, en suma, de considerarse como instrumento respecto a la empresa".[12]

No obstante, esta respuesta constituye tan sólo una orientación general cuya riqueza depende de la existencia de un análisis más profundo que le dé una mayor precisión y concreción.

3. EL REFLEJO DEL OBJETO DEL DERECHO AGRARIO EN LOS INSTITUTOS DE LA EMPRESA Y DE LA PROPIEDAD: LA TENDENCIA HACIA FORMAS DE EMPRESA Y PROPIEDAD QUE SATISFAGAN EL NÚCLEO AXIOLÓGICO DEL DERECHO AGRARIO (JUSTICIA Y EFICACIA ECONÓMICA)

Volviendo a la afirmación de qué método tridimensional de apreciación del objeto del Derecho Agrario es aplicable a cada instituto en particular, es importante hacer notar que tanto el instituto de propiedad como el de la empresa, reúnen los caracteres ya señalados de dicho objeto.

En efecto, por una parte, la dimensión fáctica del objeto se refleja en el hecho de que el elemento de calificación fundamental de la empresa agraria "se resuelve en la 'agrariedad' de la actividad realizada por ella".[13] Asimismo la propiedad es una situación jurídica cuyo término objetivo lo constituyen los bienes productivos necesarios para desarrollar la actividad agraria.[14]

Por otra parte, en relación con la dimensión normativa, las exigencias de reforma han redundado en el hecho de que ha sido tendencial en la legislación especial el desarrollo de formas jurídicas de empresa agraria propia, lo cual tiene su soporte en una análoga tendencia en el instituto de la propiedad. Se ha considerado incluso que la existencia de tales figuras constituye uno de los criterios formales que concurren a delimitar la tipicidad de la empresa agraria.[15] Más aún, puede afirmarse que el Derecho Agrario, a diferencia del Derecho Mercantil, se caracteriza por tener como parte importante de su objeto la existencia de distintos tipos de empresa. Así, las formas comunitarias, familiares, asociativas son objeto de

---

11. CARROZZA, Antonio, *La propiedad como instituto del Derecho Agrario*, **La propiedad**, Fundación Internacional del Derecho Agrario Comparado, San José, Editorial Juricentro, 1983, p. 190.

12. CARROZZA, Antonio, *Ibídem*, p. 190.

13. VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Configuración dogmática de la empresa agraria*, **Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano**, p. 139. Agrega este autor: "es agraria la empresa que, operando con este ciclo biológico, desarrolla una actividad económica de producción dirigida a la obtención de vegetales o animales consumibles, directa o indirectamente, en la alimentación y nutrición de la población, actividad que puede ser ejercitada, tecnológicamente, de forma desligada de la tierra", *Ibídem*, p. 124.

14. "La propiedad agraria, definida como propiedad de la base material de la empresa agraria, se caracteriza por consiguiente en primer lugar por su naturaleza productiva. Se trata de un tipo de propiedad de bienes que no se destinan al consumo, sino que por el contrario, son aptos para producir bienes para el consumo". BARAHONA ISRAEL, Rodrigo, *La propiedad agraria*, **La propiedad...**, p. 196.

15. Véase, VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Ibídem*, p. 126.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

regulación del Derecho Agrario, sin que exista una circunscripción a un solo tipo de empresa, como sucede al Derecho Mercantil respecto de la empresa capitalista.[16]

Igualmente, desde el momento en que la empresa se califica precisamente por la diferente relación en la cual se encuentra con la propiedad, según expresamos en palabras de CARROZZA, la tendencia es también a la de regulación de varias formas de propiedad. Así, por ejemplo, SALAS y BARAHONA destacan varias tendencias que señalan derroteros a las legislaciones actuales: el desarrollo de la propiedad privada socialmente organizada y la propiedad comunitaria entre otras. En efecto, "se señala el florecimiento de numerosas formas colectivas de ejercicio de los derechos individuales de propiedad, agrupándose sus titulares en empresas, asociaciones de empresas, cooperativas y grupos sindicales para llevar a cabo lo que los franceses llaman agricultura de grupo. La misma propiedad individual agraria cede el paso a la propiedad familiar agraria. Muchos preceptos de la Ley de Tierras (de nuestro país) se inspiran en estas ideas, aunque no establezcan normas eficaces para lograrlo. Así, declara dicha ley, que el Estado estimulará por todos los medios a su alcance, la formación de cooperativas agrícolas para combinar la dignidad de la pequeña propiedad con la eficiencia de la gran empresa... La segunda tendencia propicia la conservación y restablecimiento de la propiedad comunal, o sea, la que da derecho a los propietarios de fincas del distrito a la utilización de prados, bosques y aguas como derecho accesorio de la propiedad de cada una de dichas fincas".[17]

Por último, es claro que, en la dimensión axiológica, esta tendencia del Derecho Agrario hacia formas propias reformistas[18] refleja claramente la búsqueda de concreción de los valores propios del objeto formal del Derecho Agrario. En efecto, "sí, como bien lo expresa ALVARENGA, el Derecho Agrario al ser creado, al ser aplicado, debe tratar de poner en vigencia tanto la más racional producción como el más alto grado posible de justicia social", no es sino en la empresa, como instituto complejo en que confluyen otros institutos tan importantes como la propiedad, la posesión y el trabajo, donde tales fines deben buscar realización simultánea.[19]

Esta dimensión axiológica se manifiesta, en materia de propiedad, en la introducción del principio de la función social, tanto en su aspecto subjetivo como objetivo.

En el primer aspecto, relacionado con la obligación de poner los bienes productivos objeto de propiedad al servicio de una actividad productiva acorde con su naturaleza, esto es, de satisfacer el destino económico de tales bienes, según criterios de buena técnica,[20] se

---

16. "El Derecho Mercantil ha tomado la empresa en su moderna estructura capitalista". GARRÍGUEZ, Joaquín, *¿Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil?*, **Antología de Derecho Comercial I**, San Pedro, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1983, p. 71. "...el Derecho Agrario, a diferencia del Derecho Mercantil, debe dar tratamiento jurídico a la empresa no sólo en su dimensión externa sino, fundamentalmente, en su dimensión interna y, además, ese tratamiento no se circunscribe al tipo de empresa capitalista sino que abarca *otros* tipos". TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *El perfil funcional de la organización subjetiva en la empresa de reforma agraria (contribuciones a la búsqueda de un modelo óptimo para Costa Rica)*, tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987, p. 133.

17. SALAS MARRERO, Óscar y BARAHONA ISRAEL, Rodrigo, *Derecho Agrario*, Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, San José, 1973, pp. 258-259.

18. Pues no podemos olvidar que la esencia de la legislación especial es su orientación reformista.

19. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *ibídem*, p. 131.

20. Tal aspecto de la función social puede verse consagrado en España en la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables de 22 de julio de 1971, hoy refundida en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, número 5185 del 20 de febrero de 1973, que dice en su artículo segundo: "Cultivar con arreglo a criterios técnico-económicos; realizando las transformaciones y mejoras necesarias para una adecuada explotación de acuerdo con el nivel técnico asistente y siempre que las inversiones sean rentables". Sobre el aspecto de función social subjetiva, véase, entre muchos, MEZA LAZARUS, Álvaro, *La función social de la propiedad*, **Constitución Política y Propiedad**, San José, Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, URUK, Editores S.A., 1984.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

busca indudablemente plasmar la tutela del valor de eficacia económica, que implica la necesidad socioeconómica de que la sociedad haga una utilización óptima de sus recursos.[21]

En cuanto al aspecto objetivo de la función social, por otra parte, puede decirse que "afecta al otro aspecto básico de la propiedad, que es el de su distribución".[22] Así, se busca, en primer lugar, tutelar una finalidad de orden social: la generalización o difusión de la propiedad, no ya como abstracta posibilidad jurídica, sino como actuación económica concreta.[23] Esta finalidad se refiere al valor justicia en general y, más concretamente, al de justicia social. Aun cuando susceptible de precisión, por salirse de los alcances de este trabajo una discusión a profundidad sobre este tema, simplemente me limitaré a hacer dos observaciones: en primer lugar, en la esencia del concepto de justicia social, de lo que se trata en el fondo es superar la existencia de una base de igualdad meramente formal entre los hombres, para consolidar una base de igualdad real. Así, las corrientes que buscan la justicia social lo que hacen es sustituir al ser humano abstracto propio de las corrientes individualistas derivadas de la Revolución Francesa, por los seres humanos concretos, imbuidos en un cúmulo de relaciones sociales, con necesidades también concretas que deben ser satisfechas. En segundo lugar, tal igualdad real no puede sino referirse a igualdad de oportunidades de desarrollo integral que todos los miembros de la sociedad deben tener, de tal manera que la idea formal de justicia distributiva de trato igual a los iguales y desigual a los desiguales pueda encontrar aplicación mediante el reconocimiento de desigualdades que nazcan de la distinta forma en que los individuos aprovechan las iguales oportunidades que la sociedad le brinda.[24]

---

21. En la economía liberal tradicional, el concepto de eficacia se circunscribía al problema de la relación costo-beneficio, "en el sentido de que entre más sea lo producido por encima de lo que se gasta para obtener esa producción, más eficaz se es. Una evolución posterior y más reciente de las teorías sobre el desarrollo económico han tendido a darle mayor amplitud al concepto de eficacia, en el sentido de entender que el aumento de satisfacciones de la sociedad no necesariamente coincide con el mero crecimiento económico. Se razona que la relación costo-beneficio como criterio fundamental y único para orientar y evaluar la bondad de las decisiones económicas no siempre es compatible con la necesidad de que, si vivimos en un mundo escaso, no se deben desperdiciar recursos. Así, por ejemplo, si una empresa determinada, por medio de una sustitución de mano de obra por capital está en condiciones de reducir sus costos y, con ello, aumentar los beneficios, ciertamente, en términos de su eficiencia (o eficacia en su sentido restrictivo), si opta por dejar cesantes trabajadores está tomando una 'buena' decisión. Mas si está desperdiciando recursos valiosos que le permitirían aumentar su producción de satisfacciones, entonces no hay duda de que existe una deficiencia en términos de la lucha contra la escasez". TORREALBA, Adrián y AGUILAR BERNARDO, *op. cit.*, pp. 442-443. Al respecto, ANTONIO GARCÍA resalta la importancia de la plena utilización de los recursos como consustancial a la idea de eficacia económica, sobre todo en una realidad como la latinoamericana, en estos términos: "América Latina no puede adoptar semejante medida de la eficiencia empresarial, ya que el nudo de su problemática es romper la estructura del atraso y sentar las bases del desarrollo autosostenido. Los dos principios elementales de la estrategia de desarrollo de un hemisferio atrasado —en sentido absoluto y relativo— son estos: uso pleno de los recursos disponibles (humanos, físicos, técnico-culturales y financieros) y movilización enérgica y planificada del esfuerzo interno". GARCÍA, Antonio, *Reforma agraria y economía empresarial en América Latina*, Editorial Universitaria, S.A., Chile, pp. 123-124. Esta noción debe completarse con el perfil "ecológico" o ambiental de la eficacia, sobre el cual remito a mi trabajo *Empresa agraria y derecho al ambiente*, en Centro de Estudios para la Justicia Social con Libertad, **Hacia una nueva legislación ambiental en Costa Rica**, Edit. Cosmos, San José, 1991.

22. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *La especialización del Derecho Agrario*, **Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano**, p. 55.

23. PUGLIATTI, Salvatore, *La proprietà e le proprietà*, **La proprietà nel nuovo Diritto**, Milán, Dott. A., Giuffrè Editore, 1964, p. 277.

24. Para un desarrollo más amplio de estas ideas, véase TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, pp. 415-737. Mi trabajo inédito *Justicia*, trabajo presentado con ocasión del Curso de Derecho Constitucional y Ciencia Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989. Ciertamente, el problema de la igualdad y la desigualdad en la idea de justicia guarda una profunda relación con el valor libertad. Así, por ejemplo, dice BALLARÍN MARCIAL, "En los tiempos de Jovellanos el tema de la justicia era mucho más limitado que ahora. La justicia se identificaba entonces, y así se continuó haciendo durante mucho tiempo, con la libertad: una sociedad justa era una sociedad de hombres libres y el progreso era sinónimo de liberación. No les culpemos, era lógico que pensasen así aquellas inteligencias poderosas y bienintencionadas como la de D. Gaspara: liberar a los agricultores de las pesas e irritantes cargas señoriales era efectivamente a fines del siglo XVIII un gran progreso. Proclamar la simple igualdad ante la ley representó un ascenso fundamental, nunca bastante alabado, de la condición humana. En los tiempos actuales, la justicia se identifica, no sólo con la libertad —una conquista a la que no debemos renunciar a ningún precio— sino también a la igualdad". BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *Propiedad y empresa en la base del reformismo agrario*, **Revista de Derecho Agrario y Reforma Agraria**, Mérida, Venezuela, Nº 3, 1971, p. 14.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

De modo que, con la atribución a la propiedad de una función social objetiva, se presume que el acceso a ésta constituye una oportunidad de desarrollo individual que todos deben tener.

Ahora bien, también es posible encontrar en este aspecto objetivo de la función social de la propiedad una tutela del valor de eficacia económica, precisamente por cuanto la distribución de la propiedad constituye un mecanismo de distribución del ingreso, que indudablemente incide en el tema de la eficiencia. En efecto, "por mucho tiempo, se ha sostenido que una distribución del ingreso no basada en las asignaciones del mercado, tiene como efecto una lesión al crecimiento económico, al provocarse un sacrificio de recursos que serían destinados a la inversión a favor del consumo, en virtud del ansia por traducir en bienes inmediatos el aumento que determinados sectores de bajo ingreso registren en sus entradas.[25]

Esta tesis, que parte de que la desigualdad es esencial para el crecimiento, constituye un punto de vista ortodoxo que fue rebatido vigorosamente, en primera instancia, por MYRDAL, quien argumentó que lo correcto era más bien todo lo contrario: mayor igualdad es, de hecho, una precondición necesaria para un desarrollo económico más acelerado.[26]

Este planteamiento elemental de MYRDAL ha tenido eco en todo el mundo y podemos afirmar que se trata, de una posición ampliamente aceptada y probada. Así, es dable decir que la cuestión relativa a los efectos generales de plantearse el objetivo económico-social de una más adecuada distribución del ingreso en relación con el objetivo de crecimiento y eficiencia económica, lleva a la conclusión de que éstos no son excluyentes sino que, por el contrario, el primero parece erigirse como presupuesto del segundo. Con más razón aún, esto es cierto con los países del Tercer Mundo, incluido, por supuesto, el nuestro".[27] Quiere todo esto decir, entonces, que una mejor distribución de la propiedad favorece la obtención de una mayor eficacia económica.

No obstante, esto no debe llevar al error de creer que *ninguna* forma de distribución del ingreso afecta la eficacia, pues debe considerarse el delicado problema de si los criterios de distribución toman o no en cuenta el aporte productivo de cada cual como una forma de estímulo para una mayor productividad, o bien si los mecanismos de distribución (económicos o políticos) son adecuados en el tanto los criterios de distribución deseados pueden ser verdaderamente aplicados.[28]

En efecto, si bien a través del aspecto objetivo de la función social de la propiedad se plantea la necesidad de hacerla accesible a las grandes masas, este principio, aisladamente considerado, presenta dos limitaciones. Por un

---

25. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, p. 730. Así por ejemplo, "el modelo de Lewis postuló que el nivel de ahora en una sociedad dependía de la distribución funcional del ingreso, su modelo sugería que el ingreso debe ser redistribuido en favor de la clase que ahorra e invierte (la clase capitalista) a efecto de asegurar la acumulación del capital y el crecimiento. Siguiendo sobre esa línea de argumentación en Pakistán, por ejemplo, el concepto de 'desigualdad funcional' fue promovido. Esto es, la desigualdad fue mirada como una posible virtud, y cuando quiera que se diese un conflicto entre crecimiento e igualdad, esta última será normalmente sacrificada sin dudarlo". COLMAN, David y NIXON, Frederick, *Economics of Change in Less Developed Countries*, Market Place, Daddington Oxford, Allan Publishers Limited, 1978, p. 63.

26. Véase MYRDAL, G. ; ASIAN DRAMA y MYRDAL, G., *The Challenge of World Poverty*, citados por COLMAN, David y NIXON, Frederick, *ibídem*, p. 63.

27. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, p. LIII. Conclusiones. En ese sentido se pronuncia GARCÍA, Antonio, *Reforma agraria y economía empresarial en América Latina...*, pp. 238-239; SALAS MARRERO, Óscar y BARAHONA ISRAEL, Rodrigo, *op. cit.*, p. 811. VILLASUSO, Juan Manuel, et al., *El sector productivo, crisis y perspectivas*, San José, Editorial Porvenir, S.A. primera edición, 1984, p. 19. Una serie de experimentos realizados en países como Venezuela y Chile, llevan a la conclusión de que, si bien la mera distribución del ingreso no produce efectos automáticos en el crecimiento de la producción, es cierto que, ni aun una redistribución radical causaría daños irreparables en las perspectivas de crecimiento económico. Véase al respecto: COLMAN, David y NIXON, Frederick, *op. cit.*, pp. 69-70.

28. Para una amplia discusión sobre estos problemas, véase TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, pp. 735-766 y TORREALBA, Adrián, *Justicia en las distribuciones*.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lado, en su aplicación práctica puede entrar en conflicto con el fin de racionalidad económica (en parte consagrado en el aspecto subjetivo de la función social), pues en nombre de distribuir la propiedad podría no escogerse la forma más eficiente y racional de producir, fenómeno harto generalizado en una gran mayoría de procesos de reforma agraria. Por otra parte, las limitaciones físicas de disponibilidad de recursos podrían hacer nugatoria su realización práctica.[29]

Lógicamente esta problemática axiológica o teleológica se refleja directamente en el instituto de la empresa. Así, ya hace algún tiempo que la doctrina se había planteado si al lado de la función social de la propiedad procedía hablar de la función social de la empresa o si el único planteamiento correcto sería precisamente referir la función social al empresario, más bien que al propietario. La gran novedad del Derecho Agrario español en este punto ha sido contemplar la función social de la empresa junto a la función social de la propiedad. Ello ha sido una consecuencia de la Planificación la cual en el número segundo del artículo 15, de la Ley del Plan, declara que el "IRYDA intensificará y emprenderá las acciones sobre modernización y estructuración de las empresas individuales y comunitarias, tanto en las zonas de ordenación rural como en el resto del territorio nacional". No se trata sólo pues de reformar las estructuras agrarias, en especial la estructura básica que es el dominio, sino también reformar las unidades productivas. Esto nos lleva a la siguiente cuestión que se han planteado todos los reformadores agrarios; "¿cuál es el tipo o tipos de explotación a considerar como ideales?".[30] Así, el principio de función social de la empresa también incluye un aspecto subjetivo y uno objetivo: "el principio de la función social subjetiva de la empresa que se concreta en el mismo deber, (...) de cultivo eficiente y correcto abarcando incluso el de mejorar y transformar; el principio de la función social objetiva de la empresa que se concreta en la persecución de los siguientes tipos ideales de empresa:

— Empresa comunitaria
— Explotación familiar viable
— Empresa asociativa
— Empresa capitalista con elementos de participación comunitaria..."[31]

Es interesante, entonces, constatar que el principio de la función social objetiva de la propiedad no sólo encuentra concreción en meras formas de distribución de bienes productivos, sino, sobre todo, en la organización de formas empresariales que se basen precisamente en el acceso de sus miembros a la propiedad de la base material de dichas empresas. Esta vinculación puede verse bien reflejada en el proyecto de Ley de Desarrollo Agrario que actualmente se encuentra pendiente de trámite legislativo en nuestro país. En efecto, el artículo 165 de dicho proyecto establece:

> "El Estado, a través de sus instituciones está obligado a cumplir una función de redistribución de tierras y fomento de empresas agrarias a efecto de lograr un sistema más justo de tenencia de tierras y una mejor distribución de la riqueza y el aumento de la producción y de la productividad nacionales".[32]

Queda claro, además, de la norma transcrita, la tutela *simultánea* que se pretende dar a los valores de justicia y de eficacia económica. Ciertamente, la necesidad de dar acceso a los miembros de la sociedad a la propiedad se enfrenta a exigencias económicas propias de la actividad empresarial que no permite la excesi-

29. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *ibídem*, pp. 130-131.

30. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *La especialización del Derecho Agrario*, **Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano**, p. 57.

31. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *ibídem*, p. 65.

32. *Proyecto de Ley General Agraria*, Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y de Recursos Naturales de la Asamblea Legislativa, Nº 9217, Dictamen Unánime Afirmativo, publicado en el Diario Oficial La Gaceta de 30 de setiembre de 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

va atomización de las unidades productivas. No hay duda que en la economía moderna se da una tendencia irreversible" a la concentración de los factores productivos bajo formas de gestión unificadas, sea mediante las empresas de gran tamaño, sea por mecanismos de integración vertical y horizontal. Quizá el concepto más preciso para describir el fenómeno sea el de producción según economías de escala. En síntesis, ello implica que entre más un mismo recurso productivo sea utilizado al máximo de su potencialidad, su costo relativo disminuye, pues el volumen producido por el aumento sic".[33] Así, se logra "una disminución de los gastos totales por unidad de referencias. Dicho de otra forma, se realizan economías tan pronto como la producción referida se obtiene sobre una escala más grande".[34]

Así, esta disyuntiva explica la orientación del instituto de la empresa agraria hacia formas que contemplen la participación de los sujetos en la propiedad de su elemento objetivo.

4. LA "PLURALIDAD SUBJETIVA CON UNIDAD OBJETIVA" COMO CONSECUENCIA LÓGICA DE LA TENDENCIA APUNTADA: EL CONDOMINIO AGRARIO COMO PARTICULAR INSTITUTO

Esta particular tendencia del Derecho Agrario hacia formas de propiedad y de empresa que resultan lógica consecuencia del objeto de esta rama del Derecho, nos lleva necesariamente a enfrentar el instituto de la propiedad agraria al fenómeno que llama PUGLIATTI de la "pluralidad subjetiva con unidad objetiva",[35] presente en las formas de condominio. Así, toma una importancia fundamental la consideración del aspecto cuantitativo en la atribución subjetiva de la propiedad,[36] en el cual las particularidades más relevantes se presentan respecto al lado interno de la propiedad, que determina relaciones entre los sujetos respecto del o de los bienes objeto de propiedad conjunta y respecto de la actividad empresarial misma.

En efecto, en cualquier forma de condominio las relaciones jurídicas ya no sólo se presentan en términos de relaciones sujeto-objeto de carácter real, sino que, en virtud de que se crea un vínculo jurídico entre los sujetos, se generan obligaciones recíprocas entre ellos. Por eso se ha dicho que una de las principales particularidades introducidas por este aspecto cuantitativo de la propiedad es el que operan dentro de ella dos tipos de normas, de fuente diferente: las que provienen de la teoría de la propiedad y de los derechos reales y las que provienen de la teoría de las obligaciones.[37]

Ahora bien, la estructura de las situaciones jurídicas en que se ubican los condóminos ciertamente se ven condicionadas por su ligamen con la función de la propiedad agraria, de

---

33. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, pp. 477-478.

34. DESCLAUDE, Georges y TONDUT, Jean, *La empresa agraria y su gestión*, Madrid, Ediciones Mundi-Prensa, segunda edición, 1979, p. 220. "El crecimiento de las dimensiones de la empresa es un fenómeno moderno irreversible. Desde algunos decenios, en los países industrializados, de régimen liberal, se asiste a la desaparición de las empresas marginales (la más débil, la menos hábil, o la menos competente abdica: darwinismo social y la constitución de potentes firmas) concentración de empresas y fusiones. DECLAUDE, Georges y TONDUT, Jean, *ibídem*, p. 15.

35. PUGLIATTI, Salvatore, *La proprieta e le proprieta, op. cit.*, p. 168.

36. Esta terminología es adoptada por PUGLIATTI en su fundamental obra sobre la propiedad y las propiedades, quien habla del "aspecto cuantitativo del perfil subjetivo de la propiedad". Cfr. PUGLIATTI, Salvatore, *ibídem*, p. 145 y ss.

37. En ese sentido, véase PUGLIATTI, Salvatore, *La proprieta e le proprieta, op. cit.*, p. 172.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

modo que ciertos principios básicos de las formas de condominio civil se ven desechados y sustituidos, generándose un verdadero instituto de condominio agrario.[38]

5. LA DESTINACIÓN A UN FIN Y LA PROHIBICIÓN DE DIVISIÓN COMO ELEMENTOS CENTRALES EN LA FUNCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CONDOMINIO AGRARIO

5.a. Los caracteres del condominio civil tradicional.

La forma de condominio prevaleciente en los países de herencia romanista, incorporada a los Códigos Civiles y, por ende, instituto típico del Derecho Civil, es, sin duda, la llamada copropiedad de tipo romano. Ésta se caracteriza al decir de De Cossio, por cuanto "el objeto se halla materialmente indiviso, pero, al mismo tiempo y de un modo abstracto o ideal, dividido, por lo que a cada comunero correspondería una parte meramente intelectual, una pars indivisa o pars proindiviso, no concretada materialmente, es decir, referible a toda la cosa y no a una porción material de ella sobre la que le correspondería un derecho absoluto y excluyente, susceptible de disposición independiente, sin necesidad del ascenso de los demás comuneros. Se trataría de un mero índice numérico, expresivo de la relación de la parte en el todo, esto es, de una medida, no propiamente una entidad ontológica real".[39]

El problema fundamental con esta institución es su escasa adecuación para el ejercicio de una actividad productiva, pues no pretende "servir ninguna finalidad de explotación común, sino, justamente, a lo contrario: evitar los roces presumibles de una utilización con fines independientes de bienes, sobre los cuales se ha producido una titularidad de varias personas".[40] La actividad está subordinada a los derechos de los copropietarios, pues, "en la comunidad, la actividad está en función del bien y de su goce".[41] Así, "el que goce de la cosa, según su destinación económica, puede implicar (lo que es normal frente a bienes productivos), el desarrollo de una actividad, pero esta actividad, no constituye un fin en sí mismo, sino un simple medio para el goce de la cosa".[42]

De este modo, el interés tutelado es el de los copropietarios. La actividad productiva no tiene relevancia autónoma y, a lo sumo, si es que realiza, constituye una mera forma de ejercicio del derecho propietario, esto es, un mero componente de hecho de la situación jurídica. Esto conlleva que el objeto de propiedad no es tutelado en tanto instrumental a la actividad, lo que deriva en una característica fundamental de la situación de condominio: el derecho de cada condominio a pedir la división del bien en

---

38. El ligamen entre estructura y función ha sido destacado por PUGLIATTI en estos términos: "La struttura e legata alla funzione, e reciprocamente: lo studio separato dell'una o dell'altra, giustificato per ragioni pratiche, non si puo spingere oltre un certo segno, ed ha sempre bisogno di integrazione". PUGLIATTI, Salvatore, *ibídem*, p. 300. Al respecto sostiene BARAHONA: "Los regímenes especiales de la propiedad, tal como el de la propiedad agraria, constituyen un fenómeno jurídico unitario, por lo que la función y la estructura se influyen recíprocamente. El destino socialmente determinado del bien productivo se garantiza mediante un conjunto de derecho y deberes, cuyo ejercicio y cumplimiento son a su vez determinantes de la "función social" con vista de la cual se tutela jurídicamente la tierra productiva. BARAHONA ISRAEL, Rodrigo, *La propiedad agraria. La propiedad*, p. 197.

39. DE COSSIO, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil 2*, Madrid, Alianza Editorial, 1975, p. 539.

40. La persona jurídica de las sociedades, *Antología del Derecho Comercial II*, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984, pp. 129-130.

41. CERTAD, Gastón, *Las más complejas formas de colaboración orgánica: las relaciones asociativas. Criterios de distinción a la luz de la jurisprudencia italiana y nacional*, San José, Colegio de Abogados, 1977, p. 60. En ese mismo sentido puede verse FERRARA Jr., Francesco, *Empresarios y sociedades*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 136 y ss.

42. CERTAD, Gastón, *ibídem*, p. 61.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cualquier momento.[43] Esta posibilidad ha dado lugar a que la doctrina califique esta forma de condominio como una comunidad "incidental".[44]

5b. Su superación a través de la destinación a un fin y la prohibición de división: exclusividad del condominio calificado.

La necesidad de vincular la propiedad como instrumento de la actividad económica no tardó en crear regímenes especiales de condominio, que vinieron a transformar los principios básicos del condominio civil de corte romanista. Esta evolución no puede decirse que sea exclusiva de la propiedad agraria, sino que tiene un gran desarrollo en el derecho societario mercantil.

En esta evolución ciertamente ha tenido una gran influencia un instituto bastante antiguo, propio del Derecho Germánico, cual es la llamada comunidad germánica o de mano común. Ésta se caracteriza porque "no hay libre disposición de la cuota porque tampoco hay cuota —parte propiamente dicha—: todos —conjuntis manibus— son titulares de todo. La indisponibilidad individual de las participaciones produce la separación del patrimonio, de esta manera independizándole de cada uno de los miembros de la comunidad: patrimonio que se afecta al fin común mediante la consiguiente separación de deudas y sistema de prelación de los acreedores y de la comunidad".[45]

Sin duda, el aporte más importante de esta forma de condominio es precisamente su idoneidad en la destinación de bienes a un fin. Así, la doctrina ha elaborado el concepto genérico de "comunión calificada" en contraposición al de "comunión simple" o incidental, que implica que "la propiedad se emplea o vincula (como instrumento) para realizar un determinado fin".[46]

El régimen de comunidad de bienes en el derecho societario es un fiel reflejo de esta evolución.[47]

En efecto, característica fundamental de la sociedad es que "los bienes asumen una posición instrumental respecto al ejercicio en común de una actividad, que permanece siempre como su elemento (objetivo) determinante: los bienes están en función de la actividad como medio necesario para su ejercicio.[48]

La diferencia del régimen societario con el del condominio civil es bien expresada por CERTAD con las palabras que cito a continuación, no sin antes advertir que este autor contrapone los términos "sociedad" y "condominio", cuando en realidad, en la sociedad se da una forma de condominio:

> "La condición misma de los bienes sociales es profundamente distinta a la de los bienes en condominio. Estos últimos carecen de una destinación específica: los copropietarios ejercen sobre los bienes comunes las facultades en sus respectivos derechos de propiedad, dentro de los límites impuestos a cada uno por el respeto al derecho ajeno; y pueden ejercerlas, siempre respetando esos límites, cada uno autónomamente respecto a los otros (art. 270 C.C.). Sobre los bienes sociales, en cambio, está impreso un específico vínculo de destinación que permite su

43. Véase, por ejemplo, el artículo 272 de nuestro Código Civil: "Ningún propietario está obligado a permanecer en comunidad con su condueño, y puede en todo tiempo exigir la división". Asimismo, el artículo 1111 del Código Civil italiano: "Ciascuno dei poartecipante puo sempre domandare lo scioglimento della comunione...

44. En ese sentido, véase PUGLIATTI, Salvatore, *La proprieta e le proprieta, op. cit.*, p. 175.

45. *La personalidad jurídica de las sociedades, op. cit.*, p. 130.

46. BARASSIX, *Proprieta e comproprieta*, Milán, 1951, Nº 43, p. 116, cit. por PUGLIATTI, Salvatore, *La proprieta e le proprieta, op. cit.*, p. 176.

47. El reconocimiento de una forma de condominio en las sociedades se da a pesar de que estén investidas de personalidad jurídica. En ese sentido, se entiende que, formalmente, la propiedad es unisubjetiva de la persona jurídica, pero, sustancialmente, y para efectos internos, sigue existiendo un condominio entre los socios. Al respecto sostiene PUGLIATTI: "Val quanto dire, si riscontra una situazione di proprieta divisa: quella sostanziale, di natura collettiva, comoete ai singoli che compongono l'associazione; a quest'ultima comme autonomo soggetto giuridico, compete invece una sorta de proprieta formale, che rivela chiaramente un carattere funzionale rispetto a quella sostaniziale dei singoli". PUGLIATTI, Salvatore, *La proprieta e le proprieta, op. cit.*, p. 218.

48. CERTAD, Gastón, *op. cit.*, p. 65.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

utilización sólo para el ejercicio en común de la actividad propuesta, excluyendo toda otra utilización. Este vínculo de destinación opera, ante todo, en las relaciones internas, "inter socii" (art. 55, inciso b, C.Co., por ejemplo); se manifiesta, además, en la estabilidad de la relación social, pues a diferencia de cuanto sucede en la comunidad, donde cada uno de los participantes puede, en cualquier momento, pedir la división de las cosas comunes (art. 274 C.C.), la sociedad no se disuelve, y los bienes sociales no pueden ser repartidos entre los socios, sino cuando se produzca una de las causales de disolución previstas por el Código de Comercio o por el pacto constitutivo (artículos 56, 74, 101, 201, 203, 204 y 205)".[49]

Debe destacarse que la destinación a un fin tiene como consecuencia inmediata la supresión del principio de la división del condominio.

Dentro del contexto del Derecho Agrario, la tendencia de la legislación especial ha sido la de tutelar las características estructurales de la "azienda" agraria, de modo de favorecer el valor de eficacia. Así, se dice, si cultivar o hacer cultivar la tierra y organizar o hacer organizar la "azienda" es una obligación para el propietario, el Ordenamiento Jurídico no puede consentir la dispersión arbitraria de los elementos de la "azienda", sino que, por el contrario, debe estimular la conservación y el mejoramiento del complejo de bienes organizados en ella.[50] De este modo, uno de los instrumentos principales que pueden encontrarse en las distintas legislaciones es la prohibición de la división, restringiendo claramente las facultades de disposición propias de la propiedad civil, tanto en cuanto a los negocios inter vivos como los mortis causa. Así, para citar dos ejemplos en nuestro país, ello sucede en el régimen previsto en la Ley de Tierras y Colonización, respecto a las adjudicaciones hechas a parceleros: el artículo 68 establece la prohibición de gravar, arrendar, subdividir ni traspasar el dominio sobre su predio. Igualmente, en España, en relación con las fincas sujetas al régimen de concentración parcelaria, de conformidad con la Ley de Concentración Parcelaria del 8 de noviembre de 1962, se consagra el principio de la indivisibilidad de tales fincas, en aras de preservar la unidad mínima de cultivo y las unidades tipo de aprovechamiento agrícola en las zonas concentradas.[51]

En materia de condominio, la necesidad de tutela de la unidad "aziendal" ha determinado una decidida orientación hacia las formas calificadas, dejando de lado las incidentales.

De este modo "en los modelos que se pueden tipificar dentro de la corriente autogestionaria-comunitaria, se adopta como solución principal la adopción de una propiedad colectiva de corte germánico",[52] lo que implica una prohibición de dividir los bienes objeto del condominio entre los comuneros.[53]

Lo mismo puede decirse de las llamadas comuniones familiares presentes en algunos países. Tal es el caso de la comunión tácita familiar del derecho italiano, la cual es sin discusión una forma de condominio similar en sus características a la comunidad germánica, si bien se dice que su origen no es germánico

---

49. CERTAD, Gastón, *op. cit.*, pp. 63-64.

50. ROMAGNOLI, Emilio, *Azienda Agraria*, **Rivista di Diritto Agrario**, Milán, Nº 3, julio-setiembre de 1979, p. 396.

51. Véase al respecto LUNA SERRANO, Agustín, *La conservación inter vivos de la concentración parcelaria*, **Rivista di Diritto Agrario**, Nº 3, julio-setiembre de 1979, p. 411; MARTIN BALLESTEROS Y COSTEA, Luis, *La concentración agraria o reagrupación rural*, *ibídem*, p. 229 y ss.

52. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, p. 565.

53. Por ejemplo, el *Reglamento de Cooperativas Agrarias, Cooperativas Comunales, Centrales de Cooperativas Agrarias y Sociedades Agrícolas de Interés Social (SAIS) del Perú, Decreto Supremo Nº 240-69 A.P. del 4 de noviembre de 1969*, establece en su artículo 95: "Las Cooperativas Agrarias de Producción constituyen unidades indivisibles de explotación en común en las que la tierra, ganado, instalaciones, cultivos, equinos y plantas de beneficio, son de su propiedad, sin individualizar los derechos de socios..." Nuestra *Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo*, Nº 4179 del 22 de agosto de 1968 y sus reformas, establecen, en relación con cooperativas de autogestión, la prohibición de distribuir individualmente el patrimonio social de la cooperativa, en su artículo 104, inc. c.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sino directamente de un instituto análogo que ya era conocido en la antigua Roma como "consortium o non cito".[54]

Esta forma de condominio está a la base de una forma de empresa familiar que encuadra dentro del esquema de la "societas" del Derecho Romano en el tanto disciplina no sólo la puesta en común de bienes para el ejercicio de una actividad, sino también la actividad misma, esto es, la cooperación entre varios sujetos para realizar un fin económico común.

Otra forma de condominio calificado la encontramos en las llamadas comunidades de pastos, que "es una de las comunidades más antiguas que se conocen en la historia de los pueblos".[55]

De acuerdo con SOLDEVILLA, el sentir de la doctrina más moderna es de que se trata de una comunidad en mano común o germánica, entre cuyas características está el que "la comunidad es indisoluble e improcedente el ejercicio de la acción communi dividundo".[56] En nuestro país, la Ley de Tierras y Colonización prevé la comunidad de pastos, al decir en su artículo 73: "Se establecerán potreros comunales para el pastoreo de los ganados de los campesinos cuando sea necesario".

En América, las formas de propiedad comunal o de las comunidades "fue establecida por las leyes de Indias sobre pastos, montes y aguas para su disfrute en común por españoles e indios".[57] Estas formas tienen vigencia en nuestros días, como es el caso por ejemplo, de las "comunidades campesinas del Perú". En la regulación de estas comunidades se aprecia claramente la destinación a un fin. Así, el artículo 8) del Decreto Supremo Nº 37-70-A del 17 de febrero de 1969, establece entre los fines de las comunidades campesinas el de "dinamizar y modernizar las formas tradicionales de explotación de la tierra, prohibiendo su división y fragmentación".

En fin, puede decirse, con SALAS Y BARAHONA, que los bienes sobre los cuales recaen los tipos de propiedad comunitaria, "constituyen un 'patrimonio de afectación' en cuanto están destinados permanentemente al fin socioeconómico que la comunidad persigue".[58]

Dentro de la tutela de la "unidad aziendal", por otra parte, la normativa especial agraria se ha orientado hacia su protección tanto de las vicisitudes típicamente civiles de la sucesión "mortis causa", como de las vicisitudes frente a terceros acreedores. En cuanto a las primeras, una de las regulaciones fundamentales consiste en mantener la "proindivisión de los bienes".[59] En cuanto a las segundas, la tendencia fundamental es la de evitar que las empresas agrarias entren en un proceso de liquidación por quiebra que implique la división de la unidad "aziendal". Así, "se considera conveniente que se establezca en la normativa especializada un procedimiento diferente a la quiebra regido por el Derecho Agrario que tenga contenida normas tendientes a proteger en primera instancia la hacienda. Asimismo contemplar la

---

54. Que es la expresión en latín arcaico de "consortium non divisum", según la traducción de GAIO. Cfr. PUGLIATTI, Salvatore, *La proprieta e le proprieta*, *op. cit.*, p. 197 y ss.; GALLONI, Giovanni, *Lesioni sul Diritto dell'impresa agricola*, p. 161 y ss.

55. SOLDEVILLA, Antonio, *La empresa agraria (su relación jurídica)*, Valladolid, 1982, p. 234.

56. SOLDEVILLA, Antonio, *op. cit.*, p. 237. En España las manifestaciones de aprovechamientos en común de pastos y leñas son numerosas en las leyes forales "tales como en Viscaya los 'sel común'; en Aragón los 'aleras forales' y 'hoalar'; en Navarra las 'corralizas', 'facerías', 'helechales', 'dominios concellar', 'vecindades foranas' y en Galicia los 'montes vecinales en mano común'". SOLDEVILLA, Antonio, *ibídem*, p. 237.

57. BARAHONA ISRAEL, Rodrigo y SALAS MARRERO, Óscar, *op. cit.*, p. 259.

58. BARAHONA ISRAEL, Rodrigo y SALAS MARRERO, Óscar, *ibídem*, p. 259.

59. Al respecto dicen BLANCO y otros: "Aquí entonces los principios civilistas de igualdad en la distribución de los bienes, libre disposición, se subrogan a la función social de la empresa agraria. La tutela de la unidad haciendal se manifiesta en la atribución integral a un solo heredero que debe reunir los requisitos de beneficiario de la Reforma Agraria, el mantenimiento de la proindivisión de los bienes, pago de legítimas en dinero y con plazo diferido a los coherederos, etc., deben regularse entonces en la legislación especializada. BLANCO, Carmen, et al., *op. cit.*, pp. 315-316.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

posibilidad de que en una circunstancia como la anterior el Estado mediante el ente agrario, ejecutora de la política agraria asuma la dirección de la empresa por un término que la misma ley fijará para tratar de preservarla en la medida a que se puede el mayor tiempo posible".[60] Esto implica que la situación de condominio no sólo está tutelada respecto a su indivisión respecto de los mismos condóminos, sino de los acreedores resultantes del ejercicio de la actividad empresaria.

Por último, es interesante constatar que la regulación de tutela de la unidad "aziendal" respecto a los actos de disposición mortis causa también plantea una tendencia, al menos como alternativa, de que una comunidad típicamente incidental como lo es la hereditaria, pueda devenir en comunidad calificada. Como se sabe, la comunidad hereditaria se da "cuando son más de uno los herederos llamados a la sucesión y mientras que la partición no se efectúa, no se tiene un derecho concreto sobre ninguna de las cosas de la herencia, pues no se sabe cuál de ellas corresponderá a cada uno, sino un derecho en el complejo hereditario considerado como una unidad más o menos circunstancial. En el ámbito agrario tiene gran importancia los supuestos de herencia en cuyo caudal están comprendidos los bienes que constituyen la explotación que forma parte integrante de la empresa agraria y cuya titularidad corresponde a los coherederos que la han de ejercitar conjuntamente".[61] Nuestra Ley de Tierras y Colonización, en su artículo 69 plantea un régimen sucesorio especial.

De acuerdo con éste, queda excluida la posibilidad de que la comunidad hereditaria se desarrolle hacia su destino tradicional, cual es la división de los bienes entre los condóminos. Antes bien, lo que prevé es esta alternativa: o se elimina toda forma de comunidad hereditaria mediante la designación de un sólo heredero que, por su idoneidad, vaya a seguir con la empresa del causante, o bien se sustituye la comunión incidental por una calificada, que tenga como fin el "continuar en conjunto la explotación de la parcela, como unidad económica y familiar" (inc. b), art. 69).

Esta supresión de las formas incidentales de condominio en sede de propiedad agraria resulta, sin duda, un reflejo del principio de orientación a un fin o resultado que informa a la actividad en tanto fenómeno jurídico, que exige que el régimen jurídico del condominio agrario permita la destinación de los bienes productivos al fin al que se orienta la actividad. Sólo de esta manera se da cumplimiento a la función social subjetiva de la propiedad.

6. EL PROBLEMA DE LA CUOTA A LA LUZ DE LAS EXIGENCIAS AXIOLÓGICAS IMPLÍCITAS EN EL INSTITUTO DE LA PROPIEDAD AGRARIA (DERIVANTES DEL OBJETO FORMAL DEL DERECHO AGRARIO)

Otro aspecto a considerar es el problema de la existencia o no de cuotas en el condominio, a la luz de las exigencias axiológicas implícitas en el instituto de la propiedad agraria.

En primer lugar, es importante recordar que éste es el segundo gran aspecto diferenciador entre la copropiedad romana y la germánica o de mano común. Al respecto expone ALBALADEJO:

> "La propiedad de la cosa puede pertenecer a los condueños de diversas formas:

60. BLANCO, Carmen, et al., *ibídem*, p. 346.

61. SOLDEVILLA, Antonio, *ibídem*, p. 229. Sobre esta temática, véase especialmente CARROZZA, A. y ZELEDÓN, R., *op. cit.*, p. 365 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Cada uno tiene una parte, no concreta (pues entonces sería dueño exclusivo cada uno de su parte).
2. La cosa es íntegramente de todos. Les pertenece colectivamente a cada uno juntamente con los demás como grupo, que sin embargo, no constituye una persona jurídica distinta de sus componentes. De forma que no hay fijación de una cuota de participación para cada uno. Aunque evidentemente cuando todos concurren, esta concurrencia limita la utilidad que singularmente, en cuanto miembro del grupo, puede la cosa proporcionar a cada uno".

"Los tipos de copropiedad señalados, se llaman: la primera, propiedad por cuotas o copropiedad romana (condominium iuris romani), por tener su origen en el Derecho Romano; la segunda propiedad en mano común o propiedad colectiva o copropiedad germánica (condominium iuris germanici)".[62]

La cuota se presenta, así, como el elemento individualístico dentro de una situación de condominio. En efecto, debe recordarse que en el condominio tradicional, con cuotas, se presenta la coexistencia de varios derechos: un derecho correspondiente a la colectividad de participantes sobre la cosa en su totalidad; y un complejo de derechos correspondiente a cada uno de ellos de participar en la comunión según la medida de la cuota respectiva. Así, en particular, en el caso de la copropiedad se ha sostenido que el derecho de propiedad sobre la cosa común corresponde a la colectividad de los condominios, mientras cada uno de estos no tiene sino el derecho sobre la propia cuota, o, más precisamente, el derecho de participar en la comunión de la propiedad según la medida de su cuota y, por ello, de ejercitar por sí solo, según tal medida, aquellos poderes sobre la cosa derivantes del derecho de propiedad que corresponde a la colectividad, de los cuales es posible el ejercicio por partes o cuotas (así, por ejemplo, el poder de obtener los frutos, de vender su cuota y de gravarla) y de ejercitar en cambio los otros poderes que no son divisibles, en principio, en conjunto con los demás, y sólo únicamente en cuanto tal ejercicio no lesione el derecho y el interés de los otros condóminos.[63]

Ya en algunas legislaciones, como la italiana, la evolución en la normativa del dominio sobre todo si se contrasta la del Código Civil de 1865 y el vigente de 1942, ha marcado la prevalencia del interés colectivo en relación con el individual.[64] Indudablemente, esta tendencia es un resultado de la creciente relevancia del fenómeno actividad en cuyo desarrollo estriba el interés colectivo de los condóminos, hacia el cual se debe tender. Así, por ejemplo, para efectos de realizar innovaciones dirigidas al mejoramiento de la cosa, el Código abrogado de 1865, exigía el consenso unánime, mientras que el actual (artículo 1108) introduce el principio típico de toda organización colectiva, cual es el principio del gobierno de la mayoría.[65]

Evidentemente, la tutela del interés colectivo tiene consecuencias con respecto al tema de la cuota en tanto instrumento del interés individual, que se refleja en la estructura del condominio puesto al servicio de la actividad empresarial. En este sentido, su evolución se ha orientado, básicamente a través de dos opciones: por una parte, la supresión de la cuota; por otra, la discriminación de los intereses individuales que sí son dignos de tutela de los que no a la luz de determinados valores. En nuestro caso, atinentes al aspecto axiológico del objeto del Derecho Agrario, lo que implica su mantenimiento bajo ciertas condiciones.[66]

---

62. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, Barcelona, Librería Bosch, tomo III, volumen I, 1977, p. 380.

63. PUGLIATTI, Salvatore, *La proprieta e le proprieta*, *op. cit.*, p. 170.

64. Cfr. PUGLIATTI, Salvatore, *ibídem*, p. 172.

65. Cfr. PUGLIATTI, Salvatore, *ibídem*, p. 172.

66. ALBALADEJO, Manuel, *ibídem*, p. 381.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6a. La cuota frente al problema de la división.

El interés individual al que la cuota, por definición, sirve de instrumento, ha incluido tradicionalmente la ya comentada facultad de pedir la división del bien en cualquier momento. En ese sentido, la cuota representa un derecho individual que se ha considerado como fundamento de la división, al punto de que, faltando éstas, tal división no es posible pedirla. En efecto, "no habiendo atribución de cuotas, en principio no es posible pedir la división (puesto que no se tiene derecho a tal o cual participación, sino a la cosa entera, pero juntamente con los otros condueños), ni enajenar aquélla (ni aun con el consentimiento de los demás condueños)".[67]

Desde esta perspectiva, la conclusión que pudiera saltar a la vista es que, en materia de condominio agrario, habría que excluir la cuota, precisamente para tutelar la unidad "aziendal". Sin embargo, la evolución normativa no siempre ha tomado esta solución radical en los casos en que ha sido necesaria la instauración de las formas calificadas de comunidad de bienes. Ejemplo claro de ello son las sociedades mercantiles, en las que se establece la prohibición de división y, sin embargo, se mantiene la cuotización del patrimonio social. De este modo, vemos que lo que en el fondo se hace es discriminar entre el complejo de intereses individuales a fin de excluir de toda tutela el de disponer del bien o parte de él en cualquier momento, manteniendo la tutela a otros respectos. En fin, es de notar que, si bien es cierto que la existencia de cuotas es condición necesaria para permitir la división, no es una condición suficiente, pues basta la regulación en contrario.

Pese a lo anterior, la existencia de cuotas sí tutela el interés individual de que, en la eventualidad de la disolución de la empresa de la cual es instrumento el condominio, se opera la distribución del patrimonio sobrante una vez hecha la liquidación, que es, lógicamente, una forma de división. En muchas ocasiones, el interés colectivo, visto incluso en un plano más allá del grupo de condóminos, determina la necesidad de que los bienes sobrantes luego de un proceso de liquidación puedan ser incorporados en la actividad de otras empresas, tanto por una cuestión de eficacia en cuanto a la plena utilización de los recursos, como por una cuestión de justicia (función social objetiva de la propiedad). Ciertamente, para lograr estos propósitos es necesario el expediente del condominio sin cuotas. Ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 88 de nuestra Ley de Asociaciones Cooperativas, que dispone que "en el caso de las cooperativas de autogestión, los activos que queden una vez liquidados los compromisos de la cooperativa, ingresarán al fondo de esas cooperativas. La Comisión Permanente de Cooperativas de Autogestión, decidirá el destino de dichos bienes, los cuales podrán ser arrendados o adjudicados a otras cooperativas de autogestión". Aquí el interés individual se ve totalmente excluido, lo que se justifica precisamente por la ausencia de cuotas.

Ahora bien, la misma Ley de Asociaciones Cooperativas plantea, dentro del mismo contexto de las cooperativas de autogestión, un régimen diferenciado de condominio. En efecto, se contempla la existencia de certificados de aportación acumulados por reinversión según el aporte en trabajo de cada cual (artículo 114, inciso c), los cuales, en caso de liquidación, sí

67. ALBALADEJO, Manuel, *ibídem*, p. 381.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

son pagados en su valor. Esta diferenciación en el régimen de condominio se entiende por una tutela del interés individual que se considera valiosa, cual es el de la propiedad que nace directamente del trabajo.[68]

Por otra parte, es interesante considerar el problema del condómino que se retira, lo que es muy común en los casos de formas empresariales en que los condóminos son a la vez trabajadores. En el caso de la sociedad anónima, la eventualidad del socio que ya no quiere seguir ligado a la empresa y, por ende, al condominio, la tutela de su interés individual no representa mayor problema, pues la acción, en tanto documento representativo de la cuota, puede ser negociado en forma externa. De este modo, la empresa no debe devolver el aporte hecho ni su equivalente económico, con lo cual se salvaguarda la necesidad de indivisión.

