

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA
de
CIENCIAS JURIDICAS
84



**SAN JOSE, COSTA RICA
MAYO - AGOSTO
1997**



Revista de Ciencias Jurídicas
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Colegio de Abogados
No. 84 - Cuatrimestral
mayo - agosto - 1997 - 144 págs.

I Derecho - Revistas

Revista fundada en 1963

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.
San José (Costa Rica) América Central.

(c) Colegio de Abogados.
Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial
Universitaria).

ISSN

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Lic. Paulo André Alonso Soto

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo (Decana)

Dr. Víctor Pérez Vargas

Dr. Rodrigo Barahona Israel

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

84

SAN JOSE, COSTA RICA

1997

MAYO-AGOSTO

**JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS**

1997

Presidente:

Lic. Horacio González Quiroga

Vicepresidenta:

Licda. Roxana Pujol Sobalvarro

Secretaria:

Licda. Carmen Aguilar Mora

Prosecretario:

Lic. Paulo André Alonso Soto

Tesorera:

Licda. Maritza Blanco Vargas

Fiscal:

Licda. Carmen Blanco Meléndez

Vocal 1:

Lic. Pedro Bernal Chávez Corrales

Vocal 2:

Lic. Hubert May Cantillano

Vocal 3:

Lic. Joaquín Picado González

Vocal 4:

Licda. Eugenia Arias Solé

Vocal 5:

Julio César Mesén Montoya

**AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS**

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Directora Consejo Universitario:

Máster María Griselda Ugalde Salazar

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Luis Camacho Naranjo

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

Dra. Ligia Bolaños Varela

Vice-Rector de Administración:

Ing. Salomón Lechtman Burztyñ

Decana Facultad de Derecho:

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Dr. Luis Baudrit Carrillo

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. María Pérez Yglesias

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

En este número de la revista se publican investigaciones en los campos del Derecho comercial internacional, Familia, Contratación administrativa, Derecho público de la economía y Derecho de la niñez.

Además, se editan reseñas sobre dos importantes libros publicados por el Colegio de Abogados.

El director y editor

EL CONCEBIDO ES UN NIÑO^(*)

Dr. Víctor Pérez Vargas
Catedrático de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Ponencia presentada en el "IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia". Panamá, 22 al 27 de setiembre de 1996.

SUMARIO:

1. El tema
2. Aclaración terminológica
3. Premisas científicas
4. Premisas filosóficas
5. Premisas científicas
6. Premisas teórico generales
7. El Derecho Internacional
8. El concebido es un niño
9. Los nuevos temas
10. Estado de la cuestión en la legislación costarricense
11. Conclusión

1. EL TEMA

Por su trascendencia, en momentos en que en la prensa inglesa se anuncia el asesinato de miles de niños por nacer, he querido compartir con Ustedes algunas reflexiones sobre “El Concebido”, los juristas no podemos quedarnos callados frente a la gravedad de los hechos que están aconteciendo y de los que se anuncian ya como posibles por los científicos, quienes a menudo son gestores de centros privados de tratamiento y parten de falacias como la de que el pre embrión es un tejido humano, con posibilidades de convertirse en un ser humano, sin percatarse de la continuidad del proceso, independientemente de que se le llame Zigote, preembrión, feto, niño o anciano. Se trata, en definitiva, de afrontar la problemática ético jurídica de las nuevas técnicas de reproducción; se trata, además, de proponer el marco jurídico y los requisitos para la aplicación de estas técnicas, ordenando las relaciones familiares dentro de límites éticos y condenando a quienes aceptan, sin mayor problema, la llamada disposición de embriones como algo necesario para el avance de la ciencia.

2. ACLARACION TERMINOLOGICA

Comprendemos que la propia expresión “concebido” es un tanto discutible, puesto que concebidos somos también los “ya nacidos”. Sin embargo, dejando de lado este purismo, por razones derivadas de su consolidación doctrinal usaremos el referido término.

3. BREVES NOTAS HISTORICAS

Se ha discutido bastante sobre si, a diferencia de las leyes eugenésicas griegas de Licurgo y de los postulados de Platón, en la tradición romana se tutelaba al concebido como persona. Muchos autores, partiendo de la famosa expresión “pars víscera matris”, lo han negado.

En el Derecho Romano había dos categorías de personas por nacer (nascituri); los no concebidos todavía y los ya concebidos. Ambos podían

llegar a ser titulares de derechos. Nuevas corrientes se afirman hoy día en el sentido de que realmente los únicos “existentes” de estos dos son los segundos, los concebidos.

Por su interés, no puedo dejar de recordar aquí las investigaciones de Catalano en Italia y de Castán Vázquez en España, ambas presentadas en el Congreso “La persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano” organizado por la Universidad Externado de Colombia en Bogotá (publicación de 1995).

En dichos trabajos se destacan textos de las Digesta de Justiniano donde se afirma indubitablemente la paridad entre concebido y nacido como un principio general, no como una ficción, sino como realidad. Esta tradición es, según demuestran los autores citados, algo continuo, que se reitera en diversos modos en las Partidas de don Alfonso el Sabio y en diversos textos de la tradición latinoamericana, a pesar de la constante afirmación de romanistas reputados, como Bonfante, que insisten en negar en Roma la condición de persona del concebido (*Véase sobre el tema CATALANO, Pierangelo, Observaciones sobre “la persona” del concebido a la luz del Derecho Romano, La persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código Civil Tipo en Materias de personas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995*).

En el mismo sentido Castán Vázquez aclara la presencia en América del principio por medio de las Siete Partidas, las cuales rigieron en muchos de estos territorios aun con posterioridad a la independencia, lo mismo que en diversos textos de los siglos XVIII y XIX como el de José Febrero, el de Joaquín Escriche y el de Benito Gutiérrez, hasta llegar al texto argentino de Dalmacio Vélez Sársfield, donde se afirma que la patria potestad existe desde la concepción (*CASTAN VASQUEZ, La tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana, en el citado volumen La persona en el sistema jurídico latinoamericano*).

Es clara la existencia de una tradición evolutiva dentro de la cual el concebido ha sido considerado como un sujeto real, concreto, existente y portador de derechos desde antes de su nacimiento.

Independientemente de lo que se haya considerado en Roma o en cualquier Ordenamiento histórico, la verdad es que el grado de evolución de nuestro tiempo nos permite tener una conciencia propia

sobre el valor de la vida humana con la conciencia jurídica de que el ser en gestación es portador actual de valores fundamentales de la personalidad y es ya titular actual de muchas situaciones jurídicas para las cuales hay diversos tipos de mecanismos de tutela, además de ser destinatario potencial de todas las demás normas del sistema. En pocas palabras el concebido tiene ya titularidad y tiene ya capacidad jurídica o "de goce" de derechos.

Tras décadas de estancamiento legislativo, de tradicional corte civilista francés, hemos asistido al resurgimiento del Derecho de Familia, ya no desde la perspectiva corporativista de Cicu, donde la familia no era más que otro órgano del todo estatal y donde la concepción interna era piramidal, sino desde otro ángulo, el de la dignidad humana, el de los valores e intereses de sus integrantes de carne y hueso, dentro de los cuales el más débil es el niño y, dentro de los niños, más todavía, el apenas concebido, pero todavía no nacido.

4. PREMISAS FILOSOFICAS

El concebido es una persona, lo es por naturaleza, tanto dentro del pensamiento de Boecio y de la perspectiva escolástica tomista de "sustancia racional de naturaleza espiritual", como desde un punto de vista meramente biológico, en cuanto portador de una identidad y carga genética única, irrepitable y de potencialidades de desarrollo, al igual que cualquier otro niño.

Tras la superación histórica de los totalitarismos y el surgimiento de una filosofía personalista, principalmente representada por Mounier, el Derecho de Familia ha dejado de ser un mero instrumento de organización social para convertirse en un conjunto de normas al servicio de las personas concretas, los miembros de la familia.

Desde la perspectiva de esta filosofía personalista, el concebido es una persona, pues él es una existencia humana encarnada (*V. MOUNIER, El Personalismo, EUDEBA, Buenos Aires, 1962, p. 16*), irrepitable, ya siendo y haciéndose, actualmente portadora de una eminente dignidad, titular actual de un impulso vital genéticamente único, potencialmente capaz de llegar a trascender la naturaleza y ya con un movimiento hacia la libertad y hacia la comunicación con el mundo y hacia la comunión con el prójimo (no sólo con su madre, como la prueba muchos

experimentos psicológicos sobre las respuestas del feto a los estímulos externos). El concebido es tan persona como el ser humano ya nacido.

Nuevos desarrollos científicos y tecnológicos han llevado a los seres humanos a jugar y experimentar, si no a comerciar, con los miembros más débiles de la familia humana, los seres humanos más indefensos. Las técnicas de fecundación asistida como la fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria han abierto nuevas posibilidades nunca antes imaginadas pero, al mismo tiempo, han generado una especie de desprecio por la misma vida humana. Pensemos solamente que, aunque podría cumplirse con este proceso con la fecundación de un solo óvulo, la realidad es que se produce, en la práctica, la fecundación de varios más, a sabiendas de que no podrán ser implantados y serán de alguna forma desechados (léase “fríamente asesinados”). Estos embriones no implantados son niños cuyo derecho fundamental a la vida se irrespeta, si pensamos que terminan en los basureros, en cosméticos o en experimentos a menudo aberrantes.

La vida humana, en cualquiera de sus momentos, existe respeto. La vida se presenta como el valor esencial, primario y fundante, sin el cual no puede hablarse de libertad, honor imagen y demás valores fundamentales de la personalidad.