La situación no es tan sencilla en aquellas formas empresariales en que no son indiferentes las cualidades subjetivas de quien adquiere una cuota de propiedad y, por ende, no es dable aplicar una solución análoga a la de la sociedad anónima. En estos casos, la existencia de cuotas ha obligado al reconocimiento de una obligación por parte de la empresa de pagar el valor de la cuota. Así, por ejemplo, el Proyecto de Ley de Empresas Asociativas de Autogestión, originalmente elaborado por OFIPLAN, establece en su artículo 57 que el socio que se retire o que sea excluido tendrá derecho a que se le devuelva la parte que le corresponda de la capitalización social, durante el tiempo que ha pertenecido a la empresa, según lo que establece el artículo 82, inciso a: 3, referente a los certificados de aportación derivados de las reinversiones, según el aporte de trabajo de cada cual.[69] La Ley de Asociaciones Cooperativas también contempla análoga situación (relación artículos 62 y 114, inc. 3).

Ciertamente, esto atenta contra el patrimonio de la cooperativa, mas como se trata de una obligación de reconocer el valor en dinero de las aportaciones y no en devolver bienes concretos aportados, puede decirse que no se afecta directamente la unidad "aziendal". Es decir, no se trata de una verdadera división del objeto de propiedad, sino simplemente atribuir a la empresa de una obligación patrimonial.[70]

En el fondo, lo que sucede es que el interés individual sigue siendo tutelado, sólo que en una forma diferente: ya no se le tutela con la posibilidad de obtener la división de bienes concretos, sino de tener una remuneración por el valor de su cuota, permitiéndose que la unidad "aziendal" quede intacta.[71]

6b. La cuota frente a las situaciones jurídicas relativas a la actividad empresarial.

Si enfocamos el problema de la cuota en tanto unidad de medida de los derechos del

---

68. Sobre este tema de la propiedad que nace directamente del trabajo, véase entre muchos: GAIRAUD SALAZAR, Rafael; HESS ARAYA, Christian; SOBRADO GONZÁLEZ, Luis A.; SOLANO PORRAS, Julián y TISCHLER FUCHS, Jaime, *El trabajo como causa-función de la propiedad sobre bienes productivos*, **Constitución Política y Propiedad**, San José, Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, Uruk Editores, S.A., 1984; TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, p. 515 y ss. y 1017 y ss.; MONTERO DE BURGOS, José Luis, *Concepto evolutivo de la propiedad de los medios de producción*, **Revista de Estudios Sindicales y Cooperativos**, España, octubre-diciembre, 1972, p. 167.

69. *Proyecto de Ley de Empresas Asociativas de Autogestión*, San José, OFIPLAN, 1980.

70. Sobre la diferencia entre patrimonio y "azienda" se ha dicho: "El patrimonio como tal es un conjunto de deberes y derechos, activos y pasivos de la empresa. Por el contrario, la Hacienda es un concepto más restrictivo, abarca únicamente bienes que funcionalmente son destinados a producir, en este sentido, comprenderá únicamente los activos de la empresa, no las obligaciones, ni los pasivos en general de los mismos. Dentro del patrimonio se incluiría la cosecha, dentro de la hacienda no, porque en ésta se incluye únicamente los bienes destinados a producir". BLANCO, Carmen, et al., *op. cit.*, p. 342.

71. En el *Reglamento de Cooperativas Agrarias, Cooperativas Comunales, Centrales de Cooperativas Agrarias y Sociedades Agrícolas de Interés Social (SAIS) del Perú, Decreto Supremo Nº 240-69 A.P. del 4 de noviembre de 1969* se hace explícita la distinción a que aludo cuando, luego de establecer el derecho del socio que se retira al valor de sus certificados de aportación, se establece, en su artículo 111: "Las parcelas transferidas como aporte de capital adquieren la calidad de bienes propios de la cooperativa y no revertirán al socio por ningún concepto".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

condómino en el ejercicio de la propiedad en sus diversas facultades,[72] en realidad nos trasladamos al tema del papel de la propiedad respecto de las situaciones jurídicas atinentes al desarrollo de la actividad empresarial.

Cabe, en primer lugar, la consideración de las facultades de uso o utilización productiva.

6bi. La cuota frente a la orientación de la actividad.

En el condominio civil, el desligamen jurídico con el ejercicio de una actividad productiva hace que la situación normal sea aquélla en que cada condómino puede usar la cosa entera, cuando no la usan actualmente los demás. Y, sólo "si todos desean usarla a la vez, y lo hacen, el uso deberá ser proporcional a cada cuota, cuando no haya suficiente para atender al uso que necesitan entre todos los condueños.

En cuanto no quepa uso simultáneo, habrá que atenerse al acuerdo de la mayoría".[73] Como puede verse, la cuota como unidad de medida del uso de cada cual adquiere importancia no en la situación normal, sino en la excepcional.

En cambio, cuando los condóminos están coligados entre sí para la realización de una actividad económica, el problema del uso conjunto de los bienes se institucionaliza como la situación normal. De este modo, la relación entre los sujetos se ubica en términos de sus situaciones jurídicas referentes a la orientación de la actividad empresarial.

En virtud de que la empresa pone en funcionamiento objetos y sujetos, no es posible entender la lógica de la atribución de las situaciones jurídicas relacionadas con la orientación de la actividad sin tener en consideración los derechos sobre los objetos y sobre el trabajo de los sujetos. En otras palabras, no se puede dar una orden a un sujeto y que éste esté obligado jurídicamente a obedecerla si no existe una relación jurídica previa que subordine la voluntad de un sujeto a la de otro. Asimismo, no se puede dirigir el uso de determinada maquinaria en forma estable si no se tiene algún derecho sobre aquélla.

En este sentido, puede decirse que "la actividad empresarial, en tanto fenómeno temporal, tiene una estructura que se caracteriza por diversos componentes materiales (de carácter temporal) que reciben una calificación jurídica diversa (componentes formales diversos) y que, por lo tanto, representan, desde el punto de vista jurídico, otros tantos fenómenos. En efecto, en términos muy generales, las actividades que componen la actividad empresarial pueden descomponerse en trabajo, posesión y la actividad globalmente considerada. De este modo, hay poderes que se refieren a la organización y orientación de los distintos sujetos, así como de las condiciones en que el trabajo se desarrolla, los cuales permiten la coordinación de las actividades que conforman la actividad global. Por otra parte, lo que la doctrina generalmente identifica como el poder de organización y de utilización de las cosas en realidad alude al hecho de que la actividad empresarial se desarrolla por medio de la utilización de determinados bienes productivos. Si la moderna teoría de la posesión agraria identifica ésta como la actividad que se desarrolla con este tipo de bienes, generando particulares consecuencias jurídicas con respecto al régimen de derechos sobre los bienes, entonces es dable entender que la organización y utilización de las cosas es la posesión que se hace de ellas, sea como un fenómeno de hecho autónomo, sea como un componente de hecho de un derecho que se tiene previamente sobre esos bienes. Consecuentemente, es también conveniente identificar poderes de posesión sobre la "azienda" y los bienes que la

72. Me adhiero al planteamiento de PUGLIATTI en el sentido de que la cuota no es un objeto particular de propiedad sino una mera unidad de medida de los derechos correspondientes a cada uno de los condóminos de participar en la comunión. PUGLIATTI, Salvatore, *La proprietà e le proprietà*, *op. cit.*, pp. 170-171.

73. ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.*, p. 390.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

conforman. Por último, la actividad de la empresa se gestiona globalmente, lo cual se manifiesta precisamente en la función de combinación de los factores productivos. Evidentemente, los poderes globales de gestión presuponen los otros".[74]

Es decir, este poder de gestión o de combinación de los factores productivos, en tanto presupuesto de la función más genérica y omnicomprensiva que se da en el desarrollo de toda actividad empresarial, engloba otros dos tipos de poderes más particulares: el poder de posesión o de organización y gestión "aziendal" (esto es, de añadir, quitar y reubicar bienes dentro del complejo, así como de utilización de éste) y el poder de organización y orientación del trabajo. No es difícil caer en la cuenta de que la titularidad del primer tipo de poder el de organización y gestión "aziendal" presupone un conjunto de derechos sobre los bienes individuales que componen la "azienda". En este sentido, se puede afirmar que la propiedad opera como un antecedente jurídico (esto es, parte del supuesto de hecho) de situaciones jurídicas atinentes a la orientación global de la actividad.

Esta atribución de poderes en la gestión al propietario se justifica, en principio, por el hecho de que, puestos los bienes al servicio de una actividad productiva, se introduce el problema del riesgo de que esos bienes se pierdan o desperdicien. En efecto, conviene recordar que el principio de justicia distributiva plantea la idea de proporción entre lo que se retribuye en función de los méritos. "En materia de gestión, la justicia distributiva siempre se ha planteado en función del riesgo: esto es, el mérito está en cuánto se arriesga, porque la atribución de poderes de gestión se establece en esa proporción, pues si se hace depender la suerte económica del ejercicio de una actividad, es lógico que se permita incidir en el desarrollo de ésta".[75]

En este sentido, la existencia o no de cuotas en materia de condominio cumple la función de determinar diferencias entre los sujetos copropietarios en la gestión, de tal manera que el que tiene una mayor cuota tiene también mayores poderes.

Este esquema, típico de las sociedades mercantiles, ciertamente encuentra una clara resistencia en la normativa especial agraria. Esta situación se explica por la preeminente tutela del trabajo, en tanto actividad, por sobre la propiedad. De este modo, se razona que el valor justicia debe implicar la posibilidad de que los hombres, en su trabajo, tengan la oportunidad de desarrollar su iniciativa y creatividad. Entonces se busca ligar la gestión al trabajo, de modo tal que baste el trabajar en la empresa para acceder a tales poderes. Este planteamiento es bien sintetizado por GANDARA, para quien vale poco la mera participación en los beneficios si no se da participación en la gestión de las empresas a "TODOS los elementos humanos que la integran".[76] En su opinión, "las exigencias de la justicia trascienden las fronteras de la retribución justa",[77] y en abono de su tesis cita las siguientes palabras del Papa Juan XXIII que, por su claridad, me permito transcribir:

> "La justicia —enfatiza— ha de ser respetada no solamente en la distribución de la riqueza, sino además en cuanto a la **estructura de las empresas** en que se cumple la actividad productora. Porque en la naturaleza de los hombres se halla involucrada la exigencia de que, en el desenvolvimiento de su actividad productora,

74. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, pp. 173-174. Sobre el ligamen entre posesión y el desarrollo de una actividad productiva agraria, véase MEZA, Álvaro, *La posesión agraria*, San José, Editorial Alma Mater, 1ª edición, 1986, p. 63.

75. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, pp. 589-590.

76. GANDARA, Alfonso, *La reforma estructural de la empresa: hacia una sociedad autogestionada*, **Cuadernos de Derecho Público**, Mérida, Venezuela, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Talleres Gráficos Universitarios, Nº 4, 1978, pp. 109-110.

77. GANDARA, Alfonso, *ibídem*, p. 110.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> **tengan la posibilidad de empeñar la propia responsabilidad y perfeccionar el propio ser".** Por tanto —añade el Papa en tono inequívocamente condenatorio— si las estructuras, el funcionamiento, los ambientes de un sistema económico son tales que comprometen la dignidad humana de cuantos ahí despliegan las propias actividades, o que les entorpecen sistemáticamente el sentido de responsabilidad, o constituyen un impedimento para que pueda expresarse en cualquier modo **su iniciativa personal:** un tal sistema es **injusto,** aun en el caso de que, por hipótesis, la riqueza producida en él alcance altos niveles y sea distribuida según criterios de justicia y equidad".[78]

Se comprende bien, entonces, que la tutela al mérito de tener más propiedad que aportar riñe con la idea de que las desigualdades entre los individuos se generen por su diferente trabajo y no por su diferente propiedad.

La corriente autogestionaria-comunitaria, como hemos dicho, toma la opción de la propiedad colectiva de corte germánico, sin cuotización. De esta manera, los bienes "aziendales" son del conjunto sin que se puedan individualizar cuotas que pongan a los sujetos en situaciones diferentes. Consecuentemente, es posible hacer acceder a todos los sujetos trabajadores a los poderes de gestión por el mero hecho de su trabajo".[79]

Veamos algunos ejemplos en que se ha recurrido a este expediente. Empecemos por nuestro país. Nuestra Ley de Asociaciones Cooperativas, en su apartado dedicado a las cooperativas de autogestión, dice en el artículo 102:

> "Artículo 102.—Las empresas podrán constituirse con bienes o tierras aportadas por sus socios:
>
> A. En el caso de socios que posean bienes de producción de los cuales se deriva su subsistencia, deben entregarlos en calidad de donación o venta a la empresa o al Consejo Nacional de Cooperativas para ser utilizados de acuerdo con lo que disponga la Comisión...
> B. El hecho de dar una donación no implica privilegio alguno para el socio respecto a la empresa;
> C. En el caso de aporte o venta, la Asamblea General decidirá el valor de los bienes de acuerdo con el asociado, o por medio de un avalúo hecho por la Dirección General de la Tributación Directa cuando se trate de un inmueble, o de un perito que facilitará el Estado por medio de sus instituciones, cuando se trate de otra clase de bien;
> D. Cuando los bienes que se entregan a la empresa no tienen el mismo valor, los asociados pueden acordar una donación o aporte igualitario, las diferencias serán tratadas como se establece en el inciso c".

Es fácil notar el empeño del legislador por evitar el aporte en sentido técnico de los bienes de capital y tierra que pudiera exigir, por cuestiones de justicia distributiva, dar derechos corporativos adicionales a algún socio. La solución está simplemente en el traslado del dominio a favor de la Cooperativa, la cual *formalmente* tendrá la propiedad individual del o de los bienes. Sustancialmente, tales bienes son del conjunto de trabajadores, distribuyéndose los poderes según exigencias funcionales de organización y no sobre la base de quién aportó más capital.

El mismo desarrollo de las empresas comunitarias, que plantea como uno de los requisitos subjetivos estructurales que los campesinos no tengan tierras o las posean en forma insuficiente[80] hace que éstas sean constituidas

---

78. JUAN XXIII, *Mater et Magistra,* pp. 82-83 citado por GANDARA, Alfonso, *op. cit.,* pp. 110-111. El autor se apoya también en GINERARANZANDI, *En la Escula sic de los Social,* Bilbao, Editorial Mensajero, 1962, pp. 370-371.

79. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.,* pp. 565-566. "La explotación colectiva, propia de las organizaciones comunales, tiene como característica la de suprimir la explotación del trabajo ajeno y sustituirlo por el propio de los miembros de la comunidad, copropietarios en la medida en que son copartícipes, fusionando tierra, capital y trabajo. La propiedad pertenece a los componentes del grupo. Serían, pues, organizaciones societarias de tipo germánico en mano común..." FRANCO GARCÍA, José María, *La agricultura de grupo,* **Revista de Derecho y Reforma Agraria,** Mérida, 1978, p. 186.

80. *Reglamento de Empresas Comunitarias de Autogestión Campesina, Agrícolas y Pecuarias,* art. 4 en relación con la **Ley de Tierras y Colonización,** art. 63.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sobre la base de la asignación múltiple, que no es más que una forma de asignar la tierra y demás bienes en forma colectiva, sin cuotización alguna.

En Perú podemos citar, por ejemplo, la llamada Ley de Propiedad Social, Decreto-Ley Nº 20958, en cuyo artículo 1 se señala como una de las características fundamentales de estas empresas de corte autogestionario (pese a una etapa inicial de injerencia estatal) la propiedad social, la cual es conceptualizada posteriormente por el artículo 3) como aquélla que pertenece al conjunto de trabajadores que laboran en las empresas de propiedad social (E.P.S.) sin derecho de propiedad individual.[81] Igual situación podemos encontrar en Nicaragua[82] con las llamadas Unidades de Producción de Base, que se conciben en materia de gestión como "democracia interna y que se basa en una propiedad comunitaria de la tierra, equipos, ganado e instalaciones de producción.[83]

Ahora bien, el mismo análisis de distintas normas positivas nos hace ver que la atribución de poderes diferenciados en la gestión no sólo puede evitarse mediante la no cuotización. En muchos sistemas autogestionarios es común que se establezcan "certificados de aportación" que representan cuotas de capital. Sin embargo, tal aporte no opera como antecedente jurídico que determine diferencias en la atribución de los poderes de gestión, pero sí es importante para efectos de recibir una determinada remuneración, tal como el tradicional interés limitado al capital.[84]

Esta solución no puede pasar inadvertida al análisis, precisamente por lo siguiente: imbuido el propietario en una situación de condominio, la expresión de su natural derecho de uso y destinación del bien objeto de propiedad se manifiesta en su participación en la gestión. Es decir, es la lógica consecuencia de la vinculación de la propiedad a la actividad en una situación plurisubjetiva: el uso ya no se hace directamente, sino que la preeminencia del interés colectivo de que la actividad cumpla su fin, exige un ejercicio orgánico o representativo,[85] donde lo importante es que, órgano o representante, sea portador de los intereses del grupo y no de los particulares de los condóminos.[86]

De modo que, si hemos establecido que la orientación de la actividad tiene como presupuesto de legitimación la existencia de derechos sobre los bienes, cabe cuestionarse en virtud de qué, en el supuesto de que un indivi-

---

81. *Ley de Empresas de Propiedad Social de Perú*, Decreto-Ley 20958 del 2 de mayo de 1974, art. 1.

82. *Reglamento a la Ley de Cooperativas Agropecuarias*, citado por BLANCO MELÉNDEZ, Carmen; HERNÁNDEZ CHACÓN, Miguel; MAINIERI JIMÉNEZ, Gerardo y ORTEGA HEGG, Rosalío, *Las empresas comunitarias campesinas como instituto de Derecho Agrario en Honduras, Nicaragua y Costa Rica*, San José, tesis para optar por el título de licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1983.

83. Ver, PUGA, Gonzalo, *Honduras, formas de autogestión en el agro*, **Formas asociativas en el agro**, IICA-CIRA, 1982, San José, p. 188.

84. Principio contemplado en la lista de la Alianza Cooperativa Internacional revisada en 1966. Véase al respecto, FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, Ramón, *Las formas de cooperación y de integración en la agricultura*, México, Centro de Economía Agrícola del Colegio de Posgraduados de Chapinaz, 1978, p. 13. Para una buena síntesis de los principios cooperativos, ver BLANCO MELÉNDEZ, Carmen, et al., *op. cit.*, p. 76 y ss.

85. Orgánico, normalmente cuando se establecen unidades de poder abstractas, que conllevan esferas de competencia determinadas. Así, CÁTEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Antología de Derecho Administrativo I*, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 61, poligrafiado. La representación se entiende que es de los intereses colectivos derivantes de la afectación de un patrimonio destinado a un fin; no de los intereses singulares de todos los componentes del grupo. Se caracteriza por su relación directa con el elemento teleológico, por su fuente legal y por la consideración de la colectividad como conjunto. Así, referente al Ordenamiento italiano en materia de condominio, PUGLIATTI, Salvatore, *La proprieta e le proprieta*, *op. cit.*, pp. 190-191.

86. Don Alberto Brenes Córdoba, al hacer la distinción entre el condominio civil y el presente en las compañías, dice: "En la simple copropiedad, cada condómino interviene por sí y para sí en la administración, y su interés está en oposición, las más veces, con el interés de los demás. En las compañías, los haberes de los socios puestos en ella, forman una masa que la persona o personas designadas como lo disponen los estatutos, administran en beneficio de los asociados; de modo que no sólo no existe antagonismo entre ellos, sino que el esfuerzo colectivo se dirige a obtener provecho para todos". BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de los bienes*, San José, Editorial Costa Rica, 1963, Nº 30, p. 25.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

duo tenga una cuota del capital, tal cuota no da acceso, en su medida, a un correspondiente poder de gestión: y en virtud de qué tal poder es atribuido al conjunto o a otros sujetos.

La búsqueda de respuesta a esta interrogante nos lleva, en primer lugar a recordar la afirmación de que una de las particularidades estructurales del condominio en general es la intromisión en su regulación del derecho de obligaciones. En este sentido, tal intromisión puede ir desde la simple existencia de obligaciones relativas al uso del bien que se deben con respecto de los demás condóminos hasta una situación mucho más profunda: que la característica misma del derecho del condómino pierda su esencia real y, antes, bien, se convierta en un derecho relativo o de crédito, lo que sucede ciertamente en el momento en que una situación de propiedad ya no da acceso al uso y destinación del bien.

Ahora bien, aun cuando esto se diera, es claro que lo que sucede no es que desaparece la facultad de uso, pues ello haría imposible la orientación de la actividad empresarial. Simplemente, tal facultad se desplaza a otro titular.

Para dilucidar esta problemática, conviene primero una distinción conceptual de importancia. Tradicionalmente, "la propiedad se ha concebido como un derecho real, destacando como una característica fundamental de este tipo de derechos la existencia de un deber omisivo general de respeto a ese derecho (oponible a todos), mientras que el derecho personal sólo es oponible frente a una persona, cuya conducta es llamada a satisfacer el interés tutelado. No obstante, se ha elaborado una distinción más moderna, que ubica como criterio fundamental para establecerla el interés tutelado y la forma de su satisfacción. Así, tenemos, por un lado, los derechos absolutos (equivalentes a los reales), que se caracterizan porque coinciden el sujeto de interés tutelado con el sujeto que satisface el interés: el propietario tradicional, mediante su propia acción, disfruta del bien y satisface su necesidad. En cambio, por otra parte, tenemos los derechos relativos (en principio coincidentes con los llamados derechos personales), cuya caracterización fundamental es que NO coincide el sujeto de interés tutelado con el sujeto que satisface el interés: por ejemplo, el acreedor no satisface el interés mediante su propia acción, sino mediante la acción del deudor".[87]

Planteada esta distinción, puede decirse que, desde que se introduce el elemento cuantitativo propio del condominio, ya el derecho del condómino empieza a relativizarse, en el tanto ya no va a satisfacer su interés en muchas situaciones mediante su propia acción, sino que depende de la acción de los demás condóminos o del conjunto. El nivel de relativización llega a un extremo cuando desaparece incluso la posibilidad del condómino de participar siquiera en las acciones que tienden a la satisfacción de su interés.

Este fenómeno ha encontrado una gran vigencia práctica en materia de sociedades mercantiles, precisamente en virtud del proceso histórico que ha venido señalando en forma reiterada la doctrina mercantilista, empezando por BERLE Y MEANS, en su obra *The Modern Corporation and Private Property.*[88]

Es claro que la propiedad (o, más bien su cuota) del accionista se caracteriza por ser un derecho relativo. De este modo, en el seno de la sociedad anónima, "los poderes típicos o tradicionales del propietario (de disposición, goce y utilización) le corresponden a sujetos distintos: el goce en sentido estricto, le toca a todos y a ninguno (goce como resultado de toda la actividad); podríamos decir que le corresponde a todos los accionistas bajo la forma de derecho a las utilidades; pero no sería entonces una relación entre una cosa y un sujeto, sino más bien una relación entre una actividad y un sujeto. ¿A quién le corresponde los poderes de disposición? Estos poderes se dividen entre los distintos órganos sociales Asamblea

87. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, pp. 538-539.

88. BERLE Y MEANS, *The Modern Corporation and Private Property* citado en *La actividad administrativa en la sociedad anónima*, **Antología de Derecho Comercial II**, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, p. 379, sin autor indicado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

General de Accionistas, Junta Directiva, Fiscal o fiscales".[89] Quiere esto decir que los sujetos que ejercen el trabajo de dirección están en condición de ser titulares de poderes de organización "aziendal" en virtud de un antecedente jurídico: tienen el derecho de disposición y utilización del conjunto de los bienes "aziendales". Entonces, no es que los sujetos capitalistas dirigentes ejerzan actos de administración sobre bienes ajenos, pues tal afirmación presupone un concepto tradicional de propiedad como derecho absoluto: en realidad, ellos son titulares, esencialmente, de derechos de utilización y disposición de los bienes (los cuales, para el conjunto orgánico, se manifiestan como derechos absolutos instrumentales para satisfacer el fin objetivo de creación de riqueza".[90] Se ha dicho entonces que la propiedad del accionista se degrada hasta convertirse en "un puro derecho de crédito", de manera que en las sociedades con grandes masas de accionistas, "éstos acaban considerados de alguna manera como puros acreedores".[91] Resulta entonces ocioso discutir quién tiene la "propiedad" —si los directores o los accionistas—, pues tal concepto deviene ambiguo. Simplemente, unos y otros se encuentran en situaciones jurídicas precisas.

Esto nos muestra la existencia de una forma de condominio que no habíamos considerado aquí: la llamada copropiedad prodiviso. ALBALADEJO la describe en estos términos:

> "El poder pleno que la propiedad es corresponde a varios, que, entre todos, tienen el conjunto de facultades que aquél encierra. Pero estas facultades están repartidas entre los condueños, no homogéneamente (así, por terceras partes iguales, pongo por caso), sino correspondiendo a cada uno unas diferentes. Ahora bien, todo ello de tal forma que no se pueda decir que la cosa es de uno, y los demás tienen derechos reales en cosa ajena, sino que es de todos, de cada uno en su aspecto".[92]

Se trata, en síntesis, de la división de las distintas facultades típicas de la propiedad entre los condóminos. En Yugoslavia, tal forma de condominio ha encontrado un importante desarrollo a través de la implementación del concepto de propiedad social. Este concepto tiene la particularidad de que, lejos de plantear un simple cambio de titularidad, plantea cambios en la estructura misma del derecho. Así, los distintos derechos que tradicionalmente conforman el genérico de propiedad (uso, fruto y abuso) son redistribuidos entre diferentes instancias, a nivel de la empresa, de la región, del Estado y de las diversas colectividades.[93]

Este instrumento jurídico tiene la gran ventaja de su flexibilidad. Así, admite perfectamente la existencia de cuotas que operen como antecedentes jurídicos respecto a ciertos poderes relacionados de la actividad y no respecto de otros, lo cual sólo puede determinarse según el valor que se pretenda tutelar. De este modo, por ejemplo, el caso del fenómeno de las sociedades anónimas, descrito, es un

---

89. CERTAD, Gastón, *La influencia...*, *op. cit.*, pp. 526-527.

90. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, p. 541.

91. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *Propiedad y empresa en la base reformismo agrario*, *op. cit.*, p. 30.

92. ALBALADEJO, Manuel, *op. cit.*, p. 381.

93. Véase, en ese sentido, LEPAGE, Henri, *Autogestión y capitalismo*, Paxaris, Editorial Maribel-Artes Gráficas Masson, 1978, p. 3 y ss. De acuerdo con BALLARÍN, siguiendo a FERRETJEANS, si se analiza el concepto de propiedad social, "se llega a la conclusión de que estamos ante un caso típico de "dominio dividido". El órgano económico, no sólo puede gestionar la empresa, sino también disponer de ella por lo cual el dominio del Estado aparece como ius eminens. Tendría, pues, razón el jurista yugoslavo ANDRIJA GANS, según el cual, la sociedad estaría personificada en el plano de la técnica jurídica por dos series de órganos: los órganos políticos y los órganos económicos. Los bienes declarados por la constitución "propiedad de toda la sociedad" tendrían jurídicamente como propietarios, de una parte, a la empresa económica y, de otra parte, al Municipio, la provincia, la república y la federación". BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *Propiedad y empresa en la base del reformismo agrario*, *op. cit.*, pp. 43-44. Véase también SEKULIC, Stojan, *La comuna en el sistema económico-social yugoslavo*, **Comunidades**, Madrid, setiembre-diciembre de 1968, pp. 7 y 22.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

reflejo del principio de efectividad de la actividad, en tanto que se excluye de los poderes de gestión a quienes no realizan actividad. En cambio, en el caso yugoslavo, lo que se busca es dividir los dos niveles de gestión, de tal manera de favorecer el objetivo de la coordinación y planificación económica.[94]

Por otra parte, la tendencia hacia un condominio sin cuotas o con cuotas irrelevantes respecto de la gestión, no es absoluta, precisamente por cuanto lo esencial es la dimensión axiológica que subraya. Así, ante la consideración de otros valores preeminentes en diversas ocasiones, perfectamente la copropiedad cuotizada con incidencia en la atribución de poderes de gestión puede cumplir una función importante.

En concreto, el problema fundamental de justicia social de esta cuotización se refiere al problema de igualdad de oportunidades. Cuando la propiedad está mal distribuida, y refleja diferencias entre los sujetos que no tienen nada que ver con su propio esfuerzo, sino que es el fruto de la historia y de la herencia del pasado, los que tienen más pueden aportar más y, por ende tener más poder. Estas acumulaciones históricas son la expresión típica de la desigualdad de oportunidades.

En el otro extremo, esta cuotización consagra un criterio de distribución referido al aporte, de tal manera que el que más aporta, más recibe. Dentro del concepto de "eficacia económica", se incorpora la idea de que la sociedad se ve obligada a dar más a los que aportan más en términos de producción, como una condición básica para el impulso de dicha eficacia, lo cual históricamente se liga al problema humano de la lucha contra la escasez.[95]

En la práctica, la consideración del capital y la tierra que pueda aportar un sujeto aun en una empresa de corte autogestionario-comunitario, puede volverse necesario. En primer lugar, por una razón de orden psicológico, de estímulo individual, como podría ser que el campesino, en un proceso de adjudicación múltiple sienta que tiene algún tipo de propiedad individual "invertida". Pero, además, se convierte en una necesidad en circunstancias en las que de lo que se trata es, a partir de empresas familiares, incentivar la formación de empresas plurifamiliares de carácter comunitario. Esta es una situación que de hecho se ha presentado en algunos países europeos, donde el problema práctico es que el pequeño productor, al asociarse a una empresa comunitaria, no sólo aporta su trabajo personal sino también sus tierras y algo de maquinaria o capital sea retribuido con una renta o interés fijo, sin que se establezcan diferencias en los derechos de gestión, se ha considerado demasiado radical.[96]

Esto lo reconoce el mismo BALLARÍN para el caso español (que es, dicho sea de paso, el país de mayor tradición asociativa),[97] al afirmar que "una de las explicaciones del éxito que han tenido entre nosotros los Grupos Sindicales de

---

94. En el que, obviamente, van mezclados objetivos de justicia y eficacia económica.

95. En ese sentido, LEPAGE, Henri, *op. cit.*, p. 168. La lucha contra la escasez de los recursos trae, históricamente, como resultado la aparición del fenómeno del crecimiento económico. Dice LEPAGE: "...es en los Países Bajos, a lo largo del siglo XVII... cuando aparece el fenómeno moderno del crecimiento; por primera vez en la historia conocida de la Humanidad un país se encontraba preparado para ofrecer un nivel de vida creciente a una población creciendo, y esto un siglo antes de que se manifestaran los primeros síntomas de la Revolución Industrial..." LEPAGE, Henri, *Ibídem*, p. 169, nota 4. Así "el fenómeno de crecimiento económico como paso importante de la Humanidad en la lucha contra la escasez, históricamente se liga precisamente a un sistema económico que rompe con los esquemas previos y que, en el reconocimiento de la iniciativa individual, establece en el aporte productivo el criterio fundamental para determinar las desigualdades en la distribución del ingreso". TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, p. 1158. Los marxistas reconocen que presupuesto de la aplicación plena del principio de distribución según las necesidades es el que la sociedad ya haya pasado a la abundancia, superando la situación de escasez. En ese sentido, puede verse, MANDEL, Ernesto, *Tratado de economía marxista*, T. II, México, Ediciones Era, octava edición en español, 1980, p. 262.

96. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *La empresa comunitaria: su régimen jurídico en España*, **Arquivos do Ministerio de Justica**, Nº 40, Rio de Janeiro, 1976, p. 163.

97. Para un desarrollo histórico-positivo del asocianismo español, ver GONZÁLEZ HABA, José Ignacio, *Historia del asocianismo agrario español*, **Revista de Estudios Sindicales y Cooperativos**, España, Nº 30, abril-junio de 1967.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Colonización, estriba en la amplísima libertad de pacto reconocida a las partes para configurarlos, permitiéndoles incluso modificar el principio: un hombre-un voto, con fórmulas más realistas".[98] En Francia, la Ley del 8 de agosto de 1962, Nº 62/917 y el decreto del 3 de diciembre de 1964, Nº 64/1193, establecieron los llamados "groupements agricoles d'explotation en commun" (G.A.E.C.) como respuesta a la "severidad de las disposiciones de la cooperación".[99] La práctica ha determinado que en las G.A.E.C.'s se ensayen fórmulas diversas para atribuir los poderes de gestión, precisamente por la duplicidad de relevancia atribuida (esto es, tanto al trabajo como al capital). Así, las formas de cálculo de las mayorías pueden ser, al decir de VERRUCOLLI, las siguientes:

1. Cada socio tiene un voto.
2. El socio tiene un número de votos proporcional a la cuota de capital y otro número suplementario por la participación en el trabajo común.
3. El socio tiene tres votos potenciales: uno representa la persona misma, el otro al trabajo y el tercero al aporte de capital.
4. Los votos representantes del capital son fijados en la proporción de 1/5 ó 2/5 del total, los votos que representan el trabajo respectivamente de $/5 ó 3/5 del total. La tercera solución parece ser la preferida.[100]

Esta necesidad de estímulo a la eficacia mediante la cuotización del condominio pareciera presentarse como una contradicción con el valor de justicia social apuntado. Sin embargo, en estos casos señalados tal contradicción o no existe o queda en mucho minimizada, precisamente porque se trata de formas implementadas en el contexto de una estructura agraria caracterizada, en términos generales, por una situación de relativa justicia social en la distribución de los factores objetivos de que disponen los eventuales condóminos. El modelo puede ser valioso entre iguales. Al respecto, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con la clasificación de los modelos de crecimiento de GALBRAITH,[101] el principal problema de los países latinoamericanos (entre ellos, por supuesto, nuestro país) es su deficiente estructura social. "Consecuentemente, es requisito fundamental previo para la implantación de modelos de este tipo la corrección de la estructura social mediante el cumplimiento de la función social objetiva de la propiedad, en tanto vínculo fundamental para realizar el fin de justicia social".[102]

Una última situación que me interesa destacar relativa a la conveniencia del condominio con cuotas se da con respecto del trabajo que se acumula en el ejercicio de la empresa y que luego es reinvertido, pasando a incrementar el acervo "aziendal". De este modo, partiendo del hecho de que el trabajo acumula valor conforme se desarrolla, es evidente que el incremento "aziendal" que se logra como consecuencia de la reinversión del producto del trabajo, no representa una contribución igual de todos los que trabajan. "Unos contribuyen más que los otros, sea que trabajan más (cantidad), sea porque su trabajo es más calificado (calidad). Así el tener unos más capacidad generadora de valor que otros, quiere ello decir que unos arriesgan más valor que otros. Consecuentemente, si la gestión se atribuye con base en criterios de justicia distributiva, en este caso cabrá plantear diferencias en los derechos de gestión con base en los méritos del trabajo. Teóricamente sería posible determinar, con base en la cantidad y en la calidad del trabajo

98. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *La empresa comunitaria. Su régimen jurídico en España, op. cit.*, p. 576.

99. DESCLAUDE, Georges y TONDUT, Jean, *op. cit.*, p. 244.

100. VERRUCOLLI, Piero, *Forme di Esercizio Collettivo dell'Impresa Agricola*, **Rivista di Diritto Agrario**, Milán, Nº 3, julio-setiembre de 1977.

101. Al respecto véase, MAXWELL, *El Moshav en Israel*, **Formas asociativas en el agro**, IICA-CIRA, 1982, pp. 107-108.

102. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, p. 580.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

aportado, en cuánto cada cual contribuyó a la generación de los beneficios que se pudiesen obtener. Igualmente, si tales beneficios son reinvertidos, y por tanto, incrementan el complejo "aziendal", sería posible determinar cuánto contribuyó cada uno a ese incremento. Ante esta realidad, existen dos opciones: una, la que podríamos llamar la socialización del incremento de cada cual, opción que es la preferida de los modelos autogestionarios-comunitarios. La otra opción es la "cuotización" de ese incremento "aziendal", lo que equivale a un conocimiento del mérito individual de cada uno, a la vez que implica que los derechos sobre el complejo "aziendal" no serán "idénticos".

"Con esta última solución, cada trabajador estará arriesgando, en lo sucesivo, no sólo la cantidad y calidad de trabajo que dedique (y el puesto mismo), sino su cuota en la propiedad del "complejo aziendal". Esto no quiere decir que cuando no existen cuotas sólo se arriesga el trabajo; igualmente se arriesga el complejo, con la diferencia de que en este caso todos arriesgan exactamente por igual. Si existen tales cuotas, evidentemente se plantean diferencias en cuanto a lo que se arriesga. La consecuencia es que, en términos de justicia distributiva, habrá que reconocer distintos derechos de gestión porque no todos arriesgan por igual".[103]

En este caso, la cuotización se refiere a un particular objeto de propiedad: aquél generado en el contexto de la misma actividad empresarial y por el trabajo individual en tanto componente de esa actividad. Esto implica que el complejo preexistente sí debe permanecer sin cuotas, lo que plantea una coexistencia de regímenes. Los efectos positivos de este régimen sobre la eficacia son claros y, respecto de la justicia, vemos que se da el reconocimiento de desigualdades que nacen del trabajo de cada cual, lo que es legítimo. La lucha en pro de igualación de oportunidades debería entonces orientarse hacia el problema de las oportunidades de preparación de la fuerza laboral.

6bii. La cuota frente a la remuneración de la actividad.

La propiedad también es antecedente jurídico de las situaciones de remuneración derivadas del ejercicio de la actividad empresarial, como natural consecuencia de la facultad de goce o disfrute.

Es importante hacer ver que la orientación general del Derecho Agrario de tutelar la actividad por sobre la propiedad se manifiesta en la tutela del trabajo, en tanto actividad jurídica, por sobre la propiedad.

En cuanto a la estructura del condominio agrario relativa a la existencia o no de cuotas, la tendencia se orienta hacia la preferencia por la inexistencia de éstas.

Esta tendencia se justifica, desde el punto de vista de la justicia, por la búsqueda de la igualación de oportunidades, y por la influencia de la tradicional tesis marxista de que las únicas desigualdades que la sociedad debe permitir son aquéllas derivadas del trabajo de cada cual.[104]

Las definiciones clásicas de las empresas comunitarias en América Latina denotan la inexistencia de cuotas, o cuando menos, la idea de igualdad en las cuotas. Así, OLIART define este tipo de empresa como "una forma asociativa de producción en la cual las cuotas de capital y trabajo se hacen en términos iguales por las mismas personas, las cuales son copropietarias de la utilidad de reserva y capitalización.[105]

---

103. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, pp. 591 y ss.

104. Tesis acogida luego por las corrientes comunitaristas y autogestionarias... Así, sostienen CHONCHOL Y SILVA: "La sociedad comunitaria es una sociedad de trabajadores donde cobra vida el principio bíblico de que el destino de los bienes materiales es servir a todos los hombres. Las diferencias de rentas que han de subsistir mientras la educación no capacite a todos por igual, provienen únicamente del trabajo". CHONCHOL, Jacques y SILVA, Julio, *Socialismo cristiano (la sociedad comunitaria)*, San José, Editorial Nueva Década, 1985, p. 28.

105. OLIART, Francisco, *Empresa comunitaria y reforma agraria*, **La empresa comunitaria**, citado por ZELEDÓN, Ricardo, *La empresa comunitaria de autogestión campesina*, **Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano**, p. 164.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Nuestro mismo Reglamento de empresas comunitarias de autogestión campesina, en la definición de su artículo 1) habla de "aporte y cuota de capital".[106] La Ley de Empresas de Propiedad Social Peruana, como ya se vio, establece que el concepto de propiedad social excluye la existencia de derechos de propiedad individual; nuestra Ley de Asociaciones Cooperativas, en su capítulo de cooperativas de autogestión, también incluye el concepto de propiedad social, al igual que el nuevo proyecto de Ley de Desarrollo Agrario, ya citado, estableciendo que cuando los aportes de la tierra y bienes lo hagan los propios campesinos, éstos deben ser vendidos o donados, buscando así evitar la cuotización que se daría si se les considerara un aporte en sentido técnico.

Esta orientación encuentra plena justificación cuando se considera la propiedad de la tierra, sobre todo por cuanto ésta no es el producto del trabajo humano. Por lo tanto, las diferencias de ingreso obtenidas con base en ésta no serían legítimas. Lo mismo puede decirse respecto de capitales que, si bien son producto del trabajo humano pasado, se consideran patrimonio de la sociedad en cuanto tal, o de sus comunidades, pues ya no es posible ni útil individualizar los miembros de las generaciones que han ido construyendo la acumulación social de trabajo, bajo la forma de medios de producción producidos. Ahora, cuestión diferente se presenta en relación con el problema del reconocimiento de desigualdades que se vayan generando ya en el desarrollo mismo de las empresas autogestionarias.

Buena parte de la doctrina ha entendido que, si bien al inicio puede ser necesario el reconocimiento de cuotas de propiedad o derechos de goce de los factores objetivos, el ideal es avanzar hacia las formas de propiedad social, sin cuotización.[107]

Nos encontramos aquí con un criterio que presenta indudables problemas de adaptación para resolver el problema de la falta de crecimiento presente en una economía de escasez. A manera de ilustración, valga señalar un problema muy concreto que puede devenir y perjudicar el objetivo de una verdadera eficacia económica que se presenta en relación con uno de los objetivos que la mayoría de las leyes de cooperativas y empresas de autogestión se plantea. Se trata del objetivo previsto en el inciso d) del artículo 100 de nuestra Ley de Asociaciones Cooperativas, consistente en la creación, mediante el adecuado uso de los excedentes económicos, de nuevas fuentes de empleo.

A este respecto, es esencial que se tenga en cuenta el razonamiento desarrollado por LEPAGE, Henri, tendiente a demostrar que una empresa autogestionada basada en la propiedad social, que se orienta a buscar una igualdad en la distribución del ingreso entre todos los sujetos de la empresa, en iguales condiciones que una empresa de carácter capitalista, registra una tendencia natural a contratar menos trabajadores, aun en perjuicio de una mayor productividad.[108]

"En efecto, planteado el problema concreto del número de trabajadores que deberá tener la empresa (tanto la capitalista como la autogestionada) es preciso recordar que existe un punto en el cual la contratación de un trabajador de más siempre puede añadir un ingreso marginal superior a su costo marginal o, al menos igual. Más allá de ese punto, la contratación de un trabajador de más genera un ingreso marginal inferior a su costo marginal. El capitalista teóricamente estaría siempre dispuesto a contratar hasta a ese trabajador cuyo costo sea aun inferior al ingreso que produce o igual. De este modo, si un trabajador aumenta el ingreso de 100 a 103 y cuesta sólo 2, el capitalista lo contrata porque le aumenta el excedente global. La empresa autogestionada, por su parte, ubicada ante la misma situación,

---

106. *Reglamento de empresas comunitarias de autogestión campesina, agrícolas y pecuarias...*

107. En ese sentido, ver FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, Ramón, *Cooperación agrícola y organización económica del ejido*, p. 36.

108. Ver al respecto, LEPAGE, Henri, *op. cit.*, p. 66.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

presenta este problema: ante la opción de contratar (o asociar) al trabajador que sube la producción de 100 a 103, tiene que tomar en cuenta que si, por ejemplo, antes había 10 trabajadores, la renta media se obtenía dividiendo 100 entre 10, pero con el agravante de que la renta media se obtendrá haciendo la división ya no entre 10 trabajadores, sino entre 11. De este modo, si dividimos 103 entre 11, vemos de inmediato que la renta media caerá por debajo de diez. De ahí que es lógico que los empresarios autogestionarios decidan no contratar a ese trabajador de más, pese a que podría aumentar la renta global y con ello aportar productividad, a fin de evitar que la renta media disminuya.[109]

Este problema ciertamente se ha presentado en la práctica. Y no sólo en el sentido de que se prefiere contratar menos trabajadores de los que contrataría una empresa capitalista, sino que, además, "como ha demostrado la experiencia histórica, esto trae consigo ciertas modificaciones de las características propias de las cooperativas: se contrata como trabajadores a quienes no son socios de la, *sic* y los socios tienden a ser accionistas o directores. La cooperativa pasa cada vez a ser más parecida a una sociedad anónima y, por último, cambia su carácter jurídico. OPPENHEIMER llama a esta tendencia "Ley de transformación".[110]

La solución más factible a este tipo de problemas debe orientarse, a mi modesto entender, *hacia la existencia de una cuotización de la parte del capital que ha sido producido directamente por la actividad empresarial y que ha entrado a formar parte de la "azienda" precisamente gracias a la reinversión.* En ese sentido, se trata de invertir el esquema tradicional. Es decir, como ya señalé, normalmente una cooperativa admite certificados de aportación como una etapa transitoria, para luego ir generando, con la acumulación de excedentes reinvertidos, un capital de propiedad social sin cuotas. Me refiero ahora al mecanismo que intenta que la inyección inicial de capital sea lo más igualitaria posible, pero que sí permite desigualdades en el capital acumulado por el trabajo de la empresa. Para no ir muy lejos, nuestra propia Ley de Asociaciones Cooperativas, en su capítulo sobre cooperativas de autogestión, nos ofrece una solución que va en este sentido.

Respecto de esta ley, pese a que se alínea dentro de la corriente de la propiedad social, "es interesante constatar que, si bien no se exigen certificados de aportación iniciales (el artículo 34 exceptúa a este tipo de cooperativas de la necesidad de indicar en la escritura de contribución el monto de patrimonio social inicial, el número y el valor de los certificados de aportación en que se divide, se prevé que los aportes de trabajo sean objetivados mediante certificados de aportación. De este modo, el artículo 114 llega a establecer que "el porcentaje destinado a las inversiones productivas será representado por certificados de aportación distribuidos entre los socios *en proporción a sus aportes en trabajo".* No existe una norma específica en esta sección que establezca qué derechos remunerativos generan estos certificados, mas entonces se entiende que, al regir las normas generales de la misma Ley de Aso-

---

109. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, pp. 1142-1143.

110. DULFER, Eberhard, *La eficiencia en las cooperativas agrícolas en los países en desarrollo*, Roma, FAO, **Cuaderno de Fomento Agropecuario, Nº** 95, 1975, p. 77. Un caso particularmente ilustrativo de esta tendencia para la contratación de asalariados lo encontramos en la cooperativa de Guanchías de Honduras, caracterizada precisamente por la existencia, en principio, de la propiedad social, apropiación social y acumulación social de excedentes, en la cual el 89% de la fuerza de trabajo es asalariada. Véase en ese sentido, RODRÍGUEZ, Carlos Humberto, *El caso de la cooperativa agropecuaria Guanchías, Ltda.*, **Seminario Internacional sobre las Interrelaciones entre Producción, Comercialización y Financiación en Asociaciones Campesinas**, Costa Rica, IICA-OEA, noviembre de 1980, p. 88.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ciaciones Cooperativas tales derechos consisten en el tradicional interés limitado al capital. De este modo, el factor antigüedad en la empresa se torna importante".[111]

"Esta tendencia de reconocer cuotas en el capital acumulado por reinversión hace menos gravoso para los socios actuales, que tienen ya cierto tiempo de trabajar y acumular en la empresa, la contratación de un nuevo trabajador. En efecto éste entraría sin acumulación previa, razón por la cual la gravitación en torno a la renta media se debilita, generándose desigualdades por lo demás legítimas, pues proceden del aporte de trabajo a través del tiempo. Se acoge además el criterio del aporte productivo, en tanto estímulo individual poderoso para impulsar el crecimiento y la eficacia".

"Una ventaja adicional viene dada en el hecho de que el sistema ofrece un mecanismo espontáneo que motiva la reinversión. En efecto, entre más se reinvierte, más cuota de capital tiene, mayor reproducción de ingresos que se puede ir asegurando progresivamente. De este modo, el asunto de la reinversión no se le presenta al trabajador como una mera cuestión de "conciencia" que debe serle inculcada sino como una cuestión de mínima lógica económica".[112] De esta forma, se favorece, por una mera característica estructural de la forma de condominio, el objetivo de potenciamiento "aziendal", básico en el Derecho Agrario.

CONCLUSIONES

De lo expuesto puedo puntualizar algunas conclusiones básicas, así:

1. La tutela de los valores de justicia social y eficacia en el Derecho Agrario, en tanto parte de su objeto, reflejados en los principios de función social, subjetiva y objetiva, de la propiedad y la empresa, plantea la necesidad de organizar el acceso de los miembros de la sociedad a la propiedad dentro de esquemas empresariales óptimos.
2. Lo anterior exige la orientación hacia formas de condominio, que, por su ligamen con la actividad empresarial y los valores tutelados, se concretiza como un instituto de Derecho Agrario provisto de particularidades estructurales y funcionales.
3. El condominio agrario no puede ser más que un condominio calificado, esto es, destinado o afectado a un fin, lo que concretiza su especial función.
4. Desde el punto de vista estructural, el primer gran reflejo es la necesidad de prohibición de la división del objeto de condominio.
5. Dentro del contexto de toda forma de condominio se plantea el problema de la coexistencia de dos órdenes de fines: los individuales y los colectivos. Tradicionalmente, la prevalencia en la normativa era en pro de los individuales, mas esta tendencia se ha ido revirtiendo paulatinamente, al punto de que la tendencia hacia una tutela del interés colectivo en el buen desarrollo de la actividad empresarial caracteriza la evolución de las formas de condominio agrario. Dentro de este contexto, la cuota en el condominio se presenta como el bastión de los intereses individuales.
6. La prevalencia del interés colectivo plantea la opción de la supresión de la cuota o bien la de regulación de su existencia sólo en determinados supuestos, identificados a la luz de los valores fundamentales del Derecho Agrario, y sólo para determinadas consecuencias jurídicas.

111. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *op. cit.*, pp. 1145-1146.

112. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *ibídem*, p. 1147.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

7. Así, frente al problema de la división del condominio, si bien la existencia de cuotas constituye condición necesaria para que tal división pudiera darse, no es condición suficiente. Esto significa que es compatible la coexistencia de cuota con la prohibición de división, precisamente por cuanto se utiliza el expediente de reducir el ámbito de intereses individuales que favorece la cuota.

8. Frente a las situaciones jurídicas relativas a la actividad empresarial, la tendencia hacia la supresión de la cuota se explica por objetivos de justicia social, de igualación de oportunidades, de tal manera que las diferencias entre los sujetos se establezcan por su diferente trabajo y no por su diferente propiedad. No obstante, la cuota puede subsistir en cuanto a ella se vinculen algunos efectos y no otros, lo cual va aparejado por el desmembramiento de las facultades típicas del derecho de propiedad y su atribución entre distintos sujetos, lo que introduce la utilidad que puede representar el concepto de condominio prodiviso. Así, la cuota, en tanto derecho individual (o medida de éste) relacionado con una situación de propiedad es atribuida de determinados efectos y despojada de otros: por ejemplo, derecho a remuneración mas no a participar de la orientación de la actividad según su medida, con lo cual se le priva del natural efecto del poder usar los bienes objeto de propiedad. Existe, sin duda, una degradación hacia un mero derecho de crédito. Por otra parte, el papel del valor de eficacia económica puede determinar la necesidad de reconocer cuotas con plenos efectos diferenciadores en cuanto a poderes de gestión y remuneración entre los sujetos, lo cual tiene plena justificación cuando se trata de propiedad acumulada con el propio trabajo y que se ha reinvertido en la empresa. En ese sentido, la cuota es fundamental y arroja la particularidad de que se genera un doble régimen de condominio respecto de un mismo patrimonio: uno, original, que no es producto de la actividad empresarial, preferiblemente no cuotizado; otro, el de propiedad acumulada por el trabajo directo de cada sujeto de la empresa y, por ende, susceptible de reconocimiento las diferencias entre ese trabajo de los sujetos. En este caso, la cuota representa un interés individual digno de toda tutela, clave para la promoción de eficacia económica y para el principio de justicia distributiva de reconocer desigualdades legítimas, provenientes del trabajo de cada cual.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil,* Barcelona, Librería Bosch, tomo III, volumen I, 1977.
2. ALVARENGA, Ivo, *Temas de Derecho Agrario y Reforma Agraria,* San José, Educa 1ª edición, 1977.
3. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *La empresa comunitaria: su régimen jurídico en España,* **Arquivos do Ministerio de Justica,** Nº 40, Rio de Janeiro, 1976.
4. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *La especialización del Derecho Agrario,* **Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano,** San José, Editorial Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, primera edición, 1984.
5. BALLARÍN MARCIAL, Alberto, *Propiedad y empresa en la base del reformismo agrario,* **Revista de Derecho Agrario y Reforma Agraria,** Mérida, Venezuela, Nº 3, 1971.
6. BARAHONA ISRAEL, Rodrigo y SALAS MARRERO, Óscar, *Derecho Agrario,* San José, Universidad de Costa Rica, 1980.
7. BARAHONA ISRAEL, Rodrigo, *La propiedad agraria,* **La propiedad,** San José, Editorial Juricentro, 1983.
8. BLANCO MELÉNDEZ, Carmen; HERNÁNDEZ CHACÓN, Miguel; MAINIERI JIMÉ-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

NEZ, Gerardo y ORTEGA HEGG, Rosalio, *Las empresas comunitarias campesinas como instituto de Derecho Agrario en Honduras, Nicaragua y Costa Rica,* San José, tesis para optar por el título de licenciados en derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1983.

9. BRENES CÓRDOBA, Alberto, *Tratado de los bienes,* San José, Editorial Costa Rica, 1963.
10. CAPELLETTI, Mauro, *Il problema processuale del Diritto Agrario alla luce delle tendenze evolutive delle costituzione moderne,* **Atti della seconda assemblea dell'Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato,** Giuffrè, Milano, 1964.
11. CARROZZA, Antonio, *Problemi Generali e profill di Qualificazione del Diritto Agrario,* Milano, Dott. A., Giuffrè Editore, 1975.
12. CARROZZA, Antonio y ZELEDÓN, Ricardo, *Teoría general e instituto de Derecho Agrario,* Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990.
13. CARROZZA, Antonio, *La noción de lo agrario (agrarieta). Fundamento y extensión,* **Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano,** San José, Editorial Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, primera edición, 1984.
14. CARROZZA, Antonio, *La autonomía del Derecho Agrario,* **Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano,** San José, Editorial Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, primera edición, 1984.
15. CARROZZA, Antonio, *La propiedad como instituto del Derecho Agrario,* **La propiedad,** Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, San José, Editorial Juricentro, 1983.
16. CÁTEDRA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *Antología de Derecho Administrativo I,* San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
17. CERTAD, Gastón, *Las más complejas formas de colaboración orgánica: las relaciones asociativas. Criterios de distinción a la luz de la jurisprudencia italiana y nacional,* San José, Colegio de Abogados, 1977.
18. CERTAD, Gastón, *La influencia de la sociedad anónima en la evolución del derecho de propiedad,* **Antología de Derecho Comercial II,** San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
19. COLMAN, David y NIXON, Frederick, *Economics of Change in Less Developed Countries,* Market Place, Daddington, Oxford, Allan Publishers Limited, 1978.
20. CHONCHOL, Jacques y SILVA, Julio, *Socialismo cristiano (la sociedad comunitaria),* San José, Editorial Nueva Década, 1985.
21. DE COSSIO, Alfonso, *Instituciones de Derecho Civil 2,* Madrid, Alianza Editorial, 1975.
22. DESCLAUDE, Georges y TONDUT, Jean, *La empresa agraria y su gestión,* Madrid, Ediciones Mundi-prensa, segunda edición, 1979.
23. DULFER, Eberhard, *La eficiencia en las cooperativas agrícolas en los países en desarrollo,* Roma, FAO, Cuaderno de Fomento Agropecuario, Nº 95, 1975.
24. FERRARA JR., Francesco, *Empresarios y sociedades,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
25. FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, Ramón, *Las formas de cooperación y de integración en la agricultura,* México, Centro de Economía Agrícola del Colegio de Posgraduados de Chapinaz, 1978.
26. FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, Ramón, *Cooperación agrícola y organización económica del ejido,* México, D.F., Sep.-Setentas Editorial, primera edición, 1973.
27. FALZEA, Angelo, *Eficacia jurídica,* **Antología de Derecho Privado I,** volumen I, San Pedro, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1981.
28. FRANCO GARCÍA, José María, *La agricultura de grupo,* **Revista de Derecho y Reforma Agraria,** Mérida, 1978.
29. GARRÍGUEZ, Joaquín, *¿Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil?,* **Antología de Derecho Comercial I,** San Pedro,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1983.

30. GALLONI, Giovanni, *Lezioni sul Diritto dell'impresa agricola,* Milán, Liguori Editore, 1980.
31. GANDARA, Alfonso, *La reforma estructural de la empresa: hacia una sociedad autogestionada,* **Cuadernos de Derecho Público,** Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Talleres Gráficos Universitarios, Nº 4, 1978.
32. GARCÍA, Antonio, *Reforma agraria y economía empresarial en América Latina,* Editorial Universitaria, S.A., Chile, 1967.
33. GONZÁLEZ HABA, José Ignacio, Historia del asocianismo agrario español, **Revista de Estudios Sindicales y Cooperativos,** España, Nº 30, abril-junio de 1967.
34. GÓMEZ RODAS, Carlos y GUTIÉRREZ CERDAS, Alfonso, *Un nuevo concepto de propiedad en el Derecho Societario,* **La propiedad,** San José, Editorial Juricentro, 1983.
35. GAIRAUD SALAZAR, Rafael; HESS ARAYA, Christian; SOBRADO GONZÁLEZ, Luis A.; SOLANO PORRAS, Julián y TISCHLER FUCHS, Jaime, *El trabajo como causa-función de la propiedad sobre bienes productivos,* **Constitución Política y Propiedad,** San José, Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, Uruk Editores, S.A., 1984.
36. SIN AUTOR INDICADO, *La personalidad jurídica de las sociedades,* **Antología de Derecho Comercial II,** San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1984.
37. LEPAGE, Henri, *Autogestión y capitalismo,* París, Editorial Maribel-Artes Gráficas Masson, 1978.
38. LUNA SERRANO, Agustín, *La conservación inter vivos de la concentración parcelaria,* **Rivista di Diritto Agrario,** Milán, Nº 3, julio-setiembre de 1979.
39. MANDEL, Ernesto, *Tratado de economía marxista,* T. II, México, Ediciones Era, Octava edición en español, 1980.
40. MARTÍN BALLESTEROS Y COSTEA, Luis, *La concentración agraria o reagrupación rural,* **Rivista di Diritto Agrario,** Nº 3, julio-setiembre de 1979.
41. MEZA LÁZARUS, Álvaro, *La posesión agraria,* San José, Costa Rica, Editorial Alma Mater, primera edición, 1986.
42. MEZA LÁZARUS, Álvaro, *La función social de la propiedad,* **Constitución Política y Propiedad,** San José, Fundación Internacional de Derecho Agrario Comparado, Uruk Editores, S.A., 1984.
43. MONTERO DE BURGOS, José Luis, *Concepto evolutivo de la propiedad de los medios de producción,* **Revista de Estudios Sindicales y Cooperativos,** España, octubre-diciembre, 1972.
44. PANUCCIO, Vincenzo, *Teoria giuridica dell'impresa,* Milán, Dott. A., Giuffrè Editore, primera edición, 1975.
45. *Proyecto de Ley de Desarrollo Agrario,* Comisión Permanente de Asuntos Agropecuarios y de Recursos Naturales de la Asamblea Legislativa, Nº 9217, Dictamen Unánime Afirmativo.
46. PUGLIATTI, Salvatore, *La proprieta e le proprieta,* **La proprieta nel nuovo Diritto,** Milán, Dott. A., Giuffrè Editore, 1964.
47. *Reglamento de cooperativas agrarias, cooperativas comunales, centrales de cooperativas agrarias y sociedades agrícolas de interés social (SAIS) del Perú.* Decreto Supremo Nº 240-69 A.P. de 4 de noviembre de 1969.
48. RODRÍGUEZ, Carlos Humberto, *El caso de la cooperativa agropecuaria Guanchías, Ltda.,* **Seminario Internacional sobre las interrelaciones entre producción, comercialización y financiación en asociaciones campesinas,** Costa Rica, IICA-OEA, noviembre de 1980.
49. ROMAGNOLI, Emilio, *Azienda agraria,* **Rivista di Diritto Agrario,** Milán, Nº 3 julio-setiembre de 1979.
50. SOLDEVILLA, Antonio, *La empresa agraria (su regulación jurídica),* Valladolid, 1982.
51. TORREALBA, Adrián y AGUILAR, Bernardo, *El perfil funcional de la organización*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

subjetiva en la empresa de reforma agraria. (Contribuciones a la búsqueda de un modelo óptimo para Costa Rica, **Tesis para optar por el grado de licenciados en derecho,** Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1987.

52. VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *Configuración dogmática de la empresa agraria,* **Temas de Derecho Agrario Europeo y Latinoamericano,** primera edición, San José, 1982.
53. VERRUCOLLI, Piero, *Forme di Esercizio Collettivo dell'Impresa Agricola,* **Rivista di Diritto Agrario,** Milán, Nº 3, julio-setiembre de 1977.
54. ZELEDÓN, Ricardo, *Determinación del objeto y el método del Derecho Agrario,* Trabajo presentado a la "Quinta tavola rotonda italosoviética di Diritto Agrario", celebrada en Italia (en las ciudades de Firenze, Brescia y Sirmione) del 8 al 16 de noviembre de 1983, ahora en **Antología de Derecho Agrario,** San José, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1988.
55. *Ley de empresas de propiedad social del Perú,* Decreto-Ley Nº 20958 de 2 de mayo de 1974.
56. *Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo,* Ley Nº 4179 de 22 de agosto de 1968, reformada por Ley Nº 5185 de 20 de febrero de 1973; Ley Nº 5513 de 19 de abril de 1974 y reformada sustancialmente por Ley Nº 6756 de 5 de mayo de 1982.
57. *Ley de Tierras y Colonización,* Nº 2825 de 14 de octubre de 1961, reformada por leyes 3218 de 19 de octubre de 1963; 3336 de 31 de julio de 1964; 3667 de 12 de marzo de 1968; 4665 de 25 de noviembre de 1969; 4646 de 7 de octubre de 1970; 5064 de 22 de agosto de 1972; 5060 de 22 de setiembre de 1972; 5110 de 10 de noviembre de 1972 y 6735 de marzo de 1982.
58. *Código Civil de Costa Rica,* Ley de 26 de abril de 1986.
59. *Estatuto de las Comunidades Campesinas del Perú,* Decreto Supremo Nº 37-70-A del 17 de febrero de 1970.
60. *Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de España,* Decreto 118-1973 de 12 de enero.
61. *Codice Civile italiano,* Regio decreto 16 de marzo, 1942, Nº 262.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

INSTITUCIONES ENCARGADAS DE LA PROTECCIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

LICDA. ROXANA SALAZAR CAMBRONERO

Durante mucho tiempo la clase de los trabajadores asalariados sufrió muchas vejaciones a consecuencia de la falta de normas reguladoras de los derechos y deberes de las relaciones entre trabajadores y patronos. Con el tiempo se aceptó la necesidad de una legislación social en que se establecieran los requisitos que debían enmarcar las relaciones laborales, el contrato de trabajo, las cuestiones referentes a la enfermedad, invalidez, vejez y muerte. Se busca sobre todo la protección personal de los trabajadores contra los peligros originados por su exposición a factores nocivos en el ambiente de trabajo. Ya desde el siglo diecinueve se originó la medicina del trabajo, y se fueron tomando numerosas medidas de prevención y protección de los trabajadores. Con el tiempo estas medidas se hicieron más complejas y estrictas, lo que no ha impedido que aún existan problemas originados en las condiciones de trabajo que sean fuente de enfermedades que afecta a la clase trabajadora.

En las últimas décadas los factores nocivos se han ido acrecentando. La aparición y utilización de sustancias que se han revelado como tóxicas o peligrosas para el hombre, y la mecanización de los procesos productivos son ejemplos del incremento de los peligros. De la misma manera, el trabajador en nuestros días se enfrenta a una serie de factores ambientales o tensiones originadas en el lugar de trabajo, que le ocasionan enfermedades o perjuicios graves a su salud o bienestar físico. El ambiente de trabajo es un conjunto complejo de factores que inciden, interrelacionándose, en la salud de los trabajadores. La mezcla de esos factores puede afectar en forma perjudicial su salud al facilitar la aparición de accidentes. Las condiciones físicas del trabajo originan peligros a la salud; por ejemplo la exposición al polvo, gases, vapor, contaminación por emanaciones o ruidos y vibraciones. Además, el mismo ambiente de trabajo, en su parte de interrelación con otras personas, puede ser la causa de problemas que afecten la salud de los trabajadores.

El Estado regula a través de normas y reglamentos diversos aspectos del medio de trabajo y de las condiciones laborales. Las normas buscan desaparecer o disminuir las causas de daños en la salud de los trabajadores. Se ha normado también los aspectos relacionados con la enfermedad o muerte sufridas por causa de su trabajo, lo mismo que aspectos relacionados con la pensión, ya sea por invalidez, por muerte o edad. En Costa Rica es durante la administración del doctor Calderón Guardia cuando se regulan en forma abierta y activa —con la intervención estatal— las cuestiones sociales. En 1941 se aprueba que el Seguro Social sea obligatorio, aunque limitado al régimen de enfermedad y maternidad; en 1946 se incluyó el régimen de invalidez, vejez y muerte, con fondos provenientes de una triple contribución: de los patronos, los trabajadores y el Estado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

MINISTERIO DE TRABAJO

En 1942 se dictan las garantías sociales y en 1943 se promulga el Código de Trabajo. El Ministerio de Trabajo se convierte en el ente rector que regula los asuntos relativos al trabajo y bienestar social. Este Ministerio está regulado por la Ley Orgánica Nº 1860 del 18 de febrero de 1963. Dentro de la estructura orgánica del *Ministerio de Trabajo* existe un *Departamento de Previsión Social* en que se encuentra la *Oficina de Seguridad e Higiene del Trabajo.* Esta oficina (creada por el artículo 63 del Código de Trabajo) tiene por objeto determinar las condiciones laborales que deben existir en las empresas, instituciones o centros de trabajo —particulares o del Estado— a fin de que los servicios se realicen en las mejores condiciones de higiene y seguridad.

Existe también un *Consejo de salud ocupacional* que tiene como actividades principales:

1. Elaborar proyectos de ley y reglamentos sobre la materia a su cuidado.
2. Dictar normas especiales aplicables a una o varias empresas o centros de trabajo en materia de seguridad e higiene.
3. Elaborar un catálogo o guía de mecanismos y medidas destinados a impedir que se produzcan riesgos del trabajo, en los casos en que unos y otros no estén comprendidos por reglamentos específicos.

Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo.

En Costa Rica las condiciones generales de seguridad e higiene que deben existir en el ambiente de trabajo son reguladas por el *Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo* (Decreto Nº 1 del 4 de mayo de 1970). Este reglamento tiene como objeto establecer las condiciones obligatorias, de patronos y trabajadores, relativas a la prevención y control del medio ambiente de trabajo con el fin de proteger eficazmente la salud y la integridad corporal de los trabajadores.

El mismo Reglamento recomienda las condiciones que deben existir en locales y ambientes de trabajo siguiendo en este punto recomendaciones que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dicte sobre esta materia. La seguridad e higiene del trabajo es una de las actividades prioritarias de la OIT, que por muchos años ha dictado numerosas normas sobre la protección de los trabajadores contra los factores nocivos que afectan la salud de éstos.

El reglamento regula y detalla condiciones ambientales aceptables que deben existir en los lugares de trabajo. Todo patrono debe adoptar y poner en práctica en los centros de trabajo medidas de seguridad e higiene sobre todo relativas a:

1. edificaciones, instalaciones y condiciones ambientales;
2. operaciones y procesos de trabajo;
3. suministro, uso y mantenimiento de equipos de protección personal; y
4. colocación y mantenimiento de resguardos y protecciones de las máquinas y todo género de instalaciones.

Además, los *patronos* deben:

1. mantener en buen estado de conservación el equipo y maquinarias de la empresa o trabajo;
2. promover la capacitación de su personal en materia de seguridad e higiene en el trabajo; y
3. permitir a las autoridades competentes la colocación, en los centros de trabajo, de textos legales, avisos, carteles y anuncios similares atinentes a seguridad e higiene.

En cuanto a los *trabajadores,* se incluye su deber de cumplir con las normas jurídicas, reglas internas y demás indicaciones e instrucciones emanadas de la empresa que tiendan a proteger su salud, integridad corporal y moralidad. Deberán cumplir con las recomendaciones dadas para el uso y conservación del equipo de protección personal, para la ejecución del trabajo y para el uso y mantenimiento del equi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

po que para la protección del trabajador tiene la maquinaria.

Los *locales de trabajo* deberán llenar ciertos requisitos relativos a ubicación, construcción y acondicionamiento, adecuándose a lo establecido en el Reglamento respecto al área y volumen, sobre los pisos y paredes, puertas, escaleras, salidas de emergencia, ventilación, temperatura, humedad, iluminación, limpieza, sobre las protecciones especiales para los trabajadores, servicios sanitarios, lavamanos y duchas, vestuarios, comedores.

Determinados sectores industriales como la agricultura, bombas de gasolina, construcción, minería, etc., poseen recomendaciones y guías de seguridad e higiene determinadas en forma específica, como por ejemplo:

- Reglamento de Seguridad e Higiene en Construcciones
- Reglamento de Seguridad en Construcciones
- Reglamento de Calderas
- Reglamento de Seguridad e Higiene de Trabajo en Estaciones de Servicio
- Reglamento sobre el Empleo de Sustancias Tóxicas en Agricultura
- Reglamento sobre Medidas de Seguridad para el Transporte de Materias Peligrosas.

Los reglamentos mencionados *determinan sanciones* en caso de violaciones a sus normas. Sin embargo, la realidad costarricense nos demuestra la violación evidente de muchas de las normas de dichos reglamentos. Violaciones que ocurren sobre todo en la pequeña industria y establecimientos relacionados con la construcción y actividades agrícolas. Como ejemplos podemos citar el incremento de las fuentes de ruidos que inciden en el aumento de problemas relacionados con el sentido de la audición; el contacto de trabajadores en forma directa con sustancias altamente nocivas y la ausencia de equipo personal de protección, como en el caso de preparación y aplicación de plaguicidas. Esto debe unirse a la carestía de inspectores y a los escasos recursos existentes para dedicar a viáticos o movilización. Al respecto es importante recordar lo expuesto por el Dr. Camilo Sing Chen en su exposición en el Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, celebrado en San José en 1982:

> "El obrero costarricense desconoce totalmente sus derechos y obligaciones en cuanto a proteger su salud, no conoce los riesgos a los cuales está expuesto y mucho menos conoce como combatirlos para que el trabajo no sea causa de enfermedad o accidente laboral. Muchos patronos, sean de la empresa privada o estatales, tienen un total desconocimiento en cuanto a los derechos de sus trabajadores en el campo de la salud, todo lo cual es agravado en muchos casos por una carencia de amor al prójimo, trayendo como consecuencia que al trabajador se le exija producir, producir y más producir sin tener en cuenta los límites de la resistencia del ser humano, cuando ese obrero no rinde lo esperado por el patrono, es despedido y sustituido por otro supuestamente en mejores condiciones para dar el rendimiento requerido... En resumen tenemos que tanto a nivel de trabajador como de los patronos existe una total ignorancia en cuanto a los riesgos a que están expuestos los trabajadores y por ende la empresa misma, desconoce también los derechos y obligaciones en cuanto a protegerse de los riesgos en que se realiza la actividad de la empresa".[1]

Ley de Riesgos del Trabajo.

La protección de la salud y de la integridad física de los trabajadores se regula a través de las normas dictadas que buscan la desaparición de las causas riesgosas para la salud de los trabajadores. Los riesgos del trabajo aparecen regulados por la *Ley sobre Riesgos del Trabajo* (Nº 6727 del 9 de marzo de 1982).

El Estado ha declarado de interés público la *salud ocupacional* que "tiene por objeto promover y mantener en el más alto grado de bienestar físico, mental y social de los trabaja-

1. SING CHEN, Camilo, *Experiencias en Medicina Laboral a nivel de consultorio*, **Primer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, San José, 1982, p. 2.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

dores de todas las profesiones, prevenir todo daño posible de ser causado en su salud por las condiciones de trabajo; protegerlos en sus ocupaciones contra riesgos resultantes de la presencia de agentes nocivos, ubicar y mantener al trabajador de manera adecuada a sus aptitudes fisiológicas y psicológicas".[2]

La ley citada otorga este beneficio a los trabajadores para protegerlos *contra los riesgos del trabajo* en todas las actividades laborales. Entiéndase por *trabajador* toda aquella persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso, implícito, verbal o escrito, individual o colectivo, definido de esta manera por el artículo 4 del Código de Trabajo. Los trabajadores "con *ocasión o por consecuencia del trabajo* que desempeñan en *forma subordinada y remunerada* están expuestos a sufrir accidentes o enfermedades que se conocen como *riesgos del trabajo,* así como a sufrir agravaciones o reagravaciones que resulten a consecuencia directa o inmediata e indudable de esos accidentes y enfermedades", según lo establece el artículo 195 de la ley supracitada.

La Ley de Riesgos del Trabajo se creó con el fin de adecuarse a las nuevas corrientes sobre riesgos del trabajo y se desarrolla desde tres campos que incluyen: "la *medicina preventiva,* con el propósito de darle una instrucción abundante al trabajador de cómo prevenir los accidentes de trabajo; ocurridos éstos viene la *medicina curativa,* mediante la cual se le garantiza una medicina eficiente y después la *medicina rehabilitativa*".[3]

En Costa Rica, de acuerdo con la ley citada, todo patrono está obligado a asegurar a sus trabajadores contra riesgos del trabajo *por medio del Instituto Nacional de Seguros.* Se establece, además en esta ley, la *universalización* de este seguro. Por decreto ejecutivo, Nº 16613-TSS de 25 de setiembre de 1985, se concluyó la universalización del seguro de Riesgos del Trabajo, y por ello dicho seguro es obligatorio y forzoso para todas las actividades laborales, de carácter público o privado. La ley busca proteger grupos de trabajadores antes no incluidos. Además la universalización del seguro vino a solventar problemas respecto a quién le correspondía indemnizar al trabajador. Así por ejemplo, en el caso de enfermedades del trabajo, esta puede aparecer años después, y el trabajador enfermo haber laborado para diferentes patronos. El trabajador demanda directamente al Instituto Nacional de Seguros y no al patrono. Esto no excluye la responsabilidad patronal en caso de violación de la normativa existente. Sobre todo cuando se estima que hasta 1987 solo el 52 por ciento de la población económicamente activa está asegurada.[4]

INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS

Los riesgos del trabajo se aseguran a cargo del patrono. Este seguro lo administra el *Instituto Nacional de Seguros* garantizando el suministro y otorgamiento de las prestaciones en dinero, médico-sanitarias y de rehabilitación que el trabajador requiera. El Instituto Nacional de Seguros realiza también acciones preventivas por medio de cursos educativos que realiza su Departamento de Prevención de Riesgos.

---

2. PEÑARANDA BARONI, Rafael, *Saneamiento ambiental,* EUNED, San José, 1982. p. 128.
3. ROJAS ARAYA, Hubert (palabras del diputado), *Ley de Riesgos del Trabajo,* p. 61.
4. LA NACIÓN, 13 de abril de 1987, *Incierta situación de salud ocupacional,* p. 8A.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Accidente de trabajo.

Se denomina *accidente de trabajo* a todo accidente que le suceda al trabajador como causa de la labor que ejecuta o como consecuencia de ésta, durante el tiempo que permanece bajo la dirección y dependencia del patrono o sus representantes, y que puede producirle la muerte o pérdida o reducción, temporal o permanente, de la capacidad para el trabajo, de esta manera lo define el artículo 196 de la Ley sobre Riesgos. Se incluyen además los riesgos "in itinere", o sea los accidentes sufridos por el trabajador cuando viaja de su casa al trabajo y viceversa.

Los accidentes del trabajo pueden causar al trabajador diferentes tipos de *incapacidad o la muerte.* Por incapacidad entendemos "la alteración de la normalidad anatómica en el que la padece y limitación en su posibilidad funcional para el trabajo".[5] El artículo 223 de la Ley sobre Riesgos establece los siguientes tipos de incapacidades:

1. *Incapacidad temporal,* es aquella que se sufre por la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilitan a la persona para desempeñar el mismo trabajo por algún tiempo.
2. *Incapacidad menor permanente,* es aquella que causa una disminución de facultades o aptitudes para el trabajo, consistente en una pérdida de capacidad general, orgánica o funcional, que va del 0,5% al 50% inclusive.
3. *Incapacidad parcial permanente,* es aquella que causa una disminución de facultades o aptitudes para el trabajo, consistentes en una pérdida de capacidad general, orgánica o funcional, igual o mayor al 50% pero inferior al 67%.
4. *Incapacidad total permanente,* causa una disminución de facultades o aptitudes para el trabajo, consistente en una pérdida de capacidad general, orgánica o funcional, igual o mayor al 67%.
5. *Gran invalidez,* ocurre cuando el trabajador ha quedado con incapacidad total permanente y además requiere de la asistencia de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida. Las incapacidades se fijan en cada caso por personas capacitadas para hacerlo. En caso de que se ventile el juicio ante los Tribunales de Trabajo le corresponde determinar las incapacidades al Organismo Médico Forense. La pérdida de la capacidad se determina con base en la capacidad general para el trabajo y con base en el tipo de trabajo desempeñado.
6. *La muerte,* cuando los riesgos del trabajo causan la muerte del trabajador, la ley establece una indemnización a favor de aquellos que vivieran a expensas del trabajador. El artículo 243 de la ley supracitada enumera las rentas y las personas que tendrían derecho a recibir tal indemnización. Los beneficiarios reciben por derecho propio la indemnización sin necesidad de tener que abrir un juicio sucesorio.

Enfermedad del trabajo.

El artículo 197 de la ley de marras define la *enfermedad del trabajo* a todo estado patológico que resulte de la acción continuada o en contacto con sustancias o condiciones peligrosas propias de ciertos procesos industriales, oficios u ocupaciones, que tiene su origen o motivo en el propio trabajo o en el medio y condiciones en que el trabajador labora. Debe establecerse que éstos han sido la causa directa de la enfermedad. Este tipo de enfermedad requiere que el trabajador haya estado expuesto por lo menos durante cierto tiempo al riesgo, o sea que la enfermedad aparezca después de un periodo de tiempo. La enfermedad a diferen-

5. CASTRO, Abel, *Principios básicos en el campo de los riesgos profesionales,* Universidad de Costa Rica, p. 48.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cia del accidente es algo progresivo, los síntomas aparecen lentamente con el tiempo.

La ley, en el artículo 224, *enumera* una serie de enfermedades del trabajo, lo mismo que el origen profesional de éstas. Sin embargo, no debe considerarse una lista taxativa, ya que la misma ley establece la libertad de apreciación de parte del juez de dictaminar otras enfermedades no enumeradas en la lista (ver artículo 225, segundo párrafo). Como ejemplos de tales enfermedades tenemos las siguientes:

Neumoconiosis y enfermedades broncopulmonares producidas por aspiración de polvos y humos de origen animal, vegetal o mineral. Como: inhalación de polvos de lana, de tabaco, de pelo, de seda, de carbón, de hierro, de sales cálcicas, de bario, de silicatos, de abrasivos y pulidores, de uranio, de cobalto, silicosis, asbestosis, beriliosis, talcosis, aluminosis.

Enfermedades de las vías respiratorias producidas por inhalación de gases y vapores. Afecciones provocadas por sustancias químicas inorgánicas u orgánicas, que determinen acción asfixiante simple o irritante de las vías respiratorias superiores, o irritante de los pulmones. Por ejemplo, asfixia producida por el bióxido de carbono, por el acetileno, por el metano, etano, propano y butano, por el anhidro sulfúrico, por el ozono, por el bromo, por el flúor y sus compuestos.

Prestaciones a que tiene derecho el trabajador. La reparación de los riesgos del trabajo comprende dos aspectos principales:

a) Restablecer la salud del trabajador, asistiéndolo con tratamiento médico, medicamentos y suministro de aparatos.

b) Otorgar una indemnización pecuniaria, que busca indemnizar al trabajador por la incapacidad sufrida, o en caso de muerte indemnizar a los deudos.

Todo trabajador que haya sufrido un riesgo del trabajo, conforme lo establecen los artículos 218, 219 y 220 de la ley citada, tiene derecho a las siguientes prestaciones:

- Asistencia médico-quirúrgica, hospitalaria, farmacéutica y de rehabilitación.
- Prótesis y aparatos médicos que se requieran para corregir deficiencias funcionales.
- Prestaciones en dinero que, como indemnización por incapacidad temporal, permanente o muerte, se fijan por ley.
- Gastos de traslado, hospedaje y alimentación cuando el trabajador, con motivo del suministro de las prestaciones médicas deba trasladarse a un lugar diferente al que reside.
- En caso de muerte del trabajador, el INS reconocerá una suma de dinero para cubrir gastos del funeral.
- El patrono tiene la obligación de auxiliar al trabajador en el lugar de trabajo con primeros auxilios, para lo cual deberá contar con un botiquín de emergencia en cada centro de trabajo.

A pesar de la existencia de legislaciones e instituciones encargadas de velar por la protección de la salud de los trabajadores, la realidad costarricense mostraba que en el año 1986 se reportaron 97.976 accidentes[6] del trabajo lo que representa económicamente cerca de ¢985 millones, a esto se deben sumar otros costos como pérdidas en la producción por falta del trabajador accidentado, etc. (ver cuadro en página siguiente).

6. *Supra* nota 4.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CUADRO 1
ACCIDENTES LABORALES ATENDIDOS POR EL INS
1983-1985

Actividad económica	1983	1984	1985
Agricultura, caza, silvicultura, pesca	17.692	18.248	20.724
Explotación de minas	188	147	227
Industria manufacturera	17.650	20.856	24.864
Electricidad, gas y agua	1.827	1.994	3.052
Construcción	4.945	6.480	7.302
Comercio al por mayor, al por menor y hoteles	2.966	3.289	3.471
Transportes, almacenamiento, comunicaciones	4.186	3.911	4.310
Establecimientos financieros, seguros, bienes inmuebles y servicios prestados a empresas	753	945	985
Servicios comunales, sociales y personales	4.869	6.197	7.363
Actividad no especificada	261	456	302
Total	**55.337**	**62.523**	**72.600**

Fuente: *"Incierta situación de salud ocupacional", La Nación, 13 de abril de 1987, p. 8A.*

CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL

La ley número 17 de 22 de octubre de 1943 es la creadora de la Caja Costarricense de Seguro Social. Recibe este nombre la institución creada para aplicar el seguro social obligatorio.

El *seguro social obligatorio* comprende los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, desempleo involuntario, además comparte una participación en las cargas de maternidad, familia, viudez y orfandad. La Caja Costarricense de Seguro Social está financiada por una triple contribución forzosa, proveniente de los asegurados trabajadores, los patronos y el Estado y de las otras entidades de Derecho Público. La contribución de los trabajadores no podrá ser nunca mayor que la de sus patronos.

La Ley Constitutiva de la Caja estipula *sanciones* contra el patrono que por ejemplo: no haya empadronado a sus trabajadores dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que ingresen a su servicio, empresa, negocio o explotación que ya se encontraba empadronada; no remita a la Caja dentro de los primeros ocho días de cada mes, las planillas y cuotas correspondientes al mes vencido anterior; incurra en inexactitudes en cuanto al monto de los salarios o días trabajados; en caso de que con el objeto de cubrir a costa de sus trabajadores la cuota que como patrono debe satisfacer, se las rebaje a aquellos de sus salarios.

La ley Nº 5349 del 11 de setiembre de 1973 vino a complementar la Ley Constitutiva ya citada, determinó la *universalización del seguro social.* Modificando el artículo 3 de la Ley Constitutiva en el sentido de que las coberturas del Seguro Social son obligatorias para todos los trabajadores manuales e intelectuales que perciban sueldo o salario. El monto de las cuotas que se deben pagar se colectan sobre el total de las remuneraciones que se paguen con motivo, o derivado, de las relaciones obrero-patronal. Esta ley vino además a establecer

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la *integración del plan nacional de salud,* buscando que el Ministerio de Salud, las Juntas de Protección Social y los Patronatos, a cargo de instituciones médico-asistenciales, traspasarán a la Caja las instituciones que de ellos dependían. Traspasos que se realizaron a título gratuito en la forma y condiciones que convinieron la Caja y la entidad correspondiente. En 1984 se finiquitó el traspaso de los servicios hospitalarios a la Caja Costarricense de Seguro Social, con el traspaso del Hospital Carlos Luis Valverde Vega de San Ramón.

Universalización del seguro social.

La ley Nº 4750 en 1971 *eliminó el tope salarial* incluyendo dentro del seguro social a todo trabajador asalariado, y se sentaron las bases de la *universalización del seguro,* quedando la Caja principalmente con funciones de recuperación y rehabilitación. La universalización se planteó en tres etapas, como muy bien lo expone el doctor Juan Jaramillo Antillón:[7]

1. *Extensión vertical,* se dio con la eliminación del tope salarial por ley número 4750 de 1971;
2. *Extensión horizontal,* se ampliaron los servicios del seguro a otros aspectos que no aparecían cubiertos anteriormente. La ley Nº 5349 de 1973 estableció la transferencia de los recursos hospitalarios a la Caja y determinó que las acciones de salud en materia preventiva no reservadas por ley a la Caja, le corresponden en forma exclusiva al Ministerio de Salubridad. La Caja se comprometió a prestar asistencia médico-hospitalaria a la población no asegurada incapaz de sufragar los gastos de sus servicios médicos.
3. *Universalización del seguro* por ley número 5349.

Sobre pensiones de invalidez, vejez o muerte.

Las pensiones derivadas por invalidez, vejez, muerte o viudez son administradas por la Caja Costarricense de Seguro Social, esto no excluye que existan otros regímenes de pensiones, administrados por otras instituciones, como por ejemplo la Junta de Pensiones del Magisterio Nacional. El Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte vino a regular los beneficios, contribuciones, administración, control, otorgamiento de prestaciones y demás aspectos de los riesgos de invalidez, vejez y muerte contemplados en el artículo 2 de la Ley Constitutiva de la Caja. El *seguro social es obligatorio* para todos los trabajadores asalariados tanto en el sector público como en el sector privado. Se ha establecido en el reglamento supracitado, que sus *beneficios* son para garantizar al asegurado y familiares una protección básica. Existen también algunas cooperativas o empresas que ofrecen servicios complementarios a sus trabajadores, que son financiados en forma exclusiva por el patrono o en forma conjunta con los trabajadores.

El asegurado que cumple con los requisitos que el reglamento establece tendrá derecho a disfrutar de una *pensión sea por invalidez, vejez o muerte.* El monto que se debe recibir por la pensión es calculado con base en salarios promedios declarados, y ciertos porcentajes que establece el mismo reglamento.

La *pensión por vejez* se recibe cumplida la edad (57 años de edad en caso del varón y 55 de la mujer) y el número de cuotas requeridas (con un mínimo de 408 cuotas). Este derecho a pensión es *imprescriptible.* El pensionado por vejez puede continuar laborando en cualquier trabajo como asalariado o por cuenta propia, caso en el cual no deberá cotizar para los seguros de enfermedad, maternidad o invalidez; pero no podrá ser nombrado para cargo o

7. JARAMILLO ANTILLÓN, Juan, *Los problemas de la salud en Costa Rica,* 1984, p. 59.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

empleo público remunerado, salvo renuncia expresa a la pensión durante el tiempo que ocupe el puesto.

Existe también la pensión por *invalidez* que se otorga al asegurado que haya perdido las *dos terceras partes o más de su capacidad* para el desempeño de su actividad laboral habitual, y que por tal motivo no pudiere obtener una remuneración suficiente para su subsistencia y la de su familia. Dicha pérdida debe ser dictaminada por un médico especialmente capacitado para ello, se requiere además, haber ingresado al régimen antes de cumplir 55 años de edad y haber cotizado un mínimo de 36 cuotas mensuales. El dictamen médico tiene validez por dos años. El dictamen no favorable al asegurado puede ser apelado dentro de los 10 días siguientes a la notificación de este. El derecho a reclamar el otorgamiento de pensiones de invalidez prescribe en dos años. El derecho a reclamar las pensiones por vejez es imprescriptible.

En caso de muerte del trabajador asegurado, sus sobrevivientes (viuda o compañera e hijos; en ausencia de estos, los padres o hermanos) tendrán derecho a una pensión. La esposa o compañera por el hecho de haber sido tal tiene pleno derecho a recibirla, no así el compañero o viudo de la asegurada, quien podría recibirla solo si demuestra que es inválido, o que dependía absolutamente de la asegurada o que es mayor de 65 años. Derecho a pensión por muerte se otorga a los hijos menores de 18 años bajo ciertas condiciones establecidas en el reglamento.

En el caso de que el asegurado fallecido no fuere apto para recibir pensión, por no haber cumplido los requisitos mínimos que establece el reglamento, sus beneficiarios recibirán una indemnización de parte de la Caja.

Contra lo resuelto por la Sección de Pensiones y Subsidios de la Caja, cabe apelación por parte de los interesados. Recurso que deberá presentarse ante la Gerencia dentro de los diez días hábiles posteriores a la notificación en que se resuelva denegar la pensión. El seguro de invalidez, vejez y muerte protege también con su sistema de pensiones a aquellos asegurados que sean víctimas de enfermedades profesionales o accidentes de trabajo, así como a sus familiares en el caso de muerte por dichas causas.

CONCLUSIÓN

En el siglo pasado se provocaron condiciones laborales que fueron consideradas inhumanas. Se propició la explotación del hombre por el hombre. La lucha por mejorar estas condiciones se fue forjando poco a poco, con la toma de conciencia de que esa situación no debía mantenerse. Las necesidades de dar respuesta a estos planteamientos ha obligado al Estado a perseguir y satisfacer multitud de diversos cometidos, lo que necesariamente ha significado un ensanchamiento en su esfera de acción y competencia. Desde un punto de vista jurídico, el ensanchamiento de cometidos ha dado lugar a la transformación del Estado de Derecho en el Estado social o intervencionista. Se ha producido una complementación del Estado de Derecho, ya que las sociedades modernas exigen mayor intervención de parte del Estado en todas las actividades de la vida en comunidad, sobre todo en el campo económico y social, pero siempre regido por el principio de legalidad donde el interés público prevalece.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOGRAFÍA

Ley General de Salud, Ley Nº 5395 de 23 de octubre de 1973.

Ley Orgánica del Ministerio de Salud, Ley Nº 5412 de 5 de noviembre de 1973.

Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Ley número 1860 de 18 de febrero de 1963.

Código de Trabajo, de 23 de agosto de 1943.

Reglamento del Consejo de Seguridad e Higiene del Trabajo, número 4 de 16 de abril de 1957.

Reglamento General de Seguridad e Higiene del Trabajo, Decreto Nº 1 de 4 de mayo de 1970.

Reglamento de Seguridad e Higiene en Construcciones.

Reglamento de Seguridad en Construcciones, Decreto Nº 6 de 16 de febrero de 1955.

Reglamento de Calderas, Decreto Nº 6 de 23 de agosto de 1969.

Reglamento de Seguridad e Higiene de Trabajo en Estaciones de Servicio, Decreto Nº 13 de 10 de octubre de 1962.

Reglamento sobre el Empleo de Sustancias Tóxicas en Agricultura, Decreto Nº 6 de 6 de setiembre de 1968.

Reglamento sobre Medidas de Seguridad para el Transporte de Materias Peligrosas, Decreto Nº 17052-MOPT, de 3 de junio de 1986.

Ley sobre Riesgos del Trabajo, Ley Nº 6727 de 9 de marzo de 1982.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA APROBACIÓN Y EL CONTROL DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

LIC. ALAN THOMPSON CHACÓN*

INTRODUCCIÓN

En publicaciones nacionales se ha escrito sobre los aspectos políticos, jurídicos y económicos de la deuda externa. Dentro de los aspectos jurídicos, sin embargo, poco se ha escrito sobre las normas que rigen la suscripción, aprobación y control de los empréstitos y otros convenios similares en Costa Rica, por medio de los cuales se ha instrumentado nuestra deuda pública externa.

¿Qué debe entenderse por empréstitos públicos externos y cuáles son su naturaleza y régimen jurídicos? ¿Cuál es el procedimiento que deben seguir el Gobierno y las instituciones públicas para llevar a cabo la contratación de tales empréstitos y de créditos externos en general? ¿Cuáles son las instituciones que tienen a su cargo el control del endeudamiento público externo y de qué manera intervienen en el proceso? ¿Cuáles son los créditos externos que requieren aprobación legislativa y el alcance e implicaciones de esa aprobación?

Estas y otras interrogantes trataré de despejar en este ensayo, para lo cual tomaré en cuenta el marco constitucional y legal vigente, la doctrina sobre empréstitos públicos, varios criterios de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República y pronunciamientos recientes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

I. CARACTERÍSTICAS Y FORMAS DE INSTRUMENTACIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA

1. La noción de deuda.

Al referirnos a la deuda pública externa, un primer aspecto que debe determinarse es qué tipo de transacciones u obligaciones se incluyen dentro del concepto de deuda.

Como se verá más adelante, tradicional-

---

* *Abogado y notario. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ha sido jefe de Asesoría Legal del Banco Hipotecario de la Vivienda y asesor de la Dirección de Financiamiento Externo del Ministerio de Hacienda.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente se ha considerado que el empréstito es la figura jurídica mediante la cual se instrumenta la deuda pública en general. Sin embargo, hoy en día ha dejado de ser la única y, sobre todo en el ámbito de la deuda pública externa, ha sido en gran parte suplantada por la suscripción de diversas formas de contratos de crédito que no constituyen empréstitos en sentido estricto.

Por ello, la realidad impone incluir dentro de la noción de deuda pública externa todo tipo de transacción que involucre directa o indirectamente un compromiso de pago. Así, puede tratarse de una emisión de títulos valores en serie por parte del Gobierno, lo cual corresponde al concepto de empréstito en sentido estricto, pero también puede tratarse de la emisión de títulos valores individuales, de la firma de un contrato de préstamo o apertura de crédito, acompañada o no de la suscripción de títulos valores, e incluso del otorgamiento de una garantía para responder subsidiaria o solidariamente por la deuda de otro sujeto.[1]

Muy ilustrativa resulta la siguiente definición de deuda, que se ha utilizado en los convenios de refinanciamiento de la deuda pública costarricense con los bancos privados extranjeros:

> "Deuda. Significa, para cualquier persona, toda (I) deuda que tal persona por o en conexión con dinero emprestado, o por el precio de compra diferido de propiedad o de servicios (inclusive, sin limitación, obligaciones de reembolso bajo o con respecto a una carta de crédito o aceptación bancaria y la obligación de pagar depósitos con o adelantos a tal persona). (II) obligaciones bajo arrendamientos que hayan sido o deban registrarse como arrendamientos capitalizados con respecto a los cuales tal persona es responsable como arrendatario; (III) garantías directas o indirectas (inclusive avales sin limitación) de tal persona, con respecto a todas las obligaciones (contingentes o de otra índole) de tal persona, de comprar o bien, adquirir, o de otra manera, asegurar a un acreedor contra pérdida respecto a cualquier deuda u obligación a que se refieren las cláusulas (I), (II) ó (IV) de este párrafo, de cualquier otra persona; (IV) interés sobre cualquier deuda, garantía u obligación a que se hace referencia en las cláusulas (I), (II) ó (III) arriba; y (V) deuda y obligaciones a que se hace referencia en las cláusulas (I), (II), (III) ó (IV) arriba, aseguradas con (o para la cual el tenedor de tal deuda u obligación tiene un derecho existente, contingente o bien de asegurar con) cualquier gravamen sobre o en la propiedad de la cual es dueña tal persona, aun cuando tal persona no haya asumido personalmente, o llegado a ser responsable por, el pago de tal deuda u obligación, con tal que el monto de tal deuda u obligación sujeta a esta cláusula (V) se limite al valor justo de mercado de la propiedad así gravada".[2]

Obsérvese la amplitud de esta definición, que cubre prácticamente todas las modalidades posibles de endeudamiento.

2. La deuda pública.

En un sentido restringido, suele entenderse por deuda pública la deuda de la administración central, es decir, aquella que suscribe el Poder Ejecutivo en representación del Estado y que anualmente se incluye en el Presupuesto Nacional.

Como se sabe, de acuerdo con la Constitución Política y la Ley de la Administración Financiera de la República, el Presupuesto Nacional contempla los ingresos y gastos de la administración central, que incluye los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones y de la Contraloría General de la República.[3]

Ahora bien, la administración pública moderna es mucho más compleja, porque incluye toda una gama de instituciones públicas que no

---

1. Este último tipo de obligaciones, que no implican un compromiso directo pero sí eventual de pago, en la contabilidad bancaria se catalogan como pasivos contingentes.

2. Convenio entre el Banco Central de Costa Rica, la República de Costa Rica y el Bank of America National Trust and Savings Association como agente de varios bancos, segundo de los convenios aprobados en la Ley Nº 7010 de 25 de octubre de 1985.

3. Artículos 176 y 177 de la Constitución Política y artículos 31, 36 y concordantes de la Ley de la Administración Financiera de la República.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

forman parte de la administración central del Estado.

En Costa Rica, el concepto más amplio es el contenido en el artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual la administración pública está constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de Derecho Público y Privado.

Con fundamento, se ha criticado esta definición por distinguir entre el Estado y los demás entes públicos, cuando lo correcto habría sido distinguir entre la administración central y los entes públicos que conforman la administración descentralizada, siendo ambas parte del Estado.[4] Pero probablemente se pretendió dejar claro que es el Estado el que tiene personalidad jurídica, no la administración pública como tal. Esto último se ha sostenido, por ejemplo, en el caso de España.[5]

La definición del artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública incluye a prácticamente todo órgano del Estado y ente público imaginable en Costa Rica, salvo un híbrido muy importante cual es el de las sociedades mercantiles con participación mayoritaria del Estado, que constituyen una modalidad de las llamadas "empresas públicas".[6] Sin embargo, en Costa Rica diversas leyes y la misma jurisprudencia han sometido gran parte de la actividad de esas empresas, que no forman parte de la administración pública en sentido orgánico, a la normativa propia de las entidades de derecho público.[7]

Lo explicado nos lleva a un concepto más amplio de deuda pública, abarcando a todo el sector público, es decir, no la deuda de la administración central del Estado, que es la que se incluye en el presupuesto nacional, sino también la deuda de las instituciones públicas descentralizadas y de las empresas públicas organizadas como sociedades mercantiles.

Un concepto de deuda pública así, amplio, es el que se ha usado en los convenios de refinanciamiento de la deuda pública costarricense con los bancos extranjeros. En efecto, dentro de esos convenios se ha definido entidad del sector público así:

> "Entidad del sector público quiere decir, el prestatario y cualquier Ministerio, departamento, autoridad, institución autónoma o empresa pública creada por ley, o cualquier sociedad u otra entidad en la que más del 50% del capital es propiedad o está controlado directa o indirectamente por la República".[8]

De manera similar, en el Reglamento para el Registro y Control de la Deuda Externa de las Instituciones del Sector Público Costarricense, emitido por la junta directiva del Banco Central de Costa Rica,[9] se definió entidad (prestataria) así:

> "Artículo 3.—Para los fines de este Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones:
> (...)
> b) Entidad: Toda aquella persona física o jurídica costarricense compone la administración central, las instituciones des-

4. Véase BREWER CARÍAS, Allan R., *Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública en Costa Rica*, en **Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo**, San José, Colegio de Abogados-Asociación Costarricense de Derecho Público, 1981, pp. 35-37.

5. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, t. I, 1975, pp. 19-20.

6. De acuerdo con la doctrina, el concepto de empresa pública incluye tanto a entes u órganos de Derecho Público cuya actividad es de naturaleza mercantil, como a las sociedades mercantiles en las cuales el Estado tiene más del cincuenta por ciento de las acciones. Véase VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Madrid, Aguilar Ediciones, 1980, p. 636 y ss. En nuestro medio, puede verse MURILLO, Mauro, *Ensayos de Derecho Público*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1988, p. 107.

7. Para un excelente análisis de la doctrina y jurisprudencia sobre empresas públicas y su régimen jurídico en Costa Rica, véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *La empresa pública como ente público*, en **Revista Ivstitia**, San José, Nº 52, abril de 1991, p. 4 y ss.

8. Véase *supra*, nota 2.

9. Publicado en *La Gaceta*, Nº 73 de 18 de abril de 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

centralizadas (autónomas y semiautónomas), las corporaciones municipales y cualquier otra que:

— Su presupuesto está sujeto a la aprobación de la Contraloría General de la República, o
— el Estado posea más del 50% de las acciones con derecho a voto, o esté representado por más de la mitad de los miembros de su Junta Directiva o Consejo de Administración".

De lo expuesto se desprende que el problema de la deuda pública externa de Costa Rica no ha sido un problema sólo de la administración central, sino también de las entidades públicas descentralizadas y empresas públicas.

Ahora bien, en la gran mayoría de los casos, los proveedores de fondos externos requieren que al compromiso de pago de estas entidades y empresas se adicione la garantía del Estado. Por ello, tales deudas son también suscritas por el Poder Ejecutivo y pasan a formar parte en definitiva de la deuda de la administración central del Estado.

3. La deuda pública externa.

Toda deuda es o puede llegar a ser un problema. Si se trata de deuda pública, la magnitud del problema es mayor, porque la deuda pública es en última instancia una deuda de toda la colectividad. Pero todavía más grave puede ser el problema tratándose de deuda pública externa, pues en este caso están de por medio la balanza de pagos y el prestigio internacional del país. Además, como se sabe, el problema de la deuda pública externa, sobre todo la de América Latina, adquirió connotación de crisis mundial a partir de principios de la década de los ochenta.[10]

¿En qué se basa la distinción entre deuda interna y deuda externa? En principio parece sencillo, pero en la práctica no lo es dada la variedad de criterios que pueden utilizarse. Esta es una enumeración nada más ejemplificativa: la nacionalidad del acreedor, la residencia del acreedor, el domicilio del acreedor, el tipo de moneda, el lugar de contratación, el lugar de cumplimiento, la ley aplicable, la jurisdicción aplicable. Todos estos son criterios que pueden tomarse en cuenta, individualmente o en distintas combinaciones, para definir qué ha de entenderse por deuda externa.[11]

Para Giuliani Fonrouge, lo determinante es el lugar de pago de la deuda. Así, se inclina este autor por la definición de obligación financiera internacional como "aquella que es adeudada en una o varias plazas extranjeras, siendo pagadera, además, en uno o varios centros financieros del exterior, mediante una transferencia de valores".[12] En sentido similar, se ha dicho que el empréstito es externo cuando el Estado obtiene los fondos fuera del territorio nacional, de otros Estados o de capitalistas residentes en el exterior, mientras que es interno cuando el dinero se obtiene dentro de la economía nacional, utilizando el crédito del Estado dentro de sus propias fronteras.[13]

---

10. No es el propósito de este ensayo analizar las causas de la crisis de la deuda externa, ni su contexto económico y político. Al respecto, el autor se permite recomendar la obra de KUCZYNSKI, Pedro Pablo, *Latin American Debt*, Baltimore, Twentieth Century Fund-The Johns Hopkins University Press, 1988. Para un excelente estudio basado en la teoría de la dependencia y las ideas de Raúl Prebish, sugiero la obra de GRIFFITH-JONES, Stephany y SUNKEL, Osvaldo, *Debt and Development Crises in Latin America: The End of an Illusion*, New York, Oxford University Press, 1986. En el medio nacional, Romero Pérez ha criticado en diversos ensayos las políticas de los países industrializados y de los organismos financieros internacionales y abogado por soluciones amparadas al Derecho Internacional a la crisis de la deuda externa. En particular, puede verse ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *El Derecho Internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa*, en **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Nº 67, setiembre-diciembre, 1990, pp. 97-126, y *Aspectos jurídicos, Iniciativa de las Américas y deuda externa*, en **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Nº 68, enero-abril, 1991, pp. 97-139. Ambos ensayos incluyen una extensa bibliografía de referencia sobre el tema.