5. PREMISAS CIENTÍFICAS

En cuanto a la cuestión de cuándo empieza la vida humana ningún científico se atrevería a negar que es en el momento de la fecundación, puesto que, entonces, de dos realidades diferentes surge otra con su propia potencialidad genética. En el concebido, esté o no esté en el seno materno, cualquiera que sea su grado de gestación, ya encontramos una identidad biológica distinta a la de sus progenitores. El hecho de ser dependiente de la madre para su subsistencia no le quita su singularidad genética ni autoriza en modo alguno para negar su derecho a vivir.

6. PREMISAS TEORICO GENERALES

Mucho se ha discutido sobre la identidad o falta de ella entre las categorías teóricas “persona” y “sujeto de Derecho” (y no simplemente “sujeto de derechos”).

No puede negarse que el concepto de sujeto de Derecho se encuentra ampliamente consolidado y sirve para designar al ente dotado de personalidad o subjetividad jurídica entendida como la posibilidad de ser destinatario de las consecuencias jurídicas establecidas por el Sistema. La subjetividad se identifica, en este sentido, con la capacidad jurídica.

Si por capacidad jurídica entendemos la posición en parte actual, pero en su mayor parte potencial, del sujeto como portador de los intereses jurídicamente relevantes del Ordenamiento y de los efectos jurídicos en general es necesario admitir que el concebido, al igual que el ya nacido, es portador actual y no meramente potencial del derecho a la vida, del derecho a su integridad, a su salud, a un apellido, a alimentos e incluso de los derechos patrimoniales, cuya eficacia se ha considerado “condicionada resolutoria y no suspensivamente” al momento del nacimiento, para la determinación del cual han existido diversos criterios, aunque la verdad es que la eficacia patrimonial ya es actual desde antes de este momento. La prueba de ello se encuentra en las facultades de representación de quienes ostenten los atributos de la patria potestad; estas facultades, que comprenden la administración de las situaciones jurídicas patrimoniales del concebido, son actuales, lo cual equivalente a reafirmar la **existencia** y capacidad jurídica, aunque no de actuar, del sujeto representado, como cualquier otro menor de edad ya nacido. Más bien, como lo ha aclarado el profesor peruano Fernández Sessarego, lo que habría sería una “resolución” de la eficacia patrimonial, en caso de que no naciera *vivo* (*Sobre las diversas teorías para explicar la situación jurídica del concebido v. ESPIN CANOVAS, Diego, Manual de Derecho Civil Español, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, p. 262*).

El Profesor Vega Mere, también peruano, ha especificado con gran precisión y basado en la metodología de Angelo Falzea, que el no nacer vivo no es exactamente una “condición” resolutoria, la cual es un elemento accidental del negocio jurídico, sino que lo que se produce más bien es una eliminación sobreviniente de la eficacia (*VEGA MERE, Personas naturales, Propuestas de enmienda, en Código Civil Peruano. Balance y Perspectivas, Tomo I, Universidad de Lima, 1995 p. 51*). Consideramos adecuada y precisa esta terminología.

Sin duda, el concebido tiene capacidad jurídica (conocida como “de goce”), a pesar de que muchos códigos insisten en su adquisición a partir del momento del nacimiento, por la sencilla razón de que él es ya

apto para captar derechos. No olvidemos la misma etimología de la palabra “capacidad”, que se encuentra en el verbo “capere”, que significa captar, coger y tomar. Del mismo modo la expresión “capacitas” significaba en concreto recibir una herencia, legado o fideicomiso. Además “capax” se entendía en una forma mas genérica como la posibilidad de adquirir un crédito o recibir un pago (V. GUIZZI, *Francesco, Capacitas, Novissimo Digesto Italiano*, p. 892 y FALZEA, *Angelo, Capacità, Voci di teoria, generale del diritto Giuffrè ed. Milano, 1970, p. 89, 90*).

De esto han sido conscientes los juristas peruanos quienes actualmente han presentado un proyecto para establecer que “todo ser humano tiene capacidad jurídica, aunque sería más preciso decir que ésta existe desde la fecundación, pues algunos llegan a distinguir una distancia de catorce días entre este momento y la concepción, lo cual debe considerarse irrelevante jurídicamente, tan persona, genéticamente única, es el ser humano de 13 días como el de 15, aunque su grado de individualidad no se haya afirmado todavía del todo (*Sobre el tema de la anidación como el momento de la individuación V. BOSSERT, Gustavo, Fecundación asistida, en Derecho Civil, Universidad de Lima, 1989, p. 251*).

En el aspecto formal, mantiene plena validez el concepto de centro de imputación jurídica.

Pero, la subjetividad no es solamente esto. Tal calificación formal se otorga a entidades individuales o colectivas portadoras de intereses reales merecedores de tutela jurídica. Estas constituyen el substrato material de la personalidad o subjetividad, la razón de su existencia.

No hay ningún inconveniente en clasificar las personas físicas en nacidas unas y solamente concebidas otras, al igual que distinguimos a los mayores de edad de los menores, pero esto debe ser solamente para fines prácticos que no atenten contra la esencial igualdad del género humano.

7. EL DERECHO INTERNACIONAL

(Se reiteran aquí ideas y expresiones expuestas en diversos congresos internacionales).

De todos los instrumentos internacionales, sin duda el más relevante en la historia, es la Convención de Derechos del Niño, ratificada por la mayoría de nuestros países.

El preámbulo de esta convención es muy claro al definir al concebido como menor, con todos los derechos inherentes a esta calidad.

El fundamento jurídico de la afirmación del concebido como niño se encuentra en las propias premisas de la Convención, según la cual, todo niño es persona, el concebido es un niño; el concebido es una persona (*Este argumento ha sido evidenciado por CHAVEZ ASECIO, Manuel F. Ponencia, Sexto Congreso Internacional sobre Derecho de Familia. Revista de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, octubre 1990, San Juan, p. 49*).

Veamos separadamente estas premisas y la conclusión:

“Todo niño es persona”

Esta primera premisa resulta del Preámbulo que habla de la dignidad intrínseca y de los derechos inherentes, iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. No puede dudarse que el concebido es un miembro de la familia humana.

8. EL CONCEBIDO ES UN NIÑO

La segunda premisa resulta confirmada también por el Preámbulo de la Convención de Derechos del Niño:

“Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, TANTO ANTES COMO DESPUES DEL NACIMIENTO””.

Aquí se habla nada menos que de la protección legal del niño ANTES del nacimiento”. En otras palabras se dice que el concebido es un NIÑO NO NACIDO, pero en todo caso “un niño”.

El artículo Primero expresa además muy claramente: “Para los efectos de la presente Convención se entiende por niño TODO SER HUMANO menor de dieciocho años de edad...”

La expresión TODO SER HUMANO incluye sin duda a los nacidos como a los no nacidos todavía. Ser humano es vida humana en cualquiera de sus estadios evolutivos.

CONCLUSION: EL CONCEBIDO ES PERSONA

Si la Convención protege al niño como persona y si niño es todo ser humano menor de dieciocho años (nacido o no nacido) estamos afirmando que el *concebido es una persona*, ya que toda vida humana menor de dieciocho años es un niño y todo niño es persona.

Cito al maestro Chávez Asencio:

“El niño no nacido es persona humana por su ser de sustancia individual de naturaleza espiritual. Esto significa que todo individuo es persona por su ser, no por la conciencia que tenga de su ser. La calidad de persona no dependerá de la conducta que desarrolla en la vida... ni por el desarrollo y forma que tenía el embrión o el feto, pues éste ya tiene, desde la concepción su propia carga genética que le da su individualidad, es decir su “ser humano””. (*op. cit. p. 49*).

9. LOS NUEVOS TEMAS

No es posible en esta ponencia otra cosa que destacar someramente cuáles son los problemas más agudos que, en la materia que nos ocupa, enfrentamos en nuestro tiempo. Cada uno de ellos merece tratamiento separado que aquí no será posible hacer, pero no quiero terminar sin mencionar aquellos que, a mi juicio, exigen respuesta jurídica (*para un amplio y entonces profético desarrollo de la nueva problemática v. ELIZONDO, María Carolina, Implicaciones éticas y jurídicas de la fecundación in vitro y transferencia embrionaria. Universidad de Costa Rica, 1988*).

De las diversas formas de fecundación asistida la más conocida tradicionalmente ha sido la *inseminación artificial*. Ya esta modalidad ha plentado diversos tipos de cuestionamientos jurídicos relacionados con

la impugnación de paternidad, el estado civil de la receptora, la reserva en cuanto a los datos del donante, los requisitos de éste, la responsabilidad médica y la inseminación *post mortem*.

Hoy, nuevos cuestionamientos surgen del perfeccionamiento de las técnicas de *fecundación asistida* y en particular de la *fecundación in vitro* y de la transferencia embrionaria.

El llamado embrión es solamente uno de los momentos de la vida humana, que es un continuo. No hay justificación para negarle esta calificación y violar sus valores fundamentales, como se ha venido haciendo.

Un primer tema que debe mencionarse, por su actualidad es el de la manipulación y destrucción masiva de embriones humanos, los cuales son vida genéticamente perfecta e individualizada.

El caso más crudo de exterminio ocurrió, en medio de la protesta de muchos grupos "pro Vida" hace pocos días en Inglaterra, donde los óvulos humanos fecundados, según una homicida ley, deben ser destruidos cinco años después, a menos que sus padres pidan específicamente que se les mantenga vivos. Se trató de 3300 seres humanos, en realidad niños, que después de ser asesinados mediante descongelamiento fueron liquidados (por inmersión en alcohol), incinerados y eliminados como desechos. El mayor holocausto se realizó en Bourn Hall, Cambridge. El Vaticano calificó este hecho de "genocidio", calificación que compartimos, puesto que se trató de un exterminio o eliminación sistemática de seres humanos.