11. Un resumen de diversos criterios se encuentra en el ensayo de JIMÉNEZ SANDOVAL, Humberto, *La deuda pública externa: teoría y práctica*, en **Banca, Bolsa & Seguros**, San José, Nº 1, mayo-junio, 1990, p. 28 y ss.

12. GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol. II, 1987, p. 1177.

13. CHASE PLATE, Luis Enrique, *Contratos de empréstito público*, en **Contratos Administrativos**, Buenos Aires, Editorial Astrea, t. II, 1982, p. 6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Este criterio que atiende a la residencia del acreedor, junto con el tipo de moneda utilizada, son los más usados en la práctica. El hecho de que el acreedor sea residente en otro país es lo que compromete las relaciones internacionales del deudor en el ámbito comercial y económico. Por su parte, la utilización de moneda extranjera es lo que somete al deudor a la soberanía monetaria de otro Estado y a eventuales problemas de balanza de pagos.

En sentido estricto, debe diferenciarse entre el concepto de domicilio, que implica permanencia, y el de residencia, que puede ser meramente temporal.[14] En el ámbito de la deuda externa, es común el uso indistinto de ambos términos o el énfasis en el concepto de residencia, que es más amplio.

La práctica en Costa Rica ha sido considerar deuda externa el conjunto de obligaciones pagaderas a acreedores domiciliados o residentes fuera del país, tanto las pactadas en moneda extranjera como en moneda nacional.

En los convenios de refinanciamiento se ha definido deuda externa así:

> "Deuda externa. Significa, para cualquier persona:
>
> a) Todas las obligaciones de tal persona para retrocomprar moneda legal de la República bajo cualquier facilidad del FMI, o
>
> b) Toda deuda de tal persona, que (I) sea o pueda ser pagable a opción del recibidor del pago en moneda extranjera (II) que sea pagable fuera de la República a una persona residente o que tenga su oficina central o lugar principal de negocios fuera del territorio de la República..."[15]

Por su parte, en el artículo 3 del Reglamento para el Registro y Control de la Deuda Externa de las Instituciones del Sector Público Costarricense se incluye la siguiente definición de crédito externo:

> "Artículo 3.—Para los fines de este Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones:
> (...)
>
> j) Crédito externo: Se considera crédito externo:
>
> i) Compromiso financiero o comercial denominado en moneda extranjera que obliga al prestatario a realizar pagos a un prestamista residente en el extranjero, bajo condiciones preestablecidas en un contrato de crédito.
>
> ii) Compromiso denominado en colones que deba ser pagado a un prestamista domiciliado fuera del país.
>
> iii) Títulos expresados en moneda extranjera emitidos por el Estado costarricense o sus instituciones.
>
> iv) Cualquier crédito externo originado en obligaciones contingentes cuyo servicio deba ser realizado por la entidad que avaló o garantizó."[16]

Obsérvese el uso, aparentemente indiscriminado, de los términos residencia en el inciso i) y domicilio en el inciso ii). Asimismo, obsérvese que en el inciso iii) se incluyen los títulos valores expresados en moneda extranjera, sin referencia al domicilio o residencia del acreedor. Esto podría explicarse porque, tratándose de títulos valores, es impredecible quién va a ser el tenedor a la hora de hacer efectivo el título. Por tal razón se estaría atendiendo en este caso al criterio de la moneda, ignorando el de la residencia del acreedor.

Cabe cuestionarse cuál es el sentido de incluir dentro del concepto de deuda externa obligaciones pagaderas en colones, aunque los acreedores sean personas residentes fuera del

---

14. Al respecto, véase PÉREZ VARGAS, Víctor, *Domicilio y ausencia*, en **Revista Judicial**, San José, Nº 11, pp. 74-75.

15. Véase *supra*, nota 2. Las definiciones de deuda, deuda pública y deuda externa contenidas en los convenios de refinanciamiento suscritos por Costa Rica, corresponden a las utilizadas en general en este tipo de convenios. Véase, como referencia, el modelo de contrato incluido en **BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO,** *Transacciones financieras internacionales* (Emilio J. Cárdenas, Antonio Mendes y Ralph Reisner, editores).

16. Véase *supra*, nota 9.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

país.[17] La explicación más lógica me parece que está en lo que ya mencioné, la incidencia de esas obligaciones en las relaciones económicas internacionales del Estado. Como la moneda es local, en este tipo de obligaciones no está en juego la pérdida de la soberanía monetaria ni posibles problemas de balanza de pagos. Sin embargo, sí están en juego las relaciones del país con gobiernos e instituciones extranjeras y con instituciones financieras multilaterales, relaciones que se verían afectadas por el incumplimiento aunque las deudas hayan sido pactadas en moneda nacional.

El supuesto de deuda externa en colones es, sin embargo, poco usual, dado que los créditos externos concedidos a Costa Rica se pactan casi sin excepción en "moneda fuerte", siendo el dólar la de uso más extendido debido, como se sabe, al tradicional dominio de los Estados Unidos en el panorama económico mundial a partir de la segunda posguerra. Los pocos casos de que tengo referencia se refieren a préstamos del Banco Centroamericano de Integración Económica.

4. El empréstito como forma típica de instrumentación de la deuda pública.

En doctrina se considera el empréstito como forma típica de instrumentación de la deuda pública. "Existe empréstito —dice Giuliani Fonrouge— cuando el Estado recurre al mercado en demanda de fondos, con la promesa de reembolsar el capital en determinadas formas y términos y de pagar un interés periódico".[18]

El procedimiento de suscripción de un empréstito consiste en la emisión de títulos en serie para ser colocados en el mercado. La colocación puede efectuarse por intermedio de algún banco, por suscripción pública, por venta directa en bolsa o por licitación. El sujeto pasivo o deudor de la obligación emergente de un empréstito es el Estado, el sujeto activo o acreedor los portadores de los títulos y el objeto es el pago de un interés anual y la restitución del capital entregado. La obligación emergente del empréstito se materializa en un instrumento que se denomina título, obligación, bono o letra, a los cuales son aplicables las disposiciones sobre títulos valores del Código de Comercio.[19]

Sobre la naturaleza jurídica de los empréstitos públicos, existen en general tres corrientes doctrinales.[20] La primera ve en el empréstito público un acto o declaración unilateral de Derecho Público, producto del ejercicio de la soberanía del Estado. La segunda califica el empréstito público como un acto de soberanía legislativa. Finalmente, la tercera corriente concibe el empréstito como un contrato. Dentro de esta última se distingue entre aquellos que caracterizan el empréstito como un contrato de Derecho Privado y aquellos que lo caracterizan como un contrato de Derecho Público o contrato administrativo, siendo esta última la posición mayoritaria de la doctrina francesa.

En Costa Rica, la deuda pública interna se ha instrumentado usualmente en forma de empréstitos. En efecto, ya nos hemos acostumbrado a las constantes emisiones de bonos de

---

17. Es interesante señalar un caso especial en nuestro régimen jurídico, el del Banco Hipotecario de la Vivienda o BANHVI. El artículo 35 de la Ley Nº 7052 de 13 de noviembre de 1986 requiere la aprobación legislativa de los créditos externos que contrate el BANHVI. Según el inciso e) del artículo 4 del Reglamento de esa ley, Decreto Ejecutivo Nº 20210-P-VAH publicado en *La Gaceta*, Nº 25 de 5 de febrero de 1991, se entiende por créditos externos aquellos pactados en moneda extranjera y pagaderos a un acreedor residente fuera del país, es decir, se exige la concurrencia de ambos aspectos, por lo que según el Reglamento no se consideraría crédito externo el concedido por un organismo extranjero al BANHVI si es en moneda nacional.

18. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1179.

19. *Ibídem*, p. 1209 y ss. Aunque en doctrina hay discusión sobre el régimen jurídico aplicable a los títulos de la deuda pública, en nuestro país el Código de Comercio es claro al señalar, en su artículo 685, lo siguiente: *"Los títulos de la deuda pública, acciones, obligaciones, bonos, cédulas hipotecarias u otros títulos valores regulados por este Código o por leyes especiales, se regirán por este título en lo no prescrito por esas leyes"*.

20. ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol. II, 1979, pp. 563-71. Véase también, GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1199, y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Gobierno, cuyas características y condiciones se establecen en cada caso en un Derecho Ejecutivo emitido por el presidente de la República conjuntamente con el ministro de Hacienda. Con respaldo en esos bonos, depositados en custodia en el Banco Central de Costa Rica, se ha establecido la práctica de emitir los llamados "títulos de propiedad" del Gobierno, para efectos de adecuar los plazos y tasas de interés de los bonos de la deuda pública a las condiciones del mercado financiero.[21]

En cambio, en el caso de la deuda pública externa, lo usual en Costa Rica, como en muchos otros países en desarrollo, ha sido la suscripción por parte del Poder Ejecutivo y de las entidades descentralizadas de contratos de crédito que no constituyen empréstitos en sentido estricto, según se explica más detalladamente a continuación.

5. Otras formas de instrumentación de la deuda pública: Los contratos de crédito externo.

A partir de los años setenta comienza a generalizarse a nivel mundial el uso de contratos de crédito que no corresponden a la figura tradicional del empréstito, como forma de las instituciones financieras multilaterales y los bancos extranjeros de proveer fondos a los gobiernos e instituciones públicas de los países en desarrollo. En esta diversificación y simplificación de las formas de instrumentar la deuda pública externa influyó sobremanera la activa participación que en esa época la banca internacional empezó a asumir en la provisión de fondos a estos países.[22]

La generalización de esta modalidad distinta del empréstito clásico ha provocado no pocas dudas en la doctrina. Álvarez-Gendín, por ejemplo, distingue entre los empréstitos propiamente dichos y los simples préstamos de la administración pública. Partiendo de esta distinción, los contratos de crédito externo tendrían que considerarse simples préstamos y no empréstitos. Dice este autor:

> "La administración pública contrata operaciones de crédito con determinadas entidades privadas o instalaciones bancarias o con particulares, lo que constituye simple préstamo; o bien con personas indeterminadas (colectivas o individuales) mediante la puesta en circulación de obligaciones, títulos, bonos, cédulas de crédito, con o sin interés, por suscripción pública, al tipo fijo de emisión o por debajo del mismo, o en pública licitación para mejorar el tipo de emisión o rebajar la prima prometida, o el interés, o combinando cualquiera de estas formas, constituyendo entonces los empréstitos".[23]

Reveladoras de las dudas que existen en doctrina son las palabras de Giuliani Fonrouge, quien en relación con los créditos concedidos por bancos internacionales al gobierno argentino, dice en su obra lo siguiente:

> "Aunque los detalles de las operaciones y las garantías o seguridades exigidas no han tenido difusión adecuada en nuestro país, ellas no parecen encuadrar en las que tradicionalmente corresponden al crédito público, aparte de vincularse con condiciones políticas no esclarecidas suficientemente, por lo cual es menester mantenerlas aparte, sobre todo porque en ciertos casos parecieran estructuradas como préstamos bancarios de Derecho Privado, y no como obligaciones de Derecho Público".[24]

Gordillo, por su parte, resume muy bien la problemática de lo que él denomina "contrato de crédito sometido al derecho extranjero", en los siguientes términos:

> "En el presente trabajo analizaremos este fenómeno, que deja virtualmente de lado los principios que informaran a las instituciones del derecho financiero y administrativo clásico. El

---

21. Véase el artículo 1) de la Ley Nº 5768 de 13 de agosto de 1975 y el Decreto Ejecutivo Nº 15966-H de 14 de enero de 1985.

22. Sobre las características e implicaciones de este proceso, puede consultarse a GRIFFITH-JONES y SUNKEL, *op. cit.*, p. 61 y ss.

23. ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, *Tratado General de Derecho Administrativo*, Barcelona, Editorial Bosch, t. III, 1973, pp. 185-86.

24. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1196.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> contrato no se regirá por su derecho público interno, ni podrá ya en rigor llamársele verazmente 'empréstito público', pues esta frase evoca precisamente aquellos principios de Derecho Público que no le serán en los hechos aplicables. Aparece entonces en el marco jurídico internacional el contrato de crédito externo, sometido a un régimen propio, que se ubica entre el derecho internacional público y privado, y se conjuga con el derecho privado interno de los países desarrollados, sede habitual de los organismos o consorcios que actuarán en calidad de prestamistas. Es, en suma, un contrato del Estado sometido a un derecho extranjero al país deudor, lo cual escapa por completo a las previsiones y conceptos teóricos de los juristas habituados al régimen del derecho público interno de sus respectivos países en vías de desarrollo".[25]

Considero que, si se acepta la naturaleza contractual de la figura del empréstito, los contratos de crédito externo pueden considerarse como una modalidad de empréstito. Así, la diferencia fundamental estaría no tanto en la finalidad de cada uno, que es sustancialmente la misma, sino más bien en su instrumentación: mientras el empréstito tradicional se instrumenta mediante una emisión de títulos en serie, el contrato de crédito se instrumenta, como su nombre lo indica, mediante la suscripción de un contrato directamente entre deudor y acreedor. En este tipo de contratos, el acreedor o acreedores están claramente determinados desde un inicio y las condiciones de pago se pactan de común acuerdo entre las partes, no unilateralmente al momento de la emisión de los títulos, como ocurre en el empréstito público tradicional.

Aún así, debe tenerse presente que el análisis de la figura del empréstito público ha estado siempre muy centrado en las potestades exorbitantes de Derecho Común que el Estado deudor mantiene frente a sus acreedores, potestades típicas de la contratación pública. En los contratos de crédito externo, tales potestades prácticamente no existen y más bien, sobre todo cuando los deudores son países en desarrollo, el Estado es la parte débil frente a los bancos o instituciones extranjeras que otorgan los créditos.

Como regla general, en este ensayo utilizo el término empréstito o contrato de empréstito en sentido amplio, incluyendo como una de sus modalidades los contratos de crédito externo. De esta manera ha enfocado el punto nuestra Sala Constitucional, aunque sin mayor cuestionamiento, como veremos más adelante. En todo caso, debe tenerse presente lo dicho respecto al concepto clásico de empréstito en la doctrina.

Me refiero a continuación a los diversos tipos de contratos de crédito externo que se han utilizado en la práctica.

Tratándose de bancos comerciales, la figura contractual de uso más generalizado ha sido la de los llamados "préstamos sindicados", en los cuales grupos de bancos de diversas nacionalidades se organizan bajo la coordinación y representación de un banco agente, para otorgar préstamos o abrir líneas de crédito de gran cuantía a gobiernos e instituciones públicas locales.[26]

Estos contratos incluyen una serie de cláusulas que protegen celosamente los intereses de los bancos participantes, en detrimento de la posición del gobierno o institución deudora. Una cláusula típica, por ejemplo, es aquella en la cual el gobierno o institución deudora renuncia a su jurisdicción y a la aplicación de la legislación interna de su país, para someterse a la jurisdicción y legislación de Londres o Nueva York, plazas ampliamente utilizadas por los grandes bancos internacionales y en las cuales, lógicamente, la legislación tiende a prote-

---

25. GORDILLO, Agustín, *El contrato de crédito externo*, en **Revista de Administración Pública**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 97, enero-abril, 1982, pp. 426-27.

26. Sobre el concepto y las características de los préstamos sindicados, véase VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, t. I, 1986, p. 698 y ss. Asimismo, la figura se analiza en detalle en **INTERNATIONAL LAW INSTITUTE**, *International Borrowing: Negotiating and Structuring International Debt Transactions*, Washington, D.C., 1986, p. 299 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ger los intereses bancarios y comerciales sobre los intereses de los países deudores. Sin lugar a dudas, esta modalidad es la que más se aleja de la figura del empréstito público e incluso de la figura general del contrato administrativo.

Cuando los proveedores de fondos son instituciones financieras multilaterales, la forma de instrumentación de los créditos varía en función de la normativa propia de cada institución. En estos supuestos, existe la peculiaridad de que el país deudor generalmente se ha adherido previamente al tratado de creación de la respectiva entidad internacional, el cual contempla al menos a nivel general los mecanismos de financiamiento aplicables.

En el caso del Fondo Monetario Internacional, la provisión de fondos a sus países miembros generalmente es para enfrentar problemas de balanza de pagos y se instrumenta mediante mecanismos previstos en el Convenio Constitutivo y en los reglamentos y acuerdos del Fondo.[27] En los últimos años, el mecanismo más usual ha sido el de los llamados "convenios stand by", que no constituyen verdaderos contratos o acuerdos internacionales, sino únicamente la aceptación por parte del Fondo de una solicitud de fondos de un país miembro, basada en una carta de intenciones en la cual el país solicitante se compromete a una serie de medidas económicas exigidas por el Fondo como parte de su política de condicionalidad.

Tratándose de instituciones financieras multilaterales de fomento, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el principal organismo integrante del Banco Mundial) y el Banco Interamericano de Desarrollo, lo usual ha sido el uso de contratos de crédito dirigidos al financiamiento de proyectos específicos. Este tipo de contratos son muy similares a los que se utilizan en los préstamos sindicados, con las diferencias de rigor por tratarse de un único acreedor. Además, generalmente los contratos de crédito con agencias multilaterales no se someten a tribunales y leyes de un país determinado, como ocurre en los préstamos sindicados, sino que contemplan procedimientos de arbitraje y criterios de interpretación basados en el texto mismo del contrato. Pero, al igual que los préstamos sindicados, son también contratos de adhesión, en los cuales las posibilidades de negociación o de ejercicio de prerrogativas de Derecho Público por parte del gobierno o institución deudora prácticamente no existen.

En el caso del Banco Mundial, a partir de los años ochenta se estableció la modalidad de préstamos de ajuste estructural, que no se dirigen al financiamiento de un proyecto de inversión específico sino a promover cambios en la estructura económica y productiva del país deudor. El Gobierno de Costa Rica, como se sabe, ha suscrito a la fecha dos préstamos de ajuste estructural con el Banco Mundial y se encuentra en proceso de negociación un tercero.[28]

Además de los concedidos por bancos comerciales y por instituciones financieras multilaterales, otra modalidad de créditos externos incluye los que se suscriben directamente entre dos gobiernos o instituciones gubernamentales. En estos casos, el mecanismo de financiamiento también varía en función de cada país. Ejemplos son los préstamos al amparo del programa PL-480 del Gobierno de los Estados Unidos, los préstamos del Gobierno de México amparados al Pacto de San José, los préstamos concedidos por el Fondo de Inversiones de Venezuela al Gobierno de Costa Rica y los empréstitos suscritos con el Institu-

---

27. Costa Rica ratificó la Segunda Enmienda al Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, mediante la Ley Nº 6223 de 27 de abril de 1978, publicada en el *Alcance Nº 93 a La Gaceta Nº 105*, de 2 de junio de 1978.

28. El PAE I fue aprobado por la Ley Nº 6998 de 20 de agosto de 1985 y el PAE II por la Ley Nº 7134 de 5 de octubre de 1989. Las implicaciones políticas y económicas de los programas de ajuste estructural son un tema sumamente polémico y sobre ello se ha escrito mucho en nuestro medio. La visión de quien sin duda ha sido el principal economista nacional involucrado en la puesta en ejecución de estos programas puede verse en LIZANO, Eduardo, *Programa de Ajuste Estructural en Costa Rica*, San José, Academia de Centroamérica, 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

to de Crédito Oficial del Gobierno de España. Cada uno de ellos tiene sus mecanismos operativos propios.

En este último tipo de créditos, a diferencia de los préstamos sindicados, ambas partes contratantes son personas de Derecho Público. Lo mismo ocurre en los créditos suscritos con organismos multilaterales como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo, sólo que en estos casos, por ser dichos organismos sujetos con personalidad jurídica internacional, los créditos inevitablemente se ven sujetos a reglas de Derecho Internacional Público, entre ellas las contenidas en el tratado constitutivo de la propia organización.[29] Incluso, pueden configurarse como verdaderos tratados internacionales, como veremos más adelante.

En todo caso, como bien apunta Gordillo, sea que se trate de contratos de crédito externos regidos por el Derecho Internacional Público o el Derecho Internacional Privado, desde la perspectiva del país deudor las diferencias en la práctica son mínimas, pues su posición generalmente es de obligada aceptación y adhesión a las condiciones fijadas por la parte acreedora.[30]

6. La noción de crédito público.

En doctrina es común la referencia a la noción de crédito público, entendido como la aptitud o capacidad del Estado para obtener crédito. Así, Giuliani Fonrouge recoge una definición según la cual crédito público es "la aptitud política, económica, jurídica y moral de un Estado para obtener dinero o bienes en préstamo, basada en la confianza de que goza por su patrimonio, los recursos de que puede disponer y su conducta".[31]

Nuestra Constitución hace referencia a la noción de crédito público, al regular la aprobación legislativa de los empréstitos y otros convenios similares celebrados por el Poder Ejecutivo.

II. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA

A. La suscripción y aprobación legislativa de los empréstitos públicos y convenios similares.

1. *Alcances del inciso 15) del artículo 121 de la Constitución.*

Sin duda la disposición constitucional más relevante en materia de deuda pública externa es el inciso 15) del artículo 121, que dice lo siguiente:

> "Artículo 121.—Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...)
>
> 15) Aprobar o improbar los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo.
> Para efectuar la contratación de empréstitos en el exterior o de aquellos

29. Dada la magnitud que alcanzó la crisis de la deuda externa, en los países deudores se ha abogado por enfrentarla globalmente, mediante principios y mecanismos propios del Derecho Internacional Público. Un resumen de diversas posiciones en este sentido puede verse en ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *El Derecho Internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa*, citado *supra*, nota 10. Pero los tribunales de los Estados Unidos han sido reacios a aceptar soluciones de este tipo y se han inclinado, con base en la legislación norteamericana sobre la materia, a considerar los empréstitos y créditos externos suscritos por gobiernos o instituciones públicas de países en desarrollo como transacciones mercantiles. Para muestra, los célebres casos: *Libra Bank Limited vs. Banco Nacional de Costa Rica*, 570 F. Supp. 870 (1983 y *Allied Bank International vs. Banco Crédito Agrícola de Cartago*, 757 F. 2d. 516 (1985).

30. GORDILLO, *op. cit.*, pp. 429-31.

31. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1174.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero, es preciso que el respectivo proyecto sea aprobado por las dos terceras partes del total de los votos de los miembros de la Asamblea Legislativa".

En su texto original, este inciso requería la autorización legislativa al Poder Ejecutivo para negociar y celebrar empréstitos y convenios similares relacionados con el crédito público y la aprobación legislativa de los empréstitos y convenios una vez celebrados. Es decir, existía una doble intervención de la Asamblea Legislativa, anterior y posterior a la suscripción de los empréstitos. Mediante reforma constitucional introducida en 1968, se eliminó la necesidad de autorización legislativa previa.[32]

No pocas dificultades de interpretación plantea este inciso 15) del artículo 121 constitucional, tanto en sí mismo como al relacionarlo con otras normas constitucionales, tal como se verá a continuación.

2. *Naturaleza jurídica de los empréstitos públicos.*

En la discusión sobre si los empréstitos tienen la naturaleza de actos unilaterales del Estado o contratos, es mi criterio que la Constitución tomó partido en favor de la segunda posición, prueba de lo cual es que habla de "empréstitos o convenios similares". Ahora bien, al requerir que sean aprobados por la Asamblea Legislativa, el problema de la naturaleza jurídica de los empréstitos en la Constitución se ha planteado en términos de su consideración como contratos administrativos o leyes.

Para este análisis es importante transcribir otras dos disposiciones constitucionales que se relacionan con el inciso 15) del artículo 121 antes citado:

"Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...)

19) Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.
La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni los eximirá de su régimen jurídico administrativo. No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales".

"Artículo 124.—(...)
La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas".

Obsérvese que el inciso 19) del artículo 140 constitucional le da al Poder Ejecutivo la potestad de suscribir contratos administrativos en general. En el segundo párrafo aclara que la aprobación legislativa de esos contratos, cuando se requiera, no les da el carácter de leyes ni los exime de su régimen jurídico administrativo, pero acto seguido indica: "No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales".

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 124 no hace distinción alguna y dispone que los contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa no adquieren el carácter de leyes aunque sean aprobados por la Asamblea Legislativa mediante los trámites ordinarios de una ley.

Es importante señalar que tanto el párrafo segundo del inciso 19) del artículo 140 como el párrafo segundo del artículo 124 fueron adicio-

32. Reforma introducida por la Ley Nº 4123 de 30 de mayo de 1968.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nados por reforma a la Constitución introducida en el año 1975.[33]

La Procuraduría General de la República sostuvo que, en virtud de la excepción del inciso 19) del artículo 140, los empréstitos públicos y convenios similares aprobados por la Asamblea Legislativa tienen la naturaleza de leyes ordinarias y no de contratos administrativos, de manera que la fuerza y valor jurídico de sus cláusulas es equivalente al de la ley.[34] Posición contraria venía sosteniendo la Contraloría General de la República, al resolver sobre licitaciones públicas relativas a la ejecución de obras con fondos provenientes de empréstitos externos. Para la Contraloría, la aprobación legislativa de los empréstitos no altera en absoluto su naturaleza de contratos administrativos y, por tanto, las cláusulas de los contratos de empréstito están subordinadas al Ordenamiento jurídico interno.[35]

En agosto de 1990, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto, con motivo de la consulta legislativa de un empréstito suscrito entre el Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Costarricense de Electricidad, con la garantía del Estado.[36] Apoyada en el párrafo segundo del artículo 124 de la Constitución, en la resolución Nº 1027-90 la Sala estimó que la naturaleza jurídica de los empréstitos es la de contratos administrativos, sólo que sujetos al régimen especial de aprobación legislativa previsto en el inciso 15) del artículo 121 constitucional, aprobación que no les da el carácter de leyes ni les cambia su naturaleza jurídico-administrativa. Advierto que la Sala dio al término "empréstito" una connotación amplia, asimilándolo a contratos de crédito en los cuales el deudor es el Estado o un ente público.

Se desprende del criterio de la Sala una diversa interpretación, con la cual coincido, de la excepción contenida en el segundo párrafo del inciso 19) del artículo 140 de la Constitución Política, al integrar esa norma con el segundo párrafo del artículo 124 constitucional.

Mi opinión es que la frase final del párrafo segundo del inciso 19) pretendió eximir a los empréstitos públicos de lo dispuesto en el primer párrafo de este inciso. Es decir, los empréstitos no deben ser sometidos a aprobación legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, como ocurre con los contratos administrativos en general, sino que deben ser aprobados por la Asamblea Legislativa en todo caso, según la norma especial del inciso 15) del artículo 121 constitucional.

Esta es, asimismo, la interpretación que se desprende de las actas legislativas referentes a la discusión de la reforma al inciso 19) del artículo 140 y al artículo 124 de la Constitución, reforma que se introdujo fundamentalmente con el fin de eliminar la figura de los llamados "contratos-leyes".[37]

Ahora bien, la resolución de la Sala Constitucional es confusa al definir las consecuencias jurídicas de considerar los empréstitos como contratos administrativos, según veremos a continuación.

---

33. Ley Nº 5702 de 5 de junio de 1975.

34. *Procuraduría General de la República*, oficio C-038-88, dirigido al Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Agrario el 16 de febrero de 1988. Asimismo, oficio C-053-90, dirigido al Ministro de Hacienda el 4 de abril de 1990.

35. Esta tesis de la Contraloría se desarrolla, entre otros, en los pronunciamientos 100-87, 121-88 y 31-90 de su Dirección General de Contratación Administrativa, antes Departamento de Licitaciones.

36. *Sala Constitucional*, Nº 1027-90 de las 17.30 horas del 29 de agosto de 1990.

37. Según palabras del entonces diputado Rodolfo Piza Escalante, hoy Magistrado de la Sala Constitucional y redactor de la resolución Nº 1027-90 en comentario, lo que se pretendía era "que no se continúe calificando a esos contratos administrativos como contratos leyes por la sencilla razón de que son aprobados por la Asamblea Legislativa". Acta de la Asamblea Legislativa, sesión del Plenario Nº 37 de 4 de marzo de 1975. Sobre la figura de los contratos leyes, es conocida en nuestro medio la obra de WOODBRIDGE, Paul, *El contrato ley*, San José, Editorial Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. Los empréstitos públicos y las modificaciones a la legislación ordinaria.

Se ha planteado en la práctica la cuestión de hasta qué punto disposiciones incluidas en este tipo de contratos pueden establecer excepciones o modificar la legislación común. Un ejemplo, que es el que ha dado más de qué hablar, es el de los procedimientos especiales que este tipo de empréstitos suelen incluir en materia de contratación administrativa, diferentes en algunos aspectos a los procedimientos de la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa.

Como acabo de explicar, con anterioridad a la resolución de la Sala Constitucional la Contraloría General de la República se había pronunciado en el sentido de que, por ser contratos administrativos, los empréstitos no pueden modificar ni establecer excepciones a la legislación en materia de contratación, contrastando con la posición de la Procuraduría que daba a los empréstitos aprobados por la Asamblea Legislativa el mismo valor de leyes ordinarias.

El pronunciamiento de la Sala Constitucional establece que la naturaleza jurídica de los empréstitos a que se refiere el inciso 15) del artículo 121 de la Constitución es la de contratos administrativos, no de tratados ni de leyes. Como bien lo indica la Sala, la aprobación legislativa de tales contratos corresponde más bien a una función tutelar de control político sobre el endeudamiento del Estado, es decir, al ejercicio de la función legislativa en sentido formal más que en sentido material.

Sin embargo, la Sala reconoce expresamente que tales contratos pueden introducir excepciones a la legislación ordinaria nacional, reconociéndoles así efectos jurídicos distintos de aquéllos propios de los meros contratos administrativos. Por ello, pareciera más bien que configura a los empréstitos como una categoría especial de contratos administrativos "sui géneris", capaces en virtud de la aprobación legislativa de producir efectos similares a los de la ley.

Al delimitar hasta qué grado los contratos de empréstito pueden válidamente introducir modificaciones o excepciones a la legislación ordinaria, la Sala Constitucional señaló en el considerando VIII de su resolución Nº 1027-90 lo siguiente:

> "VIII.—Consecuencia de todo lo anterior es, ante todo, la de que los contratos de préstamo no pueden significar compromisos de ejercer o de no ejercer el poder público en sí mismo, ni modificar o imponer la modificación de la legislación interna del país deudor en forma permanente, ni, mucho menos, establecer condiciones que atenten contra el orden público de ese país. Sin embargo, es universalmente aceptado que en esos meros contratos públicos se pueda excepcionar la aplicación de determinadas leyes u otras normas a la materia del contrato, razón por la cual precisamente deben ser 'aprobados' por el Poder Legislativo, sin que nada de ello los convierta en tratados o leyes en sí, pero tampoco que los haga inválidos o ineficaces siempre que tales excepciones sean temporales y razonablemente adecuadas al objeto del contrato; de manera que la desaplicación o excepción de la legislación común tiene como límites, no solamente la Constitución, lo cual es de principio, sino también aquellas normas o principios que correspondan al orden público, en su sentido específico".

En cuanto niega el carácter de ley a los empréstitos aprobados por la Asamblea Legislativa, el pronunciamiento de la Sala es acorde con la tesis sostenida con anterioridad por la Contraloría General de la República y se opone a la sostenida por la Procuraduría General de la República.

Sin embargo, el criterio de la Sala difiere también del de la Contraloría, en cuanto reconoce expresa e inequívocamente como válida la posibilidad de que en los contratos de empréstito se establezcan excepciones a la legislación ordinaria.

Como se aprecia en el considerando antes transcrito, la Sala establece principalmente tres límites a este tipo de excepciones. Primero, debe tratarse de excepciones temporales y razonablemente adecuadas al objeto del contrato. Segundo, no pueden contravenirse disposiciones de rango constitucional. Tercero, tales excepciones tienen también como límite "aquellas normas o principios que correspondan al orden público, en su sentido específico".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sobre todo el tercero de esos límites adolece de falta de claridad, dada la ambivalencia del concepto de orden público. Sin embargo, sí parecen claros dos aspectos. Primero, que la Sala, al hablar de orden público "en su sentido específico", pretendió dar una interpretación restringida, no extensiva, a dicho concepto. Segundo, que al no objetar como contrarios a la Constitución ni al orden público ninguna de las cláusulas o procedimientos incluidos en el contrato de empréstito objeto de la consulta, la Sala estimó dichas cláusulas y procedimientos como válidos.[38]

Sobre el posible conflicto entre las normas del contrato de empréstito y la legislación ordinaria, la Sala en su considerando IX se refirió específicamente a los procedimientos de licitación contenidos en el Anexo B del empréstito consultado. La Sala expresó que no consideraba "inusitada" ni "abusiva" la aplicación en primer lugar de las disposiciones del contrato y sólo en forma supletoria de las disposiciones legales ordinarias, ello en virtud del principio de especialidad del contrato, "frente al cual —dijo la Sala— solamente prevalecen las normas legales de orden público". Con esta última frase se admite una excepción a la aplicación de las normas del contrato sobre la legislación ordinaria, cual es las normas legales de orden público, concepto que, como se indicó anteriormente, no es unívoco.

No hay duda de que hay incongruencia en la resolución de la Sala Constitucional, en cuanto establece que los contratos de empréstito mantienen la naturaleza de contratos administrativos a pesar de su aprobación legislativa, pero acepta que cláusulas de tales contratos modifiquen la legislación ordinaria y prevalezcan sobre ella.

Partiendo de que los empréstitos tienen la naturaleza de contratos administrativos y de la distinción que la misma Sala establece entre el contrato en sí y la ley que lo aprueba, es esta última —aprobada por la Asamblea Legislativa, no suscrita previamente por el Poder Ejecutivo como ocurre con el contrato— la que debe introducir las excepciones o modificaciones legales que se consideren necesarias para la ejecución del contrato de empréstito. Las actas legislativas referentes a la reforma de los artículos 140 inciso 19) y 124 de la Constitución son también esclarecedoras a este respecto.[39]

A raíz de la resolución Nº 1027-90 de la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República modificó su posición anterior.[40] Habrá que esperar futuras decisiones de la Contraloría General de la República, aunque debe tomarse en cuenta que, según el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la jurisprudencia y los precedentes de la Sala Constitucional "son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma".[41]

4. *Los empréstitos como contratos administrativos "sui géneris" o contratos privados de la administración.*

El caso concreto que motivó la resolución Nº 1027-90 de la Sala Constitucional fue, como

---

38. Tres aspectos problemáticos contenía ese empréstito en su Anexo B, relativo al procedimiento de licitaciones: el establecimiento de márgenes de preferencia para las industrias oferentes distintos a los fijados por la legislación nacional, la aceptación de sistemas de medida distintos a los fijados por la legislación nacional y el hecho de que únicamente se permitía participación en las licitaciones con fondos del empréstito a empresas de países miembros del Banco Interamericano de Desarrollo.

39. El entonces diputado Piza Escalante, al referirse al proyecto de reforma constitucional, distinguía entre el artículo primero de la ley aprobatoria de un empréstito, en el cual se aprobaría propiamente el contrato, y otros artículos de la ley aprobatoria, en los cuales podrían contemplarse exenciones y otras prerrogativas de rango legal. Véanse Actas de la Asamblea Legislativa, *supra*, nota 37.

40. *Procuraduría General de la República*, oficio C-016-91 dirigido al Ministro de Agricultura y Ganadería el 4 de febrero de 1991.

41. Llama la atención, sin embargo, que en la resolución Nº 94-90, posterior al voto Nº 1027-90 de la Sala Constitucional, la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría expresa que *"los referidos contratos de préstamo no tienen la virtud jurídica de modificar la legislación ordinaria nacional, habida cuenta de que constituyen verdaderos contratos administrativos que, por lo mismo, se encuentran en una posición jurídica de subordinación respecto de las leyes formales y Reglamentos de la República, no pudiendo modificar o derogar, para el caso concreto que regulan, las disposiciones generales de estos instrumentos jurídicos"*. Incluso, en esta resolución se cita como apoyo el pronunciamiento antes citado de la Sala Constitucional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se dijo antes, un contrato de crédito entre el Banco Interamericano de Desarrollo (institución multilateral con personalidad jurídica internacional), el Instituto Costarricense de Electricidad (institución autónoma de Derecho Público costarricense) y el Gobierno de Costa Rica como garante.

La Sala se basó en un concepto amplio de empréstito y dio por sentado que se trata de una modalidad de contrato administrativo. Así dice parte del Considerando III de la resolución en comentario:

> "...la denominación de 'empréstitos' designa simplemente los contratos de crédito en los cuales el deudor es un ente público, de manera que, tanto lo son aquellos contraídos por el Estado mismo, como deudor, cuanto por sus instituciones descentralizadas, municipalidades, corporaciones o, en general, cualquier persona de Derecho Público, y lo mismo si lo es a favor de un acreedor nacional o extranjero, público o privado, o inclusive, como en el caso de marras, de una entidad de carácter y con personalidad jurídico-internacionales, sin que en uno u otro caso cambien, ni tengan por qué cambiar su naturaleza, alcances o efectos, siempre contractuales en sí mismos —obligación de pagarlos puntualmente y garantizar su cumplimiento—, aunque resulten afectados también, en algún grado, por las reservas de Derecho Público que acompañan inevitablemente a su especial deudor —procedimiento de promulgación, requisitos de validez y eficacia, inembargabilidad de bienes, etc.—".

Como puede observarse, en ningún momento la Sala entró a analizar el concepto doctrinario de empréstito, que según hemos visto es mucho más limitado. Tampoco se cuestionó la Sala, a lo largo de la resolución Nº 1027-90, si en estos casos podría hablarse de contratos de la Administración sujetos al Derecho Privado y no de verdaderos contratos administrativos, dado que se trata de contratos de adhesión, cuyas condiciones son fijadas por el Banco acreedor, y en los cuales ni la institución pública deudora ni el Gobierno de Costa Rica como garante tienen posibilidad de ejercer las potestades que son características de la contratación administrativa en nuestro medio.

La Sala sí reconoció que la presencia del Banco Interamericano de Desarrollo como acreedor le da un carácter especial al contrato en cuestión, aunque las expresiones al respecto en la resolución no son muy precisas. Así, se dice que "por definición, el deudor ha de aceptar determinadas condiciones derivadas del tipo de operación y de los legítimos intereses del acreedor" y se justifican ciertos procedimientos incluidos en el contrato, como la sumisión al arbitraje en caso de conflicto, por ser "usuales y aceptados universalmente para esta clase de contrataciones", o por ser "consecuencia lógica del carácter internacional del Banco acreedor".

Al margen de estas imprecisiones, debe reconocerse que los empréstitos y particularmente los contratos de crédito externo tendrían que ser considerados como una modalidad *sui géneris* dentro de los contratos administrativos en general. Esto es así, por varias razones que resumo a continuación.

En primer lugar, el hecho mismo de requerir aprobación legislativa los distingue como una categoría especial dentro de los contratos administrativos, según lo expresa la propia Sala Constitucional en la resolución Nº 1027-90. Si bien la aprobación legislativa no altera la naturaleza administrativa de estos contratos, ya expliqué que la Sala acepta que los contratos de empréstito introduzcan excepciones y modificaciones temporales a la legislación común, lo cual resulta contradictorio dado que tienen rango inferior a la ley.

En segundo lugar, la suscripción de empréstitos está exenta del trámite normal de licitación pública y demás procedimientos aplicables a la contratación administrativa, por disponerlo así el artículo 3 del Reglamento de la Contratación Administrativa.[42] Dado el tipo de necesidades que pretenden llenar los emprés-

---

42. El artículo 3 del Reglamento de la Contratación Administrativa dice lo siguiente: *"Los contratos celebrados por la Administración, **excepción hecha de los laborales, los de empréstito y los de concesión de servicio público regulados por ley especial**, quedan sujetos a las disposiciones y procedimientos que establecen la Ley de la Administración Financiera de la República y el presente Reglamento; supletoriamente les serán aplicables, por su orden, los principios administrativos y los demás principios pertinentes del Ordenamiento jurídico costarricense"* (el destacado no es del original).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

titos y contratos de crédito externo en general, sería problemático someterlos al procedimiento previo de licitación. Por otra parte, la necesidad de este procedimiento pierde mucho de su sentido en vista de que el contrato debe ser aprobado por la Asamblea Legislativa por exigencia constitucional.

Finalmente, es claro que las prerrogativas de la administración que son típicas en los contratos administrativos no están presentes en los contratos de empréstito. En este tipo de contratos prácticamente no tienen aplicación el principio de continuidad de la ejecución del contrato, las potestades de dirección y control, la potestad de modificación y resolución unilateral y la potestad sancionatoria de la Administración.[43] Más bien, como ya lo he dicho, en los contratos de crédito externo el Estado o ente público deudor son la parte débil. Prueba de ello es la obligada sumisión a la jurisdicción y legislación del prestamista, "lo cual se considera jurídicamente válido y razonable", según se dice en el Considerando XI de la resolución Nº 1027-90 de la Sala Constitucional.

Todo esto podría llevarnos a cuestionar si en el caso de los contratos de crédito externo, particularmente los suscritos con bancos privados extranjeros, estamos ante verdaderos contratos administrativos o más bien se trata de contratos de la administración sujetos al Derecho Privado. A esta última posición, según se vio anteriormente, parece adherirse Giuliani Fonrouge. Igualmente, Gordillo señala que en este tipo de contrato se quiebran los principios tradicionales del Derecho Público, incluso cuestiona que se les pueda denominar empréstitos públicos.[44]

A mi criterio, la trascendencia de la discusión es relativa pues, como señala García de Enterría,[45] hoy en día debe aceptarse que el contrato administrativo y el contrato privado no son realidades radicalmente diferentes, ya que prácticamente en todo contrato que celebra la administración pública se combinan elementos de una y otra rama del Derecho. Lo que ocurre en los contratos administrativos es —siguiendo al mismo autor— una modulación hacia normas y principios de Derecho Administrativo de la figura del contrato en el Derecho Privado, como consecuencia lógica de la participación de la administración pública, con sus potestades y la necesaria subordinación de su actuación al interés público. Así —concluye García de Enterría— a ciertos contratos en que tal modulación es particularmente intensa, por estar directamente vinculados al tráfico o actividad típica de un ente u órgano administrativo (la ejecución de obras y servicios públicos, en sentido amplio) se les llama administrativos y su conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa.[46]

Para parte importante de la doctrina del Derecho Administrativo, una de las características típicas y definitorias del contrato administrativo *strictu sensu* es la existencia de prerrogativas exorbitantes de Derecho Común a favor de la administración pública.[47] Sin embargo, García de Enterría considera exagerada la importancia atribuida a ese tipo de cláusulas para efectos de definir la figura del contrato administrativo.[48]

---

43. Al respecto, véase ESCOLA, *op. cit.*, p. 593.

44. Véase *supra*, nota 25.

45. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La figura del contrato administrativo*, en **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Nº 26, mayo-agosto, 1975 p. 42 y ss. Igualmente, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 460 y ss.

46. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 472.

47. Al respecto véase ESCOLA, *op. cit.*, p. 103-105, 112.

48. Advierte este autor que tales prerrogativas no son exclusivas de los contratos administrativos, pues aparecen también en diversas formas en la contratación privada. Tampoco son intrínsecas a la figura del contrato administrativo, de manera que la separen radicalmente de la figura del contrato privado. Más bien, muchas de las prerrogativas exorbitantes de Derecho Común de la administración como contratante, son meramente el reflejo en la esfera contractual de las potestades públicas de las cuales es titular la administración pública en general. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 468, 470-71.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En nuestro medio, tradicionalmente se ha considerado que todo contrato suscrito por la administración pública se rige por el Derecho Administrativo y debe considerarse, por ende, contrato administrativo.[49] Sin embargo, la intervención cada día mayor de la administración pública en actividades industriales y mercantiles inevitablemente contradice cualquier posición rígida a ese respecto, más aún a partir de la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública en 1978.[50] La realidad es que múltiples contratos que celebran los bancos y otras empresas organizadas como entes de Derecho Público se rigen mayoritariamente por el Derecho Privado, de manera que sólo pueden denominarse contratos administrativos con base en un criterio subjetivo —el ser la Administración Pública parte contratante—, o bien por el hecho incuestionable de que, aún en tales contratos cuyo objeto se rige principalmente por el Derecho Privado, lo relativo a la competencia y al procedimiento siempre es materia de Derecho Administrativo.

Dada la conocida unificación de las vías contencioso administrativa y civil de hacienda, no tiene sentido en nuestro medio distinguir entre contratos administrativos y contratos privados de la administración para efectos de determinar la jurisdicción aplicable.[51] En cuanto a la regulación de fondo, ocurre en Costa Rica lo usual: no existe un régimen jurídico sustantivo propio y unitario de los contratos administrativos, sino más bien diversas normas especiales o exorbitantes de Derecho Común que modifican en determinados aspectos las normas generales de la contratación privada. Dichas normas especiales de la contratación administrativa se encuentran principalmente en la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, pero también dispersas en otras leyes y reglamentos.

Con base en estas consideraciones —muy elementales, pues la figura del contrato administrativo es polémica y un análisis a fondo excedería notablemente el ámbito de este trabajo— cabe formular algunas conclusiones aplicables a los contratos de empréstito público, particularmente a los contratos de crédito externo celebrados con bancos privados extranjeros.

No hay duda de que deben catalogarse como contratos administrativos desde un punto de vista subjetivo, dada la necesaria participación del Estado o un ente público como deudor. Asimismo, normalmente su finalidad está ligada a la ejecución de obras o servicios públicos. Ahora bien, en la medida en que la interpretación y ejecución de estos contratos se encuentren expresamente sometidas a la legislación comercial de un Estado extranjero y las potestades típicas de la administración pública estén ausentes, no es posible considerarlos como contratos administrativos *strictu sensu*. Se trata de contratos cuyo objeto se rige mayoritariamente por el Derecho Privado, sin que ello nos haga olvidar lo dicho respecto a la competencia y el procedimiento de suscripción, que siempre estarán sujetos a las normas y principios del Derecho Público de conformidad con nuestro Ordenamiento jurídico.

Recuérdese también que cuando se trata de contratos suscritos con organismos multilaterales o con otros Estados, entran también en juego aspectos de Derecho Internacional Público, más aún en los casos en que el empréstito llega a configurarse como un verdadero tratado

---

49. Con base, principalmente, en los artículos 92 de la Ley de la Administración Financiera de la República y 3 y 288 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

50. Dice el artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública: *"1. El Derecho Público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario. 2. El Derecho Privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes".*

51. Véanse los incisos a) y c) del artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

internacional. Esto último será objeto de análisis más adelante.

5. La modificación de los contratos de empréstito.

Es común la renegociación de las condiciones de la deuda pública externa entre el Gobierno de Costa Rica y sus acreedores. Esto plantea el problema jurídico de si los acuerdos o convenios en los cuales se modifican las condiciones de empréstitos anteriores deben ser también sometidos a aprobación legislativa.

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución no hace diferencia alguna, pues se refiere genéricamente a la aprobación legislativa de los empréstitos y convenios similares que se relacionen con el crédito público. En consecuencia, no queda más que estimar que todo acuerdo o convenio de renegociación debe someterse también a aprobación legislativa.

Ahora bien, si un contrato de empréstito aprobado por la Asamblea Legislativa contempla expresamente la posibilidad de modificación o renegociación de algunas de sus condiciones por acuerdo entre las partes, considero que dichos acuerdos ulteriores no requerirían ir de nuevo a la Asamblea Legislativa. En este sentido se ha pronunciado la Procuraduría General de la República.[52]

Pero toda modificación que no haya sido prevista al menos genéricamente en el contrato original, que implique cambios sustanciales o que de cualquier forma aumente o agrave compromisos previamente adquiridos por el Gobierno, tendría que ser sometida nuevamente a aprobación legislativa. En un caso concreto en que se pretendía cambiar el proyecto a ser financiado por un empréstito, la Procuraduría sostuvo, con toda razón a mi criterio, que por tratarse de un cambio sustancial se requería aprobación legislativa, pues lo contrario sería burlar lo dispuesto en el inciso 15) del artículo 121 constitucional.[53]

B. Modalidades de empréstitos públicos.

1. Empréstitos públicos y convenios similares.

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución requiere la aprobación legislativa de los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo.

Como antes expliqué, el concepto tradicional de empréstito es el de una emisión de bonos en serie por parte del Gobierno, con el fin de obtener recursos mediante la colocación de esos bonos en el mercado. Los contratos de crédito externo, que pueden ir o no acompañados de la suscripción por el deudor de pagarés u otros títulos valores ejecutivos, no calzan dentro del concepto tradicional de empréstito.

Que el inciso 15) del artículo 121 constitucional se refiere no sólo a empréstitos en sentido estricto sino también a los contratos de crédito, es una cuestión que no ofrece duda. Ello por cuanto se habla de los empréstitos "o convenios similares" que se relacionen con el crédito público.

2. Empréstitos públicos internos y externos.

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución distingue tres modalidades de empréstitos públicos. En el primer párrafo se refiere en términos generales a los "empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público". En el segundo párrafo se refiere a "la contratación de empréstitos en el exterior" y a los empréstitos "que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero". Estos dos últimos son los que requieren aprobación legislativa por mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

O sea que, según la Constitución, dentro de lo que he llamado empréstitos externos, que requieren aprobación legislativa por mayoría calificada, entran dos categorías: los empréstitos contratados en el exterior y los empréstitos contratados en el país pero financiados con

52. *Procuraduría General de la República*, oficio C-016-91, dirigido al Ministro de Agricultura y Ganadería el 4 de febrero de 1991.

53. *Procuraduría General de la República*, oficio C-132-91, dirigido al Director de Financiamiento Externo del Ministerio de Hacienda el 30 de julio de 1991.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

capital extranjero. El sentido de esta diferenciación no es del todo claro y da lugar a ciertas interrogantes, sobre todo ante la ausencia de discusión al respecto en las actas de la Asamblea Constituyente.

En primer lugar, ¿por qué poner énfasis en el lugar de la contratación? Por ejemplo, un empréstito entre el Gobierno de Costa Rica y una institución o empresa costarricense, pactado en moneda nacional, por el solo hecho de que la contratación sea efectuada en el exterior requeriría la aprobación legislativa por mayoría calificada.

A mi criterio, esto tiene sentido si se estima que, normalmente, la suscripción de un contrato en el exterior implica para el Gobierno la sumisión a la jurisdicción o a la legislación de ese lugar. Tal vez por eso el constituyente le dio más importancia al lugar de la contratación que al domicilio del acreedor.

El otro supuesto, el de empréstitos convenidos en el país pero financiados con capital extranjero, plantea el problema de qué ha de entenderse por capital extranjero. ¿Se entiende por capital extranjero moneda extranjera, o bien cualquier moneda, incluso nacional, que sea propiedad de extranjeros? Y en este último caso, ¿deben considerarse extranjeros los que no sean de nacionalidad costarricense, aunque vivan en el país, o bien los que no tengan su domicilio en Costa Rica?

En realidad, es difícil que estas interrogantes sobre el verdadero sentido del párrafo segundo del inciso 15) del artículo 121 de la Constitución se presenten en la práctica, debido a que, casi sin excepción, los empréstitos externos que suscribe el Gobierno son acordados con bancos o instituciones multilaterales domiciliados en el extranjero y además son pactados en moneda extranjera, o sea que no dejan lugar a dudas. En todo caso, la distinción es relevante únicamente para efectos de determinar si la aprobación legislativa debe ser por mayoría simple o por mayoría calificada, lo cual tendría que determinarse con base en un análisis caso por caso.

3. Empréstitos del Poder Ejecutivo y de las instituciones públicas descentralizadas.

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución se refiere a la aprobación legislativa de empréstitos celebrados por el Poder Ejecutivo, por lo cual queda fuera de su alcance el endeudamiento de las instituciones y empresas públicas descentralizadas, salvo cuando el Poder Ejecutivo figure como garante. Esto último porque el otorgamiento de una garantía —como se sabe, la fianza y el aval son las más comunes— compromete aunque sea potencialmente los recursos del Estado.

En otras palabras, la Constitución Política sólo requiere la aprobación legislativa para los créditos externos en los cuales el Gobierno de la República figure como deudor o como garante. Los créditos externos que puedan suscribir directamente las entidades públicas descentralizadas sin la garantía del Gobierno —cosa poco usual pues los acreedores externos suelen exigir dicha garantía— quedan fuera de la regulación constitucional.

Una de las instituciones públicas descentralizadas que, dada la naturaleza de sus funciones, suele estar habilitada para contratar créditos externos sin necesidad de garantía expresa del Gobierno, y, por ende, sin necesidad de aprobación legislativa, es el Banco Central. Lo mismo se aplica en nuestro medio a los bancos comerciales del Estado, los cuales sí requieren la autorización del Banco Central de Costa Rica.[54]

C. Empréstitos públicos externos y tratados internacionales.

1. Disposiciones constitucionales sobre tratados.

Al igual que los empréstitos públicos y

54. Artículos 87 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y 58 inciso 4) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

convenios similares, los tratados internacionales deben ser celebrados por el Poder Ejecutivo y ser sometidos a la aprobación de la Asamblea Legislativa, según lo establece la Constitución.

Dice el inciso 4) del artículo 121 de la Constitución:

> "Artículo 121.—Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...)
>
> 4) Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos.
>
> Los tratados públicos y convenios internacionales, que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un Ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.
>
> No requerirán aprobación legislativa los protocolos de menor rango, derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación".

Por su parte, el inciso 10) del artículo 140 establece lo siguiente:

> "Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...)
>
> 10) Celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados por la Asamblea Legislativa o por una Asamblea Constituyente, cuando dicha aprobación la exija esta Constitución".

2. *Diferencia entre tratados y empréstitos externos.*

Teóricamente, la diferencia entre un tratado internacional y un empréstito público externo no debería presentar problemas. El tratado es un acuerdo entre Estados u otros sujetos de la comunidad internacional, que se rige por el Derecho Internacional Público. Mientras tanto, el empréstito es un negocio jurídico contractual, de contenido esencialmente económico, que se rige por el Derecho Público o Privado interno de alguno de los Estados contratantes o eventualmente de un tercero.[55] Sin embargo, en la práctica la distinción puede no ser fácil cuando un empréstito se celebra entre dos Estados, o bien entre un Estado y un organismo con personalidad jurídica internacional.

La Sala Constitucional se planteó este problema en otra resolución, la Nº 1026-90, concretamente al determinar si el convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos al amparo del programa PL-480 constituye un tratado internacional o un empréstito.[56] El criterio de la Sala fue que constituye un tratado internacional, no sólo por ser suscrito entre Estados, sino también y principalmente por el contenido mismo del convenio, que "excede de lo que está previsto por el inciso 15 del artículo 121 de la Constitución Política, para participar también, de la naturaleza de los actos previstos en el inciso 4) del mismo numeral".

Los aspectos que exceden las previsiones de un simple empréstito son, según la resolución de la Sala, "otro tipo de deberes de Derecho Público" incluidos en el convenio, como son los compromisos que asume el Gobierno de Costa Rica de presentar proyectos de ley para regular determinadas materias, crear determinada clase de órganos regionales, eliminar ciertas disposiciones que había tomado anteriormente, etc.

De lo expuesto se concluye que, tratándose de empréstitos celebrados entre el Gobierno de Costa Rica y otros gobiernos u otros sujetos de la comunidad internacional con capacidad para suscribir tratados, deberá anali-

---

55. En estos términos plantea la distinción la Sala Constitucional, en la resolución Nº 1027-90. La Sala se basa en la definición de tratado internacional contenida en la Convención de Viena. Dicha definición, aunque no contempla expresamente la existencia de tratados entre sujetos internacionales que no sean Estados soberanos, tampoco excluye o limita esa posibilidad.

56. *Sala Constitucional*, Nº 1026-90 de las 16 horas del 29 de agosto de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zarse el contenido del respectivo instrumento a efecto de determinar si se trata de un empréstito o más bien de un tratado internacional.

Si se sigue el criterio establecido por la Sala Constitucional en la resolución número 1026-90, me parece que los préstamos de ajuste estructural suscritos entre el Gobierno de Costa Rica y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento tendrían que considerarse tratados internacionales, pues aparte de tratarse de dos sujetos con capacidad jurídica internacional, las obligaciones que asume el Gobierno en este tipo de préstamos van aún más allá que las contenidas en el convenio PL-480.

Es interesante que en la resolución Nº 1026-90 en comentario, la Sala Constitucional señala que el Convenio PL-480 excede de la naturaleza de un empréstito "para participar también" de la naturaleza de un tratado, es decir, el instrumento reúne características de ambas figuras. Siendo así, tendría que ser aprobado por la mayoría calificada prevista para los empréstitos externos, no simplemente por la mayoría absoluta que, según el párrafo primero del inciso 4) del artículo 121 en relación con el artículo 119 de la Constitución, se requiere para la aprobación de los tratados internacionales en general.

3. Importancia práctica de la distinción.

La determinación de si un instrumento suscrito por el Gobierno de la República constituye un empréstito o un tratado internacional tiene consecuencias prácticas importantes en nuestro medio.

Primero, el inciso 4) del artículo 121 de la Constitución exige la aprobación legislativa de los tratados y el inciso 15) del mismo artículo también exige la aprobación legislativa de los empréstitos públicos y convenios similares. Pero, como se acaba de mencionar, en el primer caso la aprobación es por mayoría absoluta de los votos presentes, salvo los tratados de tipo comunitario que requieren una mayoría excepcional, mientras que en el caso de los empréstitos públicos externos la aprobación es siempre por mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Segundo, de acuerdo con el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el caso de la aprobación legislativa de los tratados internacionales la consulta legislativa previa a la Sala Constitucional es preceptiva, mientras que en el caso de los empréstitos es facultativa. Este es precisamente el punto que motivó la resolución Nº 1026-90 de la Sala Constitucional, en el caso del convenio PL-480.

Tercero, el párrafo final del inciso 4) del artículo 121 constitucional exime de aprobación legislativa los protocolos de menor rango derivados de tratados, cuando el tratado haya autorizado expresamente tal derivación. Surge la duda de si podría aplicarse esta excepción a empréstitos, no obstante lo dispuesto en el inciso 15) del mismo artículo. Es decir, si un empréstito público externo se deriva de un tratado suscrito con anterioridad, ¿está dicho empréstito exento de aprobación legislativa?

El criterio de la Procuraduría ha sido que no, debido a la especificidad del inciso 15) del artículo 121 constitucional, salvo que el tratado haya definido las condiciones financieras de los posteriores empréstitos.[57]

A mi criterio esta posición es aceptable, pero debe siempre exigirse que el tratado que contempló la suscripción de posteriores empréstitos haya definido con mucha precisión las condiciones de estos y, además, que haya sido aprobado por la mayoría calificada propia de los empréstitos externos. De lo contrario se estaría burlando la previsión del inciso 15) del artículo 121 de la Constitución, de manera semejante al caso de la modificación o renegociación de los empréstitos mencionados anteriormente.

En otra resolución, la Nº 682-90, la Sala Constitucional indicó a la Asamblea Legislativa

57. *Procuraduría General de la República*, oficio C-053-90 dirigido al ministro de Hacienda el 4 de abril de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que no consideraba indispensable la aprobación legislativa de un convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de España, por ser derivación de un tratado marco de cooperación anterior. Aunque aquí el convenio derivado no constituía propiamente un empréstito, sino más bien un convenio de cooperación técnica.[58]

4. *Competencia para suscribir tratados y empréstitos.*

Corresponde a la Asamblea Legislativa aprobar los tratados y los empréstitos. Pero la negociación y suscripción corresponde al Poder Ejecutivo, según los incisos 10) y 19) del artículo 140 de la Constitución, que se refieren a la celebración de tratados y a la suscripción de empréstitos, respectivamente. Es decir, lo que la Asamblea Legislativa ejerce es una función contralora, de aprobación o improbación, aunque con diferente objeto en cada caso: en uno, las relaciones internacionales, en otro, el endeudamiento público.

Es importante señalar que, en vista de que su intervención es aprobatoria o improbatoria, la Asamblea Legislativa no tiene competencia para renegociar o modificar el contenido de los tratados ni los empréstitos previamente suscritos por el Poder Ejecutivo.

¿Por qué digo que la celebración de tratados y la suscripción de empréstitos es competencia del Poder Ejecutivo? Porque según el artículo 140 de la Constitución, son facultades que "corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno" y, como se sabe, de acuerdo con el artículo 130 constitucional el Poder Ejecutivo lo ejercen el presidente de la República y los ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores. Esto lo reitera la Ley General de la Administración Pública, que en el párrafo 2 de su artículo 21 señala que el Poder Ejecutivo lo forman el Presidente de la República y el Ministro del ramo.

Como en el caso de los tratados estamos ante el manejo de las relaciones internacionales, potestad del Poder Ejecutivo prevista en el inciso 12) del artículo 140 constitucional, el ministro indicado sería el de Relaciones Exteriores. En el caso de los empréstitos públicos, estamos más bien ante el manejo de la hacienda pública, también potestad del Poder Ejecutivo prevista en el inciso 7), por lo que el ministro indicado sería el de Hacienda.

La práctica ha sido que el ministro de Relaciones Exteriores intervenga también en la suscripción de los empréstitos públicos externos, aunque no directamente sino confiriendo plenos poderes al ministro de Hacienda o a representantes diplomáticos en el respectivo país. Esta misma forma de delegación suele utilizarse con respecto a algunos tratados internacionales.

III. MARCO LEGAL Y REGLAMENTARIO DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO EXTERNO

En la sección anterior se examinó cómo está regulado el endeudamiento público externo a nivel constitucional, los problemas de interpretación que pueden existir y de hecho han existido en la práctica y el estado de la jurisprudencia al respecto. Esta sección se concentra en el marco legal, el cual define sobre todo la competencia de las diversas instituciones que intervienen en el control y aprobación del endeudamiento público externo. También se hace

58. *Sala Constitucional*, Nº 682-90 de las 17:15 horas del 19 de junio de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

referencia a las principales disposiciones reglamentarias.

1. Ley de la Administración Financiera de la República.

A nivel legal, no existen disposiciones específicas que regulen la intervención del Ministerio de Hacienda en el trámite y aprobación del endeudamiento público externo. Sin embargo, no cabe duda de que el Ministerio de Hacienda es el órgano del Poder Ejecutivo competente en esta materia, dada su competencia general en el manejo de la administración financiera del Estado.

Así, el artículo 1 de la Ley de la Administración Financiera de la República dispone lo siguiente:

> "La administración financiera de la República corresponde al Poder Ejecutivo y estará bajo la superior vigilancia del Ministro de Hacienda quien velará por su correcta realización y por la acertada organización de las oficinas que de modo inmediato han de llevar a cabo la gestión financiera nacional".

También contiene algunas disposiciones esta ley sobre la forma en que los recursos provenientes del crédito público deben incorporarse al Presupuesto Nacional, concretamente los artículos 41 y 53.

Es interesante señalar que el artículo 53 permite al Poder Ejecutivo hacer uso del crédito público interno "ad referendum", pero únicamente cuando fuere indispensable para cubrir los gastos autorizados en el presupuesto ordinario por no haberse producido las rentas previstas o para cancelar créditos de la deuda interna de modo que el total de la deuda pública no aumente ni sus condiciones resulten más onerosas para el Estado. En ambos casos se establece que el Poder Ejecutivo deberá someter la operación a conocimiento de la Asamblea Legislativa, a más tardar dentro del mes siguiente, para efectos de la aprobación prevista en el inciso 15) del artículo 121 constitucional.

2. Ley de Planificación Nacional.

De conformidad con el artículo 10 de la Ley de Planificación Nacional,[59] los ministerios e instituciones autónomas y semiautónomas deben obtener la aprobación del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica de previo a iniciar trámites para obtener créditos en el exterior. Además, al Ministerio de Planificación corresponde otorgar la aprobación final de los proyectos de inversión de los organismos públicos cuando incluyan financiamiento externo o requieran aval del Estado para su financiación, e incluso del sector privado cuando necesiten la garantía del Estado.

Dice el artículo 10 lo siguiente:

> "Ningún ministerio u organismo autónomo o semiautónomo podrá iniciar trámites para obtener créditos en el exterior sin la previa aprobación de la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica.
>
> La aprobación final de los proyectos de inversión de los organismos públicos, cuando estos proyectos incluyan total o parcialmente financiamiento externo o requieren aval del Estado para su financiación, será otorgada por la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica, en cuanto a su prioridad dentro del Plan Nacional de Desarrollo. Este último trámite de aprobación conjunta se seguirá también en el caso de proyectos de inversión del sector privado que necesiten el aval o garantía del Estado para su gestión financiera. La prioridad de cada proyecto se establecerá tomando en cuenta, entre otras cosas, los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, todo sin perjuicio de lo que establece el inciso 15 del artículo 121 de la Constitución Política.
>
> Para asegurar el cumplimiento de la política general de financiamiento externo, la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica participará en las negociaciones de crédito para el sector público.
>
> En lo referente a los bancos del Sistema Bancario Nacional, se mantienen vigentes las normas establecidas en las leyes del Banco

59. Ley Nº 5525 de 2 de mayo de 1974.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Central de Costa Rica y del Sistema Bancario Nacional".

Obsérvese que, según esta disposición, la aprobación previa de MIDEPLAN es necesaria para "iniciar trámites para obtener créditos en el exterior". Esto en la práctica generalmente no se cumple, pues las instituciones descentralizadas e incluso los mismos ministerios tienden a gestionar por su cuenta los créditos externos en los que tienen interés.

Asimismo, se exige la aprobación final de MIDEPLAN de los proyectos de inversión de los organismos públicos "en cuanto a su prioridad dentro del Plan Nacional de Desarrollo". En la práctica, la intervención de MIDEPLAN ha llegado a exceder notablemente ese propósito, pues el citado Ministerio evalúa y aprueba cada proyecto en sus aspectos financieros, técnicos y administrativos. En todo caso, es conocida la limitada eficacia práctica que ha caracterizado al Plan Nacional de Desarrollo y otros instrumentos de la planificación pública en Costa Rica.

3. Leyes bancarias.

El artículo 87 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica dispone que todo endeudamiento externo o emisión de títulos valores, por parte de los bancos del Sistema Bancario Nacional y las empresas financieras no bancarias, deberá contar con la aprobación previa de la Junta Directiva del Banco Central.

El texto del artículo es el siguiente:

"Todo endeudamiento externo, así como la emisión de bonos, títulos u otros valores mobiliarios por parte de los bancos del Sistema Bancario Nacional, o de las empresas financieras no bancarias, requerirán de la aprobación previa de la Junta Directiva del Banco Central.

La Junta Directiva deberá fijar límites máximos para el endeudamiento de los bancos y de las demás entidades sujetas a su control, de acuerdo con su diferente naturaleza. Dichas limitaciones se establecerán con base en la relación del pasivo total con el capital suscrito y pagado no redimido y las reservas patrimoniales, o por medio de cualquier otra razón financiera basada en el capital y las reservas de esos intermediarios financieros".

Por su parte, el artículo 121 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica dispone que tanto el Gobierno como las instituciones públicas deberán solicitar un dictamen al Banco Central de previo a efectuar operaciones de crédito en el interior o en el extranjero.

Dice textualmente el citado artículo:

"Siempre que el Gobierno de la República tenga el propósito de efectuar operaciones de crédito en el extranjero, el Ministerio de Economía y Hacienda solicitará un dictamen del Banco Central, previo a la realización de la operación en trámite. Igual dictamen deberán solicitar también las instituciones públicas cuando traten de contratar créditos en el exterior.

El dictamen del Banco deberá basarse en la situación del mercado de divisas extranjeras, así como también en las repercusiones que pueda tener la operación en trámite en la balanza de pagos internacionales y en el volumen del medio circulante.

Cuando el Gobierno o las entidades mencionadas intenten contratar empréstitos en el interior del país, también deberán solicitar su dictamen al Banco, el cual lo emitirá con el propósito de dar a conocer su criterio sobre la conveniencia del proyecto, y de coordinar su política monetaria y crediticia con la política financiera y fiscal de la República.

El Banco hará publicar sus dictámenes en el Diario Oficial, salvo los que estime de carácter confidencial".

De la redacción de este artículo se desprende que el dictamen del Banco Central de Costa Rica es obligatorio, pero no vinculante. Sin embargo, como veremos más adelante, el artículo 7 de las leyes Nº 6947 y Nº 7010 le dio carácter vinculante a la opinión del Banco Central.

Finalmente, según el artículo 58 inciso 4) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, los bancos comerciales de dicho Sistema pueden financiar sus operaciones con la contratación de empréstitos en el país o en el extranjero, previa autorización del Banco Central.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4. Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria.

El artículo 10 de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria[60] obliga a las instituciones del sector público no bancario a obtener autorización previa de la Autoridad Presupuestaria para negociar préstamos externos.

El siguiente es el texto de dicha norma:

> "Ninguna institución del sector público, excepto las del sector financiero bancario, podrá negociar préstamos externos sin la autorización previa de la Autoridad Presupuestaria.
>
> Para efectos de este artículo, la Autoridad Presupuestaria deberá pronunciarse en un término no mayor de diez días hábiles".

Es importante señalar que los bancos del Estado, el Banco Popular y de Desarrollo Comunal y el Banco Hipotecario de la Vivienda fueron excluidos del ámbito de control de la Autoridad Presupuestaria, por la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República.[61]

5. Leyes de reestructuración de la deuda pública externa.

La Ley Nº 6947 de 27 de febrero de 1984, en la cual se aprobaron los contratos de reestructuración de la deuda pública externa de Costa Rica con varios bancos privados extranjeros, estableció que la contratación de créditos, tanto internos como externos, por parte de las instituciones y empresas públicas, debería contar con la autorización previa del Ministerio de Planificación y la Autoridad Presupuestaria y con el dictamen favorable del Banco Central.

El texto del artículo 7 es el siguiente:

> "Ninguna institución pública del sector descentralizado del Estado, ni empresa en la que el Estado o sus instituciones posea más del cincuenta por ciento de las acciones, podrá contratar créditos, externos o internos, si no cuenta con la autorización previa del proyecto elaborado por el Ministerio de Planificación Nacional, así como con el dictamen favorable del Banco Central de Costa Rica y la autorización de la Autoridad Presupuestaria. El dictamen que rinda el Banco, en relación con el crédito que se pretende contratar, resultará vinculante para la respectiva institución o empresa".

La Ley Nº 7010 de 25 de octubre de 1985, en la cual se aprobaron nuevamente varios contratos de financiamiento del país con bancos privados extranjeros, repitió, al parecer inadvertidamente, el mismo artículo 7 de la Ley Nº 6947.

Este artículo 7 de ambas leyes pretendió reforzar la intervención de MIDEPLAN, el Banco Central de Costa Rica y la Autoridad Presupuestaria en el control de la contratación de créditos por parte de las instituciones públicas en general. Sin embargo, se excedió por varias razones. Primero, se refiere indiscriminadamente a la contratación de créditos internos y externos, lo cual es demasiado amplio si se piensa en los diversos fines y alcances de los créditos que contratan las instituciones públicas. Segundo, no hizo la excepción de los bancos públicos, los cuales por su naturaleza de intermediarios financieros contratan constantemente créditos internos y externos, en lo que deben estar sometidos al control del Banco Central pero no al de MIDEPLAN y la Autoridad Presupuestaria.

La excesiva amplitud de este artículo 7 ha sido mitigada en la práctica por la interpretación restrictiva del Banco Central de Costa Rica y otros organismos involucrados en su aplicación.

Después de la promulgación de las Leyes Nº 6947 y Nº 7010, nuestro país marcó un hito en el ámbito de la renegociación de la deuda externa con la promulgación de la Ley sobre la Deuda Externa Comercial del Sector Público de Costa Rica,[62] la cual aprobó la recompra de parte y la renegociación del resto de la deuda pública de Costa Rica con los bancos comerciales extranjeros. El convenio aprobado por

60. Ley Nº 6821 de 19 de octubre de 1982.

61. Artículo 6 de la Ley Nº 7107 de 4 de noviembre de 1988.

62. Ley Nº 7143 de 30 de marzo de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esta ley incluyó dos emisiones de bonos en serie por parte del Gobierno, constituyendo típicos empréstitos públicos externos, en el sentido clásico del término empréstito.

Finalmente, otras disposiciones legales han aprobado la reestructuración de la deuda pública de Costa Rica ya no con bancos privados sino con gobiernos e instituciones públicas de países extranjeros, organizados para estos efectos en el grupo conocido como "Club de París". Entre ellas están la Ley Nº 6983 de 18 de marzo de 1985 y el artículo 41 de la Ley de Presupuesto Ordinario Nº 7055 de 11 de diciembre de 1986. Estas no contienen disposiciones generales en materia de endeudamiento de las instituciones públicas, similares al artículo 7 de las Leyes Nº 6947 y Nº 7010.

6. Marco reglamentario.

Diversos decretos ejecutivos fueron promulgados a efecto de regular el procedimiento de aprobación de créditos externos por parte de las instituciones públicas.

El Decreto Ejecutivo Nº 8654-P-H de 30 de mayo de 1978 estableció que las gestiones y negociaciones de crédito externo del sector público, y las del sector privado que requirieran el aval del Estado, deberían centralizarse en el Ministerio de Hacienda. Asimismo, se encargó al Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Planificación y el Banco Central la formación de una comisión de alto nivel para coordinar la política nacional de financiamiento externo.

El Decreto Ejecutivo Nº 8760-H de 6 de junio de 1978 creó el Consejo Nacional de Financiamiento Externo. Según reforma introducida por Decreto Ejecutivo Nº 15100-H de 26 de diciembre de 1983, dicho Consejo se encontraba integrado por el ministro asesor en Financiamiento Externo, quien lo preside, un representante del Banco Central, uno del Ministerio de Hacienda y uno del Ministerio de Planificación. El Consejo Nacional de Financiamiento Externo nunca ha funcionado estable y eficazmente en la práctica.

El Decreto Ejecutivo Nº 8761-H de 27 de junio de 1978 estableció y definió las funciones de la Dirección de Financiamiento Externo (DIFEX) como dependencia del Ministerio de Hacienda.

El Reglamento de Financiamiento Externo, Decreto Ejecutivo Nº 9509-H de 17 de enero de 1979, reguló el procedimiento de gestión y negociación del crédito externo del Gobierno Central y de aquellas instituciones públicas y privadas que requieran el aval del Estado.

El Reglamento para el Registro y Control de la Deuda Externa de las Instituciones del Sector Público Costarricense, emitido por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica y citado anteriormente, reguló el registro y atención de las obligaciones externas de las instituciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Banco Central y las Leyes Nº 6947 y Nº 7010.

Finalmente, fue promulgado el Decreto Ejecutivo Nº 20581-H de 19 de junio de 1991, que derogó los decretos ejecutivos anteriores a fin de establecer con mayor claridad la competencia de los órganos del Ministerio de Hacienda en materia de crédito público y el procedimiento de aprobación y control del endeudamiento público externo. Si bien no hay duda de que este Reglamento ordena competencias y procedimientos, su eficacia práctica aún está por verse.

IV. IDEAS SOBRE LA REFORMA AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO EXTERNO

1. Reformas a la Constitución.

La lentitud y entrabamiento para disponer de recursos financieros externos ha sido achacada en diversos foros a la disposición constitucional que requiere la aprobación legislativa de los empréstitos suscritos por el Poder Ejecu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tivo. Así, varias posibilidades se han planteado sobre la reforma a este régimen.

Una opción, que se utiliza en otros países latinoamericanos, es que la Asamblea Legislativa otorgue una autorización global al Poder Ejecutivo para contratar créditos externos, autorización que se incluiría anualmente en el Presupuesto Nacional.

A mi criterio este mecanismo es adecuado, siempre que exista un equilibrio en los parámetros que fije la Asamblea Legislativa. Estos deben ser flexibles, de manera que permitan al Poder Ejecutivo adaptarse a las cambiantes condiciones del mercado financiero internacional. Pero no pueden ser tan amplios que prácticamente hagan desaparecer el control legislativo en esta materia, tan delicada y tan propensa a abusos que, como lo demuestra la experiencia, pueden ser devastadores para la economía del país.

Otra posibilidad es fijar, a nivel constitucional, un plazo perentorio a la Asamblea Legislativa para pronunciarse sobre los empréstitos externos que someta a su conocimiento el Poder Ejecutivo. También este mecanismo me parece aceptable, similar a lo que ocurre con la Ley de Presupuesto Nacional de conformidad con el artículo 178 de la Constitución. Lo que no considero apropiado es establecer una especie de "silencio positivo", es decir, que vencido el plazo el empréstito se tenga automáticamente por aprobado. Esto último se prestaría para entorpecer o extender la discusión legislativa a efecto de que, por transcurrido el plazo, los empréstitos tengan que aprobarse.

Una opción más radical es eliminar del todo la necesidad de aprobación legislativa de los empréstitos públicos. Sin embargo, la viabilidad de esto es difícil, dado que el control legislativo sobre el endeudamiento público es una tradición muy arraigada en nuestro medio, recogida además por la mayoría de las constituciones latinoamericanas. Más bien, hay quienes han abogado porque no sólo el endeudamiento de la administración central sino también el del propio Banco Central de Costa Rica y demás instituciones públicas descentralizadas se someta a la aprobación legislativa.

2. Reformas al marco legal y reglamentario y sistemas de control.

Se ha planteado la posibilidad de una reforma al Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, a efecto de fijar un trámite prioritario para la discusión de los contratos de empréstito. Esta opción también parece adecuada. Ahora bien, considero que por vía de reforma al Reglamento legislativo no podría obligarse a una votación dentro de determinado plazo perentorio, pues esto requeriría de reforma constitucional.[63]

Lo ideal en el ámbito legislativo es, sin duda, la promulgación de una ley que regule de manera global y coherente el endeudamiento público externo de la administración central y las instituciones públicas descentralizadas, sustituyendo las diversas disposiciones legales dispersas antes citadas. Ha habido diversos proyectos, pero ninguno se ha concretado en ley de la República.[64]

Siendo que Costa Rica, como los demás países en desarrollo, depende y en alguna medida seguirá dependiendo del financiamiento externo para lograr y sostener su crecimiento económico, una ley que organice y complete las normas dispersas en esta materia habría sido importante, y extraña que los gobiernos nunca le hayan dado la prioridad del caso. En gran parte, el caos que ha caracterizado la aprobación y utilización de los recursos externos se debe a la ausencia de un marco legal uniforme y coherente, como lo demuestra la poca eficacia práctica de los decretos ejecutivos y reglamentos que se han dictado. Ahora bien, la trascendencia del régimen legal no

---

63. En este sentido, véase: HERNÁNDEZ VALLE, Édgar, *Trámite especial para empréstitos en la Asamblea Legislativa no procede por vía de reforma reglamentaria*, en **Revista Ivstitia**, San José, Nº 31, julio, 1989, p. 7.

64. Proyecto de "Ley de Regulación del Endeudamiento Externo Público", expediente legislativo Nº 9773, y proyecto de "Ley que establece el Sistema Nacional de Financiamiento Externo", expediente legislativo Nº 9943.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

debe exagerarse pues, como señala Gordillo, más importante para obtener resultados prácticos en este como en otros campos es la existencia de un adecuado y moderno sistema de control de la administración pública.[65]

Dentro de los términos ciertamente desiguales y cada vez más competitivos del sistema económico mundial, la racionalización y el máximo aprovechamiento de los recursos provenientes del crédito externo constituyen un imperativo para los países en desarrollo. El logro de esos objetivos depende, tanto de normas y construcciones jurídicas adecuadas, como también de decisiones políticas que trascienden la esfera jurídica y del establecimiento de sistemas operativos y de control que garanticen una mayor eficiencia en la actividad administrativa del Estado y sus instituciones.

65. GORDILLO, *op. cit.*, pp. 434-35.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Revista Judicial, Costa Rica. Año XVII, Nº 57, setiembre 1992

LA APROBACIÓN Y EL CONTROL DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

LIC. ALAN THOMPSON CHACÓN*

INTRODUCCIÓN

En publicaciones nacionales se ha escrito sobre los aspectos políticos, jurídicos y económicos de la deuda externa. Dentro de los aspectos jurídicos, sin embargo, poco se ha escrito sobre las normas que rigen la suscripción, aprobación y control de los empréstitos y otros convenios similares en Costa Rica, por medio de los cuales se ha instrumentado nuestra deuda pública externa.

¿Qué debe entenderse por empréstitos públicos externos y cuáles son su naturaleza y régimen jurídicos? ¿Cuál es el procedimiento que deben seguir el Gobierno y las instituciones públicas para llevar a cabo la contratación de tales empréstitos y de créditos externos en general? ¿Cuáles son las instituciones que tienen a su cargo el control del endeudamiento público externo y de qué manera intervienen en el proceso? ¿Cuáles son los créditos externos que requieren aprobación legislativa y el alcance e implicaciones de esa aprobación?

Estas y otras interrogantes trataré de despejar en este ensayo, para lo cual tomaré en cuenta el marco constitucional y legal vigente, la doctrina sobre empréstitos públicos, varios criterios de la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República y pronunciamientos recientes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

I. CARACTERÍSTICAS Y FORMAS DE INSTRUMENTACIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA

1. La noción de deuda.

Al referirnos a la deuda pública externa, un primer aspecto que debe determinarse es qué tipo de transacciones u obligaciones se incluyen dentro del concepto de deuda.

Como se verá más adelante, tradicional-

---

* *Abogado y notario. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ha sido jefe de Asesoría Legal del Banco Hipotecario de la Vivienda y asesor de la Dirección de Financiamiento Externo del Ministerio de Hacienda.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

mente se ha considerado que el empréstito es la figura jurídica mediante la cual se instrumenta la deuda pública en general. Sin embargo, hoy en día ha dejado de ser la única y, sobre todo en el ámbito de la deuda pública externa, ha sido en gran parte suplantada por la suscripción de diversas formas de contratos de crédito que no constituyen empréstitos en sentido estricto.

Por ello, la realidad impone incluir dentro de la noción de deuda pública externa todo tipo de transacción que involucre directa o indirectamente un compromiso de pago. Así, puede tratarse de una emisión de títulos valores en serie por parte del Gobierno, lo cual corresponde al concepto de empréstito en sentido estricto, pero también puede tratarse de la emisión de títulos valores individuales, de la firma de un contrato de préstamo o apertura de crédito, acompañada o no de la suscripción de títulos valores, e incluso del otorgamiento de una garantía para responder subsidiaria o solidariamente por la deuda de otro sujeto.[1]

Muy ilustrativa resulta la siguiente definición de deuda, que se ha utilizado en los convenios de refinanciamiento de la deuda pública costarricense con los bancos privados extranjeros:

> "Deuda. Significa, para cualquier persona, toda (I) deuda que tal persona por o en conexión con dinero emprestado, o por el precio de compra diferido de propiedad o de servicios (inclusive, sin limitación, obligaciones de reembolso bajo o con respecto a una carta de crédito o aceptación bancaria y la obligación de pagar depósitos con o adelantos a tal persona). (II) obligaciones bajo arrendamientos que hayan sido o deban registrarse como arrendamientos capitalizados con respecto a los cuales tal persona es responsable como arrendatario; (III) garantías directas o indirectas (inclusive avales sin limitación) de tal persona, con respecto a todas las obligaciones (contingentes o de otra índole) de tal persona, de comprar o bien, adquirir, o de otra manera, asegurar a un acreedor contra pérdida respecto a cualquier deuda u obligación a que se refieren las cláusulas (I), (II) ó (IV) de este párrafo, de cualquier otra persona; (IV) interés sobre cualquier deuda, garantía u obligación a que se hace referencia en las cláusulas (I), (II) ó (III) arriba; y (V) deuda y obligaciones a que se hace referencia en las cláusulas (I), (II), (III) ó (IV) arriba, aseguradas con (o para la cual el tenedor de tal deuda u obligación tiene un derecho existente, contingente o bien de asegurar con) cualquier gravamen sobre o en la propiedad de la cual es dueña tal persona, aun cuando tal persona no haya asumido personalmente, o llegado a ser responsable por, el pago de tal deuda u obligación, con tal que el monto de tal deuda u obligación sujeta a esta cláusula (V) se limite al valor justo de mercado de la propiedad así gravada".[2]

Obsérvese la amplitud de esta definición, que cubre prácticamente todas las modalidades posibles de endeudamiento.

2. La deuda pública.

En un sentido restringido, suele entenderse por deuda pública la deuda de la administración central, es decir, aquella que suscribe el Poder Ejecutivo en representación del Estado y que anualmente se incluye en el Presupuesto Nacional.

Como se sabe, de acuerdo con la Constitución Política y la Ley de la Administración Financiera de la República, el Presupuesto Nacional contempla los ingresos y gastos de la administración central, que incluye los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones y de la Contraloría General de la República.[3]

Ahora bien, la administración pública moderna es mucho más compleja, porque incluye toda una gama de instituciones públicas que no

---

1. Este último tipo de obligaciones, que no implican un compromiso directo pero sí eventual de pago, en la contabilidad bancaria se catalogan como pasivos contingentes.
2. Convenio entre el Banco Central de Costa Rica, la República de Costa Rica y el Bank of America National Trust and Savings Association como agente de varios bancos, segundo de los convenios aprobados en la Ley Nº 7010 de 25 de octubre de 1985.
3. Artículos 176 y 177 de la Constitución Política y artículos 31, 36 y concordantes de la Ley de la Administración Financiera de la República.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

forman parte de la administración central del Estado.

En Costa Rica, el concepto más amplio es el contenido en el artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual la administración pública está constituida por el Estado y los demás entes públicos, cada uno con personalidad jurídica y capacidad de Derecho Público y Privado.

Con fundamento, se ha criticado esta definición por distinguir entre el Estado y los demás entes públicos, cuando lo correcto habría sido distinguir entre la administración central y los entes públicos que conforman la administración descentralizada, siendo ambas parte del Estado.[4] Pero probablemente se pretendió dejar claro que es el Estado el que tiene personalidad jurídica, no la administración pública como tal. Esto último se ha sostenido, por ejemplo, en el caso de España.[5]

La definición del artículo 1 de la Ley General de la Administración Pública incluye a prácticamente todo órgano del Estado y ente público imaginable en Costa Rica, salvo un híbrido muy importante cual es el de las sociedades mercantiles con participación mayoritaria del Estado, que constituyen una modalidad de las llamadas "empresas públicas".[6] Sin embargo, en Costa Rica diversas leyes y la misma jurisprudencia han sometido gran parte de la actividad de esas empresas, que no forman parte de la administración pública en sentido orgánico, a la normativa propia de las entidades de derecho público.[7]

Lo explicado nos lleva a un concepto más amplio de deuda pública, abarcando a todo el sector público, es decir, no la deuda de la administración central del Estado, que es la que se incluye en el presupuesto nacional, sino también la deuda de las instituciones públicas descentralizadas y de las empresas públicas organizadas como sociedades mercantiles.

Un concepto de deuda pública así, amplio, es el que se ha usado en los convenios de refinanciamiento de la deuda pública costarricense con los bancos extranjeros. En efecto, dentro de esos convenios se ha definido entidad del sector público así:

> "Entidad del sector público quiere decir, el prestatario y cualquier Ministerio, departamento, autoridad, institución autónoma o empresa pública creada por ley, o cualquier sociedad u otra entidad en la que más del 50% del capital es propiedad o está controlado directa o indirectamente por la República".[8]

De manera similar, en el Reglamento para el Registro y Control de la Deuda Externa de las Instituciones del Sector Público Costarricense, emitido por la junta directiva del Banco Central de Costa Rica,[9] se definió entidad (prestataria) así:

> "Artículo 3.—Para los fines de este Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones:
> (...)
> b) Entidad: Toda aquella persona física o jurídica costarricense compone la administración central, las instituciones des-

4. Véase BREWER CARÍAS, Allan R., *Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública en Costa Rica*, en **Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo**, San José, Colegio de Abogados-Asociación Costarricense de Derecho Público, 1981, pp. 35-37.

5. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, t. I, 1975, pp. 19-20.

6. De acuerdo con la doctrina, el concepto de empresa pública incluye tanto a entes u órganos de Derecho Público cuya actividad es de naturaleza mercantil, como a las sociedades mercantiles en las cuales el Estado tiene más del cincuenta por ciento de las acciones. Véase VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo*, Madrid, Aguilar Ediciones, 1980, p. 636 y ss. En nuestro medio, puede verse MURILLO, Mauro, *Ensayos de Derecho Público*, San José, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1988, p. 107.

7. Para un excelente análisis de la doctrina y jurisprudencia sobre empresas públicas y su régimen jurídico en Costa Rica, véase ORTIZ ORTIZ, Eduardo, *La empresa pública como ente público*, en **Revista Ivstitia**, San José, Nº 52, abril de 1991, p. 4 y ss.

8. Véase *supra*, nota 2.

9. Publicado en *La Gaceta*, Nº 73 de 18 de abril de 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

centralizadas (autónomas y semiautónomas), las corporaciones municipales y cualquier otra que:

- Su presupuesto está sujeto a la aprobación de la Contraloría General de la República, o
- el Estado posea más del 50% de las acciones con derecho a voto, o esté representado por más de la mitad de los miembros de su Junta Directiva o Consejo de Administración".

De lo expuesto se desprende que el problema de la deuda pública externa de Costa Rica no ha sido un problema sólo de la administración central, sino también de las entidades públicas descentralizadas y empresas públicas.

Ahora bien, en la gran mayoría de los casos, los proveedores de fondos externos requieren que al compromiso de pago de estas entidades y empresas se adicione la garantía del Estado. Por ello, tales deudas son también suscritas por el Poder Ejecutivo y pasan a formar parte en definitiva de la deuda de la administración central del Estado.

3. La deuda pública externa.

Toda deuda es o puede llegar a ser un problema. Si se trata de deuda pública, la magnitud del problema es mayor, porque la deuda pública es en última instancia una deuda de toda la colectividad. Pero todavía más grave puede ser el problema tratándose de deuda pública externa, pues en este caso están de por medio la balanza de pagos y el prestigio internacional del país. Además, como se sabe, el problema de la deuda pública externa, sobre todo la de América Latina, adquirió connotación de crisis mundial a partir de principios de la década de los ochenta.[10]

¿En qué se basa la distinción entre deuda interna y deuda externa? En principio parece sencillo, pero en la práctica no lo es dada la variedad de criterios que pueden utilizarse. Esta es una enumeración nada más ejemplificativa: la nacionalidad del acreedor, la residencia del acreedor, el domicilio del acreedor, el tipo de moneda, el lugar de contratación, el lugar de cumplimiento, la ley aplicable, la jurisdicción aplicable. Todos estos son criterios que pueden tomarse en cuenta, individualmente o en distintas combinaciones, para definir qué ha de entenderse por deuda externa.[11]

Para Giuliani Fonrouge, lo determinante es el lugar de pago de la deuda. Así, se inclina este autor por la definición de obligación financiera internacional como "aquella que es adeudada en una o varias plazas extranjeras, siendo pagadera, además, en uno o varios centros financieros del exterior, mediante una transferencia de valores".[12] En sentido similar, se ha dicho que el empréstito es externo cuando el Estado obtiene los fondos fuera del territorio nacional, de otros Estados o de capitalistas residentes en el exterior, mientras que es interno cuando el dinero se obtiene dentro de la economía nacional, utilizando el crédito del Estado dentro de sus propias fronteras.[13]

---

10. No es el propósito de este ensayo analizar las causas de la crisis de la deuda externa, ni su contexto económico y político. Al respecto, el autor se permite recomendar la obra de KUCZYNSKI, Pedro Pablo, *Latin American Debt*, Baltimore, Twentieth Century Fund-The Johns Hopkins University Press, 1988. Para un excelente estudio basado en la teoría de la dependencia y las ideas de Raúl Prebisch, sugiero la obra de GRIFFITH-JONES, Stephany y SUNKEL, Osvaldo, *Debt and Development Crises in Latin America: The End of an Illusion*, New York, Oxford University Press, 1986. En el medio nacional, Romero Pérez ha criticado en diversos ensayos las políticas de los países industrializados y de los organismos financieros internacionales y abogado por soluciones amparadas al Derecho Internacional a la crisis de la deuda externa. En particular, puede verse ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *El Derecho Internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa*, en **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Nº 67, setiembre-diciembre, 1990, pp. 97-126, y *Aspectos jurídicos, Iniciativa de las Américas y deuda externa*, en **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Nº 68, enero-abril, 1991, pp. 97-139. Ambos ensayos incluyen una extensa bibliografía de referencia sobre el tema.

11. Un resumen de diversos criterios se encuentra en el ensayo de JIMÉNEZ SANDOVAL, Humberto, *La deuda pública externa: teoría y práctica*, en **Banca, Bolsa & Seguros**, San José, Nº 1, mayo-junio, 1990, p. 28 y ss.

12. GIULIANI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol. II, 1987, p. 1177.

13. CHASE PLATE, Luis Enrique, *Contratos de empréstito público*, en **Contratos Administrativos**, Buenos Aires, Editorial Astrea, t. II, 1982, p. 6.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Este criterio que atiende a la residencia del acreedor, junto con el tipo de moneda utilizada, son los más usados en la práctica. El hecho de que el acreedor sea residente en otro país es lo que compromete las relaciones internacionales del deudor en el ámbito comercial y económico. Por su parte, la utilización de moneda extranjera es lo que somete al deudor a la soberanía monetaria de otro Estado y a eventuales problemas de balanza de pagos.

En sentido estricto, debe diferenciarse entre el concepto de domicilio, que implica permanencia, y el de residencia, que puede ser meramente temporal.[14] En el ámbito de la deuda externa, es común el uso indistinto de ambos términos o el énfasis en el concepto de residencia, que es más amplio.

La práctica en Costa Rica ha sido considerar deuda externa el conjunto de obligaciones pagaderas a acreedores domiciliados o residentes fuera del país, tanto las pactadas en moneda extranjera como en moneda nacional.

En los convenios de refinanciamiento se ha definido deuda externa así:

> "Deuda externa. Significa, para cualquier persona:
>
> a) Todas las obligaciones de tal persona para retrocomprar moneda legal de la República bajo cualquier facilidad del FMI, o
>
> b) Toda deuda de tal persona, que (I) sea o pueda ser pagable a opción del recibidor del pago en moneda extranjera (II) que sea pagable fuera de la República a una persona residente o que tenga su oficina central o lugar principal de negocios fuera del territorio de la República..."[15]

Por su parte, en el artículo 3 del Reglamento para el Registro y Control de la Deuda Externa de las Instituciones del Sector Público Costarricense se incluye la siguiente definición de crédito externo:

> "Artículo 3.—Para los fines de este Reglamento se utilizarán las siguientes definiciones:
> (...)
>
> j) Crédito externo: Se considera crédito externo:
>
> i) Compromiso financiero o comercial denominado en moneda extranjera que obliga al prestatario a realizar pagos a un prestamista residente en el extranjero, bajo condiciones preestablecidas en un contrato de crédito.
>
> ii) Compromiso denominado en colones que deba ser pagado a un prestamista domiciliado fuera del país.
>
> iii) Títulos expresados en moneda extranjera emitidos por el Estado costarricense o sus instituciones.
>
> iv) Cualquier crédito externo originado en obligaciones contingentes cuyo servicio deba ser realizado por la entidad que avaló o garantizó."[16]

Obsérvese el uso, aparentemente indiscriminado, de los términos residencia en el inciso i) y domicilio en el inciso ii). Asimismo, obsérvese que en el inciso iii) se incluyen los títulos valores expresados en moneda extranjera, sin referencia al domicilio o residencia del acreedor. Esto podría explicarse porque, tratándose de títulos valores, es impredecible quién va a ser el tenedor a la hora de hacer efectivo el título. Por tal razón se estaría atendiendo en este caso al criterio de la moneda, ignorando el de la residencia del acreedor.

Cabe cuestionarse cuál es el sentido de incluir dentro del concepto de deuda externa obligaciones pagaderas en colones, aunque los acreedores sean personas residentes fuera del

---

14. Al respecto, véase PÉREZ VARGAS, Víctor, *Domicilio y ausencia,* en **Revista Judicial,** San José, Nº 11, pp. 74-75.

15. Véase *supra,* nota 2. Las definiciones de deuda, deuda pública y deuda externa contenidas en los convenios de refinanciamiento suscritos por Costa Rica, corresponden a las utilizadas en general en este tipo de convenios. Véase, como referencia, el modelo de contrato incluido en **BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO,** *Transacciones financieras internacionales* (Emilio J. Cárdenas, Antonio Mendes y Ralph Reisner, editores).

16. Véase *supra,* nota 9.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

país.[17] La explicación más lógica me parece que está en lo que ya mencioné, la incidencia de esas obligaciones en las relaciones económicas internacionales del Estado. Como la moneda es local, en este tipo de obligaciones no está en juego la pérdida de la soberanía monetaria ni posibles problemas de balanza de pagos. Sin embargo, sí están en juego las relaciones del país con gobiernos e instituciones extranjeras y con instituciones financieras multilaterales, relaciones que se verían afectadas por el incumplimiento aunque las deudas hayan sido pactadas en moneda nacional.

El supuesto de deuda externa en colones es, sin embargo, poco usual, dado que los créditos externos concedidos a Costa Rica se pactan casi sin excepción en "moneda fuerte", siendo el dólar la de uso más extendido debido, como se sabe, al tradicional dominio de los Estados Unidos en el panorama económico mundial a partir de la segunda posguerra. Los pocos casos de que tengo referencia se refieren a préstamos del Banco Centroamericano de Integración Económica.

4. El empréstito como forma típica de instrumentación de la deuda pública.

En doctrina se considera el empréstito como forma típica de instrumentación de la deuda pública. "Existe empréstito —dice Giuliani Fonrouge— cuando el Estado recurre al mercado en demanda de fondos, con la promesa de reembolsar el capital en determinadas formas y términos y de pagar un interés periódico".[18]

El procedimiento de suscripción de un empréstito consiste en la emisión de títulos en serie para ser colocados en el mercado. La colocación puede efectuarse por intermedio de algún banco, por suscripción pública, por venta directa en bolsa o por licitación. El sujeto pasivo o deudor de la obligación emergente de un empréstito es el Estado, el sujeto activo o acreedor los portadores de los títulos y el objeto es el pago de un interés anual y la restitución del capital entregado. La obligación emergente del empréstito se materializa en un instrumento que se denomina título, obligación, bono o letra, a los cuales son aplicables las disposiciones sobre títulos valores del Código de Comercio.[19]

Sobre la naturaleza jurídica de los empréstitos públicos, existen en general tres corrientes doctrinales.[20] La primera ve en el empréstito público un acto o declaración unilateral de Derecho Público, producto del ejercicio de la soberanía del Estado. La segunda califica el empréstito público como un acto de soberanía legislativa. Finalmente, la tercera corriente concibe el empréstito como un contrato. Dentro de esta última se distingue entre aquellos que caracterizan el empréstito como un contrato de Derecho Privado y aquellos que lo caracterizan como un contrato de Derecho Público o contrato administrativo, siendo esta última la posición mayoritaria de la doctrina francesa.

En Costa Rica, la deuda pública interna se ha instrumentado usualmente en forma de empréstitos. En efecto, ya nos hemos acostumbrado a las constantes emisiones de bonos de

---

17. Es interesante señalar un caso especial en nuestro régimen jurídico, el del Banco Hipotecario de la Vivienda o BANHVI. El artículo 35 de la Ley Nº 7052 de 13 de noviembre de 1986 requiere la aprobación legislativa de los créditos externos que contrate el BANHVI. Según el inciso e) del artículo 4 del Reglamento de esa ley, Decreto Ejecutivo Nº 20210-P-VAH publicado en *La Gaceta*, Nº 25 de 5 de febrero de 1991, se entiende por créditos externos aquellos pactados en moneda extranjera y pagaderos a un acreedor residente fuera del país, es decir, se exige la concurrencia de ambos aspectos, por lo que según el Reglamento no se consideraría crédito externo el concedido por un organismo extranjero al BANHVI si es en moneda nacional.

18. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1179.

19. *Ibídem*, p. 1209 y ss. Aunque en doctrina hay discusión sobre el régimen jurídico aplicable a los títulos de la deuda pública, en nuestro país el Código de Comercio es claro al señalar, en su artículo 685, lo siguiente: *"Los títulos de la deuda pública, acciones, obligaciones, bonos, cédulas hipotecarias u otros títulos valores regulados por este Código o por leyes especiales, se regirán por este título en lo no prescrito por esas leyes".*

20. ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol. II, 1979, pp. 563-71. Véase también, GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1199, y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Gobierno, cuyas características y condiciones se establecen en cada caso en un Derecho Ejecutivo emitido por el presidente de la República conjuntamente con el ministro de Hacienda. Con respaldo en esos bonos, depositados en custodia en el Banco Central de Costa Rica, se ha establecido la práctica de emitir los llamados "títulos de propiedad" del Gobierno, para efectos de adecuar los plazos y tasas de interés de los bonos de la deuda pública a las condiciones del mercado financiero.[21]

En cambio, en el caso de la deuda pública externa, lo usual en Costa Rica, como en muchos otros países en desarrollo, ha sido la suscripción por parte del Poder Ejecutivo y de las entidades descentralizadas de contratos de crédito que no constituyen empréstitos en sentido estricto, según se explica más detalladamente a continuación.

5. Otras formas de instrumentación de la deuda pública: Los contratos de crédito externo.

A partir de los años setenta comienza a generalizarse a nivel mundial el uso de contratos de crédito que no corresponden a la figura tradicional del empréstito, como forma de las instituciones financieras multilaterales y los bancos extranjeros de proveer fondos a los gobiernos e instituciones públicas de los países en desarrollo. En esta diversificación y simplificación de las formas de instrumentar la deuda pública externa influyó sobremanera la activa participación que en esa época la banca internacional empezó a asumir en la provisión de fondos a estos países.[22]

La generalización de esta modalidad distinta del empréstito clásico ha provocado no pocas dudas en la doctrina. Álvarez-Gendín, por ejemplo, distingue entre los empréstitos propiamente dichos y los simples préstamos de la administración pública. Partiendo de esta distinción, los contratos de crédito externo tendrían que considerarse simples préstamos y no empréstitos. Dice este autor:

> "La administración pública contrata operaciones de crédito con determinadas entidades privadas o instalaciones bancarias o con particulares, lo que constituye simple préstamo; o bien con personas indeterminadas (colectivas o individuales) mediante la puesta en circulación de obligaciones, títulos, bonos, cédulas de crédito, con o sin interés, por suscripción pública, al tipo fijo de emisión o por debajo del mismo, o en pública licitación para mejorar el tipo de emisión o rebajar la prima prometida, o el interés, o combinando cualquiera de estas formas, constituyendo entonces los empréstitos".[23]

Reveladoras de las dudas que existen en doctrina son las palabras de Giuliani Fonrouge, quien en relación con los créditos concedidos por bancos internacionales al gobierno argentino, dice en su obra lo siguiente:

> "Aunque los detalles de las operaciones y las garantías o seguridades exigidas no han tenido difusión adecuada en nuestro país, ellas no parecen encuadrar en las que tradicionalmente corresponden al crédito público, aparte de vincularse con condiciones políticas no esclarecidas suficientemente, por lo cual es menester mantenerlas aparte, sobre todo porque en ciertos casos parecieran estructuradas como préstamos bancarios de Derecho Privado, y no como obligaciones de Derecho Público".[24]

Gordillo, por su parte, resume muy bien la problemática de lo que él denomina "contrato de crédito sometido al derecho extranjero", en los siguientes términos:

> "En el presente trabajo analizaremos este fenómeno, que deja virtualmente de lado los principios que informaran a las instituciones del derecho financiero y administrativo clásico. El

21. Véase el artículo 1) de la Ley Nº 5768 de 13 de agosto de 1975 y el Decreto Ejecutivo Nº 15966-H de 14 de enero de 1985.