Este es sólo un ejemplo de lo que pasa en el mundo con la supuesta tutela de la vida desde su origen.

Otro tema de gran actualidad está referido a las *mujeres que alquilan su vientre* para que en él se implante el embrión logrado con los gametos de una pareja ajena a ella, para que ahí transcurra el embarazo. Esta realidad plantea interrogantes relacionados con la admisibilidad de tal contrato, la titularidad de la maternidad y la posibilidad de autorizar la figura sin ánimo lucrativo.

Junto a este tema resaltan otros todavía más dramáticos, como el *uso de tejidos embrionales y fetales para la industria y el comercio*, en particular, como se sabe, para la *industria de cosméticos*.

Aunque se presente como el “mundo feliz” de Huxley, radical repudio deberá merecer el tema de la *clonación o reproducción de seres humanos en serie*, como copias exactas del donador del código genético, lo cual se ha logrado con éxito en animales, aunque también ya se han desarrollado experimentos de clonación técnicamente exitosa en humanos, como el de Shettles en Estados Unidos de América, aunque en este caso luego se interrumpió la vida del embrión. La conciencia jurídica exige la prohibición de tales experimentos.

Se impone una firme definición del status jurídico del ser humano “in vitro”, de sus derechos fundamentales como persona, en especial de su derecho a la vida, a su integridad física y psíquica, a su salud, a sus apellidos, a su nacionalidad, además de sus derechos patrimoniales, así como de las posibles paternidades y maternidades sobre él.

Se debe revisar la legislación relacionada con los derechos y obligaciones de los padres, de los donantes y de los centros médicos (V. SALAZAR, *Romano, Problemática jurídica y social de la fertilización in vitro en Costa Rica*, IVSTTIA, No. 105, San José, p. 18).

Es necesario definir límites a los contratos de maternidad sustituta o subrogada y a los bancos de esperma, óvulos o embriones con fines comerciales.

10. ESTADO DE LA CUESTION EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

En Costa Rica se han intentado algunas regulaciones, hasta la fecha (setiembre de 1996):

a) El X Congreso Jurídico Nacional de octubre de 1989 fue pionero en la materia.

En la Comisión de Personas se aprobó la necesidad de regular esta materia y evitar la muerte de embriones que jurídicamente deben estar protegidos, “ya que desde el momento de la fecundación son seres humanos”. Se estudiaron además ahí los problemas de paternidad y maternidad, ya que un niño nacido sobre la base de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria podría llegar a tener hasta cinco progenitores reclamando derechos (V. La Prensa Libre, martes 24 de octubre de 1989).

b) El Decreto Ejecutivo 24029 S: se la han apuntado muchos defectos de forma y fondo y muchas limitaciones en cuanto a los supuestos regulados (*Así SALAZAR, op. cit., p. 18, 19, 20*). Se afirma que esta materia corresponde más bien a la ley.

c) El Proyecto de Ley, Expediente Legislativo 12 291 (publicado en La Gaceta No. 195 de 16 de octubre de 1995) para regular los procedimientos de fecundación asistida. Este proyecto destaca la necesidad de que el Derecho dé respuesta a los muchos avances tecnológicos y científicos. Paralelamente se han presentado otras iniciativas.

El proyecto busca la protección del valor VIDA y por eso, en su artículo 6, contiene una serie de prohibiciones. Expresa dicho texto:

“Queda prohibido:

- a. La utilización de las técnicas de inseminación artificial y fecundación extracorpórea con fines distintos a la procreación humana o dirigidas a la selección de la raza.
- b. El uso de estas técnicas con fines de lucro o experimentales. En particular, se prohíbe todo tipo de experimentación que implique la unión de gametos humanos con gametos animales, o la implantación de embriones humanos en animales.
- c. La comercialización de células germinales, óvulos y espermatozoides, así como su importación y exportación. No podrá producirse ni percibirse ninguna compensación económica por la donación ni la recepción de ellos, salvo los gastos que pudieran originarse por tal donación, tales como la pérdida de ingresos ocupacionales o los gastos de desplazamiento.
- d. La donación de embriones humanos.
- e. Mezclar el semen o los óvulos de diferentes donantes en un mismo ciclo de tratamiento.
- f. Todo acuerdo que tienda a permitir la gestación en sustitución.
- g. Efectuar la reproducción asistida con espermatozoides de acuerdo a su cromosoma sexual, para predeterminar el sexo del futuro ser,

excepto cuando la selección se efectúe para que el ser humano por nacer no resulte afectado por una enfermedad grave o que tenga relación con el sexo.

- h. Efectuar embriospiración de embriones implantados dentro de la cavidad uterina.
- i. La fertilización de más de seis óvulos de la paciente en cada ciclo de tratamiento.
- j. Desechar, congelar o preservar embriones para cualquier finalidad. Todos los embriones fertilizados deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la receptora en el mismo ciclo de tratamiento.
- k. Las maniobras de manipulación del código genético del embrión”.

En estos momentos (*Véase La Nación, sábado 21 de setiembre de 1996, pág. 6A*) hay discusión en la Asamblea Legislativa. Según algunos Diputados debe prohibirse la manipulación genética y la fertilización *in vitro*; según otros debe regularse.

Existen diversos otros proyectos, pero especial relieve merece una propuesta constitucional en el sentido de que “adoptados, procreados naturalmente y nacidos con técnicas de fecundación asistida tiene iguales derechos y deberes”. El gran defecto de esta propuesta es hablar de hijos ya nacidos y no de hijos concebidos.

A continuación se ofrece un esquema comparativo tomado de la misma fuente antes citada, elaborado por la asesora parlamentaria Florencine Fernández, sobre los proyectos existentes:

TEMA	Dip. Pacheco	Dip. Albán	Dip. Fournier	Dip. Corrales
Prohibición de lucro con material humano	SI	SI	SI
Prohibición de experimentar con seres humanos	SI	SI	SI	SI

Creación de bancos de material humano	SI	SI	SI	SI
Derechos y obligaciones de donantes	SI	SI	SI	SI
Donación es secreta, salvo orden judicial	SI	SI	SI
Prohíbe mezclar células de diversos donantes	SI	SI
Prohíbe alquiler de vientre	SI
Embriones sólo podrán usarse para la procreación	SI	SI	SI	SI

Los médicos especialistas en la materia han suministrado alguna información sobre la frecuencia de las técnicas en Costa Rica. De 53 pacientes que han utilizado la fertilización *in vitro* se han producido 9 embarazos; de éstos nueve se han perdido cuatro.

11. CONCLUSION

Frente a las nuevas amenazas tecnológicas y al desprecio de muchos científicos por los temas axiológicos resurge en nuestros días una conciencia personalista, que afirma que los llamados adelantos tiene límites éticos. Somos los juristas, los constantes reconstructores del sistema, los llamados a poner nuestras fuerzas estimativas al servicio de la defensa de la persona, de sus intereses y valores, razón de ser de lo jurídico.

Ya muchas legislaciones han avanzado en esta dirección en la tutela de los niños no nacidos. Queda sin embargo, mucho por andar todavía. La vida humana es el valor fundamental, cuyo respeto debe proclamarse por doquier, como parte del respeto a la Vida con mayúscula, de la cual el ser humano participa, como una chispa, a imagen y semejanza.

Muchas gracias.

EL MARCO JURIDICO DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL

Edgar Nassar Guier.
Abogado costarricense (*)

(*) Fax: (506) 257-6766. San José, Costa Rica.

SUMARIO

INTRODUCCION

- I. Reglas de interpretación de los términos comerciales (INCOTERMS).
 - A. Definición y alcance de los INCOTERMS.
 - B. Esfera de aplicación de los INCOTERMS.
 - C. Problemas de los que no se ocupan los INCOTERMS.
 - D. Naturaleza jurídica de los INCOTERMS.

- II. Reglas y usos uniformes relativos documentarios.
 - A. Reglamentación internacional de los créditos documentarios.
 - B. Definición de crédito documentario.
 - C. Tipos de crédito documentario.
 - D. Sistema operativo del crédito documentario.
 - E. Autonomía del crédito documentario.

- III. La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías.
 - A. Antecedentes.
 - B. Esfera de aplicación.
 - C. Relaciones de la Convención con los usos y costumbres y las normas en materia de propiedad.

El conjunto multiforme de vínculos entre operadores comerciales internacionales presenta cada día perfiles más complejos. No obstante, más allá de las particularidades que presentan las normas en la materia contenidas en los derechos internos (1), existe un contexto jurídico internacional o transnacional –según como se le quiera llamar– básico que aumenta la seguridad jurídica de vendedores y compradores, y cuyo conocimiento facilitará la ejecución de los contratos de compraventa internacional (2).

El presente artículo tiene objetivos bastante modestos. Nos limitaremos a describir en términos generales tres instrumentos jurídicos internacionales que integran parcialmente el contexto jurídico internacional de la compraventa internacional: la “Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercancías”, las “Reglas Internacionales para la Interpretación de Términos Comerciales” (INCOTERMS) y las “Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios”.