22. Sobre las características e implicaciones de este proceso, puede consultarse a GRIFFITH-JONES y SUNKEL, *op. cit.*, p. 61 y ss.

23. ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino, *Tratado General de Derecho Administrativo*, Barcelona, Editorial Bosch, t. III, 1973, pp. 185-86.

24. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1196.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> contrato no se regirá por su derecho público interno, ni podrá ya en rigor llamársele verazmente 'empréstito público', pues esta frase evoca precisamente aquellos principios de Derecho Público que no le serán en los hechos aplicables. Aparece entonces en el marco jurídico internacional el contrato de crédito externo, sometido a un régimen propio, que se ubica entre el derecho internacional público y privado, y se conjuga con el derecho privado interno de los países desarrollados, sede habitual de los organismos o consorcios que actuarán en calidad de prestamistas. Es, en suma, un contrato del Estado sometido a un derecho extranjero al país deudor, lo cual escapa por completo a las previsiones y conceptos teóricos de los juristas habituados al régimen del derecho público interno de sus respectivos países en vías de desarrollo".[25]

Considero que, si se acepta la naturaleza contractual de la figura del empréstito, los contratos de crédito externo pueden considerarse como una modalidad de empréstito. Así, la diferencia fundamental estaría no tanto en la finalidad de cada uno, que es sustancialmente la misma, sino más bien en su instrumentación: mientras el empréstito tradicional se instrumenta mediante una emisión de títulos en serie, el contrato de crédito se instrumenta, como su nombre lo indica, mediante la suscripción de un contrato directamente entre deudor y acreedor. En este tipo de contratos, el acreedor o acreedores están claramente determinados desde un inicio y las condiciones de pago se pactan de común acuerdo entre las partes, no unilateralmente al momento de la emisión de los títulos, como ocurre en el empréstito público tradicional.

Aún así, debe tenerse presente que el análisis de la figura del empréstito público ha estado siempre muy centrado en las potestades exorbitantes de Derecho Común que el Estado deudor mantiene frente a sus acreedores, potestades típicas de la contratación pública. En los contratos de crédito externo, tales potestades prácticamente no existen y más bien, sobre todo cuando los deudores son países en desarrollo, el Estado es la parte débil frente a los bancos o instituciones extranjeras que otorgan los créditos.

Como regla general, en este ensayo utilizo el término empréstito o contrato de empréstito en sentido amplio, incluyendo como una de sus modalidades los contratos de crédito externo. De esta manera ha enfocado el punto nuestra Sala Constitucional, aunque sin mayor cuestionamiento, como veremos más adelante. En todo caso, debe tenerse presente lo dicho respecto al concepto clásico de empréstito en la doctrina.

Me refiero a continuación a los diversos tipos de contratos de crédito externo que se han utilizado en la práctica.

Tratándose de bancos comerciales, la figura contractual de uso más generalizado ha sido la de los llamados "préstamos sindicados", en los cuales grupos de bancos de diversas nacionalidades se organizan bajo la coordinación y representación de un banco agente, para otorgar préstamos o abrir líneas de crédito de gran cuantía a gobiernos e instituciones públicas locales.[26]

Estos contratos incluyen una serie de cláusulas que protegen celosamente los intereses de los bancos participantes, en detrimento de la posición del gobierno o institución deudora. Una cláusula típica, por ejemplo, es aquella en la cual el gobierno o institución deudora renuncia a su jurisdicción y a la aplicación de la legislación interna de su país, para someterse a la jurisdicción y legislación de Londres o Nueva York, plazas ampliamente utilizadas por los grandes bancos internacionales y en las cuales, lógicamente, la legislación tiende a prote-

---

25. GORDILLO, Agustín, *El contrato de crédito externo*, en **Revista de Administración Pública**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 97, enero-abril, 1982, pp. 426-27.

26. Sobre el concepto y las características de los préstamos sindicados, véase VILLEGAS, Carlos Gilberto, *Compendio jurídico, técnico y práctico de la actividad bancaria*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, t. I, 1986, p. 698 y ss. Asimismo, la figura se analiza en detalle en **INTERNATIONAL LAW INSTITUTE**, *International Borrowing: Negotiating and Structuring International Debt Transactions*, Washington, D.C., 1986, p. 299 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ger los intereses bancarios y comerciales sobre los intereses de los países deudores. Sin lugar a dudas, esta modalidad es la que más se aleja de la figura del empréstito público e incluso de la figura general del contrato administrativo.

Cuando los proveedores de fondos son instituciones financieras multilaterales, la forma de instrumentación de los créditos varía en función de la normativa propia de cada institución. En estos supuestos, existe la peculiaridad de que el país deudor generalmente se ha adherido previamente al tratado de creación de la respectiva entidad internacional, el cual contempla al menos a nivel general los mecanismos de financiamiento aplicables.

En el caso del Fondo Monetario Internacional, la provisión de fondos a sus países miembros generalmente es para enfrentar problemas de balanza de pagos y se instrumenta mediante mecanismos previstos en el Convenio Constitutivo y en los reglamentos y acuerdos del Fondo.[27] En los últimos años, el mecanismo más usual ha sido el de los llamados "convenios stand by", que no constituyen verdaderos contratos o acuerdos internacionales, sino únicamente la aceptación por parte del Fondo de una solicitud de fondos de un país miembro, basada en una carta de intenciones en la cual el país solicitante se compromete a una serie de medidas económicas exigidas por el Fondo como parte de su política de condicionalidad.

Tratándose de instituciones financieras multilaterales de fomento, como el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el principal organismo integrante del Banco Mundial) y el Banco Interamericano de Desarrollo, lo usual ha sido el uso de contratos de crédito dirigidos al financiamiento de proyectos específicos. Este tipo de contratos son muy similares a los que se utilizan en los préstamos sindicados, con las diferencias de rigor por tratarse de un único acreedor. Además, generalmente los contratos de crédito con agencias multilaterales no se someten a tribunales y leyes de un país determinado, como ocurre en los préstamos sindicados, sino que contemplan procedimientos de arbitraje y criterios de interpretación basados en el texto mismo del contrato. Pero, al igual que los préstamos sindicados, son también contratos de adhesión, en los cuales las posibilidades de negociación o de ejercicio de prerrogativas de Derecho Público por parte del gobierno o institución deudora prácticamente no existen.

En el caso del Banco Mundial, a partir de los años ochenta se estableció la modalidad de préstamos de ajuste estructural, que no se dirigen al financiamiento de un proyecto de inversión específico sino a promover cambios en la estructura económica y productiva del país deudor. El Gobierno de Costa Rica, como se sabe, ha suscrito a la fecha dos préstamos de ajuste estructural con el Banco Mundial y se encuentra en proceso de negociación un tercero.[28]

Además de los concedidos por bancos comerciales y por instituciones financieras multilaterales, otra modalidad de créditos externos incluye los que se suscriben directamente entre dos gobiernos o instituciones gubernamentales. En estos casos, el mecanismo de financiamiento también varía en función de cada país. Ejemplos son los préstamos al amparo del programa PL-480 del Gobierno de los Estados Unidos, los préstamos del Gobierno de México amparados al Pacto de San José, los préstamos concedidos por el Fondo de Inversiones de Venezuela al Gobierno de Costa Rica y los empréstitos suscritos con el Institu-

27. Costa Rica ratificó la Segunda Enmienda al Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, mediante la Ley Nº 6223 de 27 de abril de 1978, publicada en el *Alcance Nº 93 a La Gaceta Nº 105*, de 2 de junio de 1978.

28. El PAE I fue aprobado por la Ley Nº 6998 de 20 de agosto de 1985 y el PAE II por la Ley Nº 7134 de 5 de octubre de 1989. Las implicaciones políticas y económicas de los programas de ajuste estructural son un tema sumamente polémico y sobre ello se ha escrito mucho en nuestro medio. La visión de quien sin duda ha sido el principal economista nacional involucrado en la puesta en ejecución de estos programas puede verse en LIZANO, Eduardo, *Programa de Ajuste Estructural en Costa Rica*, San José, Academia de Centroamérica, 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

to de Crédito Oficial del Gobierno de España. Cada uno de ellos tiene sus mecanismos operativos propios.

En este último tipo de créditos, a diferencia de los préstamos sindicados, ambas partes contratantes son personas de Derecho Público. Lo mismo ocurre en los créditos suscritos con organismos multilaterales como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo, sólo que en estos casos, por ser dichos organismos sujetos con personalidad jurídica internacional, los créditos inevitablemente se ven sujetos a reglas de Derecho Internacional Público, entre ellas las contenidas en el tratado constitutivo de la propia organización.[29] Incluso, pueden configurarse como verdaderos tratados internacionales, como veremos más adelante.

En todo caso, como bien apunta Gordillo, sea que se trate de contratos de crédito externos regidos por el Derecho Internacional Público o el Derecho Internacional Privado, desde la perspectiva del país deudor las diferencias en la práctica son mínimas, pues su posición generalmente es de obligada aceptación y adhesión a las condiciones fijadas por la parte acreedora.[30]

6. La noción de crédito público.

En doctrina es común la referencia a la noción de crédito público, entendido como la aptitud o capacidad del Estado para obtener crédito. Así, Giuliani Fonrouge recoge una definición según la cual crédito público es "la aptitud política, económica, jurídica y moral de un Estado para obtener dinero o bienes en préstamo, basada en la confianza de que goza por su patrimonio, los recursos de que puede disponer y su conducta".[31]

Nuestra Constitución hace referencia a la noción de crédito público, al regular la aprobación legislativa de los empréstitos y otros convenios similares celebrados por el Poder Ejecutivo.

II. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LA DEUDA PÚBLICA EXTERNA

A. La suscripción y aprobación legislativa de los empréstitos públicos y convenios similares.

1. *Alcances del inciso 15) del artículo 121 de la Constitución.*

Sin duda la disposición constitucional más relevante en materia de deuda pública externa es el inciso 15) del artículo 121, que dice lo siguiente:

> "Artículo 121.—Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...)
>
> 15) Aprobar o improbar los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo.
> Para efectuar la contratación de empréstitos en el exterior o de aquellos

29. Dada la magnitud que alcanzó la crisis de la deuda externa, en los países deudores se ha abogado por enfrentarla globalmente, mediante principios y mecanismos propios del Derecho Internacional Público. Un resumen de diversas posiciones en este sentido puede verse en ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique, *El Derecho Internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa*, citado *supra*, nota 10. Pero los tribunales de los Estados Unidos han sido reacios a aceptar soluciones de este tipo y se han inclinado, con base en la legislación norteamericana sobre la materia, a considerar los empréstitos y créditos externos suscritos por gobiernos o instituciones públicas de países en desarrollo como transacciones mercantiles. Para muestra, los célebres casos: *Libra Bank Limited vs. Banco Nacional de Costa Rica*, 570 F. Supp. 870 (1983 y *Allied Bank International vs. Banco Crédito Agrícola de Cartago*, 757 F. 2d. 516 (1985).

30. GORDILLO, *op. cit.*, pp. 429-31.

31. GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, p. 1174.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero, es preciso que el respectivo proyecto sea aprobado por las dos terceras partes del total de los votos de los miembros de la Asamblea Legislativa".

En su texto original, este inciso requería la autorización legislativa al Poder Ejecutivo para negociar y celebrar empréstitos y convenios similares relacionados con el crédito público y la aprobación legislativa de los empréstitos y convenios una vez celebrados. Es decir, existía una doble intervención de la Asamblea Legislativa, anterior y posterior a la suscripción de los empréstitos. Mediante reforma constitucional introducida en 1968, se eliminó la necesidad de autorización legislativa previa.[32]

No pocas dificultades de interpretación plantea este inciso 15) del artículo 121 constitucional, tanto en sí mismo como al relacionarlo con otras normas constitucionales, tal como se verá a continuación.

2. *Naturaleza jurídica de los empréstitos públicos.*

En la discusión sobre si los empréstitos tienen la naturaleza de actos unilaterales del Estado o contratos, es mi criterio que la Constitución tomó partido en favor de la segunda posición, prueba de lo cual es que habla de "empréstitos o convenios similares". Ahora bien, al requerir que sean aprobados por la Asamblea Legislativa, el problema de la naturaleza jurídica de los empréstitos en la Constitución se ha planteado en términos de su consideración como contratos administrativos o leyes.

Para este análisis es importante transcribir otras dos disposiciones constitucionales que se relacionan con el inciso 15) del artículo 121 antes citado:

> "Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...)
>
> 19) Suscribir los contratos administrativos no comprendidos en el inciso 14) del artículo 121 de esta Constitución, a reserva de someterlos a la aprobación de la Asamblea Legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tasas, o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, recursos o riquezas naturales del Estado.
> La aprobación legislativa a estos contratos no les dará carácter de leyes ni los eximirá de su régimen jurídico administrativo. No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales".
>
> "Artículo 124.—(...)
> La aprobación legislativa de contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa, no dará a esos actos carácter de leyes aunque se haga a través de los trámites ordinarios de éstas".

Obsérvese que el inciso 19) del artículo 140 constitucional le da al Poder Ejecutivo la potestad de suscribir contratos administrativos en general. En el segundo párrafo aclara que la aprobación legislativa de esos contratos, cuando se requiera, no les da el carácter de leyes ni los exime de su régimen jurídico administrativo, pero acto seguido indica: "No se aplicará lo dispuesto en este inciso a los empréstitos u otros convenios similares, a que se refiere el inciso 15) del artículo 121, los cuales se regirán por sus normas especiales".

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 124 no hace distinción alguna y dispone que los contratos, convenios y otros actos de naturaleza administrativa no adquieren el carácter de leyes aunque sean aprobados por la Asamblea Legislativa mediante los trámites ordinarios de una ley.

Es importante señalar que tanto el párrafo segundo del inciso 19) del artículo 140 como el párrafo segundo del artículo 124 fueron adicio-

32. Reforma introducida por la Ley Nº 4123 de 30 de mayo de 1968.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nados por reforma a la Constitución introducida en el año 1975.[33]

La Procuraduría General de la República sostuvo que, en virtud de la excepción del inciso 19) del artículo 140, los empréstitos públicos y convenios similares aprobados por la Asamblea Legislativa tienen la naturaleza de leyes ordinarias y no de contratos administrativos, de manera que la fuerza y valor jurídico de sus cláusulas es equivalente al de la ley.[34] Posición contraria venía sosteniendo la Contraloría General de la República, al resolver sobre licitaciones públicas relativas a la ejecución de obras con fondos provenientes de empréstitos externos. Para la Contraloría, la aprobación legislativa de los empréstitos no altera en absoluto su naturaleza de contratos administrativos y, por tanto, las cláusulas de los contratos de empréstito están subordinadas al Ordenamiento jurídico interno.[35]

En agosto de 1990, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronunció al respecto, con motivo de la consulta legislativa de un empréstito suscrito entre el Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Costarricense de Electricidad, con la garantía del Estado.[36] Apoyada en el párrafo segundo del artículo 124 de la Constitución, en la resolución Nº 1027-90 la Sala estimó que la naturaleza jurídica de los empréstitos es la de contratos administrativos, sólo que sujetos al régimen especial de aprobación legislativa previsto en el inciso 15) del artículo 121 constitucional, aprobación que no les da el carácter de leyes ni les cambia su naturaleza jurídico-administrativa. Advierto que la Sala dio al término "empréstito" una connotación amplia, asimilándolo a contratos de crédito en los cuales el deudor es el Estado o un ente público.

Se desprende del criterio de la Sala una diversa interpretación, con la cual coincido, de la excepción contenida en el segundo párrafo del inciso 19) del artículo 140 de la Constitución Política, al integrar esa norma con el segundo párrafo del artículo 124 constitucional.

Mi opinión es que la frase final del párrafo segundo del inciso 19) pretendió eximir a los empréstitos públicos de lo dispuesto en el primer párrafo de este inciso. Es decir, los empréstitos no deben ser sometidos a aprobación legislativa cuando estipulen exención de impuestos o tengan por objeto la explotación de servicios públicos, como ocurre con los contratos administrativos en general, sino que deben ser aprobados por la Asamblea Legislativa en todo caso, según la norma especial del inciso 15) del artículo 121 constitucional.

Esta es, asimismo, la interpretación que se desprende de las actas legislativas referentes a la discusión de la reforma al inciso 19) del artículo 140 y al artículo 124 de la Constitución, reforma que se introdujo fundamentalmente con el fin de eliminar la figura de los llamados "contratos-leyes".[37]

Ahora bien, la resolución de la Sala Constitucional es confusa al definir las consecuencias jurídicas de considerar los empréstitos como contratos administrativos, según veremos a continuación.

---

33. Ley Nº 5702 de 5 de junio de 1975.

34. *Procuraduría General de la República*, oficio C-038-88, dirigido al Presidente Ejecutivo del Instituto de Desarrollo Agrario el 16 de febrero de 1988. Asimismo, oficio C-053-90, dirigido al Ministro de Hacienda el 4 de abril de 1990.

35. Esta tesis de la Contraloría se desarrolla, entre otros, en los pronunciamientos 100-87, 121-88 y 31-90 de su Dirección General de Contratación Administrativa, antes Departamento de Licitaciones.

36. *Sala Constitucional*, Nº 1027-90 de las 17.30 horas del 29 de agosto de 1990.

37. Según palabras del entonces diputado Rodolfo Piza Escalante, hoy Magistrado de la Sala Constitucional y redactor de la resolución Nº 1027-90 en comentario, lo que se pretendía era "que no se continúe calificando a esos contratos administrativos como contratos leyes por la sencilla razón de que son aprobados por la Asamblea Legislativa". Acta de la Asamblea Legislativa, sesión del Plenario Nº 37 de 4 de marzo de 1975. Sobre la figura de los contratos leyes, es conocida en nuestro medio la obra de WOODBRIDGE, Paul, *El contrato ley*, San José, Editorial Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3. Los empréstitos públicos y las modificaciones a la legislación ordinaria.

Se ha planteado en la práctica la cuestión de hasta qué punto disposiciones incluidas en este tipo de contratos pueden establecer excepciones o modificar la legislación común. Un ejemplo, que es el que ha dado más de qué hablar, es el de los procedimientos especiales que este tipo de empréstitos suelen incluir en materia de contratación administrativa, diferentes en algunos aspectos a los procedimientos de la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa.

Como acabo de explicar, con anterioridad a la resolución de la Sala Constitucional la Contraloría General de la República se había pronunciado en el sentido de que, por ser contratos administrativos, los empréstitos no pueden modificar ni establecer excepciones a la legislación en materia de contratación, contrastando con la posición de la Procuraduría que daba a los empréstitos aprobados por la Asamblea Legislativa el mismo valor de leyes ordinarias.

El pronunciamiento de la Sala Constitucional establece que la naturaleza jurídica de los empréstitos a que se refiere el inciso 15) del artículo 121 de la Constitución es la de contratos administrativos, no de tratados ni de leyes. Como bien lo indica la Sala, la aprobación legislativa de tales contratos corresponde más bien a una función tutelar de control político sobre el endeudamiento del Estado, es decir, al ejercicio de la función legislativa en sentido formal más que en sentido material.

Sin embargo, la Sala reconoce expresamente que tales contratos pueden introducir excepciones a la legislación ordinaria nacional, reconociéndoles así efectos jurídicos distintos de aquéllos propios de los meros contratos administrativos. Por ello, pareciera más bien que configura a los empréstitos como una categoría especial de contratos administrativos "sui géneris", capaces en virtud de la aprobación legislativa de producir efectos similares a los de la ley.

Al delimitar hasta qué grado los contratos de empréstito pueden válidamente introducir modificaciones o excepciones a la legislación ordinaria, la Sala Constitucional señaló en el considerando VIII de su resolución Nº 1027-90 lo siguiente:

> "VIII.—Consecuencia de todo lo anterior es, ante todo, la de que los contratos de préstamo no pueden significar compromisos de ejercer o de no ejercer el poder público en sí mismo, ni modificar o imponer la modificación de la legislación interna del país deudor en forma permanente, ni, mucho menos, establecer condiciones que atenten contra el orden público de ese país. Sin embargo, es universalmente aceptado que en esos meros contratos públicos se pueda excepcionar la aplicación de determinadas leyes u otras normas a la materia del contrato, razón por la cual precisamente deben ser 'aprobados' por el Poder Legislativo, sin que nada de ello los convierta en tratados o leyes en sí, pero tampoco que los haga inválidos o ineficaces siempre que tales excepciones sean temporales y razonablemente adecuadas al objeto del contrato; de manera que la desaplicación o excepción de la legislación común tiene como límites, no solamente la Constitución, lo cual es de principio, sino también aquellas normas o principios que correspondan al orden público, en su sentido específico".

En cuanto niega el carácter de ley a los empréstitos aprobados por la Asamblea Legislativa, el pronunciamiento de la Sala es acorde con la tesis sostenida con anterioridad por la Contraloría General de la República y se opone a la sostenida por la Procuraduría General de la República.

Sin embargo, el criterio de la Sala difiere también del de la Contraloría, en cuanto reconoce expresa e inequívocamente como válida la posibilidad de que en los contratos de empréstito se establezcan excepciones a la legislación ordinaria.

Como se aprecia en el considerando antes transcrito, la Sala establece principalmente tres límites a este tipo de excepciones. Primero, debe tratarse de excepciones temporales y razonablemente adecuadas al objeto del contrato. Segundo, no pueden contravenirse disposiciones de rango constitucional. Tercero, tales excepciones tienen también como límite "aquellas normas o principios que correspondan al orden público, en su sentido específico".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sobre todo el tercero de esos límites adolece de falta de claridad, dada la ambivalencia del concepto de orden público. Sin embargo, sí parecen claros dos aspectos. Primero, que la Sala, al hablar de orden público "en su sentido específico", pretendió dar una interpretación restringida, no extensiva, a dicho concepto. Segundo, que al no objetar como contrarios a la Constitución ni al orden público ninguna de las cláusulas o procedimientos incluidos en el contrato de empréstito objeto de la consulta, la Sala estimó dichas cláusulas y procedimientos como válidos.[38]

Sobre el posible conflicto entre las normas del contrato de empréstito y la legislación ordinaria, la Sala en su considerando IX se refirió específicamente a los procedimientos de licitación contenidos en el Anexo B del empréstito consultado. La Sala expresó que no consideraba "inusitada" ni "abusiva" la aplicación en primer lugar de las disposiciones del contrato y sólo en forma supletoria de las disposiciones legales ordinarias, ello en virtud del principio de especialidad del contrato, "frente al cual —dijo la Sala— solamente prevalecen las normas legales de orden público". Con esta última frase se admite una excepción a la aplicación de las normas del contrato sobre la legislación ordinaria, cual es las normas legales de orden público, concepto que, como se indicó anteriormente, no es unívoco.

No hay duda de que hay incongruencia en la resolución de la Sala Constitucional, en cuanto establece que los contratos de empréstito mantienen la naturaleza de contratos administrativos a pesar de su aprobación legislativa, pero acepta que cláusulas de tales contratos modifiquen la legislación ordinaria y prevalezcan sobre ella.

Partiendo de que los empréstitos tienen la naturaleza de contratos administrativos y de la distinción que la misma Sala establece entre el contrato en sí y la ley que lo aprueba, es esta última —aprobada por la Asamblea Legislativa, no suscrita previamente por el Poder Ejecutivo como ocurre con el contrato— la que debe introducir las excepciones o modificaciones legales que se consideren necesarias para la ejecución del contrato de empréstito. Las actas legislativas referentes a la reforma de los artículos 140 inciso 19) y 124 de la Constitución son también esclarecedoras a este respecto.[39]

A raíz de la resolución Nº 1027-90 de la Sala Constitucional, la Procuraduría General de la República modificó su posición anterior.[40] Habrá que esperar futuras decisiones de la Contraloría General de la República, aunque debe tomarse en cuenta que, según el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la jurisprudencia y los precedentes de la Sala Constitucional "son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma".[41]

4. *Los empréstitos como contratos administrativos "sui géneris" o contratos privados de la administración.*

El caso concreto que motivó la resolución Nº 1027-90 de la Sala Constitucional fue, como

38. Tres aspectos problemáticos contenía ese empréstito en su Anexo B, relativo al procedimiento de licitaciones: el establecimiento de márgenes de preferencia para las industrias oferentes distintos a los fijados por la legislación nacional, la aceptación de sistemas de medida distintos a los fijados por la legislación nacional y el hecho de que únicamente se permitía participación en las licitaciones con fondos del empréstito a empresas de países miembros del Banco Interamericano de Desarrollo.

39. El entonces diputado Piza Escalante, al referirse al proyecto de reforma constitucional, distinguía entre el artículo primero de la ley aprobatoria de un empréstito, en el cual se aprobaría propiamente el contrato, y otros artículos de la ley aprobatoria, en los cuales podrían contemplarse exenciones y otras prerrogativas de rango legal. Véanse Actas de la Asamblea Legislativa, *supra*, nota 37.

40. *Procuraduría General de la República*, oficio C-016-91 dirigido al Ministro de Agricultura y Ganadería el 4 de febrero de 1991.

41. Llama la atención, sin embargo, que en la resolución Nº 94-90, posterior al voto Nº 1027-90 de la Sala Constitucional, la Dirección General de Contratación Administrativa de la Contraloría expresa que *"los referidos contratos de préstamo no tienen la virtud jurídica de modificar la legislación ordinaria nacional, habida cuenta de que constituyen verdaderos contratos administrativos que, por lo mismo, se encuentran en una posición jurídica de subordinación respecto de las leyes formales y Reglamentos de la República, no pudiendo modificar o derogar, para el caso concreto que regulan, las disposiciones generales de estos instrumentos jurídicos"*. Incluso, en esta resolución se cita como apoyo el pronunciamiento antes citado de la Sala Constitucional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

se dijo antes, un contrato de crédito entre el Banco Interamericano de Desarrollo (institución multilateral con personalidad jurídica internacional), el Instituto Costarricense de Electricidad (institución autónoma de Derecho Público costarricense) y el Gobierno de Costa Rica como garante.

La Sala se basó en un concepto amplio de empréstito y dio por sentado que se trata de una modalidad de contrato administrativo. Así dice parte del Considerando III de la resolución en comentario:

> "...la denominación de 'empréstitos' designa simplemente los contratos de crédito en los cuales el deudor es un ente público, de manera que, tanto lo son aquellos contraídos por el Estado mismo, como deudor, cuanto por sus instituciones descentralizadas, municipalidades, corporaciones o, en general, cualquier persona de Derecho Público, y lo mismo si lo es a favor de un acreedor nacional o extranjero, público o privado, o inclusive, como en el caso de marras, de una entidad de carácter y con personalidad jurídico-internacionales, sin que en uno u otro caso cambien, ni tengan por qué cambiar su naturaleza, alcances o efectos, siempre contractuales en sí mismos —obligación de pagarlos puntualmente y garantizar su cumplimiento—, aunque resulten afectados también, en algún grado, por las reservas de Derecho Público que acompañan inevitablemente a su especial deudor —procedimiento de promulgación, requisitos de validez y eficacia, inembargabilidad de bienes, etc.—".

Como puede observarse, en ningún momento la Sala entró a analizar el concepto doctrinario de empréstito, que según hemos visto es mucho más limitado. Tampoco se cuestionó la Sala, a lo largo de la resolución Nº 1027-90, si en estos casos podría hablarse de contratos de la Administración sujetos al Derecho Privado y no de verdaderos contratos administrativos, dado que se trata de contratos de adhesión, cuyas condiciones son fijadas por el Banco acreedor, y en los cuales ni la institución pública deudora ni el Gobierno de Costa Rica como garante tienen posibilidad de ejercer las potestades que son características de la contratación administrativa en nuestro medio.

La Sala sí reconoció que la presencia del Banco Interamericano de Desarrollo como acreedor le da un carácter especial al contrato en cuestión, aunque las expresiones al respecto en la resolución no son muy precisas. Así, se dice que "por definición, el deudor ha de aceptar determinadas condiciones derivadas del tipo de operación y de los legítimos intereses del acreedor" y se justifican ciertos procedimientos incluidos en el contrato, como la sumisión al arbitraje en caso de conflicto, por ser "usuales y aceptados universalmente para esta clase de contrataciones", o por ser "consecuencia lógica del carácter internacional del Banco acreedor".

Al margen de estas imprecisiones, debe reconocerse que los empréstitos y particularmente los contratos de crédito externo tendrían que ser considerados como una modalidad *sui géneris* dentro de los contratos administrativos en general. Esto es así, por varias razones que resumo a continuación.

En primer lugar, el hecho mismo de requerir aprobación legislativa los distingue como una categoría especial dentro de los contratos administrativos, según lo expresa la propia Sala Constitucional en la resolución Nº 1027-90. Si bien la aprobación legislativa no altera la naturaleza administrativa de estos contratos, ya expliqué que la Sala acepta que los contratos de empréstito introduzcan excepciones y modificaciones temporales a la legislación común, lo cual resulta contradictorio dado que tienen rango inferior a la ley.

En segundo lugar, la suscripción de empréstitos está exenta del trámite normal de licitación pública y demás procedimientos aplicables a la contratación administrativa, por disponerlo así el artículo 3 del Reglamento de la Contratación Administrativa.[42] Dado el tipo de necesidades que pretenden llenar los emprés-

42. El artículo 3 del Reglamento de la Contratación Administrativa dice lo siguiente: *"Los contratos celebrados por la Administración, **excepción hecha de los laborales, los de empréstito y los de concesión de servicio público regulados por ley especial**, quedan sujetos a las disposiciones y procedimientos que establecen la Ley de la Administración Financiera de la República y el presente Reglamento; supletoriamente les serán aplicables, por su orden, los principios administrativos y los demás principios pertinentes del Ordenamiento jurídico costarricense"* (el destacado no es del original).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

titos y contratos de crédito externo en general, sería problemático someterlos al procedimiento previo de licitación. Por otra parte, la necesidad de este procedimiento pierde mucho de su sentido en vista de que el contrato debe ser aprobado por la Asamblea Legislativa por exigencia constitucional.

Finalmente, es claro que las prerrogativas de la administración que son típicas en los contratos administrativos no están presentes en los contratos de empréstito. En este tipo de contratos prácticamente no tienen aplicación el principio de continuidad de la ejecución del contrato, las potestades de dirección y control, la potestad de modificación y resolución unilateral y la potestad sancionatoria de la Administración.[43] Más bien, como ya lo he dicho, en los contratos de crédito externo el Estado o ente público deudor son la parte débil. Prueba de ello es la obligada sumisión a la jurisdicción y legislación del prestamista, "lo cual se considera jurídicamente válido y razonable", según se dice en el Considerando XI de la resolución Nº 1027-90 de la Sala Constitucional.

Todo esto podría llevarnos a cuestionar si en el caso de los contratos de crédito externo, particularmente los suscritos con bancos privados extranjeros, estamos ante verdaderos contratos administrativos o más bien se trata de contratos de la administración sujetos al Derecho Privado. A esta última posición, según se vio anteriormente, parece adherirse Giuliani Fonrouge. Igualmente, Gordillo señala que en este tipo de contrato se quiebran los principios tradicionales del Derecho Público, incluso cuestiona que se les pueda denominar empréstitos públicos.[44]

A mi criterio, la trascendencia de la discusión es relativa pues, como señala García de Enterría,[45] hoy en día debe aceptarse que el contrato administrativo y el contrato privado no son realidades radicalmente diferentes, ya que prácticamente en todo contrato que celebra la administración pública se combinan elementos de una y otra rama del Derecho. Lo que ocurre en los contratos administrativos es —siguiendo al mismo autor— una modulación hacia normas y principios de Derecho Administrativo de la figura del contrato en el Derecho Privado, como consecuencia lógica de la participación de la administración pública, con sus potestades y la necesaria subordinación de su actuación al interés público. Así —concluye García de Enterría— a ciertos contratos en que tal modulación es particularmente intensa, por estar directamente vinculados al tráfico o actividad típica de un ente u órgano administrativo (la ejecución de obras y servicios públicos, en sentido amplio) se les llama administrativos y su conocimiento se atribuye a la jurisdicción contencioso administrativa.[46]

Para parte importante de la doctrina del Derecho Administrativo, una de las características típicas y definitorias del contrato administrativo *strictu sensu* es la existencia de prerrogativas exorbitantes de Derecho Común a favor de la administración pública.[47] Sin embargo, García de Enterría considera exagerada la importancia atribuida a ese tipo de cláusulas para efectos de definir la figura del contrato administrativo.[48]

---

43. Al respecto, véase ESCOLA, *op. cit.*, p. 593.

44. Véase *supra*, nota 25.

45. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La figura del contrato administrativo*, en **Revista de Ciencias Jurídicas**, San José, Nº 26, mayo-agosto, 1975 p. 42 y ss. Igualmente, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 460 y ss.

46. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 472.

47. Al respecto véase ESCOLA, *op. cit.*, p. 103-105, 112.

48. Advierte este autor que tales prerrogativas no son exclusivas de los contratos administrativos, pues aparecen también en diversas formas en la contratación privada. Tampoco son intrínsecas a la figura del contrato administrativo, de manera que la separen radicalmente de la figura del contrato privado. Más bien, muchas de las prerrogativas exorbitantes de Derecho Común de la administración como contratante, son meramente el reflejo en la esfera contractual de las potestades públicas de las cuales es titular la administración pública en general. Véase GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 468, 470-71.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En nuestro medio, tradicionalmente se ha considerado que todo contrato suscrito por la administración pública se rige por el Derecho Administrativo y debe considerarse, por ende, contrato administrativo.[49] Sin embargo, la intervención cada día mayor de la administración pública en actividades industriales y mercantiles inevitablemente contradice cualquier posición rígida a ese respecto, más aún a partir de la entrada en vigencia de la Ley General de la Administración Pública en 1978.[50] La realidad es que múltiples contratos que celebran los bancos y otras empresas organizadas como entes de Derecho Público se rigen mayoritariamente por el Derecho Privado, de manera que sólo pueden denominarse contratos administrativos con base en un criterio subjetivo —el ser la Administración Pública parte contratante—, o bien por el hecho incuestionable de que, aún en tales contratos cuyo objeto se rige principalmente por el Derecho Privado, lo relativo a la competencia y al procedimiento siempre es materia de Derecho Administrativo.

Dada la conocida unificación de las vías contencioso administrativa y civil de hacienda, no tiene sentido en nuestro medio distinguir entre contratos administrativos y contratos privados de la administración para efectos de determinar la jurisdicción aplicable.[51] En cuanto a la regulación de fondo, ocurre en Costa Rica lo usual: no existe un régimen jurídico sustantivo propio y unitario de los contratos administrativos, sino más bien diversas normas especiales o exorbitantes de Derecho Común que modifican en determinados aspectos las normas generales de la contratación privada. Dichas normas especiales de la contratación administrativa se encuentran principalmente en la Ley de la Administración Financiera de la República y el Reglamento de la Contratación Administrativa, pero también dispersas en otras leyes y reglamentos.

Con base en estas consideraciones —muy elementales, pues la figura del contrato administrativo es polémica y un análisis a fondo excedería notablemente el ámbito de este trabajo— cabe formular algunas conclusiones aplicables a los contratos de empréstito público, particularmente a los contratos de crédito externo celebrados con bancos privados extranjeros.

No hay duda de que deben catalogarse como contratos administrativos desde un punto de vista subjetivo, dada la necesaria participación del Estado o un ente público como deudor. Asimismo, normalmente su finalidad está ligada a la ejecución de obras o servicios públicos. Ahora bien, en la medida en que la interpretación y ejecución de estos contratos se encuentren expresamente sometidas a la legislación comercial de un Estado extranjero y las potestades típicas de la administración pública estén ausentes, no es posible considerarlos como contratos administrativos *strictu sensu*. Se trata de contratos cuyo objeto se rige mayoritariamente por el Derecho Privado, sin que ello nos haga olvidar lo dicho respecto a la competencia y el procedimiento de suscripción, que siempre estarán sujetos a las normas y principios del Derecho Público de conformidad con nuestro Ordenamiento jurídico.

Recuérdese también que cuando se trata de contratos suscritos con organismos multilaterales o con otros Estados, entran también en juego aspectos de Derecho Internacional Público, más aún en los casos en que el empréstito llega a configurarse como un verdadero tratado

---

49. Con base, principalmente, en los artículos 92 de la Ley de la Administración Financiera de la República y 3 y 288 del Reglamento de la Contratación Administrativa.

50. Dice el artículo 3 de la Ley General de la Administración Pública: "*1. El Derecho Público regulará la organización y actividad de los entes públicos, salvo norma expresa en contrario. 2. El Derecho Privado regulará la actividad de los entes que por su régimen de conjunto y los requerimientos de su giro puedan estimarse como empresas industriales o mercantiles comunes*".

51. Véanse los incisos a) y c) del artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

internacional. Esto último será objeto de análisis más adelante.

5. La modificación de los contratos de empréstito.

Es común la renegociación de las condiciones de la deuda pública externa entre el Gobierno de Costa Rica y sus acreedores. Esto plantea el problema jurídico de si los acuerdos o convenios en los cuales se modifican las condiciones de empréstitos anteriores deben ser también sometidos a aprobación legislativa.

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución no hace diferencia alguna, pues se refiere genéricamente a la aprobación legislativa de los empréstitos y convenios similares que se relacionen con el crédito público. En consecuencia, no queda más que estimar que todo acuerdo o convenio de renegociación debe someterse también a aprobación legislativa.

Ahora bien, si un contrato de empréstito aprobado por la Asamblea Legislativa contempla expresamente la posibilidad de modificación o renegociación de algunas de sus condiciones por acuerdo entre las partes, considero que dichos acuerdos ulteriores no requerirían ir de nuevo a la Asamblea Legislativa. En este sentido se ha pronunciado la Procuraduría General de la República.[52]

Pero toda modificación que no haya sido prevista al menos genéricamente en el contrato original, que implique cambios sustanciales o que de cualquier forma aumente o agrave compromisos previamente adquiridos por el Gobierno, tendría que ser sometida nuevamente a aprobación legislativa. En un caso concreto en que se pretendía cambiar el proyecto a ser financiado por un empréstito, la Procuraduría sostuvo, con toda razón a mi criterio, que por tratarse de un cambio sustancial se requería aprobación legislativa, pues lo contrario sería burlar lo dispuesto en el inciso 15) del artículo 121 constitucional.[53]

B. Modalidades de empréstitos públicos.

1. Empréstitos públicos y convenios similares.

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución requiere la aprobación legislativa de los empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo.

Como antes expliqué, el concepto tradicional de empréstito es el de una emisión de bonos en serie por parte del Gobierno, con el fin de obtener recursos mediante la colocación de esos bonos en el mercado. Los contratos de crédito externo, que pueden ir o no acompañados de la suscripción por el deudor de pagarés u otros títulos valores ejecutivos, no calzan dentro del concepto tradicional de empréstito.

Que el inciso 15) del artículo 121 constitucional se refiere no sólo a empréstitos en sentido estricto sino también a los contratos de crédito, es una cuestión que no ofrece duda. Ello por cuanto se habla de los empréstitos "o convenios similares" que se relacionen con el crédito público.

2. Empréstitos públicos internos y externos.

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución distingue tres modalidades de empréstitos públicos. En el primer párrafo se refiere en términos generales a los "empréstitos o convenios similares que se relacionen con el crédito público". En el segundo párrafo se refiere a "la contratación de empréstitos en el exterior" y a los empréstitos "que, aunque convenidos en el país, hayan de ser financiados con capital extranjero". Estos dos últimos son los que requieren aprobación legislativa por mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

O sea que, según la Constitución, dentro de lo que he llamado empréstitos externos, que requieren aprobación legislativa por mayoría calificada, entran dos categorías: los empréstitos contratados en el exterior y los empréstitos contratados en el país pero financiados con

52. *Procuraduría General de la República*, oficio C-016-91, dirigido al Ministro de Agricultura y Ganadería el 4 de febrero de 1991.

53. *Procuraduría General de la República*, oficio C-132-91, dirigido al Director de Financiamiento Externo del Ministerio de Hacienda el 30 de julio de 1991.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

capital extranjero. El sentido de esta diferenciación no es del todo claro y da lugar a ciertas interrogantes, sobre todo ante la ausencia de discusión al respecto en las actas de la Asamblea Constituyente.

En primer lugar, ¿por qué poner énfasis en el lugar de la contratación? Por ejemplo, un empréstito entre el Gobierno de Costa Rica y una institución o empresa costarricense, pactado en moneda nacional, por el solo hecho de que la contratación sea efectuada en el exterior requeriría la aprobación legislativa por mayoría calificada.

A mi criterio, esto tiene sentido si se estima que, normalmente, la suscripción de un contrato en el exterior implica para el Gobierno la sumisión a la jurisdicción o a la legislación de ese lugar. Tal vez por eso el constituyente le dio más importancia al lugar de la contratación que al domicilio del acreedor.

El otro supuesto, el de empréstitos convenidos en el país pero financiados con capital extranjero, plantea el problema de qué ha de entenderse por capital extranjero. ¿Se entiende por capital extranjero moneda extranjera, o bien cualquier moneda, incluso nacional, que sea propiedad de extranjeros? Y en este último caso, ¿deben considerarse extranjeros los que no sean de nacionalidad costarricense, aunque vivan en el país, o bien los que no tengan su domicilio en Costa Rica?

En realidad, es difícil que estas interrogantes sobre el verdadero sentido del párrafo segundo del inciso 15) del artículo 121 de la Constitución se presenten en la práctica, debido a que, casi sin excepción, los empréstitos externos que suscribe el Gobierno son acordados con bancos o instituciones multilaterales domiciliados en el extranjero y además son pactados en moneda extranjera, o sea que no dejan lugar a dudas. En todo caso, la distinción es relevante únicamente para efectos de determinar si la aprobación legislativa debe ser por mayoría simple o por mayoría calificada, lo cual tendría que determinarse con base en un análisis caso por caso.

3. Empréstitos del Poder Ejecutivo y de las instituciones públicas descentralizadas.

El inciso 15) del artículo 121 de la Constitución se refiere a la aprobación legislativa de empréstitos celebrados por el Poder Ejecutivo, por lo cual queda fuera de su alcance el endeudamiento de las instituciones y empresas públicas descentralizadas, salvo cuando el Poder Ejecutivo figure como garante. Esto último porque el otorgamiento de una garantía —como se sabe, la fianza y el aval son las más comunes— compromete aunque sea potencialmente los recursos del Estado.

En otras palabras, la Constitución Política sólo requiere la aprobación legislativa para los créditos externos en los cuales el Gobierno de la República figure como deudor o como garante. Los créditos externos que puedan suscribir directamente las entidades públicas descentralizadas sin la garantía del Gobierno —cosa poco usual pues los acreedores externos suelen exigir dicha garantía— quedan fuera de la regulación constitucional.

Una de las instituciones públicas descentralizadas que, dada la naturaleza de sus funciones, suele estar habilitada para contratar créditos externos sin necesidad de garantía expresa del Gobierno, y, por ende, sin necesidad de aprobación legislativa, es el Banco Central. Lo mismo se aplica en nuestro medio a los bancos comerciales del Estado, los cuales sí requieren la autorización del Banco Central de Costa Rica.[54]

C. Empréstitos públicos externos y tratados internacionales.

1. Disposiciones constitucionales sobre tratados.

Al igual que los empréstitos públicos y

54. Artículos 87 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y 58 inciso 4) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

convenios similares, los tratados internacionales deben ser celebrados por el Poder Ejecutivo y ser sometidos a la aprobación de la Asamblea Legislativa, según lo establece la Constitución.

Dice el inciso 4) del artículo 121 de la Constitución:

> "Artículo 121.—Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...)
>
> 4) Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos.
>
> Los tratados públicos y convenios internacionales, que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un Ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.
>
> No requerirán aprobación legislativa los protocolos de menor rango, derivados de tratados públicos o convenios internacionales aprobados por la Asamblea, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación".

Por su parte, el inciso 10) del artículo 140 establece lo siguiente:

> "Artículo 140.—Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...)
>
> 10) Celebrar convenios, tratados públicos y concordatos, promulgarlos y ejecutarlos una vez aprobados por la Asamblea Legislativa o por una Asamblea Constituyente, cuando dicha aprobación la exija esta Constitución".

2. Diferencia entre tratados y empréstitos externos.

Teóricamente, la diferencia entre un tratado internacional y un empréstito público externo no debería presentar problemas. El tratado es un acuerdo entre Estados u otros sujetos de la comunidad internacional, que se rige por el Derecho Internacional Público. Mientras tanto, el empréstito es un negocio jurídico contractual, de contenido esencialmente económico, que se rige por el Derecho Público o Privado interno de alguno de los Estados contratantes o eventualmente de un tercero.[55] Sin embargo, en la práctica la distinción puede no ser fácil cuando un empréstito se celebra entre dos Estados, o bien entre un Estado y un organismo con personalidad jurídica internacional.

La Sala Constitucional se planteó este problema en otra resolución, la Nº 1026-90, concretamente al determinar si el convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos al amparo del programa PL-480 constituye un tratado internacional o un empréstito.[56] El criterio de la Sala fue que constituye un tratado internacional, no sólo por ser suscrito entre Estados, sino también y principalmente por el contenido mismo del convenio, que "excede de lo que está previsto por el inciso 15 del artículo 121 de la Constitución Política, para participar también, de la naturaleza de los actos previstos en el inciso 4) del mismo numeral".

Los aspectos que exceden las previsiones de un simple empréstito son, según la resolución de la Sala, "otro tipo de deberes de Derecho Público" incluidos en el convenio, como son los compromisos que asume el Gobierno de Costa Rica de presentar proyectos de ley para regular determinadas materias, crear determinada clase de órganos regionales, eliminar ciertas disposiciones que había tomado anteriormente, etc.

De lo expuesto se concluye que, tratándose de empréstitos celebrados entre el Gobierno de Costa Rica y otros gobiernos u otros sujetos de la comunidad internacional con capacidad para suscribir tratados, deberá anali-

---

55. En estos términos plantea la distinción la Sala Constitucional, en la resolución Nº 1027-90. La Sala se basa en la definición de tratado internacional contenida en la Convención de Viena. Dicha definición, aunque no contempla expresamente la existencia de tratados entre sujetos internacionales que no sean Estados soberanos, tampoco excluye o limita esa posibilidad.

56. *Sala Constitucional*, Nº 1026-90 de las 16 horas del 29 de agosto de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

zarse el contenido del respectivo instrumento a efecto de determinar si se trata de un empréstito o más bien de un tratado internacional.

Si se sigue el criterio establecido por la Sala Constitucional en la resolución número 1026-90, me parece que los préstamos de ajuste estructural suscritos entre el Gobierno de Costa Rica y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento tendrían que considerarse tratados internacionales, pues aparte de tratarse de dos sujetos con capacidad jurídica internacional, las obligaciones que asume el Gobierno en este tipo de préstamos van aún más allá que las contenidas en el convenio PL-480.

Es interesante que en la resolución Nº 1026-90 en comentario, la Sala Constitucional señala que el Convenio PL-480 excede de la naturaleza de un empréstito "para participar también" de la naturaleza de un tratado, es decir, el instrumento reúne características de ambas figuras. Siendo así, tendría que ser aprobado por la mayoría calificada prevista para los empréstitos externos, no simplemente por la mayoría absoluta que, según el párrafo primero del inciso 4) del artículo 121 en relación con el artículo 119 de la Constitución, se requiere para la aprobación de los tratados internacionales en general.

3. Importancia práctica de la distinción.

La determinación de si un instrumento suscrito por el Gobierno de la República constituye un empréstito o un tratado internacional tiene consecuencias prácticas importantes en nuestro medio.

Primero, el inciso 4) del artículo 121 de la Constitución exige la aprobación legislativa de los tratados y el inciso 15) del mismo artículo también exige la aprobación legislativa de los empréstitos públicos y convenios similares. Pero, como se acaba de mencionar, en el primer caso la aprobación es por mayoría absoluta de los votos presentes, salvo los tratados de tipo comunitario que requieren una mayoría excepcional, mientras que en el caso de los empréstitos públicos externos la aprobación es siempre por mayoría calificada de dos tercios del total de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Segundo, de acuerdo con el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el caso de la aprobación legislativa de los tratados internacionales la consulta legislativa previa a la Sala Constitucional es preceptiva, mientras que en el caso de los empréstitos es facultativa. Este es precisamente el punto que motivó la resolución Nº 1026-90 de la Sala Constitucional, en el caso del convenio PL-480.

Tercero, el párrafo final del inciso 4) del artículo 121 constitucional exime de aprobación legislativa los protocolos de menor rango derivados de tratados, cuando el tratado haya autorizado expresamente tal derivación. Surge la duda de si podría aplicarse esta excepción a empréstitos, no obstante lo dispuesto en el inciso 15) del mismo artículo. Es decir, si un empréstito público externo se deriva de un tratado suscrito con anterioridad, ¿está dicho empréstito exento de aprobación legislativa?

El criterio de la Procuraduría ha sido que no, debido a la especificidad del inciso 15) del artículo 121 constitucional, salvo que el tratado haya definido las condiciones financieras de los posteriores empréstitos.[57]

A mi criterio esta posición es aceptable, pero debe siempre exigirse que el tratado que contempló la suscripción de posteriores empréstitos haya definido con mucha precisión las condiciones de estos y, además, que haya sido aprobado por la mayoría calificada propia de los empréstitos externos. De lo contrario se estaría burlando la previsión del inciso 15) del artículo 121 de la Constitución, de manera semejante al caso de la modificación o renegociación de los empréstitos mencionados anteriormente.

En otra resolución, la Nº 682-90, la Sala Constitucional indicó a la Asamblea Legislativa

57. *Procuraduría General de la República*, oficio C-053-90 dirigido al ministro de Hacienda el 4 de abril de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

que no consideraba indispensable la aprobación legislativa de un convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de España, por ser derivación de un tratado marco de cooperación anterior. Aunque aquí el convenio derivado no constituía propiamente un empréstito, sino más bien un convenio de cooperación técnica.[58]

4. *Competencia para suscribir tratados y empréstitos.*

Corresponde a la Asamblea Legislativa aprobar los tratados y los empréstitos. Pero la negociación y suscripción corresponde al Poder Ejecutivo, según los incisos 10) y 19) del artículo 140 de la Constitución, que se refieren a la celebración de tratados y a la suscripción de empréstitos, respectivamente. Es decir, lo que la Asamblea Legislativa ejerce es una función contralora, de aprobación o improbación, aunque con diferente objeto en cada caso: en uno, las relaciones internacionales, en otro, el endeudamiento público.

Es importante señalar que, en vista de que su intervención es aprobatoria o improbatoria, la Asamblea Legislativa no tiene competencia para renegociar o modificar el contenido de los tratados ni los empréstitos previamente suscritos por el Poder Ejecutivo.

¿Por qué digo que la celebración de tratados y la suscripción de empréstitos es competencia del Poder Ejecutivo? Porque según el artículo 140 de la Constitución, son facultades que "corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno" y, como se sabe, de acuerdo con el artículo 130 constitucional el Poder Ejecutivo lo ejercen el presidente de la República y los ministros de Gobierno en calidad de obligados colaboradores. Esto lo reitera la Ley General de la Administración Pública, que en el párrafo 2 de su artículo 21 señala que el Poder Ejecutivo lo forman el Presidente de la República y el Ministro del ramo.