Accesoriamente abordaremos los problemas más relevantes que supone la aplicación de estos tres textos normativos, los cuales son citados frecuentemente por la doctrina, por tribunales nacionales e internacionales como componentes de una moderna “**Lex Mercatoria**” que, al margen de los ordenamientos jurídicos internos y del derecho internacional, constituiría una especie de tercer orden jurídico, creado por los propios particulares para regir sus relaciones de

-
- (1) La compraventa es una operación jurídica universal: en todos los países encontramos un conjunto de normas que regulan la transferencia de propiedad de un bien. Cuando es internacional será la fuente de un conflicto de leyes, que será resuelto de conformidad con las normas de derecho internacional privado de cada país, formen éstas parte del derecho privado común, están contenidas en un tratado internacional o hayan sido desarrolladas jurisprudencialmente (Ver: A. BOGGIANO, “**Derecho Inter-nacional Privado**”, Edit. De Palma, T. II, pp. 693 y ss.).
- (2) La calificación de un contrato como internacional dependerá según se utilice como referencia las reglas propias de un país o las reglas contenidas en una convención internacional. Esta última, cualquiera sea el método que emplee –conflictual o materia–, al fijar su campo de aplicación a los contratos internacionales, los define mediante una regla única aplicable en todos los Estados parte en ella (P.A. GOURION/ G. PEYRARD: “**Droit du Commerce International**”, L.D.G.J., París, 1994, p. 95).

derecho privado ⁽³⁾. Además, estos instrumentos son resultado de la labor de codificación y desarrollo del derecho comercial internacional llevada a cabo por dos reconocidas instituciones internacionales: la Cámara de Comercio Internacional (CCI), y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDCI).

La CCI consiste en una organización no gubernamental, con sede en París y que fue creada en 1919 con el objetivo de promover la libre competencia y la autorregulación de las empresas. Este último principio básico es reflejado en la codificación de los usos comerciales llevada a cabo por la CCI, la cual se ha desarrollado en relación con la compraventa internacional de mercancías. Las últimas versiones de las dos principales reglamentaciones internacionales generadas por la CCI, los INCOTERMS (1990) y las reglas relativas a los créditos documentarios (1993) serán objeto del presente artículo. La aceptación universal de estas reglamentaciones y definiciones demuestran de manera convincente la capacidad de los hombres de negocios, de países con distintos sistemas jurídicos, para aplicar sus propios mecanismos prácticos a la realización de operaciones comerciales.

Por su parte, la CNUDCI es un órgano creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, y que tuvo a su cargo la preparación del proyecto de tratado internacional de unificación del derecho material de la compraventa internacional que constituyó la base de discusión en la Conferencia de Viena que tuvo lugar entre el 10 de marzo y el 11 de abril de 1980, que finalizó con la adopción de la Convención que pasaremos a analizar.

(3) La existencia misma, la naturaleza jurídica y el contenido de la **“Lex Mercatoria”** es objeto de controversia en la doctrina. Ver: B. GOLDMAN: **“Frontières du droit et “Lex Mercatoria”**, Archives de Philosophie du droit, 1964; **“Lex conflicts de lois dans l’arbitrage international de droit privé”**, Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye, 1963, T. 109, pp. 347-485; A. BOGGIANO: **“Derecho Internacional Privado”**, Depalma, Buenos Aires, 2a. Edición, T. III, p...; P.A. Lalive: **“Problèmes relatifs à l’arbitrage international commercial”**, Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye, 1967, T. 120, pp. 569-714.

I. REGLAS DE INTERPRETACION DE LOS TERMINOS COMERCIALES (INCOTERMS)

A. *Definición y alcance de los INCOTERMS*

Los INCOTERMS se autodefinen como “un conjunto de reglas internacionales para la interpretación de los términos comerciales más utilizados en el comercio internacional”. De nuestra parte podemos describirlos como términos presentados bajo forma de iniciales, que tienen por objeto la organización precisa de la transferencia de los riesgos entre el vendedor y el comprador, y la repartición entre éstos del costo del transporte y de las formalidades administrativas

Para ponerse de acuerdo, condiciones de la contratación internacional. La falta de tiempo, la rapidez de las transacciones, o la falta de experiencia o capacidad hace difícil que puedan redactar por sí mismos condiciones legales detalladas que cubran cada uno de los aspectos de la transacción. De todo ello se deduce su enorme utilidad, al incluirse en los contratos la mención de una o varias de las condiciones contractuales estándar a que hacen referencia los INCOTERMS.

Según se emplee uno u otro de estos “términos comerciales” en un contrato de compraventa, el contenido de las obligaciones respectivas del vendedor y del comprador será diferente, puesto que a cada uno de ellos corresponde un tipo de venta particular. Los INCOTERMS cumplen así una función de armonización: las partes no tienen más que referirse a ellos para que automáticamente se incorporen a el contrato todas las cláusulas que determinan las obligaciones características que supone el tipo de compraventa normalmente designado por el término empleado y que son conformes con los usos comerciales.

No obstante, tampoco se trata de exagerar el alcance de la estandarización lograda con los INCOTERMS. Esta no abarca, evidentemente, más que las “obligaciones tipo” del vendedor y del comprador, no así las estipulaciones particulares que completan el contenido de la transacción.

Por lo demás, los aspectos relativos al derecho general de las obligaciones escapan a la reglamentación introducida al contrato por el término comercial. El derecho aplicable al contrato, la “**lex contractus**”, regirá esta materia, ya se trate de un derecho nacional, de una convención internacional o de otros usos del comercio internacional.

Si bien la primera versión de los INCOTERMS data de los años veinte, no es sino en su última versión (1990) que se les da una clasificación precisa. La nueva nomenclatura comprende 13 términos ordenados en 4 categorías, las cuales se identifican a través de la primera letra de cada INCOTERM: grupo E (EXW), grupo F (FCA, FAS, FOB), grupo C (CFR, CIF, CPT, CIP) y grupo D (DAF, DES, DEQ, DDU, DDP) (4). Las obligaciones que corresponden a cada uno de los términos son expuestas detalladamente en la documentación respectiva de la CCI, por lo cual nos abstendremos de exponerlas (5).

B. *Esfera de aplicación de los INCOTERMS*

Toda compraventa es una operación compleja y los INCOTERMS no pretenden dar solución a todas las dificultades susceptibles de surgir entre las partes. En este sentido, y siguiendo al antiguo director de la CCI, F. EISEMANN (6), podemos identificar cuatro problemas a los cuales los INCOTERM buscan darle una solución: la entrega de las mercancías, la transmisión de los riesgos, la repartición de los gastos y las formalidades documentarias relativas al paso de las fronteras.

1. *La entrega de la mercancía:*

El suministro de la mercancía al comprador, o a quien este designe, encabeza en los INCOTERMS las obligaciones que pesan sobre el vendedor, para lo cual se valen siempre de la misma fórmula: "Suministrar la mercancía y la factura comercial, o su equivalente electrónico, de conformidad con el contrato de venta, y cualquier otra prueba de conformidad que pueda exigir el contrato". El momento en que esta obligación se lleva cabo condiciona en gran medida el equilibrio de las relaciones jurídicas entre el vendedor y el comprador.

(4) En la última versión han sido excluidos dos términos comerciales incluidos en la versión anterior (1980): FOR/FOT y FOB Aeropuerto. Estos fueron reemplazados por un término único que puede adaptarse a toda modalidad de transporte: FCA.

(5) Documento No. 460 de la CCI. Para una descripción de la práctica desarrollada en torno a los INCOTERMS ver: F. EISEMANN: "**La pratique des Incoterms**", ICC Publishers, París, pp. ; P.A. GOURION/G. PEYRARD, op. cit., p. 115-128; C.M. SCHMITTHOFF: "**The law and practice of international trade**", Stevens & Sons, 9a. edición, Londres, 1990, pp. 9-62.

(6) F. EISEMANN, op. cit., pp.

El contenido de la obligación de entrega, además de variar en función de las estipulaciones contractuales particulares encargadas de fijar el momento y el lugar del suministro, dependerá de que su intervención sea antes o después de la operación de transporte, y que sea directa o indirecta, es decir, según sea la mercancía entregada al comprador mismo, o a una persona interpuesta, definida de antemano por el término comercial aplicable.

2. *La transmisión de los riesgos:*

Disociando la transmisión de la propiedad de la transmisión de los riesgos, los INCOTERMS han establecido reglas uniformes para la segunda, sin tener que ocuparse de la primera. El principio que adoptan los INCOTERMS consiste en que la transmisión de los riesgos tiene lugar a partir del momento en que el vendedor ejecuta la obligación de entrega, se realice ésta directa o indirectamente, e independientemente de quien está a cargo del transporte. No obstante, todos los términos estipulan que dicha transmisión puede acaecer incluso antes de la entrega de la mercancía, en el supuesto de que el comprador no acepte la entrega según lo convenido, o si omite dar las instrucciones que necesite el vendedor referentes al momento del embarque y/o lugar de entrega.

Por lo demás, la transmisión de los riesgos no tendrá lugar hasta tanto la mercancía no haya sido prealablemente “individualizada” como destinada al comprador, es decir, “claramente puesta aparte o identificada de otro modo como la mercancía del contrato”. Pudiendo asumir esta operación las manifestaciones más variadas, según la naturaleza de las mercancías vendidas.

3. *El reparto de los gastos:*

El término “gastos” hace referencia a todos los desembolsos que las partes tengan que realizar y soportar con el fin de cumplir con sus respectivas obligaciones, en virtud de las reglas de interpretación. Los INCOTERMS hacen coincidir las disposiciones relativas al reparto de los gastos relacionados con las mercancías con las relativas a la transmisión de los riesgos: la obligación de soportarlos pasa del vendedor al comprador una vez que el vendedor haya cumplido con su obligación de entregar las mercancías. Esto equivale a decir que los gastos que debe hacer frente el vendedor son accesorios a la operación de entrega (gastos de operaciones de verificación y de embalaje), salvo cuando, de conformidad con el INCOTERM designado, los gastos de transporte de las mercancías están a su cargo.

4. Las formalidades documentarias relativas al paso de la mercancía a través de las fronteras:

Las reglas establecidas por los INCOTERMS en relación con la obtención de las licencias de exportación y de importación, de certificados de origen, de facturas consulares, etc., establecen obligaciones que varían de un término a otro.

De esta manera, en los supuestos de las compraventas FOB, FCA, CFR, CIF, CPT y CIP, el vendedor debe obtener por su propia cuenta y riesgo cualquier documento necesario para la exportación, y realizar las formalidades aduaneras necesarias para exportar las mercancías, soportando el comprador la importación y el tránsito por terceros países.

En los casos de las compraventa EXW y FAS , el vendedor debe, si el comprador se lo pide, y a riesgo y expensas de este último, prestarle la ayuda precisa para obtener cualquier documento necesario para la exportación y el movimiento ulterior de las mercancías. En lo que respecta a las compraventas DES, DAF y DDU, además de estar a cargo el vendedor de las formalidades para la exportación, deberá asumir los gastos generados eventualmente por el previo tránsito de la mercancía por otro país. Finalmente, según los términos DEQ y DDP, el vendedor debe soportar tanto las formalidades relativas a la exportación, como las de la importación de las mercancías.

C. Problemas de los que no se ocupan los INCOTERMS

Con el fin de lograr delimitar de una manera más clara el alcance de los INCOTERMS, igualmente resulta pertinente identificar los aspectos de las compraventa que son excluidos de éstos, a pesar de la creencia contraria que muchos contratos comerciales internacionales reflejan. Dentro de este grupo de cabe señalar lo referente a la modalidad de pago, el transporte y el seguro. No obstante que los INCOTERMS no se ocupan de ellos, la selección de uno u otro de los términos comerciales influirá de una u otra manera sobre lo que dispongan las partes sobre esos excluidos, y a la inversa.

1. La modalidad de pago:

No obstante que la referencia a un término comercial permite determinar los elementos de composición del precio que deberá pagar el comprador, ésta no nos indica significativamente sobre las modalidades de pago. En ese sentido, los INCOTERMS se limitan a estipular que el comprador debe: "Pagar el precio según lo dispuesto en el contrato de compraventa".

A pesar que la hipótesis más frecuente es la de subordinar el pago a la ejecución de la obligación de entrega por parte del vendedor, la modalidad de pago dependerá de la naturaleza de las relaciones de éste con vendedor, de los requerimientos legales de los países en cuestión, del término comercial escogido y de que haya o no entrega directa (7).

2. *El transporte:*

Tal como se señala en la Introducción oficial, los INCOTERMS se aplican exclusivamente a las relaciones entre las partes, sin que afecten directamente las relaciones de ésta últimas con el porteador. Sin embargo, el transporte no deja de tener relevancia en relación con la selección y el cumplimiento de las obligaciones que supone el término comercial.

Por un lado, la selección de un modo de transporte determinado influye en una cierta medida sobre cuál de los términos comerciales va a ser utilizado; al igual que en el marco de un modo de transporte determinado las condiciones en las cuales en virtud de la ley o la costumbre, se ejecute materialmente la entrega de la mercancía al porteador por el cargador, puede influir sobre la escogencia del término comercial.

Por otro lado, los usos locales en materia de transporte pueden influir sobre las modalidades de ejecución de la obligación de entrega del vendedor en el marco de un término comercial.

Por otro lado, los usos locales en materia de transporte pueden influir sobre las modalidades de ejecución de la obligación de entrega del vendedor en el marco de un término comercial específico.

3. *El seguro:*

Los INCOTERMS únicamente abordan el aseguramiento de las mercancías de compraventas CIF y CIP, en los cuales la conclusión de un contrato de seguros es una obligación específica del vendedor. En lo que respecta a los restantes términos comerciales, corresponde a cada una de

(7) Sobre las formas de pago en el comercio internacional ver: J.M. MARQUEZ NARVAEZ: "**Medios de pago en la compraventa internacional**", ESIC Editores, Madrid, 1993; J.A. RIVERA VARELA: "**Banca Internacional**", Editorial UNED, San José, 1994, pp. 45-146.

las partes asegurar las mercancías en función del punto de transmisión de los riesgos. Lo anterior no impide que en estos supuestos, excepción hecha de los términos EXW, DDU y DDP, en los cuales el desplazamiento de las mercancías está a cargo de una sola de las partes, sea recomendable que los contratantes analicen conjuntamente las eventuales obligaciones que el vendedor o el comprador deben asumir en lo tocante a un seguro que cubra las mercancías desde el punto de partida del país de procedencia hasta el destino final elegido por el comprador.

D. Naturaleza jurídica de los INCOTERMS

El problema de la determinación de la naturaleza jurídica de los INCOTERMS, a pesar de tener una apariencia teórica, guarda una relevancia práctica significativa. De la respuesta a la interrogante de si es necesario que las partes se refieran en un contrato de compraventa internacional a los INCOTERMS para que éstos presidan la interpretación del término comercial adoptado, dependerán las condiciones en que se admitirá su intervención.

Las estipulaciones contenidas en la Introducción oficial, en el sentido que los comerciantes que deseen que se les aplique la normativa en cuestión deberán especificar que sus contratos quedan sometidos a los "INCOTERM 1990" (8), pareciera sugerir que son concebidos por la CCI como una yuxtaposición de contratos tipo, que serán la ley entre las partes a partir del momento en que se refieran a ellos en el contrato base. De ahí la técnica de redacción propia de los contratos utilizada por la CCI en la formulación de los términos comerciales.

Sin embargo esta caracterización es incompleta, en la medida en que desde la adopción de su primera versión (1936), los INCOTERMS han reflejado los usos comerciales en relación con los tipos de compraventa de que tratan. Con el tiempo esta conformidad se ha ido acentuando hasta el punto que, en virtud de un efecto reflejo, los mismos usos del comercio internacional se han ido progresivamente identificando con los INCOTERMS.

(8) La mención precisa del INCOTERM es absolutamente necesaria cuando una de las partes tiene su establecimiento en los Estados Unidos, en virtud de que "Uniform Commercial Code" incluye términos comerciales con un sentido diferente a los de la CCI, denominados "American Foreign Trade Definitions".

En igual sentido debemos señalar que los árbitros internacionales se refieren a los INCOTERMS reconociéndoles un valor jurídico en tanto que usos del comercio internacional y, por lo tanto, como elementos de la moderna “**Lex Mercatoria**” (9), sin tener que recurrir a un derecho nacional que respalde su aplicación e interpretación. En virtud de esta condición, no es de extrañar que los mismos árbitros internacionales, al igual que ciertas jurisdicciones nacionales utilicen, los INCOTERMS para resolver las dificultades de interpretación relativas a los términos comerciales, aún cuando las partes no haya hecho mención de éstos en su contrato.

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar junto con el profesor Eisemann (10), que la naturaleza jurídica de los INCOTERMS es la de usos del comercio internacional para la interpretación de los términos comerciales, en virtud que reflejan las prácticas más corrientes en relación con ciertos tipos de compraventa (11).

Lo anterior nos permite afirmar que, sin duda alguna, los INCOTERMS forman parte de los “usos” de que hace mención el artículo 9 (2) de la Convención de Viena del 11 de abril de 1980, al disponer que: “Salvo pacto en contrario se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.

(9) “Al lado de las fuentes “espontáneas” que constituyen la CCI y algunos otros organismos, los árbitros representan la fuente pretoriana de la “**Lex Mercatoria**”. Ellos son, a través de los conflictos de interés que concilian y resuelven, los vectores privilegiados y naturales de la aplicación de las reglas trans-nacionales de la ley de los comerciantes” (P.A. GOURION/G. PEYRARD, op. cit., p. 57).

(10) F. EISEMANN, op. cit., pp.

(11) “Sin embargo no son disposiciones supletivas incluidas en todo contrato de compraventa internacional, como lo son las disposiciones de la ley nacional o de la convención internacional aplicable. Aunque podamos presumir que éstos han sido contem-plados por las partes como integrando la “**Lex Mercatoria**”, es claramente preferible indicar expresamente a cual INCONTERM las partes han querido referirse” (P.A. GOURION/ A. PEYNARD, op. cit., p. 117).

II. REGLAS Y USOS UNIFORMES RELATIVOS A LOS CREDITOS DOCUMENTARIOS

A. *Reglamentación internacional de los créditos documentarios*

Los créditos documentarios cuentan con una regulación específica: “Las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios” de la CCI. La versión adoptada en 1993 ⁽¹²⁾, que constituye la base de nuestro análisis, fue preparada por la Comisión de Técnica y Prácticas Bancarias de la CCI en coordinación con los comités nacionales de la CCI, teniendo en mente cinco objetivos: 1) simplificar la versión anterior de las reglas y usos ⁽¹³⁾; 2) incorporar las prácticas bancarias internacionales, y también facilitar y normalizar las prácticas en fase de desarrollo; 3) mejorar la integridad y fiabilidad de la figura del crédito documentario a través de la presunción de irrevocabilidad y la clarificación de la responsabilidad primaria tanto del banco emisor, como del banco confirmante; 4) tratar los problemas de las condiciones no-documentarias; y 5) ofrecer una relación detallada de los elementos de aceptabilidad para cada categoría de documentos de transporte.

En la medida en que no sólo fueron tomadas en cuenta las prácticas relativas al crédito documentario, sino que se intenta prever su evolución futura, la versión revisada de las reglas y usos no se limita a ser únicamente un esfuerzo de codificación, sino también de “**lege ferenda**” dirigido a adaptarlas a los nuevos avances en la industria del transporte y las innovaciones tecnológicas que se están aplicando en los demás sectores que participan en el comercio internacional.