Como en el caso de los tratados estamos ante el manejo de las relaciones internacionales, potestad del Poder Ejecutivo prevista en el inciso 12) del artículo 140 constitucional, el ministro indicado sería el de Relaciones Exteriores. En el caso de los empréstitos públicos, estamos más bien ante el manejo de la hacienda pública, también potestad del Poder Ejecutivo prevista en el inciso 7), por lo que el ministro indicado sería el de Hacienda.

La práctica ha sido que el ministro de Relaciones Exteriores intervenga también en la suscripción de los empréstitos públicos externos, aunque no directamente sino confiriendo plenos poderes al ministro de Hacienda o a representantes diplomáticos en el respectivo país. Esta misma forma de delegación suele utilizarse con respecto a algunos tratados internacionales.

III. MARCO LEGAL Y REGLAMENTARIO DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO EXTERNO

En la sección anterior se examinó cómo está regulado el endeudamiento público externo a nivel constitucional, los problemas de interpretación que pueden existir y de hecho han existido en la práctica y el estado de la jurisprudencia al respecto. Esta sección se concentra en el marco legal, el cual define sobre todo la competencia de las diversas instituciones que intervienen en el control y aprobación del endeudamiento público externo. También se hace

58. *Sala Constitucional,* Nº 682-90 de las 17:15 horas del 19 de junio de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

referencia a las principales disposiciones reglamentarias.

1. Ley de la Administración Financiera de la República.

A nivel legal, no existen disposiciones específicas que regulen la intervención del Ministerio de Hacienda en el trámite y aprobación del endeudamiento público externo. Sin embargo, no cabe duda de que el Ministerio de Hacienda es el órgano del Poder Ejecutivo competente en esta materia, dada su competencia general en el manejo de la administración financiera del Estado.

Así, el artículo 1 de la Ley de la Administración Financiera de la República dispone lo siguiente:

> "La administración financiera de la República corresponde al Poder Ejecutivo y estará bajo la superior vigilancia del Ministro de Hacienda quien velará por su correcta realización y por la acertada organización de las oficinas que de modo inmediato han de llevar a cabo la gestión financiera nacional"..

También contiene algunas disposiciones esta ley sobre la forma en que los recursos provenientes del crédito público deben incorporarse al Presupuesto Nacional, concretamente los artículos 41 y 53.

Es interesante señalar que el artículo 53 permite al Poder Ejecutivo hacer uso del crédito público interno "ad referendum", pero únicamente cuando fuere indispensable para cubrir los gastos autorizados en el presupuesto ordinario por no haberse producido las rentas previstas o para cancelar créditos de la deuda interna de modo que el total de la deuda pública no aumente ni sus condiciones resulten más onerosas para el Estado. En ambos casos se establece que el Poder Ejecutivo deberá someter la operación a conocimiento de la Asamblea Legislativa, a más tardar dentro del mes siguiente, para efectos de la aprobación prevista en el inciso 15) del artículo 121 constitucional.

2. Ley de Planificación Nacional.

De conformidad con el artículo 10 de la Ley de Planificación Nacional,[59] los ministerios e instituciones autónomas y semiautónomas deben obtener la aprobación del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica de previo a iniciar trámites para obtener créditos en el exterior. Además, al Ministerio de Planificación corresponde otorgar la aprobación final de los proyectos de inversión de los organismos públicos cuando incluyan financiamiento externo o requieran aval del Estado para su financiación, e incluso del sector privado cuando necesiten la garantía del Estado.

Dice el artículo 10 lo siguiente:

> "Ningún ministerio u organismo autónomo o semiautónomo podrá iniciar trámites para obtener créditos en el exterior sin la previa aprobación de la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica.
>
> La aprobación final de los proyectos de inversión de los organismos públicos, cuando estos proyectos incluyan total o parcialmente financiamiento externo o requieren aval del Estado para su financiación, será otorgada por la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica, en cuanto a su prioridad dentro del Plan Nacional de Desarrollo. Este último trámite de aprobación conjunta se seguirá también en el caso de proyectos de inversión del sector privado que necesiten el aval o garantía del Estado para su gestión financiera. La prioridad de cada proyecto se establecerá tomando en cuenta, entre otras cosas, los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, todo sin perjuicio de lo que establece el inciso 15 del artículo 121 de la Constitución Política.
>
> Para asegurar el cumplimiento de la política general de financiamiento externo, la Oficina de Planificación Nacional y Política Económica participará en las negociaciones de crédito para el sector público.
>
> En lo referente a los bancos del Sistema Bancario Nacional, se mantienen vigentes las normas establecidas en las leyes del Banco

59. Ley Nº 5525 de 2 de mayo de 1974.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Central de Costa Rica y del Sistema Bancario Nacional".

Obsérvese que, según esta disposición, la aprobación previa de MIDEPLAN es necesaria para "iniciar trámites para obtener créditos en el exterior". Esto en la práctica generalmente no se cumple, pues las instituciones descentralizadas e incluso los mismos ministerios tienden a gestionar por su cuenta los créditos externos en los que tienen interés.

Asimismo, se exige la aprobación final de MIDEPLAN de los proyectos de inversión de los organismos públicos "en cuanto a su prioridad dentro del Plan Nacional de Desarrollo". En la práctica, la intervención de MIDEPLAN ha llegado a exceder notablemente ese propósito, pues el citado Ministerio evalúa y aprueba cada proyecto en sus aspectos financieros, técnicos y administrativos. En todo caso, es conocida la limitada eficacia práctica que ha caracterizado al Plan Nacional de Desarrollo y otros instrumentos de la planificación pública en Costa Rica.

3. Leyes bancarias.

El artículo 87 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica dispone que todo endeudamiento externo o emisión de títulos valores, por parte de los bancos del Sistema Bancario Nacional y las empresas financieras no bancarias, deberá contar con la aprobación previa de la Junta Directiva del Banco Central.

El texto del artículo es el siguiente:

"Todo endeudamiento externo, así como la emisión de bonos, títulos u otros valores mobiliarios por parte de los bancos del Sistema Bancario Nacional, o de las empresas financieras no bancarias, requerirán de la aprobación previa de la Junta Directiva del Banco Central.

La Junta Directiva deberá fijar límites máximos para el endeudamiento de los bancos y de las demás entidades sujetas a su control, de acuerdo con su diferente naturaleza. Dichas limitaciones se establecerán con base en la relación del pasivo total con el capital suscrito y pagado no redimido y las reservas patrimoniales, o por medio de cualquier otra razón financiera basada en el capital y las reservas de esos intermediarios financieros".

Por su parte, el artículo 121 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica dispone que tanto el Gobierno como las instituciones públicas deberán solicitar un dictamen al Banco Central de previo a efectuar operaciones de crédito en el interior o en el extranjero.

Dice textualmente el citado artículo:

"Siempre que el Gobierno de la República tenga el propósito de efectuar operaciones de crédito en el extranjero, el Ministerio de Economía y Hacienda solicitará un dictamen del Banco Central, previo a la realización de la operación en trámite. Igual dictamen deberán solicitar también las instituciones públicas cuando traten de contratar créditos en el exterior.

El dictamen del Banco deberá basarse en la situación del mercado de divisas extranjeras, así como también en las repercusiones que pueda tener la operación en trámite en la balanza de pagos internacionales y en el volumen del medio circulante.

Cuando el Gobierno o las entidades mencionadas intenten contratar empréstitos en el interior del país, también deberán solicitar su dictamen al Banco, el cual lo emitirá con el propósito de dar a conocer su criterio sobre la conveniencia del proyecto, y de coordinar su política monetaria y crediticia con la política financiera y fiscal de la República.

El Banco hará publicar sus dictámenes en el Diario Oficial, salvo los que estime de carácter confidencial".

De la redacción de este artículo se desprende que el dictamen del Banco Central de Costa Rica es obligatorio, pero no vinculante. Sin embargo, como veremos más adelante, el artículo 7 de las leyes Nº 6947 y Nº 7010 le dio carácter vinculante a la opinión del Banco Central.

Finalmente, según el artículo 58 inciso 4) de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, los bancos comerciales de dicho Sistema pueden financiar sus operaciones con la contratación de empréstitos en el país o en el extranjero, previa autorización del Banco Central.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4. Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria.

El artículo 10 de la Ley de Creación de la Autoridad Presupuestaria[60] obliga a las instituciones del sector público no bancario a obtener autorización previa de la Autoridad Presupuestaria para negociar préstamos externos.

El siguiente es el texto de dicha norma:

> "Ninguna institución del sector público, excepto las del sector financiero bancario, podrá negociar préstamos externos sin la autorización previa de la Autoridad Presupuestaria.
>
> Para efectos de este artículo, la Autoridad Presupuestaria deberá pronunciarse en un término no mayor de diez días hábiles".

Es importante señalar que los bancos del Estado, el Banco Popular y de Desarrollo Comunal y el Banco Hipotecario de la Vivienda fueron excluidos del ámbito de control de la Autoridad Presupuestaria, por la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República.[61]

5. Leyes de reestructuración de la deuda pública externa.

La Ley Nº 6947 de 27 de febrero de 1984, en la cual se aprobaron los contratos de reestructuración de la deuda pública externa de Costa Rica con varios bancos privados extranjeros, estableció que la contratación de créditos, tanto internos como externos, por parte de las instituciones y empresas públicas, debería contar con la autorización previa del Ministerio de Planificación y la Autoridad Presupuestaria y con el dictamen favorable del Banco Central.

El texto del artículo 7 es el siguiente:

> "Ninguna institución pública del sector descentralizado del Estado, ni empresa en la que el Estado o sus instituciones posea más del cincuenta por ciento de las acciones, podrá contratar créditos, externos o internos, si no cuenta con la autorización previa del proyecto elaborado por el Ministerio de Planificación Nacional, así como con el dictamen favorable del Banco Central de Costa Rica y la autorización de la Autoridad Presupuestaria. El dictamen que rinda el Banco, en relación con el crédito que se pretende contratar, resultará vinculante para la respectiva institución o empresa".

La Ley Nº 7010 de 25 de octubre de 1985, en la cual se aprobaron nuevamente varios contratos de financiamiento del país con bancos privados extranjeros, repitió, al parecer inadvertidamente, el mismo artículo 7 de la Ley Nº 6947.

Este artículo 7 de ambas leyes pretendió reforzar la intervención de MIDEPLAN, el Banco Central de Costa Rica y la Autoridad Presupuestaria en el control de la contratación de créditos por parte de las instituciones públicas en general. Sin embargo, se excedió por varias razones. Primero, se refiere indiscriminadamente a la contratación de créditos internos y externos, lo cual es demasiado amplio si se piensa en los diversos fines y alcances de los créditos que contratan las instituciones públicas. Segundo, no hizo la excepción de los bancos públicos, los cuales por su naturaleza de intermediarios financieros contratan constantemente créditos internos y externos, en lo que deben estar sometidos al control del Banco Central pero no al de MIDEPLAN y la Autoridad Presupuestaria.

La excesiva amplitud de este artículo 7 ha sido mitigada en la práctica por la interpretación restrictiva del Banco Central de Costa Rica y otros organismos involucrados en su aplicación.

Después de la promulgación de las Leyes Nº 6947 y Nº 7010, nuestro país marcó un hito en el ámbito de la renegociación de la deuda externa con la promulgación de la Ley sobre la Deuda Externa Comercial del Sector Público de Costa Rica,[62] la cual aprobó la recompra de parte y la renegociación del resto de la deuda pública de Costa Rica con los bancos comerciales extranjeros. El convenio aprobado por

---

60. Ley Nº 6821 de 19 de octubre de 1982.

61. Artículo 6 de la Ley Nº 7107 de 4 de noviembre de 1988.

62. Ley Nº 7143 de 30 de marzo de 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

esta ley incluyó dos emisiones de bonos en serie por parte del Gobierno, constituyendo típicos empréstitos públicos externos, en el sentido clásico del término empréstito.

Finalmente, otras disposiciones legales han aprobado la reestructuración de la deuda pública de Costa Rica ya no con bancos privados sino con gobiernos e instituciones públicas de países extranjeros, organizados para estos efectos en el grupo conocido como "Club de París". Entre ellas están la Ley Nº 6983 de 18 de marzo de 1985 y el artículo 41 de la Ley de Presupuesto Ordinario Nº 7055 de 11 de diciembre de 1986. Estas no contienen disposiciones generales en materia de endeudamiento de las instituciones públicas, similares al artículo 7 de las Leyes Nº 6947 y Nº 7010.

6. Marco reglamentario.

Diversos decretos ejecutivos fueron promulgados a efecto de regular el procedimiento de aprobación de créditos externos por parte de las instituciones públicas.

El Decreto Ejecutivo Nº 8654-P-H de 30 de mayo de 1978 estableció que las gestiones y negociaciones de crédito externo del sector público, y las del sector privado que requirieran el aval del Estado, deberían centralizarse en el Ministerio de Hacienda. Asimismo, se encargó al Ministerio de Hacienda, el Ministerio de Planificación y el Banco Central la formación de una comisión de alto nivel para coordinar la política nacional de financiamiento externo.

El Decreto Ejecutivo Nº 8760-H de 6 de junio de 1978 creó el Consejo Nacional de Financiamiento Externo. Según reforma introducida por Decreto Ejecutivo Nº 15100-H de 26 de diciembre de 1983, dicho Consejo se encontraba integrado por el ministro asesor en Financiamiento Externo, quien lo preside, un representante del Banco Central, uno del Ministerio de Hacienda y uno del Ministerio de Planificación. El Consejo Nacional de Financiamiento Externo nunca ha funcionado estable y eficazmente en la práctica.

El Decreto Ejecutivo Nº 8761-H de 27 de junio de 1978 estableció y definió las funciones de la Dirección de Financiamiento Externo (DIFEX) como dependencia del Ministerio de Hacienda.

El Reglamento de Financiamiento Externo, Decreto Ejecutivo Nº 9509-H de 17 de enero de 1979, reguló el procedimiento de gestión y negociación del crédito externo del Gobierno Central y de aquellas instituciones públicas y privadas que requieran el aval del Estado.

El Reglamento para el Registro y Control de la Deuda Externa de las Instituciones del Sector Público Costarricense, emitido por la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica y citado anteriormente, reguló el registro y atención de las obligaciones externas de las instituciones públicas, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Banco Central y las Leyes Nº 6947 y Nº 7010.

Finalmente, fue promulgado el Decreto Ejecutivo Nº 20581-H de 19 de junio de 1991, que derogó los decretos ejecutivos anteriores a fin de establecer con mayor claridad la competencia de los órganos del Ministerio de Hacienda en materia de crédito público y el procedimiento de aprobación y control del endeudamiento público externo. Si bien no hay duda de que este Reglamento ordena competencias y procedimientos, su eficacia práctica aún está por verse.

IV. IDEAS SOBRE LA REFORMA AL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ENDEUDAMIENTO PÚBLICO EXTERNO

1. Reformas a la Constitución.

La lentitud y entrabamiento para disponer de recursos financieros externos ha sido achacada en diversos foros a la disposición constitucional que requiere la aprobación legislativa de los empréstitos suscritos por el Poder Ejecu-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tivo. Así, varias posibilidades se han planteado sobre la reforma a este régimen.

Una opción, que se utiliza en otros países latinoamericanos, es que la Asamblea Legislativa otorgue una autorización global al Poder Ejecutivo para contratar créditos externos, autorización que se incluiría anualmente en el Presupuesto Nacional.

A mi criterio este mecanismo es adecuado, siempre que exista un equilibrio en los parámetros que fije la Asamblea Legislativa. Estos deben ser flexibles, de manera que permitan al Poder Ejecutivo adaptarse a las cambiantes condiciones del mercado financiero internacional. Pero no pueden ser tan amplios que prácticamente hagan desaparecer el control legislativo en esta materia, tan delicada y tan propensa a abusos que, como lo demuestra la experiencia, pueden ser devastadores para la economía del país.

Otra posibilidad es fijar, a nivel constitucional, un plazo perentorio a la Asamblea Legislativa para pronunciarse sobre los empréstitos externos que someta a su conocimiento el Poder Ejecutivo. También este mecanismo me parece aceptable, similar a lo que ocurre con la Ley de Presupuesto Nacional de conformidad con el artículo 178 de la Constitución. Lo que no considero apropiado es establecer una especie de "silencio positivo", es decir, que vencido el plazo el empréstito se tenga automáticamente por aprobado. Esto último se prestaría para entorpecer o extender la discusión legislativa a efecto de que, por transcurrido el plazo, los empréstitos tengan que aprobarse.

Una opción más radical es eliminar del todo la necesidad de aprobación legislativa de los empréstitos públicos. Sin embargo, la viabilidad de esto es difícil, dado que el control legislativo sobre el endeudamiento público es una tradición muy arraigada en nuestro medio, recogida además por la mayoría de las constituciones latinoamericanas. Más bien, hay quienes han abogado porque no sólo el endeudamiento de la administración central sino también el del propio Banco Central de Costa Rica y demás instituciones públicas descentralizadas se someta a la aprobación legislativa.

2. Reformas al marco legal y reglamentario y sistemas de control.

Se ha planteado la posibilidad de una reforma al Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, a efecto de fijar un trámite prioritario para la discusión de los contratos de empréstito. Esta opción también parece adecuada. Ahora bien, considero que por vía de reforma al Reglamento legislativo no podría obligarse a una votación dentro de determinado plazo perentorio, pues esto requeriría de reforma constitucional.[63]

Lo ideal en el ámbito legislativo es, sin duda, la promulgación de una ley que regule de manera global y coherente el endeudamiento público externo de la administración central y las instituciones públicas descentralizadas, sustituyendo las diversas disposiciones legales dispersas antes citadas. Ha habido diversos proyectos, pero ninguno se ha concretado en ley de la República.[64]

Siendo que Costa Rica, como los demás países en desarrollo, depende y en alguna medida seguirá dependiendo del financiamiento externo para lograr y sostener su crecimiento económico, una ley que organice y complete las normas dispersas en esta materia habría sido importante, y extraña que los gobiernos nunca le hayan dado la prioridad del caso. En gran parte, el caos que ha caracterizado la aprobación y utilización de los recursos externos se debe a la ausencia de un marco legal uniforme y coherente, como lo demuestra la poca eficacia práctica de los decretos ejecutivos y reglamentos que se han dictado. Ahora bien, la trascendencia del régimen legal no

---

63. En este sentido, véase: HERNÁNDEZ VALLE, Édgar, *Trámite especial para empréstitos en la Asamblea Legislativa no procede por vía de reforma reglamentaria*, en **Revista Ivstitia**, San José, Nº 31, julio, 1989, p. 7.

64. Proyecto de "Ley de Regulación del Endeudamiento Externo Público", expediente legislativo Nº 9773, y proyecto de "Ley que establece el Sistema Nacional de Financiamiento Externo", expediente legislativo Nº 9943.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

debe exagerarse pues, como señala Gordillo, más importante para obtener resultados prácticos en este como en otros campos es la existencia de un adecuado y moderno sistema de control de la administración pública.[65]

Dentro de los términos ciertamente desiguales y cada vez más competitivos del sistema económico mundial, la racionalización y el máximo aprovechamiento de los recursos provenientes del crédito externo constituyen un imperativo para los países en desarrollo. El logro de esos objetivos depende, tanto de normas y construcciones jurídicas adecuadas, como también de decisiones políticas que trascienden la esfera jurídica y del establecimiento de sistemas operativos y de control que garanticen una mayor eficiencia en la actividad administrativa del Estado y sus instituciones.

65. GORDILLO, *op. cit.*, pp. 434-35.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

SITUACIONES VARIAS DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA

LIC. RICARDO VARGAS HIDALGO

Los artículos 94 y 95 del Código de Trabajo vigente en el país, fueron reformados por la ley conocida con el nombre de "Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer" (Ley Nº 7142 del 8 de marzo de 1990). Dada su limitada vigencia y su novedad, sólo una parte de la jurisprudencia anterior a esta reforma, tiene valor actual, por lo que, hemos decidido, comentar y dejar anotada la jurisprudencia del año y medio de existencia de la nueva normativa.

Primero: Esta ley en lo que interesa a las trabajadoras prohíbe a los patronos despedirlas cuando estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes laborales de la trabajadora, conforme con las causales establecidas en el artículo 81 del Código de Trabajo.[1]

Segundo: La trabajadora para tener la protección de los artículos 94 y 95 referidos, debe cumplir con dos obligaciones:

a) Avisar al patrono de su estado de embarazo;
b) y demostrar con certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social, que está embarazada.[2]

El Tribunal Superior de Trabajo de San José ha dicho en la sentencia Nº 354-1 que la trabajadora debe hacer las dos cosas, no sólo una, debe avisar y debe demostrar. Asimismo ha manifestado ese alto tribunal que la prueba

---

1. Ver sentencia Nº 718 de las trece horas treinta minutos del 21 de agosto de 1991, que en lo conducente expuso: "...La actora fue despedida por faltar a las obligaciones que le imponía el contrato de trabajo, específicamente por las reiteradas ausencias a sus labores, lo que en la especie sí encaja en los supuestos del inciso g) del artículo 81 del **Código de Trabajo** en el tanto que no se presentó a laborar los días once y doce de setiembre de mil novecientos noventa, sin que presentara justificante alguna y por ese solo hecho resultan improcedentes los extremos de preaviso de despido y auxilio de cesantía que reclama. Ahora bien, se ha invocado el estado de embarazo de la trabajadora para afirmar que el patrono no podía proceder al despido, pues siendo justificado debió dar aviso previo a las autoridades administrativas. La jueza de instancia concluyó en que el patrono no cumplió con tal procedimiento, a pesar de conocer el estado de embarazo por lo que resultaba procedente, al menos parcialmente, la pretensión... El artículo 94 del Código de Trabajo es meridianamente claro al señalar que para gozar de la protección que ahí se establece, es necesario que la trabajadora le dé aviso del embarazo al empleador y además aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social que advierte tal circunstancia, de ahí que este órgano jurisdiccional haya venido señalando que el legislador quiso que la prueba del embarazo fuera contundente y no permitiera dubitaciones de ninguna índole, pues los dos documentos que menciona la articulación de marras tienen fuerza probatoria por el carácter de documentos públicos que poseen, salvo que se logre demostrar su falsedad..."

2. La sentencia Nº 670 de las trece horas del 6 de agosto de 1991 del Tribunal Superior de Trabajo de San José, en lo pertinente dejó dicho: "...V.—Que queda establecido que la intención del legislador al exigir requisitos adicionales y concomitantes con la simple comunicación del estado de embarazo que haga la trabajadora, fue la de asegurar la certeza del hecho. Es decir, que se tutela o protege una situación de hecho como lo es el estado de gravidez de la trabajadora pero bajo presupuestos de veracidad que deben de cumplirse sin excusa alguna. No existiendo situaciones de las cuales fuese posible deducir el embarazo por medio de otros elementos de prueba fehacientes e indubitables como podrían ser una confesión de un representante patronal o bien, hechos públicos y notorios como por ejemplo, una mujer con muchos meses de embarazo y un vientre que evidencia ese estado, podría interpretarse que la finalidad de la norma se está cumpliendo al existir una garantía de certeza que no se obtiene de un documento privado como un reporte de laboratorio clínico sujeto a márgenes de error a veces considerables y sin responsabilidad legal".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

debe referirse a un dictamen médico, por lo que se excluyen otros medios probatorios, en otros términos, que por ejemplo, el informe de un laboratorio no sustituye al dictamen médico. Para casos especiales se admite certificación específica de médico privado, pero la regla general de la trabajadora asegurada, es que debe aportar constancia médica de la Caja Costarricense de Seguro Social.[3]

Tercero: Debe hacer una relación de causa-efecto, entre el conocimiento que tuviera el patrono del embarazo con la prohibición. De manera que si el patrono no ha sido informado del embarazo; si el embarazo no es evidente y por ello no es claramente conocido en la empresa, la prohibición no rige puesto que, el patrono no tiene por qué saber un estado tan íntimo de sus trabajadoras. A contrario sensu, aunque no hubiere aviso del embarazo, pero el mismo es conocido por los representantes patronales —y así lo confiesan en el sub júdice— además de ser la gravidez notoriamente evidente, podría estarse o admitirse como prueba sustituta para caer en la prohibición del despido. Sin embargo, aún en este caso, la trabajadora debe tratar de cumplir con la obligación de comprobar con el dictamen médico su estado por lo que, es recomendable estarse a lo resuelto en la sentencia Nº 328-91 del mismo Tribunal Superior de Trabajo.[4]

Cuarto: La trabajadora puede ser despedida aunque esté embarazada en el período de prueba, es decir, en los primeros tres meses de su relación laboral, por cuanto se considera más importante la institución del período de prueba que la protección de los artículos 94 y 95 precitados. Toda vez que, el período de prueba está establecido en los artículos 28 y 29 del Código de la materia y rigen, ya no para un sector trabajador, sino en forma general, para toda la mano de obra nacional.

Quinto: La trabajadora embarazada puede ser despedida si comete falta grave a las obligaciones que le impone su contrato de trabajo, por cuanto lo que se prohíbe, es el despido de la misma, por el hecho mismo del embarazo o de la lactancia.[5]

Sexto: ¿Qué derechos tendría la trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuera despedida, contraviniendo la prohibición? Tiene derecho, además de solicitar su reinstalación a los tribunales con todos los beneficios pertinentes, al pago del mes prenatal y los tres meses posnatales, además de los salarios dejados de percibir en el período de cesación, con un límite de ocho meses. Desde

---

3. La sentencia del Tribunal Superior de Trabajo de San José, número 670 de las trece horas del 6 de agosto de 1991, en relación con la número 718 del mismo Tribunal de las trece horas treinta minutos del 21 de agosto de 1991, señaló, sobre el tema: "...VI.—Que por todas las consideraciones antes expuestas, si bien es cierto que la actora entregó un reporte de un laboratorio clínico... cuando estaba vigente el contrato de trabajo, dicho documento no tiene la fuerza probatoria que exigen los medios de prueba contemplados en el artículo 94 in fine del Código de Trabajo por lo cual resulta imposible equipararlo". "De acuerdo con lo que aquí se ha manifestado y en atención al criterio jurisprudencial que hemos venido manteniendo, se desprende que la simple comunicación que da la trabajadora al empleador en relación con su posible estado de embarazo y la presentación de un informe de laboratorio clínico, no es suficiente para tener por suplidos los requisitos probatorios que establece el reiterado artículo 94 y así hacerse beneficiaria de los derechos que tanto ese numeral, como el 94 bis, del mismo cuerpo de leyes establecen. Es así que el patrono no tenía que dar aviso del despido de la trabajadora a los órganos administrativos, toda vez que, no se había demostrado la circunstancia del embarazo a través de los únicos elementos probatorios permitidos..."

4. En el mismo sentido se pronunció la sentencia del Tribunal Superior de Trabajo de San José, en el fallo Nº 873 de las ocho horas cincuenta minutos del 7 de octubre de 1991, cuando expresó: "...Siendo que lo narrado es el cuadro fáctico en que se desarrollan los hechos cabe preguntarse, en primer lugar, si en realidad la relación obrero-patronal se rompió cuando a la trabajadora se le envió la primera comunicación, para que ella quedara autorizada a cobrar sus 'prestaciones laborales' y no reintegrarse a su trabajo". Este mismo Tribunal ya se ha pronunciado al respecto, siendo que en la sentencia número 670 de las trece horas del seis de agosto del año en curso se dijo: "III.—Que analizados los presupuestos fácticos y de fondo que se involucran en el litigio, el Tribunal debe fijar primeramente su criterio en relación con la fecha del despido. Esta forma de extinción del contrato de trabajo implica la terminación del vínculo contractual y por consiguiente es a partir de ese momento que cesan en forma definitiva los derechos y deberes entre ambas partes. La resolución contractual unilateral implica un contenido volitivo que debe ser manifestado mediante algún medio material, verbigracia, la carta de despido".

5. Sentencia número 718 de las trece horas treinta minutos del 21 de agosto de 1991.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

luego, que la trabajadora puede simplemente optar por la reinstalación a su labor. Debe tomarse en cuenta que con la reforma, el período de lactancia coincide con los tres meses posnatales. Así es que, no cabe hablar en los tres meses siguientes al alumbramiento de período de lactancia, con independencia de la licencia con goce de salario por ese plazo de tres meses, puesto que ambos derechos se confunden en uno solo. Ahora bien, ¿qué sucede si la trabajadora continúa lactando a su niño después de los primeros tres meses de nacido? Que tiene derecho a continuar amamantando a su niño mientras demuestre con dictamen médico, que ella está en capacidad de continuar lactando.[6]

Sétimo: El apremio corporal contemplado en el artículo 94 bis, por existir norma expresa en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, es de dudosa procedencia en materia laboral, por cuanto aquella ley, sólo mantuvo el apremio corporal para los casos de pensiones alimenticias.

Octavo: Es importante agregar para este pequeño examen de la situación de la trabajadora en estado de gravidez, su parto y derechos paralelos a los dos momentos y los posteriores (incapacidad para el trabajo y época de lactancia), parte de lo cual, ya expusimos, la situación fáctica de la terminación del contrato de trabajo, con la jurisprudencia también del Tribunal Superior de Trabajo, contenida en la sentencia Nº 873 de las ocho horas cincuenta minutos del 7 de octubre de 1991, cuando dejó expuesto, lo que sigue: "...Finalmente, cabe recordarse que para efectos de computar los plazos de prescripción contemplados en la legislación laboral, siempre se toma como punto de partida la fecha de la cesación efectiva de la prestación y no la de la comunicación del despido si estas no coinciden". "Así, en el caso concreto, tenemos que el patrono preavisó a la trabajadora, dándole un término de un mes para ello, lo que a todas luces demostraba la intencionalidad de despedirla con responsabilidad patronal, pero mientras tal término acaecía la unión laboral se mantenía, especialmente bajo la óptica de los elementos de subordinación y dirección inmediata, pues no debe perderse de vista la circunstancia de que el contrato de trabajo es un contrato realidad que mantiene la reciprocidad de las obligaciones hasta que la revocación contractual no sobrevenga en forma efectiva, sea mientras no se materialice. Por ello es que el patrono puede, válidamente, retractarse de su decisión dentro del período del preaviso, sin que se entienda que hubo una solución de continuidad. Por ello, no podemos aceptar la tesis de que la relación contractual efectivamente se rompió, puesto que el hecho de conceder el preaviso, no lo produce en forma automática y porque precisamente el patrono decidió reconsiderar su decisión al solicitarle a la actora que continuara bajo su dependencia. Si bien el patrono le indicó su determinación de 'reintegrarla' al puesto, es lo cierto que el término se mal utilizó, pues como la relación no se había roto lo que daba a entender era su intención de mantener la relación obrero-patronal".

---

6. Sentencia del Tribunal Superior de Trabajo, número 891 de las trece horas del 14 de octubre de 1991 (prestaciones legales, reinstalación en su defecto y los cuatro meses, uno prenatal y tres posparto).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONTRATO AGRARIO

LIC. ÁLVARO JOSÉ MEZA LÁZARUS

1. PREMISA

El estudio del contrato agrario como instituto del Derecho Agrario, si bien recientemente ha sido prolífero por la doctrina iusagraria, (así GALLONI, CARROZZA, MASSART, BASANELLI, DUQUE CORREDOR, entre otros) debe decirse, no ha sido considerado desde una perspectiva crítica y sin temor a su necesaria referencia con la teoría del contrato en general.

Es frecuente, salvo ciertas excepciones que el contrato agrario sea enunciado ligándolo al instituto de la empresa agraria, siguiendo el criterio, interesante por cierto, de GALLONI, que señala a partir del ligamen entre ambos institutos una clasificación de los contratos agrarios en contratos agrarios constitutivos de empresa agraria y contratos para el ejercicio de empresa agraria, así como el concebir la causa del contrato agrario en la empresa agraria. Este criterio, a juicio del suscrito, ha sido seguido por la mayoría de las iusagraristas sin una comprobación científica del mismo. Para decirlo de otra manera, el estudio de los contratos agrarios se ha desarrollado, en los iusagraristas, casi por inercia, partiendo de los criterios de GALLONI, (clasificación) y BASANELLI (causa), lo que implica un estudio simplista del tema. Por si fuera poco, referencia a la teoría general del contrato agrario o del negocio jurídico, no la ha habido, siendo dichas referencias una especie de tabú por temor de los iusagraristas a ser calificados como civilistas.

Considera el autor de esta investigación que un estudio crítico del contrato agrario implica, necesariamente, volver a retomar el tema de la distinción entre contrato agrario y contrato en general, así como una referencia a la teoría del negocio jurídico y un análisis sobre el verdadero significado de la causa del contrato agrario y de la empresa agraria como causa, un análisis sobre la importancia jurídica de la clasificación de los contratos agrarios, tomando en cuenta no enunciaciones meramente teóricas y muy bonitas al oído sino el verdadero fundamento de la clasificación de los contratos en general, los efectos jurídicos que generan dichos contratos, por último, debe de discutirse acerca de la relación entre empresa y contrato agrario y sobre la existencia del contrato agrario o los contratos agrarios.

Es por lo anterior que este estudio intentará comprender un estudio del contrato agrario desde la perspectiva de su origen hasta sus efectos jurídicos y más que la mayoría de los otros trabajos sobre el tema, contendrá una necesaria referencia a la teoría civil y comercial del contrato en general, asimismo, contendrá referencias específicas al contrato agrario en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Costa Rica. Desde ya anticipo que el mismo será blanco de críticas de mis estimables colegas iusagraristas, mas eso precisamente es lo que pretendo, la controversia a fin de que el instituto recobre la perspectiva conflictiva que parece haber perdido en aras de frases rimbombantes pero que jurídicamente no presentan soluciones a la cotidiana contradicción de las relaciones jurídicas convencionales agrarias.

2. EL CONTRATO AGRARIO. DIFERENCIAS CON EL CIVIL

El contrato agrario, como todo instituto típico del Derecho Agrario nace por una necesidad jurídica, económica, social y política. En sí, al igual que la propiedad, posesión y el proceso agrario, a los cuales el Derecho Civil no brindaba las soluciones a las necesidades la realidad agraria (sic), lo que obligó a la promulgación de leyes especiales a las cuales luego la doctrina dotó de valoraciones técnicas y axiológicas, el contrato tiene su origen del contrato en general, es decir del Derecho Civil. Es por ello *que todo contrato agrario es siempre, una* ***convención*** *por medio de la cual se constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas.*

No puede decirse, como lo hacen muchos, que el contrato agrario, se diferencia del civil y comercial por cuanto en aquél la autonomía de la voluntad se encuentra limitada o por la característica tendencial de que el contrato agrario es escrito.

En cuanto a lo primero ello no puede ser el elemento diferenciador entre uno y otros dado que para nadie es un secreto que en el mismo Derecho Privado asistimos a una limitación de la autonomía de la voluntad, al punto de que algunos autores (CARBONIER entre otros) hablan de la crisis del contrato, para llegar finalmente a concluirse que la crisis en realidad está en la voluntad soberana más que en el contrato produciéndose en el Derecho Privado, más que una crisis, *una evolución del contrato* (reclamada por las circunstancias particularmente económicas, según BORDA).

En cuanto a lo segundo, (la tendencia a que los contratos agrarios deben de ser escritos), lo considero más bien una equivocación dado que el mundo jurídico camina más hacia el punto de *permitir la libertad de contratar sin requisitos ad solemnitatem, valorando,* eso sí, *con mayor intensidad el papel de la costumbre y la libertad probatoria, a efectos de demostrar los contratos y sus modalidades o sustituyendo la voluntad no declarada a través de la ley que suple dicha voluntad una vez que existe la contratación.*

El contrato agrario es concebido como tal, diferente del contrato en general, dado que el contrato en el *Derecho Civil era concebido como el instrumento jurídico que permitía a un sujeto adquirir el goce y disfrute de un medio de producción específico, la tierra.* Cuando el *Derecho Agrario* surge el contrato (sic) *que se requiere, no incluye únicamente la posibilidad de ejercer el goce y el disfrute de la tierra, sino también el poder de gestión sobre los medios de producción aptos para la producción de animales y vegetales.*

El mismo ***hecho técnico*** *de la actividad agraria,* las circunstancias económicas y sociales y aún las políticas (en un inicio a través de las reformas agrarias), son los fundamentos del porqué de la autonomía del contrato agrario en relación con la teoría del contrato. Algunas de estas razones o fundamentos también dieron lugar a *la autonomía de otros tipos de contratos en el Derecho como por ejemplo el contrato* mercantil, el contrato administrativo. El contrato agrario, por su parte, no sólo toma elementos de la teoría del contrato en el Derecho Privado sino que incluye elementos del Derecho Administrativo y del moderno Derecho Mercantil a través del surgimiento de la empresa. En líneas generales el contrato agrario *nace por cuanto es el único instrumento jurídico capaz de permitir y regular las relaciones jurídicas tendientes a la obtención y utilización de los*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

medios para el desarrollo del ciclo biológico de conformidad con la teoría de la agrariedad.

En este punto conviene citar la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 217 de las dieciséis horas del veintisiete de junio de mil novecientos noventa cuando señala que "Aun cuando regulado por el Código Civil, el contrato objeto de discusión, y de análisis de este Tribunal es un típico contrato agrario, esto es así porque la causa del contrato fue la constitución de una empresa agraria, donde el actor transmitía su posesión sobre el fundo para que el demandado creara la empresa sobre ese bien..." Asimismo, cuando en la misma sentencia expresa: "Si en los contratos agrarios para que produzcan todos sus efectos jurídicos no es suficiente la entrega de la cosa, pues resulta necesaria la actividad productiva, previamente se requiere del consentimiento... cuando se plantea la consensualidad en Derecho Agrario lo que se pretende indicar es la estrecha relación que debe existir entre la causa del contrato y la empresa..."

Acerca de una definición de contrato agrario hemos encontrado un sinnúmero de ellas, mas creo que las mismas no resisten un análisis tomando en cuenta los criterios que hemos enunciado tanto como premisas como en relación con este punto. Veamos:

Diferentes autores han tratado de enunciar definiciones sobre contrato agrario. Así, a manera de ejemplo, podemos citar algunos de ellos:

> "Contratos agrarios son aquellos que en su estructura esencial, se presentan como un negocio típico constituido entre el propietario del fundo destinado a la producción agraria y aquel que lo explota con la finalidad de recoger frutos".

Esta definición proviene de Bolla, como puede verse de todo lo anteriormente dicho, la misma carece de universalidad, dado que para el contrato agrario abarca únicamente los contratos referidos a la adquisición del bien productivo tierra, aparte de ello no comprende los contratos agrarios de naturaleza entre particulares y entes estatales.

> "Contrato agrario es la relación jurídica convencional que consiste en el acuerdo de voluntad común, destinado a seguir los derechos y obligaciones de sujetos intervinientes en la actividad agraria, con relación a cosas o servicios agrarios".

Esta definición de Vivanco contiene ciertas ventajas sobre lo anterior, mas también se queda en el camino al observarse que incluye únicamente como objeto del mismo cosas o servicios, dejando de lado los aspectos referidos a la actividad agraria y la empresa agraria.

> "El contrato agrario se regula por los principios generales inherentes a los contratos de Derecho Común en lo concerniente al acuerdo de voluntades y al objeto que los define como agrarios es el acuerdo de voluntades que se celebra con el fin o la intención de permitir la explotación agraria".

Esta definición de Rosas también comete el error de limitar el contrato agrario a la explotación agraria de parte de otro con el cual indirectamente lo liga, al igual que Bolla, a los contratos que permite la accesión a los bienes productivos agrarios, olvidándose de las relaciones agrarias de asociación, comercialización, industrialización, así como de clientela y otros.

Aparte de estas definiciones notemos también enunciaciones que los autores realizan, a manera de principios, dogmas o características que han de regir la contratación agraria, así veamos por ejemplo los siguientes:

> "En el Derecho Agrario la autonomía de la voluntad se encuentra totalmente restringida".
>
> (Campagnale)

> "También debe venderse el plazo de los contratos agrarios como una de sus características porque la naturaleza de dichos contratos hace que ocurra una constante con respecto al plazo, este debe ser amplio".
>
> (Brebbia)

> "El contrato agrario constituye el medio mediante el cual el futuro empresario procurándose el goce temporal de la tierra se asegura el elemento fundamental de la organización económica de la empresa agrícola".
>
> (Basanelli)

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

> "El contrato agrario es contrato para la empresa agraria, esto es, que tiene en la empresa agrícola su causa".
>
> (Galloni)

Estas enunciaciones también cometen el error de ser específicas e incluso muchas de ellas carentes de fundamento, así, el considerar que la autonomía de la voluntad se encuentra totalmente restringida, es una aseveración sin fundamento alguno; asimismo, el determinar como general la ampliación de los plazos es excluir los contratos agrarios de la ejecución simultánea del todo.

3. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO AGRARIO

Acerca de la naturaleza jurídica del contrato agrario, no hemos encontrado planteamiento; quizá debemos reconocer en CARROZZA un intento de ello, sobre el punto. Es corriente recordar referencias a una doble naturaleza jurídica o más correctamente a una naturaleza mixta del contrato agrario, tanto en Derecho Privado como de Derecho Público, lo que nos remite, necesariamente, al escabroso tema de la misma naturaleza jurídica del Derecho Agrario, al cual muchos han querido ligar a una nueva rama titulada Derecho Social.

La determinación de la naturaleza jurídica del contrato agrario nos lleva a un tema que ya el autor CARROZZA había planteado, este es el de determinar si debemos hablar de contrato agrario o de contratos agrarios, asimismo surge otro problema, al cual la doctrina iusagrarista aún no ha hecho referencia, cual es el de cuestionarse si de conformidad con la teoría moderna, podemos hablar del contrato agrario como un tipo de **negocio jurídico o** si podemos hablar del **negocio jurídico agrario.**

En particular sobre el tema del contrato agrario o los contratos agrarios debe de tomarse en cuenta a la hora de sentar las determinaciones del caso que en el moderno Derecho Agrario existen innumerables contratos agrarios los cuales presentan circunstancias de suyo diferenciadoras de otros contratos agrarios, al punto que incluso podrían impedir una definición del contrato agrario capaz de reunir las características de universalidad requeridas al efecto.

Para aclarar la última idea expresada pongamos como ejemplo al contrato agrario de arrendamiento de fundos agrarios en relación con los contratos agrarios de crédito y asignación de tierras o en relación con los contratos agrarios de asociación y cambio o a los contratos como el de *lessing* y cuenta corriente agrarios, o en relación con los mismos contratos agroindustriales y, ¿por qué no?, la compraventa agraria. Si examináramos cada uno de estos contratos agrarios por separado, determinaríamos cómo algunos de ellos tienen una concepción tan particular que sería inútil su análisis desde una perspectiva exclusivamente general, así, por ejemplo, los contratos agroindustriales, los contratos de asignación de tierras y el mismo crédito agrario, han de ser considerados desde una perspectiva diferente en virtud de su especificidad y tecnicismo.

Solo a efectos de aclarar lo anterior debe decirse que para analizar el contrato agroindustrial debemos hacer referencia a elementos que no interesan en otros contratos agrarios, v. gr., lo relativo a integración vertical y horizontal. Asimismo, en relación con el contrato de asignación de tierras debe de hacerse una referencia a potestades de imperio y prerrogativas en favor del ente adjudicante que sería inconcebible en otros contratos agrarios, lo que lo ha calificado como contrato mixto. Incluso los contratos laborales referidos a contratación de mano de obra, contratos de trabajo, que aun y cuando no se han regulado por el Derecho Agrario creemos que no dejan de ser contratos agrarios, lo mismo debe decirse de los contra-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tos agrarios de crédito sometidos a la participación de un ente bancario nacional, conllevan elementos específicos de sí mismos e indiferentes al resto de contratos agrarios.

No deja de ser interesante la cita de una sentencia de la Sala Constitucional de las catorce horas y treinta minutos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa en la cual queda ampliamente demostrada la necesidad de hablar de los contratos agrarios y no del contrato agrario, dada la característica particular del contrato de adjudicación de tierras y sus efectos hacia el futuro, en dicha resolución la citada Sala resuelve acerca de un recurso de amparo presentado contra el Instituto de Desarrollo Agrario en virtud de que esta institución pretendía que unos adjudicatarios de parcelas estaban obligados a firmar un contrato en el que se debían asociar y sembrar banano en las citadas parcelas adjudicadas. La Sala en dicha resolución estableció que ninguno de los parceleros recurrentes había adquirido propiedades en los terrenos que interesan razón por la cual les son aplicables las normas referidas a las limitaciones establecidas en los artículos 64 a 68 de la Ley de Tierras y Colonizaciones indicando que el instituto puede obligar a los parceleros a sembrar banano mas no a asociarse con terceros. Asimismo la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 229 de las quince horas del veinte de julio de mil novecientos noventa cuando definiendo las diferencias especiales del contrato agrario establece que "una característica muy importante de este contrato establecida en la ley, e interpretada por la doctrina, es la de ser un contrato de duración. Su perfeccionamiento no opera con el traspaso de la propiedad del fundo, por el contrario este se cristaliza en cuanto el beneficiario cumple sus obligaciones, durante el tiempo establecido por la ley, y realiza la actividad para lo cual fue otorgado". Esta misma sentencia contiene elementos fundamentales que distinguen el contrato de asignación de tierras del contrato de compraventa determinando con exactitud que cuando la ley habla de venta no lo hace tomando en cuenta el concepto tradicional de compraventa por cuanto la causa de este contrato es diferente a ella sino que lo hace tomando en cuenta que la asignación se va a realizar mediante la ejecución de un acuerdo del ente administrativo cuya existencia extralimita el acuerdo de las partes.

Asimismo en torno a la conceptualización del contrato agroindustrial resulta de obligada cita la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 123 de las quince horas del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno en la que con amplia propiedad nuestra jurisprudencia se pronuncia en torno a los contratos que se generan entre productores de caña de azúcar e industrializadores o ingenios de azúcar. En dicha resolución la Sala utiliza para la definición de este contrato agrario en particular concebido como contrato agroindustrial, los modernos conceptos de integración vertical y horizontal para determinar que dicho contrato no es un contrato de compraventa sino precisamente un contrato agroindustrial, especie del género contrato agrario, y en el que las características de dicho contrato permitía establecer que los efectos del mismo no concluyen ni con la entrega de caña de azúcar de parte del productor ni con el adelanto del precio entregado a este por el ingenio sino que comprende una unidad que está determinada por el año azucarero de donde el establecimiento de nuevos porcentajes de beneficio de la zafra fijados por la Liga Agrícola e Industrial de la Caña de Azúcar, tanto para productores como para industriales, han de aplicarse a la zafra en la que la ley fue promulgada por cuanto el contrato agroindustrial es un contrato de duración, el cual no se agota en un momento determinado sino hasta que concluya el año agrícola correspondiente y hubiere sido satisfecha la liquidación final.

Evidentemente, todo lo anterior me lleva a concluir que en Derecho Agrario debe hablarse no del contrato agrario sino de los contratos agrarios, dada la diversidad entre los diferentes tipos de relaciones jurídicas agrarias, dado que no podemos encontrar una definición única para todos los modos y formas de manifestación de las relaciones agrarias convencionales.

En cuanto al aspecto relativo, a si debe de adaptarse a los contratos agrarios, la teoría del negocio jurídico o en su lugar construirse toda

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una teoría acerca del negocio jurídico agrario, debe decirse que ha de ser el objetivo a determinar en este tema el de si podemos incluir al contrato agrario como una especie del género negocio jurídico o si es necesaria la creación de una teoría aparte del negocio jurídico agrario.

A juicio del suscrito, la teoría del negocio jurídico permite la conceptualización del contrato agrario como una especie del género negocio jurídico y, más concretamente, de acuerdo con la posición adoptada en esta investigación, los contratos agrarios pueden ser considerados como especies del género negocio jurídico. No creo necesario que se deba de intentar una teoría del negocio jurídico agrario dado que en los contratos agrarios, a pesar de la tendencia en los mismos a ser reglados, los elementos esenciales del negocio jurídico (voluntad y manifestación de voluntad), así como los requisitos de validez y eficacia, los elementos accidentales y naturales no varían en relación con la teoría del negocio jurídico, o al menos su variación no implica una necesidad de intentar una teoría del negocio jurídico agrario.

En los contratos agrarios encontramos líneas tendenciales que obligan a planteamientos determinados, como lo es a manera de ejemplo, la tendencia a unificar los contratos de goce y disfrute de tierras a efectos de readecuarlos en un solo contrato, el de arrendamiento agrario. Asimismo, la tendencia al intervencionismo estatal o a la reglamentación de los contratos agrarios e incluso la misma participación de entes estatales en los mismos, bien como parte o como interesados, no obligan a una readecuación del negocio jurídico en cuanto a los elementos esenciales, naturales y accidentales en cuanto a su esencia y naturaleza sino quizás en cuanto a su contenido, lo que precisamente señala la diferencia entre los contratos agrarios y los otros contratos. Así, puede decirse sin temor a equivocación, que en lo que a elementos accidentales del negocio jurídico agrario se refiere, el fundamento de estos (condición, término, plazo, etc.) tendrán una modificación en virtud del mismo hecho técnico de la agricultura, sin embargo, tal modificación en nada afecta la estructura del negocio jurídico, sino que simplemente la adapta a las necesidades del Derecho Agrario, a través del contenido de los elementos que lo conforman.

Dentro de este orden de ideas la misma Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia ha determinado las características diferenciadoras que obligan a la conceptualización individualizada y agraria de ciertos contratos como el de crédito en punto los elementos accidentales de este contrato cuando el mismo ha sido constituido a efectos de una actividad agraria, en la sentencia número 90 de las diecisiete horas del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa, así como en la resolución número 84 de las catorce horas cincuenta minutos del veintisiete de julio de mil novecientos noventa.

4. DE LA CAUSA DE LOS CONTRATOS AGRARIOS. RELACIÓN ENTRE EMPRESA Y CONTRATO AGRARIO

Al hablar de contratos agrarios debemos distinguir entre causa específica y causa genérica de los contratos agrarios. La causa específica de los contratos agrarios será fácil de delimitar y será determinada por la función económica jurídica de cada contrato, en sí, consiste para algunos, en la motivación jurídica que mueve a las partes a contratar.

En cuanto a la causa genérica del contrato agrario, es en este estadio donde encontramos múltiples posiciones al respecto y una tendencia en el Derecho Agrario, cual es el de considerar que la causa del contrato agrario lo es la empresa agraria, al punto de clasificar al contrato agrario en dos grandes grupos: contratos constitutivos de empresa agraria y contratos para el ejercicio de la empresa agraria.

Al respecto debe decirse que la causa del contrato agrario no puede ser la empresa agraria por cuanto ello sería restringir el Derecho

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Agrario a la empresa agraria. Como puede verse el tema de la causa del contrato agraria nos lleva al tema de la relación entre empresa agraria y contrato agrario.

A juicio del suscrito, la causa del contrato agrario no es la empresa agraria por cuanto ambos institutos son y deben de ser analizados independientemente y sobre todo el instituto del contrato agrario (el cual siempre se ha analizado en una relación de interdependencia, casi existencial, con la empresa agraria). Si bien existe una relación entre empresa y contrato agrario esta relación no existe tan tajantemente entre contrato y empresa agraria, dado que no necesariamente el contrato agrario va a ser exclusivo de la empresa agraria, en ese orden de ideas, no puede ser la causa genérica del contrato la empresa agraria, aunque sí la causa específica.