B. *Definición de crédito documentario*

Un medio de pago internacional es un instrumento cifrado en una moneda convertible, que es aceptado por el vendedor como suficiente para satisfacer la deuda del comprador. Todos los medios de pago internacional tienen su homónimo directo en el comercio doméstico, salvo la orden de pago documentaria, la remesa documentaria y el crédito documentario, que son específicos del comercio exterior. Estos tres tipos de instrumentos son los denominados medios de pago documentarios, los cuales se caracterizan por relacionar el pago de con la entrega de los documentos representativos de la mercancía, por lo que la forma de pago suele ser simultánea a su entrega.

(12) Documento RUU 500 de la CCI, en vigor desde el 1 de enero de 1994.

(13) Documento RUU 400 de la CCI.

El crédito documentario, o carta de crédito, es la figura de pago documentario por antonomasia, y consiste en un convenio en virtud del cual un banco (Banco Emisor), actuando a petición y de acuerdo con las instrucciones de un cliente (Ordenante), se compromete a pagar a un tercero (Beneficiario) el importe del crédito, contra entrega por parte de éste de determinados documentos exigidos que demuestren que se han cumplido los términos y condiciones estipulados.

En versión revisada de las Reglas y Usos Uniformes encontramos en el artículo 2 una definición bastante exhaustiva de crédito documentario. De esta definición se desprende que en todo crédito documentario existen tres figuras básicas: el ordenante del crédito, el banco emisor y el beneficiario del crédito. A estas tres figuras eventualmente se suma una cuarta denominada, según el papel que asuma, como "Banco Avisador" (art. 7), "Banco Confirmador" (art. 9.b.), "Banco Designado" (art. 10.b.), "Banco Peticionario" (19.a.) o "Banco Reembolsador" (19.a.).

A pesar de su denominación, un crédito documentario es un instrumento de pago que no necesariamente tiene que suponer una operación de préstamo o crédito a favor del beneficiario. En muchas ocasiones, es simplemente un medio que sirve para una función muy concreta: proveer al vendedor de una mercancía o servicio con un sistema de pago garantizado.

C. Tipos de los créditos documentarios

Según el compromiso asumido por el Banco Emisor, un crédito documentario puede ser revocable o irrevocable. Un crédito revocable es aquel que puede ser modificado o anulado por el emisor sin requerir aprobación alguna del beneficiario (art. 8.a.) Un crédito irrevocable es aquel que una vez abierto no puede ser modificado o anulado sin el consentimiento expreso de todas las partes que intervienen (art. 9.a.). El artículo 6 (b) dispone que todo crédito debe indicar si es de uno u otro tipo. En caso contrario, el crédito será consignado como irrevocable (6.c.). Esta presunción constituye una de las más relevantes modificaciones introducidas en la última versión (1993) de la CCI de las reglas y usos en la materia. En la versión anterior (1983) se consignaba una solución completamente opuesta.

Por otra parte, se habla de crédito confirmado, cuando un banco intermediario (Banco Confirmador) garantiza al exportador que, contra

documentos conformes, le pagará de acuerdo con lo pactado, asumiendo por su cuenta y riesgo que el Banco Emisor no le reembolse las cantidades pagadas (art. 9.b.). El exportador solicitará en la mayoría de las veces al comprador que instruya a su banco para que le pida a otro, normalmente del país vendedor, que añada su confirmación. Esto suele deberse, en general, a que el país del comprador tiene problemas de deuda externa, que su economía no merece suficiente confianza, o que el banco emisor es un banco desconocido o de escasa solvencia.

Por la forma de utilización los créditos son clasificados por las mismas Reglas de la CCI (art. 10) según sean utilizables contra pago a la vista, pago diferido, aceptación o negociación. De esta opciones, las más frecuentes son las de pago a la vista o diferido contra la presentación de documentos. Las otras dos modalidades implican evidentemente que el exportador está concediendo financiación al comprador extranjero, ya que no cobra a la presentación de documentos, sino que lo hace en un momento futuro.

D. Sistema operativo de los créditos documentarios

En todo crédito documentario se van a establecer tres relaciones básicas entre los participantes:

1. ENTRE EL IMPORTADOR U ORDENANTE DEL CRÉDITO DOCUMENTARIO Y EL EXPORTADOR O BENEFICIARIO DEL MISMO:

El crédito documentario va a reflejar, por interés de ambas partes, la realidad de la mercancía y de las condiciones de entrega y pago. Por lo tanto, es fundamental que tanto el importador como el exportador consigan que el crédito represente de forma inequívoca los derechos y obligaciones que asumen en la compraventa. Los documentos de transporte, seguro e informativos son de una gran importancia en la medida que el beneficiario no va a cobrar si no es capaz de presentar la documentación en tiempo y forma correctos (arts. 17 y 22).

2. ENTRE EL ORDENANTE DEL CRÉDITO Y EL BANCO QUE LO EMITE:

Para los bancos la emisión de créditos documentarios implica un riesgo en la medida que el banco emisor asume en nombre del ordenante una obligación irrevocable de pago ante el beneficiario (art. 9). Por lo demás, la solicitud de apertura de un crédito documentario debe contener de manera clara y concisa la totalidad de apartados que van a facultar al banco emisor para cumplir fielmente las instrucciones del ordenante (art. 5).

Por otra parte resulta normal que en todas las solicitudes de apertura de créditos que el ordenante acepte, como norma de funcionamiento, las "Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios" de la CCI. El papel del garante del pago que asume el banco emisor ante el beneficiario en sustitución del importador, es asumido bajo las condiciones estipuladas en esta normativa.

3. LA RELACIÓN ENTRE EL BANCO EMISOR (O SU BANCO REPRESENTANTE, SALVO QUE EL CRÉDITO SEA CONFIRMADO) Y EL BENEFICIARIO O EXPORTADOR:

El Banco Emisor, o su representante, debe atender los efectos que se les giren o realizar los pagos que se les soliciten, con independencia de la relaciones, vicisitudes o problemas existentes o futuras entre el comprador y el vendedor. Además, el Banco Emisor no puede plantear ante el beneficiario del crédito ningún problema o discusión derivados de su relación con el ordenante. Un crédito documentario es totalmente ajeno a las relaciones importador-exportador e importador-Banco Emisor.

Quando un exportador recibe la notificación de haberse abierto a su favor un crédito documentario, debe revisar si las condiciones que éste concuerdan con lo acordado originalmente con el comprador. El exportador debe tener en cuenta que si no puede cumplir con alguna de las condiciones del crédito, no tendrá derecho alguno a recibir el pago. Así, resulta fundamental que el vendedor revise exhaustivamente el condicionado de la apertura para saber si está o no capacitado para cumplir con sus obligaciones.

El pago de un crédito documentario se desencadena con la su utilización, es decir, con la presentación por parte del beneficiario de la documentación solicitada. El Banco Avisador que recibe los documentos, realiza una comprobación más o menos exhaustiva de los mismos. Si detecta discrepancias, cuenta con dos alternativas: en caso de errores subsanables, devolver los documentos al beneficiario para que éste los subsane; si las discrepancias son importantes y no subsanables por el beneficiario, puede enviarlos al Banco Emisor para que éste pague si el ordenante los acepta.

En caso de no detectarse ningún error o discrepancia en la documentación presentada, se puede proceder de dos formas en función del compromiso que haya adquirido ante el exportador, dependiendo de que sea un crédito revocable o irrevocable y confirmado.

E. *Autonomía del crédito documentario*

El crédito documentario, en la misma forma que los títulos valores, es una figura que tiene vida propia, es ajeno a la relación comercial preexistente entre el comprador y el vendedor (art. 3). Un crédito documentario funciona en forma independiente de la mercancía objeto del mismo (art. 4). Las partes que intervienen en un crédito documentario sólo actuarán según lo expresado en la documentación utilizada, con independencia de que ésta responda o no a la realidad de la mercancía contratada. No obstante ser un medio de pago de una operación, la compraventa puede ser anulada por algún motivo sin que se vea afectado el funcionamiento del crédito documentario emitido de manera irrevocable.

El crédito documentario es esencialmente un documento bancario que funciona a base de otros documentos que funcionan de acuerdo con su valor aparente (art. 15), no obstante los bancos encargados del examen de los documentos deberán examinarlos con un cuidado razonable, con base en criterios ampliamente desarrollados en la reglamentación reciente adoptada por la CCI (arts. 13, 14, 20 a 38).

III. LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCANCIAS (Convención de Viena del 11 de abril de 1980)

A. *Antecedentes*

Los orígenes de la Convención de Viena pueden remontarse a los años treinta, cuando un primer proyecto en la materia fue preparado por el Instituto para la Unificación de Derecho Privado (UNIDROIT). Los trabajos continuaron luego de la II Guerra Mundial y culminaron en 1964 con una conferencia en La Haya, en donde se adoptaron dos convenciones internacionales en materia de compraventa internacional de mercancías. Ambas entraron en vigor en 1972 pero únicamente nueve países las ratificaron. Cuando vino a ser aparente que dichas convenciones no serían ampliamente adoptadas, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional (CNUDCI) comenzó a trabajar en unificación del derecho material de la compraventa internacional. Luego de once años de trabajos, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó a la conferencia internacional que tendría lugar en Viena del 10 de marzo al 11 de abril de 1980, y en la cual se suscribió la denominada "Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías" (14).

(14) Como estudio integral en de la Convención en idioma español ver de J. ADAME, "El contrato de compraventa internacional", McGraw-Hill, México, 1994.

Fruto del consenso logrado entre los sesenta y nueve países participantes en la Conferencia, el Convenio de Viena constituye un esfuerzo de síntesis entre las posiciones de los países occidentales –tanto de derecho continental, como angloamericano–, los entonces países socialistas y los países del Tercer Mundo ⁽¹⁵⁾. El hecho de que haber sido ratificada subsecuentemente por países tan importantes como Alemania, China, Francia, Italia y Estados Unidos, muestra el impacto considerable que este tratado tiene en las relaciones comerciales mundiales desde su entrada en vigor el 1 de enero de 1988.

B. *Esfera de aplicación*

La Convención de Viena de 1980 establece en su artículo 1 los criterios que determina cuando una transacción internacional entra dentro de su esfera de aplicación. No obstante constituir una regulación del derecho material de la compraventa internacional, la Convención no elude por completo emplear la técnica del conflicto de leyes (pár. 1, b, del art. 1) para determinar su ámbito de aplicación ⁽¹⁶⁾. Es importante señalar que la circunstancia de que Costa Rica no ha ratificado la Convención no implica que ésta deje resultar irrelevante para los exportadores e importadores costarricenses en sus relaciones con sus contrapartes extranjeras. Podemos identificar tres situaciones en las cuales la Convención de Viena sería susceptible de aplicarse y que se salen del supuesto previsto en el párrafo 1, inciso b) del artículo 1, a saber:

- i) La Convención de Viena ha sido ratificada por los principales socios comerciales de Costa Rica, entre otros por Alemania, Chile, México y Canadá. En virtud del artículo 1, párrafo 1 (b), basta que las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación

(15) Sobre la síntesis entre los sistemas jurídicos, sociales y económicos diferentes que se refleja en la Convención ver: A. GARRO, "Reconciliation of legal traditions in the U.N. Convention on contracts for the international sale of goods", *The International Lawyer*, 1989, vol. 2, pp. 443-483.

(16) El método conflictualista será utilizado también por la Convención para determinar... Con el fin de uniformizar las reglas en materia de conflicto de leyes aplicables a los contratos es que adopta en 1985 la Convención de La Haya de 1985 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Ver: M. PELICHET: "**La vente internationale de marchandises et le conflit de lois**", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1987, T. 201, pp. 9-210; M.S. NAJURIETA, "Compraventa Internacional. Aportes de la Convención de La Haya de octubre de 1985", *Revista del Derechos Comercial y de las Obligaciones*, pp. 67-91.

de la Ley de un Estado contratante, para que la Convención entre a regir los contratos de compraventa de mercancías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes, independientemente de su nacionalidad (*). En otras palabras, si la regla de conflictos de leyes del tribunal que conoce de un litigio en torno a un contrato de compraventa internacional, específicamente entre una persona física o moral costarricense y una extranjera, remite directamente o indirectamente, por intermedio del reenvío, al derecho de uno de los estados ratificantes de la Convención de Viena, los derechos y obligaciones de las partes en el contrato serán interpretados de conformidad con lo que esta última disponga.

- ii) La doctrina de la autonomía de la voluntad sugiere que las partes contratantes podrían escoger la Convención de Viena como la ley aplicable al contrato cuando no fuere aplicable por sus mismos términos. Al margen de la utilización efectiva que las partes puedan hacer de la Convención para la definición del contenido de sus derechos y obligaciones, surge la interrogante de saber el alcance que, en caso de litigio, las jurisdicciones nacionales estarían dispuestas a reconocer a una cláusula de derecho aplicable que contuviera una remisión semejante.

La incertidumbre será aún mayor, si las partes no han designado en el contrato la jurisdicción nacional competente para conocer de conflictos, puesto que en relación con un mismo litigio los tribunales de varios países serán susceptibles de declararse competentes. Bajo tal supuesto, el recurso al arbitraje comercial internacional será recomendable, permitiendo eludir estas incertidumbres, en la medida en que el árbitro internacional no estará obligado a cerciorarse si lo dispuesto convencionalmente por las partes se conforma a las reglas de conflicto de leyes de un Estado determinado. El árbitro internacional debe ante todo respetar la voluntad de las partes, sea cual fuere la norma adoptada por éstas, trátese de un sistema jurídico estatal, de una Convención internacional, aplicable o no por sí misma, o de la "**Lex Mercatoria**".

- iii) En el supuesto excepcional de que las partes hayan previsto someter al arbitraje internacional las diferencias que pudieran surgir entre ellas, pero no hayan señalado el derecho aplicable al contrato de compraventa, la Convención de Viena de 1980 podría ser aplicable por los árbitros internacionales a título de "**Lex**

Mercatoria", es decir, en tanto que reflejo de los usos y costumbres del comercio internacional en la materia ⁽¹⁷⁾. Tal solución se justificaría, en la medida que la Convención constituye un acuerdo de consenso entre países con diferente grado de desarrollo económico y con sistemas jurídicos disímiles ⁽¹⁸⁾.

En relación con un contrato de compraventa internacional que reuniera las condiciones para que la Convención de Viena se aplique (artículos 1, 2 y 3), ésta entrará a regir los aspectos relacionados con su formación (Parte II), y con el contenido de los derechos y obligaciones de las partes contratantes (Parte III). Respetuosa del principio de la autonomía de la voluntad, el artículo 6 de la Convención les permite a las partes del contrato de compraventa internacional de excluir total o parcialmente su aplicación (autonomía conflictual), además de modificar sus efectos adoptando en el contrato disposiciones contrarias a la misma (autonomía material).

C. *Relaciones de la Convención con los usos comerciales y las normas en materia de propiedad*

No obstante haber una coincidencia parcial de los aspectos de la compraventa internacional que abarca la Convención de Viena de 1980 con los que son regulados por los INCOTERMS, entre ambos instrumentos jurídicos está lejos de constituirse una relación de oposición, sino, por el contrario, se establece una relación de complementación.

En efecto, el artículo 9 (2) de la primera crea la presunción de que las partes han consentido tácitamente a la aplicación de los usos y costumbres del comercio internacional a sus relaciones contractuales. De esta forma se abre la puerta a la aplicación de los INCOTERMS independientemente de toda remisión convencional a los mismos.

Por otra parte, la Convención no entra a regular lo concerniente a las formas de pago, y específicamente, al crédito documentario, aunque

(17) Esto se explica por la gran libertad de que gozan los árbitros para determinar el derecho aplicable. Por el contrario, a menos que las partes no remitan convencionalmente a la "**Lex Mercatoria**", las jurisdicciones internas se abstendrán de recurrir a ésta (P.A. GOURION/G. PEYRARD, op. cit., p. 58).

(18) Ver nota 15.

hace referencia implícita a esta modalidad en el párrafo 1 (b) del artículo 57 y párrafo 1 artículo 58. Además, al disponer en el artículo 54 que la obligación de pago del comprador comprende la de cumplir con los requisitos fijados contractualmente y, particularmente, “en leyes y reglamentos” pertinentes, se ha tenido sin duda en mente, entre otros, a las “Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios” de la CCI.

Finalmente, si bien la Convención, en los casos en que es aplicable, sustituye en buena medida al derecho común de las obligaciones de los países suscriptores, no ocurre lo mismo con las disposiciones concernientes a la validez del contrato o de sus estipulaciones, y a los efectos del mismo sobre la propiedad de las mercancías (artículo 4). La primera de estas exclusiones permite al tribunal que conoce de un litigio recurrir eventualmente al orden público para controlar la validez del convenio. La segunda se dirige a dejar intacta las disposiciones internas de derecho internacional privado en materia de bienes muebles, que en la mayoría de los casos siguen el principio “**lex rei sitae**”, es decir de la situación de los bienes.

SOBRE LAS RAZONES VALIDAS Y NO VALIDAS PARA UN
REGIMEN DE ACUMULACION DE RENTAS FAMILIARES:
observaciones a la luz de la reciente jurisprudencia
constitucional española y su precedente italiana

Dr. Adrián de Jesús Torrealba Navas

Abogado costarricense.

Doctor en Derecho Financiero y Tributario
por la Universidad Complutense de Madrid;
especialista en la misma materia por
la Universidad de Pisa.

SUMARIO

1. Introducción.
2. Síntesis de los procesos de formación de las sentencias españolas e italiana objeto de comentario.
3. Aspecto sustancial y aspecto formal de la temática relativa a la imposición de la unidad familiar.
4. Aspecto formal en las sentencias en examen: ilegitimidad del régimen de titularidad única, entonces vigente en Italia y no ilegitimidad autónoma del régimen de titularidad plural español.
5. Aspecto material: observaciones preliminares.
 - a. El argumento relativo a la ilegitimidad de la acumulación de rentas fundamentado en el hecho mismo del matrimonio en las sentencias españolas.
 - b. El argumento de la violación del principio de personalidad en las sentencias italianas.
6. Aspecto material: el argumento de las economías de escala en las sentencias examinadas. Crítica.
7. Aspecto material: el argumento relativo a la protección constitucional del instituto familiar. Crítica.
8. Consideraciones acerca de las razones válidas para limitar el ámbito de un régimen de acumulación subjetiva.

1. La Sentencia del Tribunal Constitucional español Nº 45 de 20 de febrero de 1989 (y su inmediato antecedente de 10 de noviembre de 1988), relativa a la tributación de los miembros de la unidad familiar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ofrece un óptimo punto de referencia para considerar el tema básico de la tributación del fenómeno familiar, esto es, el de la imposición separada o conjunta. (1) A su vez, resulta conveniente tener en consideración un importante antecedente de Derecho comparado sobre el tema, cual es el de la sentencia Nº 179 de 14 de julio de 1976 de la Corte Costituzionale italiana (precedida también por la Nº 26 de 16 de febrero de 1975) (2).