La empresa agraria se distingue de la sociedad y otras formas de organización asociativa, en el tanto en que la empresa nace al momento de que se realiza la actividad económica organizada mientras que la sociedad nace al momento en que se organizan los bienes dispuestos para la realización de la actividad económica, lo cual puede realizarse a través del contrato, es decir, la sociedad legalmente constituida o de hecho, es una forma de organización para el ejercicio de una empresa. Siendo así la relación entre empresa y sociedad cabe preguntarse si existe actividad agraria fuera de la empresa agraria, a lo cual ha de responderse que sí, y si a ello le añadimos la posibilidad de existencia del empresario persona física, debemos de concluir que toda actividad agraria organizada es una actividad empresarial, pero la actividad agraria no organizada, se encuentra dentro del Derecho Agrario aunque no dentro de la empresa agraria. Lo cual nos lleva a concluir que la causa del contrato agrario no se consume exclusivamente dentro de la empresa agraria, sino que se debe de establecer en la actividad agraria, que sí comprende la empresa y otras actividades que siendo agrarias no llegan a ser empresa.

Esta clasificación del contrato agrario en contrato constitutivo de empresa y contrato de ejercicio de empresa agraria tiene su máxima expresión y debe de considerarse como especialmente útil al momento de determinar la competencia agraria en caso de conflicto, lo cual ha sido empleado tanto por las resoluciones del Tribunal Superior Agrario como por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, así podemos ver las resoluciones de la citada Sala, votos número 12 de las quince horas treinta minutos del cinco de abril de mil novecientos ochenta y nueve, número 16 de las dieciséis horas del cinco de abril de mil novecientos ochenta y nueve, entre otras.

A lo anterior debemos de añadir que la misma clasificación del contrato agrario en contrato para la constitución y contrato para el ejercicio de la empresa agraria no es válido a efectos de la causa del contrato, dado que la empresa no nace con el contrato sino en virtud de un hecho, cual es la realización de la actividad agraria. Referencia a esta posición la encontramos en MASSART para quien la verdadera causa del contrato agrario no está en la empresa sino en la actividad agraria y más concretamente al ciclo biológico. A efectos de lo anterior el mismo MASSART señala:

> "Si es cierto que la empresa es un hecho y que, por ello, surge con el efectivo ejercicio de la actividad agrícola, la empresa como actualmente ha acabado por admitir GALLONI, no se constituye solo porque el contrato haya hecho nacer derechos y obligaciones, poderes y deberes en cabeza de las partes contratantes; tiene lugar cuando se desarrolla la fase del cumplimiento de las obligaciones y del ejercicio de los poderes en los que se realiza la combinación de los factores de la producción, en definitiva, la constitución de la empresa no es un efecto automático del contrato (como dice también CARROZZA). Por ello, me pregunto cómo es posible sostener legítimamente que el contrato agrario encuentra en la empresa su causa, si ella es todavía el objetivo, el fin práctico, por el cual el contrato viene estipulado".
>
> (MASSART, Alfredo, *Naturaleza jurídica del contrato agrario: Problemas dogmáticos).*

De acuerdo con MASSART, los defensores de la tesis de la empresa como causa del contrato agrario, reputan con CARROZZA que es indispensable que el contrato para que sea agrario se presente para ser utilizado para dar

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

vida o gestionar una empresa agraria, enunciando este último autor que para determinar si un contrato es agrario o no, esto ha de verse a **posteriori,** cuando el contratante se haga empresario. De acuerdo con este criterio el contrato agrario podrá cambiar de naturaleza como agrario o no, dependiendo de lo que realice posteriormente el contratante, aun y cuando su intención original sea o no la iniciación de la empresa agraria. A juicio de MASSART y, en lo que ambos coincidimos, el contrato agrario no tiene su causa en la empresa agraria ni en la finalidad, "sino en la relación insustituible con el hecho técnico de la obtención de los frutos".

El contrato agrario es pues una categoría genérica que incluye la posibilidad de existir fuera de la empresa agraria y dentro de ella es donde ciertamente presenta la mayor importancia jurídica y económica, pero no por ello es descartable su inclusión fuera de ella. La causa genérica del contrato agrario será siempre la actividad agraria de donde se reputarán como agrarios todos aquellos contratos que tiendan directa o indirectamente a la realización de una actividad agraria de producción o conexa a ésta.

Como causa específica del contrato agrario debe indicarse que ésta estará determinada por el fin práctico social de cada contrato en particular por lo que en este caso la misma puede ser la misma empresa agraria cuando el contrato fuere realizado con miras a la constitución de una empresa agraria, empresa esta que no nacerá en virtud de dicho contrato sino que en el momento en que la actividad agraria sea realizada en forma económicamente organizada.

Debo de aclarar que en Costa Rica se presenta una duda mayor si analizamos lo establecido por el inciso h) del artículo 2 de la Ley de Jurisdicción Agraria, la cual señala que serán parte de la competencia agraria los actos y contratos en que sean parte un empresario agrícola, originados en el ejercicio de las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas, ello por cuanto la utilización de la palabra "empresario", podrían llegar a hacer creer que en nuestro país sin la existencia de la empresa agraria no hay contrato agrario, lo cual no es así dada la escasa técnica de redacción de la Ley de Jurisdicción Agraria, de donde aun y cuando no haya nacido la empresa agraria el contrato será agrario si tiene como causa, directa o indirecta, la actividad agraria.

Por último es necesario aclarar que existen contratos que siendo agrarios no están regulados por la Ley Procesal Agraria en Costa Rica, cual es el caso de los contratos por medio de los que se obtiene la mano de obra, es decir, los contratos laborales agrarios, los cuales si bien son contratos agrarios, también lo son laborales aunque no regidos en ningún caso por el Derecho Agrario nacional.

5. DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS AGRARIOS

A la hora de clasificar los contratos agrarios debe de tomarse en cuenta los efectos o consecuencias que cada contrato conlleva, dado que solo tomando en cuenta lo anterior es que las clasificaciones de los contratos tienen interés práctico. En sí, considero que la clasificación de los contratos no discrepa en mucho de la clasificación de los contratos en general, salvo en que los contratos que tienen su origen ontológico en el Derecho Agrario, v. gr., contrato de asignación de tierras.

La clasificación de los contratos agrarios puede realizarse tomando en consideración los sujetos de donde tendremos contratos agrarios públicos, mixtos y privados. Son ejemplo de los contratos públicos los realizados por los entes estatales para la realización de políticas agrarias. Son contratos agrarios mixtos

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los que se realizan con la participación del Estado y particulares o de entes públicos y particulares, así por ejemplo, los contratos de asignación de tierras, los contratos de los productores de caña y azúcar con las respectivas corporaciones de Derecho Público. Por último son contratos privados los realizados enteramente por sujetos de Derecho Privado.

La importancia de esta clasificación permite la discusión en relación con la competencia agraria o no, así como la existencia de normas de orden público capaces de sustituir la voluntad del particular y la existencia de prerrogativas a nombre del Estado en su poder de imperio en relación con los particulares. También las causas de resolución del contrato son diferentes en los contratos mixtos y se introducen conceptos como la revocatoria de parte de la administración a diferencia de los contratos privados.

Dentro de esta clasificación por los sujetos también han de incluirse los contratos bilaterales y unilaterales aplicándose un régimen diferente a cada uno de ellos, por ejemplo, admitiendo la resolución y la excepción de contrato no cumplido en los primeros, al igual que en el Derecho Privado en general.

Los contratos agrarios también se pueden clasificar tomando en cuenta la formación de donde distinguimos entre contratos no formales o consensuales y contratos formales o solemnes y contratos reales siendo importante la clasificación a efectos de determinar el momento de la formación del contrato, así como la forma exigida para la prueba de los mismos.

Otra clasificación importante es la clasificación que toma en cuenta el momento de cumplimiento del contrato clasificándose los mismos en contratos de ejecución simultánea y contratos de ejecución sucesiva siendo importante para ellos la aplicación o no de la teoría de la revisión.

Asimismo deben incluirse en la clasificación de los contratos agrarios otras que toman en cuenta la forma de cumplimiento siendo los mismos onerosos o gratuitos; el carácter fortuito o no de su cumplimiento siendo conmutativos o aleatorios, así como su tipicidad o nominatividad siendo nominados o innominados típicos o atípicos, su principalidad o accesoriedad siendo principales o accesorios y, otras clasificaciones más.

Por último también deben de clasificarse tomando en cuenta su vinculación o no con la empresa agraria a efectos de la aplicación de ciertas normas que protegen al empresario, así como su vinculación con programas de reforma agraria cuando esta existiera como política agraria.

Como puede notarse la clasificación de los contratos agrarios parte de la misma clasificación que de los contratos en general se ha hecho en la teoría general del contrato, por cuanto ello obedece a una necesidad de determinar la aplicación o no de ciertos efectos jurídicos, dado que el régimen de los contratos no es único como no son únicos los fines de derecho que persiguen los sujetos involucrados en la realidad agraria.

Por último y aun y cuando no podemos considerarlo como una clasificación de los contratos agrarios debemos de recordar que los contratos agrarios se distinguen por su causa específica en contratos agrarios particulares de donde podemos distinguir los contratos agrarios de crédito, arrendamiento, agroindustria, seguro, *lessing,* sociedad, etc. Esta circunstancia permitirá entender la naturaleza jurídica de cada contrato agrario y la determinación de la normativa a aplicar. Esta circunstancia queda ampliamente aplicada por la ya citada sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia número 123 de las quince horas del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y uno, referida al contrato agroindustrial de la caña de azúcar.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS AGRARIOS

Los contratos agrarios requieren, necesariamente de una regulación especial, en sede agraria, dado el hecho de que los mismos presentan circunstancias distintas a sus homólogos civiles o comerciales por ser distintas las necesidades de que se ocupa el Derecho Agrario. Esta regulación desafortunadamente, no ha sido totalmente comprendida por las legislaciones en América y Europa, encontrando la regulación de algunos de estos contratos agrarios como los de aparcería y esquilmo en América Latina, el de arrendamiento de fundos rústicos en la mayoría de los países de la Comunidad Económica Europea, o el de asignación de tierras y, los contratos relativos a la actividad cafetalera y cañera en Costa Rica. Aun así debemos de señalar la necesidad de que se dé esta regulación a través de una normativa general de los contratos agrarios y de una normativa especial de los contratos agrarios en particular, dado que de lo contrario estaríamos continuando en la aplicación de normas civilistas que de suyo solamente no solucionan los conflictos agrarios, sino que los empeoran.

En Costa Rica un claro ejemplo de esta situación de insuficiencia legislativa lo es el contrato de arrendamiento de fundos rústicos, el cual se encuentra regido por el Código Civil que genera un desaliento en el empresario agrario o en el productor no empresario, quien ve limitada su iniciativa de aumentar la producción y productividad del fundo arrendado sabedor de que las mejoras nunca se las irán a indemnizar y de que en cualquier momento el contrato de arrendamiento finalizará por la sola voluntad del arrendador.

Asimismo otro ejemplo patético de la necesidad de legislar sobre contratos agrarios, es el vivo ejemplo de los contratos de crédito agrario y el de seguro agrícola en nuestro país, contratos estos que impiden la integración del productor al proceso productivo al no contar con las garantías exigidas por los bancos, a los efectos de acceder a los créditos productivos, así como una regulación acerca de los plazos del crédito agrario, basada en la legislación civil sin tomar en cuenta el hecho técnico de la agricultura que casi siempre impone al productor plazos diferentes al momento de la cancelación de las deudas contraídas, a efectos de producir los bienes agrariamente.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA CONCESIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMO UN DERECHO REAL ADMINISTRATIVO SUSCEPTIBLE DE DARSE EN GARANTÍA

LIC. CÉSAR HINES

INTRODUCCIÓN

El Estado, de acuerdo con la doctrina que acompañó a su conceptualización como hoy día la conocemos, tiene una serie muy amplia de actividades provenientes de una de sus funciones: La ejecutiva o administrativa. Tratándose de la administración de la res pública, y de los servicios que por ley está llamado a brindar se han creado mecanismos para tratar de lograr estos objetivos de la forma más eficiente y beneficiosa posible. A través de los años se ha ido desarrollando una conciencia sobre la ineficiencia del Estado-administrador o bien, aun cuando no es tema objeto de nuestro estudio, la ineficiencia del Estado-empresario, que lo han llevado a puntos de quiebra realmente onerosos para los administrados. Existen muchas explicaciones para esta conclusión, que la experiencia ha demostrado ser cierta, pero la más sencilla y más clara es la que se deriva del origen de los bienes susceptibles de administración y las personas llamadas a hacerlo. En primer término, por ser el Estado una abstracción jurídica creada para conformar una sociedad civil ordenada y respetuosa de los derechos, donde cada individuo se desprende de una porción de su libertad en favor de un tercero, encargado de velar por ese respeto,[1] y en segundo lugar, porque los llamados a ejecutar las acciones por las cuales se manifiesta o materializan las actividades que realiza esta abstracción denominada Estado son los hombres mismos. Los bienes del Estado pertenecen a todos los que lo conforman, pero a ninguno en particular, que hace que sus administradores no pongan todo el celo necesario en su mantenimiento.

Razones de la naturaleza de las que enumeramos *supra*, sirvieron para crear algunas figuras jurídicas tendientes a liberar al Estado de su carácter de administrador de bienes y servicios, aunque no de su condición de propietario de esos bienes, insusceptibles de introducirse como cosas sujetas al comercio de los hombres.

El traslado de competencias, patrimonios, facultades y obligaciones a entes autonómicos, a municipios, y en especial a particulares, fueron los medios por los cuales el Estado pretendió cumplir con sus fines sin perder su condi-

1. ROUSSEAU, Jacobo Juan, *El contrato social*, p. 57.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ción de centro último de imputación por su carácter de titular de los bienes utilizados en la prestación de los servicios.

Una de esas figuras jurídicas creadas para esos efectos, es la llamada **concesión de servicio público,** la cual analizaremos desde esa óptica, sin entrar al estudio de las llamadas *concesiones sobre el dominio público,* referidas a bienes o derechos reales pertenecientes a la administración pública.

CONCESIONES

Generalidades.

Estamos viviendo la superación y desechos de viejos moldes y viejos sistemas, así como el surgimiento y cristalización de nuevas formas y concepciones políticas. El Estado moderno acompaña al súbdito permanentemente, no sólo a través de las clásicas funciones públicas, sino también en el plano de lo económico. Hoy el Estado no se enfrenta a la realidad social considerándola como un orden preformado, sino que centra precisamente su máximo de actuación en la conformación de este orden. La motivación del hecho obvio de una expansión creciente de la actividad de la administración, no ha de buscarse directamente en una pretendida o real variación de bases sociológicas trasmutadas. Las causas de este proceso se encuentran en realidad en distintos componentes, de los cuales como más importante y causalizador es preciso entresacar la alteración positiva en la cuantía y en la intensidad de las necesidades públicas, ya que sin variar los criterios sociológicos, el proceso de penetración socializante y del intervencionismo estatal puede defenderse de suyo precisamente con máximas hedónicas, la óptima ventaja colectiva que la comunidad puede recibir es a través de la actuación inmediata del Estado.

Concepto.

De acuerdo con la definición que nos brinda Manuel Ossorio, en su diccionario de Ciencias Jurídicas, **concesión** es el "acto jurídico de Derecho Público cuyo fin esencial es organizar un servicio de utilidad general; consistiendo su rasgo característico en delegar en un tercero denominado concesionario aquella parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos reputada indispensable para hacer efectiva, dentro de ciertas bases establecidas por el mismo acto o por los principios del Derecho Administrativo, la remuneración de los capitales puestos a contribución en la realización de la empresa pública; creándose deberes y derechos a cargo y en favor del concesionario y quedando determinadas su medida y extensión por el contenido del acto y por las modificaciones impuestas por el poder de policía".[2]

De Pina, siguiendo a Gascón y Marín la define como "el acto de la administración en virtud del cual se otorga, mediante determinadas condiciones, a un servicio de interés general realizado por un particular, carácter de servicio público como si fuera realizado por la administración".[3]

De las dos anteriores definiciones, resumimos que la concesión constituye un acto jurídico de Derecho Público cuya bilateralidad y acuerdo de voluntades entre el poder público concedente y el particular concesionario, la convierten en un contrato del Derecho Público y precisamente en un contrato de Derecho Administrativo. Sobre este punto no entraremos a analizar la naturaleza jurídica del contrato,

2. OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas.*

3. DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho.*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

donde la doctrina que considera a la concesión como contrato administrativo no es unánime.[4]

Para el otorgamiento de la concesión, el poder público concedente redacta un pliego de condiciones que constituye la base del contrato de concesión.[5]

Es doctrina dominante que el Estado como entidad contratante en la concesión de servicios públicos, mantiene indemne la totalidad de sus prerrogativas. Delega parte de su autoridad pero no la enajena y en cualquier momento, sin que se extinga el término de la concesión y aun sin que se halle pactado por cláusula alguna, puede ejercitar su derecho de intervención, puede exigir la mejora del servicio, su ampliación o su modificación, si las necesidades públicas lo imponen, sin más limitación que la de no incurrir en arbitrariedad. En cuanto al concesionario del servicio público, sus obligaciones están claramente pactadas. Debe mantener ininterrumpidamente el servicio a cuya prestación se ha obligado, nada puede relevarlo de tal obligación —en principio—, sobre todo si se recuerda que la continuidad es la base fundamental del servicio público. No puede en forma unilateral, suprimir, suspender, alterar o modificar los servicios que está llamado a prestar. La concesión no fue otorgada en beneficio del concesionario, sino del servicio público, por lo que deberá de mantener ciertas pautas en el cumplimiento de la misma sin posibilidad alguna de modificarlas en su favor.[6]

Fundamento jurídico.

La finalidad del contrato de concesión de servicios públicos, que es siempre el interés general, priva por encima de toda otra circunstancia; y la obligación fundamental contraída por el concesionario es la de asegurar la prestación del servicio público que se ha comprometido a realizar ininterrumpidamente. El contrato de concesión en cuanto supone la prestación de un servicio público por delegación de la autoridad, tiene una especificidad propia que hace admisible la intervención del Estado por motivos que trascienden el simple ejercicio de las facultades inherentes al poder de policía.

Lógico es pensar que una vez establecidas las condiciones bajo las cuales el particular-concesionario brindará los servicios que por antonomasia corresponden al Estado, éste a su vez se obligue a otorgarle al cocontratante ciertas prerrogativas en aras que pueda cumplir con el cometido impuesto, para que su obligación no sea ruinosa. Entre estas prerrogativas pueden enumerarse —sin agotarlas— la posibilidad de ejercer cierto dominio o actos de dominio sobre bienes dominicales, la de recibir para su administración esos bienes de utilidad general y/o, la permisión de la explotación de esos bienes del Estado. Aparte de las anteriores, las cuales pueden encuadrarse dentro del concepto de concesión de cosas de dominio público o concesión de bienes públicos, existe una clase de concesión de bienes intangibles, como son los derechos de explotación de servicios públicos. Esta categoría de concesiones se limita a la autorización que hace el Estado bajo condiciones especiales, en favor de particulares para que brinden un servicio. Así por ejemplo la concesión para el transporte remunerado de personas modalidad autobús o taxis.

La cuestión a dilucidar para nuestros efectos, sería: ¿puede considerarse una concesión de servicios públicos como un Derecho Real Administrativo, partiendo del principio condicionante del contrato administrativo? ¿Puede una de las partes disponer unilateralmente de ese derecho en perjuicio del interés público? ¿Cuál es el límite de los derechos otorgados al concesionario como cocontratante del Estado?

---

4. Al respecto podrá consultarse a DOMÍNGUEZ, Miguel, *El incumplimiento en la concesión de servicio público*, p. 25 y sigtes., y *Contratos administrativos*, de la **Asociación Argentina de Derecho Público.**

5. Sobre este punto básicamente está referido nuestro estudio, cual es la posibilidad que una de las partes, el concesionario, pueda hacer uso de ese Derecho en su propio beneficio, y posiblemente en detrimento del servicio que está obligado a prestar.

6. MARIENHOFF, Miguel, *El dominio público*, Tipografía Editora Argentina, 1960.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En respuesta a la primera interrogante, la respuesta afirmativa es la correcta, siguiendo la doctrina mayoritaria en esta materia. No obstante ello, se deben tener presentes ciertas delimitaciones en este concepto para no inducir a error.[7]

Efectivamente, el concesionario, por dicho título tiene la posibilidad de hacer valer ante terceros y aun ante la misma autoridad pública, los derechos que se le otorgaron en esa calidad pero en la misma medida se le impusieron límites al poder de disposición. El contrato entre las partes —concedente y concesionario— impone por esa misma condición, derechos y obligaciones a ambas partes, sin que por ello se desconozca el régimen exorbitante del Derecho Común en dichos convenios, por lo que a partir de ahí se desprende la posibilidad que tiene la autoridad pública de darlo por terminado antes del plazo determinado.

Cabe en este punto realizar una aclaración pertinente. Los bienes dominicales de los que se sirve el concesionario para poder cumplir con sus obligaciones de dar el servicio público en las condiciones pactadas con la entidad pública, no siempre se pueden catalogar como parte del contrato y sobre ellos el beneficiario de la concesión no tiene disposición individualizada. Al concesionario le cabría a lo sumo, la posibilidad de alegar ante el Estado o cualquier otro, la imposibilidad de impedirle su utilización, sin que por ello se puedan considerar parte del grupo de prerrogativas sobre el dominio público otorgadas en la contratación.[8] Podrá, ratificamos, considerarse la concesión de servicio público como un Derecho Real Administrativo, pero por las diferencias establecidas *supra* y las que se establecerán, difiere de los derechos reales comunes o del Derecho Privado.

Para la segunda interrogante, la respuesta lógica es la negativa, y ahí nos encontramos con otra diferencia entre el Derecho Real Administrativo y el Derecho Real, que es, la libre disposición de los bienes. El Estado contrató con el particular para llenar una necesidad de los administrados, al menor costo, máxima eficiencia y permanente servicio. En el caso del concesionario, no podrá variar las condiciones bajo las cuales se le otorgó la explotación del servicio, ni siquiera poner en peligro la continuidad del mismo. En el caso del Estado, aun cuando existen cláusulas exorbitantes del Derecho Común, que le permiten a la autoridad pública actuar en forma unilateral, es claro que esta actuación debe obedecer a razones de interés público,[9] y siempre con el objetivo de mejorarlo o ampliarlo, pero nunca para satisfacción de la administración pública, sino de a quienes está dirigida su actividad.[10]

La tercera interrogante nos lleva a concretizar sobre puntos propios del estudio que hoy nos ocupa, pues no es nuestro interés ni está dentro de nuestras posibilidades agotar la totalidad de los límites, por cuanto puntos finales de acción deberán verse y estudiarse en cada caso concreto. El primer límite y fundamento de todos los demás es la ley formal, que regula aunque en una forma generalizada las condiciones esenciales de este tipo de relación jurídica, y deja un margen de discrecionalidad a la entidad pública para establecer, según las necesidades propias del servicio, condiciones específicas de aplicación exclusiva para ellos.

---

7. González Pérez considera a las concesiones otorgadas por el Estado como verdaderos derechos reales administrativos, en el tanto y en el cuanto pueden ser invocadas aun frente a la autoridad pública concedente mientras no se hayan ejecutado actos revocatorios de la misma y el concesionario se encuentre en el pleno uso y disfrute de la misma. No obstante no entra a analizar las posibilidades de enajenación del derecho de concesión por parte del concesionario en favor de un tercero.

8. Se dice prerrogativas sobre bienes de dominio público, por tener autorizaciones que a terceros no concesionarios le están vedadas. Es el caso v. gr. en las concesiones para el transporte remunerado de personas, modalidad autobús o taxi, por el cual el concesionario puede utilizar ciertas partes del dominio público —las paradas específicas—, pero sin que por ello se considere esa parte del dominio como bienes dados en concesión.

9. ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, p. 181.

10. En el mismo sentido, MATEO, Ramón Martín, *La cláusula de precario en las concesiones de dominio público*, RAP número 56.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Existen condiciones generales para todo contrato de concesión y a ellas se le agregan algunas especiales, propias de la materia a la que están dirigidas. En el caso específico de la concesión de servicios públicos, donde lo que se otorga o concede al particular no es una cosa —propia de los Derechos Reales—, sino un **Derecho** analizaremos las posibilidades que tiene el concesionario de utilizarla para fines distintos a los otorgados, y sobre todo a la factibilidad que esa disposición sea en provecho personal.[11]

EL TRASLADO O CESIÓN A TERCEROS

De acuerdo con la doctrina imperante en materia de contratos de concesión, ésta no puede ser trasladada a terceros bajo ningún título, —salvo autorización expresa de ley o por anuencia de la administración concedente—, toda vez que la misma es *intuitu personae.* Así Bielsa nos dice: "El contrato de concesión se celebra siempre *intuitu personae.* Bien que las ofertas en la terminología administrativa son licitaciones se hagan *ad incertam personam,* en la adjudicación y formalización del contrato la personalidad del concesionario entra como elemento particular, sea por su competencia, su solvencia, etc.".[12-13]

También cierto sector de la doctrina considera como necesaria, la intervención de los órganos legislativos. Efectivamente, se considera que en virtud que el otorgamiento de la concesión importa transferencia de poderes administrativos hacia el concesionario y suele ir acompañada de privilegios, exenciones impositivas, etc., requiere la intervención de los órganos legislativos.[14]

CESIÓN A TERCEROS COMO GARANTÍA

Zanobini considera que la administración es totalmente irresponsable frente a terceros por actos del concesionario, de los cuales responderá directamente éste, sin que se pueda pretender ante la autoridad pública concedente, indemnización de ninguna naturaleza.[15] Compartimos parcialmente esta postura, puesta del autor dicho. Existen ciertos actos del concesionario de los que se deriva responsabilidad para el Estado o entidad concedente, por ser el titular del derecho y centro último de imputación, al haber facilitado al concesionario la comisión de la falta —precisamente por su condición de tal—.

---

11. En el caso de los ferrocarriles es necesario que el Estado otorgue al concesionario además del Derecho, el dominio de ciertas partes de bienes inmuebles de su pertenencia necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones, tales como terrenos para establecer las vías ferroviarias, algunas franjas de terreno a ambos lados de la vía para instalar estaciones, talleres, bodegas, etc. En este tipo de concesión existe la exclusividad del concesionario de utilizar esos bienes dominicales como si fueran propios, dadas las especiales características del servicio.

12. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo,* Editorial Depalma, Buenos Aires, 1955.

13. En ese mismo sentido, GORDILLO, Agustín, *Contratos administrativos,* Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

14. GORDILLO, *op. cit.,* p. 137.

15. ZANOBINI, G., *Corso de Diritto Amministrativo,* Milán, 1949.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Estas manifestaciones doctrinarias, avaladas por otras de igual renombre[16] nos llevan a las siguientes interrogantes: ¿Cómo podría un tercero garantizado con una concesión ejecutarla en caso de incumplimiento del negocio por parte del garante en este caso específico concesionario? ¿Cómo podría alegar dicha garantía ante el Estado o entidad concedente? ¿Cómo podrían los tribunales de justicia ponerlo en posesión tal que pueda explotar el derecho dado en garantía?

Para darle respuesta a las interrogantes arriba propuestas, debemos señalar que el Estado o la autoridad pública concedente, permanece como titular del derecho dado en concesión y ello agregado a las prerrogativas exorbitantes del Derecho Común, le permitirían realizar una serie de actos frustrantes del tercero garantizado. Refundiremos las tres respuestas en una sola por constituir un solo cuerpo. En primer término existe una imposibilidad material de ejecución de la concesión dada en garantía pues al ser un bien que pertenece a un tercero —el Estado— no puede la misma llevarse a los tribunales de justicia, por no tener carácter de título ejecutivo dicha garantía y en segundo lugar por la falta de derecho para negociar un derecho ajeno de ambas partes contratantes, concesionario y tercero garantizado; tampoco podría el tercero alegarla frente al concedente por cuanto éste no es obligado a reconocer la obligación contraída por el concesionario, y en tercer término; siendo la jurisdicción de lo contencioso administrativa esencialmente revisora de los actos administrativos[17] cabría aquí una dificultad práctica para que los tribunales contenciosos administrativos se pronuncien sobre la situación: la falta de acto administrativo. Así las cosas, los tribunales de justicia no podrían obligar a la autoridad pública a aceptar al tercero garantizado, como concesionario, toda vez que la administración debe desplegar previo al otorgamiento de la concesión, una actividad tendiente a garantizarse el mejor cumplimiento de los fines perseguidos con ella, (estudios de factibilidad, capacidad económica del empresario, informes técnicos, etc.).[18] Goza asimismo de cierta discrecionalidad para disponer en esta materia, tal como la elección y adjudicación al mejor oferente a los fines públicos perseguidos, todo lo cual se vería burlado si el concesionario pudiera ceder, traspasar o simplemente dar en garantía su derecho.[19]

Marienhoff hace una diferenciación en esta materia, al establecer la posibilidad que tiene el concesionario de transferirla sin la conformidad del concedente, salvo prohibición expresa, pero en el caso de las concesiones de uso del dominio público; mientras que en las concesiones de servicio público o de obra pública es imposible su transferibilidad sin la anuencia del concedente.[20]

En nuestro país en materia de transporte remunerado de personas existe prohibición expresa de su traspaso o cesión a terceros sin la conformidad del concedente, así como la imposibilidad de darla en garantía, dadas sus características de inembargables e intransferibles establecidas en la relación de los artículos 6, 10, 11, 12, 13, 14 y 18 de la Ley Nº 3503 del 10 de mayo de 1965 y sus reformas.

16. Así, DÍEZ, Manuel M.; PRATT, Julio A.; PERDOMO, Jaime Vidal; REDIVATTI, Gustavo; HUTCHINSON, Tomás, entre otros.

17. MARTÍN-RETORDILLO, Sebastián, *Notas sobre lo contencioso administrativo.*

18. ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo, *Silencio de la administración y plazos de caducidad,* citando a GARRIDO FALLA, establece la imposibilidad de los tribunales de obligar a la administración de adjudicar o conceder a determinada persona.

19. Confr. dictamen de la Procuraduría General de la República, Nº 100-83 del 5 de abril de 1983.

20. MARIENHOFF, op. *cit.*, p. 351.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONCLUSIONES

La concesión de servicios públicos no obstante considerarse en su sentido técnico como un Derecho Real Administrativo, se le deben reconocer algunas limitaciones de carácter jurídico y práctico que contienen. Consideramos que no pueden ser dadas a terceros como garantía de obligaciones, salvo que la administración esté anuente al cambio de titular del derecho en el caso de incumplimiento de parte del concesionario con respecto al garante. Pero para estos efectos se requeriría que la administración en forma expresa se pronunciara en el sentido que permitiría al tercero ejercer los derechos del concesionario en el eventual caso de incumplirse la garantía. Y aun cuando la administración concedente permita el cambio de concesionario, el Ordenamiento Jurídico obliga a las entidades públicas a seguir lineamientos establecidos para otorgar en concesión a determinada persona, —física o jurídica—, por lo que una violación a esta normativa podría acarrear la nulidad del acto de aceptación del cambio de concesionario en perjuicio quizá de otros de mejor derecho a los que no se les adjudicó en su momento. Piénsese por ejemplo que el tercero garantizado no cumple con los requisitos materiales necesarios para explotar el servicio que está obligado a dar el concesionario, que obtuvo ese derecho sobre otros que estarían en mejores condiciones que ese tercero. Todas estas variables deberán de ser analizadas de previo a dar por bueno un cambio de concesionario, desde una perspectiva subjetiva, con la posibilidad de incurrir en una violación del orden jurídico positivo.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

EL RECURSO DE AMPARO EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

LIC. BERNARDO BARUCH

INTRODUCCIÓN

Desde hace mucho, en Costa Rica se había sentido la necesidad de una jurisdicción específica constitucional, dado el difícil acceso que se tuvo ante la Corte Suprema de Justicia en materia de inconstitucionalidad; muy pocos y excepcionalmente acudían a los estrados, en gran parte, porque nos acostumbraron escuchar que la Corte Suprema "es un altar que no es cualquier sacerdote que celebre misa", lo que inhibía a muchos.

A esto, hay que agregar que los legisladores nunca se preocuparon por evitar la promulgación de leyes inconstitucionales. En la práctica resultó que hemos generado, y nos hemos acostumbrado a estas consecuencias en la vida cotidiana, que es donde en realidad se vive la justicia o injusticia de una sociedad.

Nosotros nos atrevimos a proponer una jurisdicción especializada muy prematuramente, (hace 22 años) al publicar un artículo sobre la necesidad de convocar a una Constituyente; argumentamos, entre otras cosas necesarias, nos manifestamos en favor de un tribunal constitucional, independiente de la Corte, que analizase, controlase y vetase las leyes inconstitucionales en general. El presente trabajo será dedicado a la defensa constitucional del amparo, aspecto que más se ha dejado sentir para que fuese creada, por suerte y beneficio de la ciudadanía, la Sala Constitucional.

La Constitución Política, concretamente, el párrafo tercero del art. 48 de la máxima ley dice:

> "...Para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asiste, además el recurso de amparo, del que conocerán los tribunales que fije la ley".

En la práctica jurídica forense, estos trámites fueron adscritos a los juzgados penales, con muy poca efectividad real, en el sentido ajeno del propio vocablo "amparo" que condujo a la apatía de los gobernados a recurrir en defensa de sus derechos lesionados, quedando la mayoría de los atropellos y violaciones silenciados por el supuesto "consentimiento"; aun ahora, pese a la proliferación amplia de recursos de amparo ante la Sala Constitucional, no son todas las violaciones que llegan a estrados. Muchos, por apatía o resignación quedan "consentidos", (así entre comillas), pero se ha logrado un grandísimo avance en esa materia, y ha elevado al país en su consideración ante

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los "ojos del mundo", y está abriendo brecha en favor de la defensa del gobernado.

La creación de la Ley de Jurisdicción Constitucional, además de mejorar y ampliar pragmáticamente las garantías, amplía también los horizontes jurídicos con la innovación del amparo en ámbito privado.

Vamos a dividir la exposición en esos dos ámbitos: público y privado.

1. EL RECURSO DE AMPARO CONTRA SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO

La Ley de Jurisdicción Constitucional (Decreto Nº 7135, 19 de Oct. 1989) de por sí ansiada y necesaria desde hace tiempo, ha reforzado la posición de Costa Rica, un Estado de Derecho, reconocido mundialmente como un pequeño Estado unitario (pues los gobiernos locales dependen de que sus leyes sean aprobadas por la Asamblea Legislativa con clara división de poderes y también relativa descentralización de poderes, con una relativa autonomía de sus entes autónomos, de controlada influencia centralizada en sus decisiones estatutarias, llamadas leyes orgánicas.

El crecimiento del Estado y sus necesidades de desarrollo han hecho que junto con la expansión del Estado y sus ámbitos del poder, se expandan también el abuso de autoridad de los entes públicos; más claro: de los personeros que las administran.

Desde la Carta Magna de 1215 (Runemeid, Inglaterra) y así las posteriores Constituciones de muchos países, resultado de las luchas de los pueblos que se levantaron para "constituir", mejoras en las relaciones con el poder del príncipe, construyendo defensas contra los poderes despóticos y autoritarios que a través de la historia, los explotaban y sojuzgaban.

Podemos así dar una breve sinopsis de percepción histórica, de épocas y culturas que han influido en nuestro pensamiento jurídico contemporáneo:

a) Grecia
b) Los hebreos
c) Roma.

1.a) Grecia.

Desde el punto de vista de la teoría constitucional, ya mucho antes de 1215, los griegos (Aristóteles, en Ética a Nicomano, Constitución de Atenas) para quienes la Constitución no tenía la concepción posterior y moderna, y mucho menos, la concepción contemporánea en lo referente a la defensa de los abusos del poder, sino el enfoque filosófico iba destinado hacia el sentido del orden y organización, sea, que todo gobierno debe estar organizado mediante estatutos de orden y disciplina, que llamaban Constitución, pues, con una buena y justa o una mala (que siempre es injusta) Constitución, el sistema se interpretaba constitucional y consistía en tener organización política. De ahí que, como Atenas democrática estaba en el mismo plano con Esparta totalitaria, ambos eran Estados de Derecho, aunque Esparta, como lo era el régimen del nacional socialismo alemán (1933-1945), fue un Estado de Derecho sin justicia, pero constitucional, desde la interpretación de la teoría constitucional. La teoría más adaptada de Aristóteles, la Politeia, según la cual la Constitución bien puede ser monárquica, aristocrática, o democrática; lo importante era la organización bajo la cual los ciudadanos, una vez que han aprendido a obedecer a sus jerarcas del orden, deben tener oportunidades de participar en gobernar.

1.b) Los hebreos.

Los antiguos hebreos que también se preocupaban por la importancia del orden y la organización política y judicial (Éxodo 18:25), sin embargo, rehusaron otorgar poderes que faci-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

litasen el abuso de poder. Las advertencias bíblicas (Deuteronomio 17:14 a 20) se centran contra el desvío de poder, y contra los excesos de los poderosos (I Samuel 8:9 a 20). Desde el estricto sentido filosófico, traducido a visión técnico-jurídica contemporánea, la Constitución en el Derecho hebreo, es el conjunto de normas fundamentales que fueron reveladas en el monte Sinaí, donde está reglamentada la protección del gobernado basada en el precepto que el rey no puede violar la ley, lo que bien puede ser uno de los motivos, (la delicadeza y prudencia en el otorgamiento de potestades que puedan interpretarse abusivas), que puede ser una razón "razonable" del porqué el Estado judío moderno mantiene la política de limitación de poder, evita la rigidez y no tiene Constitución escrita; sin embargo, las leyes y sentencias son reflejo del absoluto respeto constitucional, si por Constitución entendemos las defensas básicas y los derechos fundamentales del gobernado, (todo el conglomerado humano de un territorio y jurisdicción).

El desarrollo constitucional, o bien el desarrollo de lo que podríamos llamar jurisprudencia constitucional, en el Derecho Talmúdico que, sin formular un conjunto —documento constitucional en el sentido técnico-jurídico moderno—, en sus tratados que datan más de dos mil años aproximadamente, encontramos casi todos los preceptos básicos que modernamente son resultado de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 Dic. 1948) y los tratados; de Roma (4 Nov. 1950) y San José de Costa Rica (7 a 22 Nov. 1969).

1.c) Roma.

En el Derecho romano, aunque prevalecía la concepción del absolutismo del poder, sin embargo podemos sacar conceptos de protección del gobernado, del Derecho de Gentes, y de la máxima de Ulpiano de "...dar a cada quien lo suyo", como de las concepciones del Derecho Natural de Cicerón, de que también en Roma existía preocupación, por la defensa de los derechos fundamentales de los gobernados.

Pero, las fuerzas del poder moderno, alejadas de los conceptos antiguos, se expanden por vías no siempre apegadas a las Constituciones o sus teorías y en el ejercicio pragmático, se ha constatado a través de la historia, y en la vida cotidiana contemporánea, (de la sociedad de consumo que fomenta el egoísmo e irrespeto a las consideraciones al derecho ajeno), vemos que el poder tiende siempre a abusar del gobernado. Costa Rica no es ninguna excepción en ese campo, prueba de ello es, que la Ley de Jurisdicción Constitucional fue bien recibida, como un alivio a la situación imperante. Su necesidad lo testimonian los miles de casos que la Sala Constitucional se ve avocada a resolver, lo que tal vez, obligadamente incide en muchos errores u omisiones de sus sentencias.

El sujeto de Derecho Público, el funcionario "servidor público", investido de poderes en representación del Estado, en su actitud o atención obligatoria de prestar el servicio al gobernado, pronto; su autoritaria actitud como jerarca, lo hace inclinarse a decisiones autoritarias, y en ocasiones —inocente o intencionalmente— abusa en perjuicio del gobernado. Las Constituciones modernas han ido legislando, constituyendo defensas constitucionales para mitigar los ataques y los perjuicios que estos conllevan. La Ley de Jurisdicción Constitucional, se preocupó de solventar dos graves problemas en este campo:

a) Cumplir con justicia más pronta y más cumplida, (sea coadyuvar el art. 41 de la Constitución) con y mediante vías constitucionales expeditas, y aliviar los engorrosos juicios ordinarios de extensa duración, dejando siempre abiertas las potestades de incursionar por esa vía, al no prosperar la vía de jurisdicción constitucional. (Para nadie es un secreto que la dificultad del litigio, obliga al gobernado avenirse aparentemente, que jurídicamente es calificado de "consentimiento" lo que se convierte en sojuzgamiento del poder).

b) Innovar la protección, no solo contra leyes, disposiciones y acuerdos, sino también contra los actos arbitrarios como resultado de errónea interpretación, de los funcionarios públicos y hacerlos responsables, y también los que cometan los sujetos privados.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. EL AMPARO CONTRA SUJETOS DE DERECHO PRIVADO

Como quedó explicado en lo que antecede, las luchas y conquistas constitucionales se centraron siempre en la protección contra el poder público, ya que la concepción de poder sólo así se interpretaba y los abusos privados se consideraban una relación de igualdad, y sus diferencias, si bien merecían consideración judicial, nunca el aspecto de amparo.

Sin embargo con el crecimiento de los pueblos, los Estados y las sociedades, el progreso económico, la evolución organizativa y la proliferación de entes morales privados, organizaciones gremiales, deportivas, religiosas y políticas, como la formación de poderosas organizaciones mercantiles, nacionales y transnacionales, han creado polaridades de fuerza y poder que en ocasiones no son menos poderosas que los públicos. En orden de estas consideraciones el legislador al formular la Ley de Jurisdicción Constitucional, sabiamente contempló el amparo contra sujetos de Derecho Privado.

Es así como el Capítulo Segundo, y concretamente el artículo 57 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, vino a confirmar también la necesidad de protección constitucional, no solo contra los abusos oficiales en el ejercicio de los poderes públicos, sino también contra personas y entes de Derecho Privado que ejerciendo posición de poder, también abusan y violan los derechos constitucionales de quienes por una u otra razón dependen de sus decisiones y actitudes. La fuerza de poder en los entes privados, se desata a veces con más pasión y menos consideración que la de los funcionarios de los entes públicos, que tienen una jerarquía muy extendida —una cadena de dependencias y atribuciones— cuando las jerarquías privadas son más cerradas.

Esto igualmente se interpreta con la misma amplitud de la protección contra sujetos de Derecho Público, sea, como bien lo dice el art. 57:

> "...cuando estos actúan o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o *se encuentren de derecho y de hecho en una posición de poder* frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos fundamentales a que se refiere el art. 2 inc. a) de esta ley".

o sea, que, la protección debe ser inmediata, sin perjuicio de lo que resulte de una posterior investigación o estudio más detallado.

La propia Constitución dictada "erga omnes" para todos los habitantes del territorio costarricense, que en su artículo 129 lo confirma —aunque redactada en abstracto— precisamente señala que las mismas protecciones que otorga a los individuos contra el poder del Estado y todos los entes públicos, son válidas también contra el poder privado que también está en la obligación de respetar y acatar la Constitución y las leyes.

El abuso del poder no se da por los entes morales, impersonificados, —públicos o privados— sino por los hombres que los integran o representan que, como la corrupción no se da en el ente, sino se da en hombres públicos y privados en el ejercicio de sus políticas —o potestades— que pueden ser ejercidas legítimamente, o bien desviarse de su cauce hacia decisiones corruptas —en el sentido de no actuar a derecho—. Todo ello no es nuevo, en el actuar del hombre en el trayecto de toda la historia, y son las defensas constitucionales y legales que precisamente vienen a afirmar la estabilidad jurídica, dependiendo la misma del grado de aplicación real de esas defensas.

No en vano decía Lord Acton (Edward Dalberg) que:

> "La política es un puñado de pepitas de oro, hundidas en el río de la historia, de cuyo lecho es preciso extraerlas, si queremos que nos sean de alguna utilidad en nuestro tiempo".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Quien también, al referirse al poder, sentenciaba, que:

> "El poder, tiende a corromper, y el poder absoluto, corrompe absolutamente".

No hay duda que así, no solo se justifica la existencia de la Ley de Jurisdicción Constitucional, sino también la imperiosa necesidad del art. 57 que protege contra actos privados de abuso de poder, no menos dañinos y perjudiciales que los actos de abusos del poder oficial o público.

Entre tantas cosas acertadas, Lord Acton, al afirmar que:

> "...El Gobierno no es un ente celestial, pero tampoco una encarnación satánica. Y aunque es un ideal moral, es también una realidad pecadora",

e inmediatamente agrega:

> "...Otro tanto cabe decir del hombre público. No es mejor ni peor que los demás mortales. Un hombre público es un ser normal, sujeto —mal que le pese— a la fuerza degradante del poder. Alguien tiene que mandar, sin embargo, alguien tiene que usar esa fuerza. Y el desarrollo político consiste justamente en acotar, limitar y restringir esa propensión a corromper al que la posee".

Las palabras de Lord Acton continúan vigentes en todo grupo o individuo —público o privado— que tiene poder sobre su prójimo y es vigente la necesidad continua de restringir y amparar mediante esta jurisdicción.

3. EL CARÁCTER SEMIPÚBLICO DE LOS ENTES PRIVADOS

El hecho de que muchas organizaciones llamadas de Derecho Privado, pertenezcan a individuos o grupos de individuos, y nazca del ejercicio de derechos individuales, no deben confundirse con el reconocido "derecho a la privacidad" que sólo pertenece al individuo singular. Sin embargo, la vida en sociedad y, es precisamente la necesidad de convivencia, —motor creador de la organización estatal y de la sociedad—, la que necesariamente obliga a limitar este Derecho Privado en la base de que "el derecho de uno termina donde comienza el derecho de otro" (v. gr. en el ejercicio del derecho de propiedad, y pleno derecho de disposición nadie puede prender fuego a su propia casa, creando un peligro y perjuicio a su vecindad, y de la ecología que afecta a la sociedad).

La protección de la privacidad del individuo y su Derecho Privado, no puede ser trasladado a entes de Derecho Privado, ya que toda forma y modo de formación de un ente y sus propósitos, involucran interés público, ya sea por sus objetivos de servir un interés o satisfacer una necesidad de interés social, que de inmediato se sale del ámbito netamente privado.

Podemos dividir los entes privados en dos grupos principales:

a) Con fines de lucro
b) Sin fines de lucro.

Estas definiciones sin embargo no pueden ser tan divisorias, pues toda actividad humana busca el lucro, entendido este como beneficio. La diferencia —que no es muy simple—, debería señalarse más bien que;

a) En este grupo están incluidas las empresas mercantiles cuyo fin es obtener lucro mediante la prestación de un servicio a cambio de un honorario, tarifa, comisión, o diferencia intermediaria.

b) Este grupo abarca las organizaciones, asociaciones, fundaciones, etc., cuyo fin constitutivo no busca un lucro en metálico, no deja sin embargo de perseguir un beneficio que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

puede ser altruista para servir fines e ideales y a veces satisfacer necesidades materiales de otros (como de proveer hogar a sus miembros —o procurar hogar a ancianos y huérfanos—) pero siempre es un beneficio para sus asociados o beneficiarios.

No puede escapar la idea de que ambos se proyectan hacia la sociedad —su ámbito de operación— para dedicarse a prestar un servicio, a un grupo reducido o a la sociedad en general. Ya esta relación crea un nexo que se sale de la privacidad.

Un factor muy importante es, que la creación y formación de un ente moral, —también el de Derecho Privado— nace de la potestad que le otorga la ley bajo ciertas circunstancias y formalidades. Es el Estado que le otorga su personería y reglamenta su actividad, obligando constatar en su escritura constitutiva o Estatuto su ámbito de acción preestablecida y restringida por lo que debe ser considerado semipúblico, además de que presta sus servicios al público, depende del Estado para su existencia, que es una creación jurídica que solo puede nacer a la vida pública, mediante formas y formalidades que indica el Estado y por ello debe ser considerado semipúblico, lo que no es el caso del individuo privado, cuya existencia es anterior al Estado, y sus derechos nacen con su existencia natural.

4. EL CARÁCTER CASI PÚBLICO DE UNA ASOCIACIÓN

Una asociación es un ente moral creado por la ley. En nuestro medio por la Ley de Asociaciones, (Nº 218 del 8 de agosto de 1939 y reformas), nace de la potestad privada en ejercicio del derecho que le otorga la Constitución (art. 25), pero, una vez creada y constituida la asociación, originada en la voluntad de un grupo de individuos, (mínimo diez personas, mayores de edad en ejercicio de sus capacidades, que es condición estatal) sus actos y disposiciones como ente moral afectan o benefician a un grupo social, los asociados y terceros con quien se relacionen, cuyos integrantes conservan sus derechos fundamentales individuales que son protegidos por la Constitución. En resumen que, una vez que entra en actividad una asociación, esta se proyecta hacia la sociedad global, —es de interés para toda la sociedad—, es casi público. Lo que hace o puede hacer el ente, ya deja de ser privado, pues dentro de su ámbito asociativo actúa como un gobierno, —un mini Estado— con jerarcas y súbditos, y una burocracia con las mismas tendencias de corrupción que ha analizado Lord Acton, y así cae bajo la jurisdicción constitucional en toda su amplitud. Es así que cuando actúa, ejerce indudable poder, y viola la Constitución cuando abusa del poder, ya que los remedios jurisdiccionales ordinarios hacen imposible la defensa y esto, como en el caso de cualquier ente que ejerce poder y abusa de él, se atiene y golpea autoritariamente, aunque lo haga a sabiendas que actúa contra la ley y en contra de sus propios estatutos, saben también que en lo que dura cualquier acción ordinaria, el tiempo y las prescripciones están en su favor, y sólo, sólo puede ser de alguna validez el real y efectivo amparo de la jurisdicción constitucional, cuando actúa pronta y cumplidamente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

5. CONCLUSIÓN

Este enunciado es sólo para concluir este análisis, que no puede en realidad emitir conclusiones pragmáticas, ni puede hacer uso del análisis de la aún escasa jurisprudencia constitucional, que es confusa y contradictoria, cuya causa puede ser muy variada:

a) Que la amplitud del amparo dentro de la jurisdicción constitucional, ha causado presiones políticas, que, con toda la probidad e integridad de los integrantes de la Sala, el exceso de trabajo y la intensidad de los problemas, es imposible humanamente no cometer errores o dejar inentendibles las sentencias, no por su redacción, sino por sus interrogantes, a veces incongruentes del "por tanto".
b) La única instancia de esta Sala —aparentemente violatoria del Pacto de San José— es otro factor que imposibilita, analizar y reanalizar la coherencia de las sentencias y formar un criterio unitario, pilar de la seguridad jurídica.
c) La nebulosa en el concepto de la libertad, privacidad, ámbito de acción, y discrecionalidad responsable en las entidades de Derecho Privado, que, como explicado, para efectos de la jurisdicción constitucional, no puede distinguirse mucho de los entes públicos. Esta nebulosidad que debe ser despejada con jurisprudencia clara y precisa es un factor importantísimo en la disparidad de criterios que difícilmente pueden concurrir en una jurisprudencia uniformada.

Sin embargo, todo avance y mejora social, tiene su precio, y el progreso en materia de defensa constitucional, no puede escaparse a las realidades sociopolíticas de nuestra sociedad que está en crisis, a cuya superación puede contribuir muchísimo la jurisdicción constitucional. Debemos cifrar esperanzas en que, los responsables de la acción legislativa busquen una mejora para reformar la Ley de Jurisdicción Constitucional en el sentido que supere los escollos y fallas en la concretización y procedimientos para que, en verdad la jurisdicción constitucional se torne más jurídica y menos política, que con su jurisprudencia asienta con firmeza los pilares de la justicia constitucional en forma pronta y cumplida que son motor de prevención para que no se cometan violaciones constitucionales, o al menos que disminuya los agravios y disminuyan los casos, que será la señal de la efectividad de esta jurisdicción. En derecho, la prueba de efectividad no está básicamente en la resolución de los conflictos, que en cada caso concreto, es lo más importante, sino en las realidades de que no se produzcan conflictos, que es importante para la sociedad civil, y civilizada, pues, es cuando la ciudadanía percibe y vive en derecho. Respeta el derecho por el imperio e imperativo categórico, que nos enunciara Kant, por el imperio propio del derecho.

* * *