2. Para efectos de ubicación preliminar, valga recordar brevemente los procesos de formación de las respectivas sentencias.

En el reciente caso español, la sentencia de 10 de noviembre de 1988 fue dictada con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por D. Jesús García Gombau contra Sentencia dictada el 19 de julio de 1985 por la Audiencia Territorial de Barcelona, quien, habiendo contraído matrimonio el 27 de noviembre de 1980, fue constreñido a liquidar el impuesto sobre el renta de las personas físicas correspondiente al ejercicio de 1980 en forma conjunta con su cónyuge. Las alegaciones del recurrente se centraron en dos puntos problemáticos a su juicio violatorios de sus derechos constitucionalmente consagrados: por una parte, el hecho de considerar como elemento decisivo para determinar la aplicación del régimen jurídico propio de la unidad familiar el estado civil del contribuyente en la fecha del devengo del IRPF (31 de diciembre), con prescindencia de si tal estado, y la correspondiente convivencia, no se hubiera dado durante todo el ejercicio; por otra parte, el hecho mismo de la acumulación subjetiva de rentas entre los miembros de la unidad familiar orientada a conformar una única base imponible sobre la cual aplicar la alícuota respectiva, que en un impuesto como el IRPF, de carácter progresivo, conlleva una cuota tributaria mayor que la que correspondería a dos individuos cuyo total fuera igual al de los cónyuges, pero que tributan en forma separada (y, por tanto, sobre bases imponibles que determinan la aplicación de alícuotas más bajas), la cual,

(1) Cfr. C. PEREZ DE AYALA, **La unidad familiar en el impuesto sobre la renta**, Edit. Tecnos, Madrid, 1986, p. 33; C. PALAO TABOADA, "El tratamiento de la familia en la imposición sobre la renta", **Civitas, R.E.D.F.**, Nº 29, enero-marzo, 1981, p. 9.

(2) Las sentencias italianas a que se hace referencia son: Corte cost., 16 de febrero 1975, Nº 26, en **Giur. cost.**, 1975, pp. 111 ss.; Corte cost., 15 julio 1976, Nº 179, en **Riv. dir. fin.**, II, 1977, pp. 113 ss.

además, ubica a los miembros de la unidad familiar bajo un régimen de solidaridad respecto de la Hacienda Pública. De este modo, considero infringidos los artículos 14 (igualdad ante la ley), 31.1 (principio de capacidad económica), 39 (obligación de protección social y económica de la familia), 18.1 (derecho a la intimidad personal y familiar) (3).

En la sentencia mencionada de noviembre de 1988, el Tribunal acogió las pretensiones del recurrente en amparo, reconociendo su “derecho a no ser discriminado fiscalmente por el hecho de haber contraído matrimonio y a hacer por separado su declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del ejercicio de 1980” (inciso 2 del Fallo) y, a la vez, resolvió someter al Pleno del mismo Tribunal la cuestión “de inconstitucionalidad relativa a los arts. 4.2, 5.1 (regla primera), 7.3, 23 (en relación con el 24.7), 31.2 y 34.3 y 6 de la Ley 44/1978, teniendo en cuenta la reforma operada por la Ley 48/1985, con referencia a los artículos 14, 18, 31 y 39 de la Constitución.” (Inc. 3 del Fallo). No está de más aclarar que ya en esta sentencia el Tribunal entra en consideraciones de fondo respecto a estos problemas de inconstitucionalidad, que luego retomara en la sentencia de 20 de febrero de 1989.

Así, en esta sentencia, por las razones que luego serán objeto de comentario, se declara la inconstitucionalidad y nulidad con los efectos que se indican en el Fundamento undécimo de los artículos 7, apartado tercero; 31, apartado segundo; y 34, apartados tercero y sexto, de la mencionada Ley 44/1978 (inciso 1 del Fallo). Igualmente, se declara la inconstitucionalidad del artículo 4.2 de esta Ley “cuanto que no prevé para los miembros de la unidad familiar, ni directamente ni por remisión, posibilidad alguna de sujeción separada” (inc. 2, Fallo) y, por último, se declara también “la inconstitucionalidad del artículo 24, apartado b), de la misma Ley, en la redacción anterior a la Ley 37/1988, en cuanto que no incluye entre los períodos impositivos inferiores a un año, el correspondiente a los matrimonios contraídos en el curso del mismo.” (inc. 3, Fallo). Esta sentencia plantea dos problemáticas importantes: la primera, que podríamos llamar sustancial, relativa al contenido mismo del

(3) Cfr. la exposición que hacen A. BELLVER y O. PORTABALES, “Perspectiva constitucional de la tributación familiar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 1988, **Impuestos**, Nº 5, marzo, 1989, pp. 21-23.

régimen tributario de la familia; la segunda, de carácter procedimental, relativa a la eficacia de la sentencia. (4) En este trabajo, me ocuparé únicamente de la primera.

En el caso italiano, la primera sentencia (de febrero de 1975) recayó con ocasión de una cuestión de legitimidad constitucional elevada por el Tribunal de Oristano mediante ordenanza de 10 de diciembre de 1973. Se trataba en la especie de dos cónyuges que, ejerciendo en común una actividad comercial como socios de hecho, no presentaron la declaración de rentas correspondiente a 1968, por lo cual resultaron imputados del delito de omisión de declaración previsto en los artículos 17 y 243 del entonces vigente *Testo unico dell'imposta diretta* de 29 de enero de 1958, Nº 645. Respecto de la mujer, se imponía lógicamente la absolución puesto que el artículo 131 del mencionado *t.u.* ponía a cargo solamente del marido la obligación a declarar, comprendidos aquellos del cónyuge. Sin embargo, considerando dudosa la constitucionalidad de este artículo con referencia al artículo 29 de la Constitución italiana (que establece que el matrimonio está basado en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges), el Tribunal elevó la consulta de legitimidad constitucional ante la Corte Costituzionale ante la eventualidad de que, de resultar inconstitucional, entonces habría de variar la decisión absolutoria de la mujer. La Corte rechazó de plano la cuestión por defecto absoluto de relevancia para la resolución de la causa, por la evidente razón de que una eventual declaratoria de inconstitucionalidad no tendría efectos retroactivos, máxime tratándose de materia penal. Sin embargo, en su pronunciamiento, la Corte no se abstuvo de hacer notar incidentalmente que era posible plantear la ilegitimidad de la norma impugnada, además que en relación al artículo 29, también con referencia a los artículos 3 (igualdad), 31 (tutela de la familia) y 53 (capacidad contributiva) de la Constitución. (5).

(4) El asunto de los efectos de la sentencia de 20 de febrero, 1989, es tratado en el *Fund. jur.* 11. Un análisis de este aspecto puede encontrarse en J. DIAZ DELGADO, "Comentarios al régimen transitorio de la Ley 20/1989, de 28 de julio, de adaptación de los impuestos sobre la renta y el patrimonio de las personas físicas" en **Los nuevos impuestos sobre la renta y el patrimonio (1988-1989 y ejercicios anteriores no prescritos)**, Edic. Siete, Madrid, 1989, pp. 291, ss.

(5) Cfr. I. MANZONI, "Cumulo dei redditi e legittimita costituzionale: non manifesta infondatezza o manifesta fondatezza della questione?", **Giur. cost.**, II, 1976, pp. 2053-2055, sobre los hechos. Es interesante también la exposición de A.G. ZORZI, "M il cumulo dei redditi e davvero illegittimo", **Giur. cost.**, 1976, pp. 2210 ss., sobre el clima político existente.

Esta sentencia abrió el camino para que en poco tiempo se elevaran sendas ordenanzas de la Corte, la cual, finalmente, en la segunda sentencia citada, declaró ilegítimos, por violación de los artículos 3, 29, 31, 53 Cost., los artículos 131 y 139 del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) de 29 de enero de 1958, N° 645, en la parte en que establece que las rentas de la mujer, que no esté legal y efectivamente separada, concurren conjuntamente con las del marido a formar una renta global, sobre la cual es aplicada con alicuota progresiva el impuesto complementario. Asimismo, declaró ilegítimos los artículos 2, N° 3 de la ley de 9 de octubre de 1971, N° 825, 2, inc. 1, y 4 letra a) D.P.R. 29 de setiembre 1973, N° 597, 1, inc. 3, 46, 56 y 57 D.P.R. de 29 de setiembre de 1973, N° 600 y 15, 16, 17, 19, 20 y 30 D.P.R. 26 octubre, 1972, N° 636 en las partes en que las correspondientes normas disponen: a) que para la determinación de la renta global, son importados al marido, como sujeto pasivo del impuesto sobre la renta de las personas físicas, además de sus rentas propias, las rentas de la mujer (exceptuados aquellos que son de liber disposición de la mujer legal y efectivamente separada) y que las rentas de los cónyuges son acumulados a fines de aplicación del impuesto; b) que la mujer no es sujeto pasivo del impuesto, cuyas rentas son imputadas al marido en el sentido del art. 4 letra a), D.P.R., N° 597, 1973; c) que la declaración de personas físicas es única, además que para las rentas propias del sujeto pasivo, para aquellas de la mujer a él imputables según la norma del art. 4 D.P.R., N° 597 de 1973; d) que la mujer, no legal y efectivamente separada, está obligada a indicar al marido, como sujeto pasivo del impuesto, los elementos, los datos y las informaciones concernientes para que pueda cumplir la obligación de la declaración de las rentas a él imputadas. (6)

3. Como punto de partida, es importante indicar que los diversos aspectos tratados por estas sentencias pueden ser diferenciados de acuerdo con la división que parte de la doctrina ha trazado respecto de los puntos de vista desde los cuales se puede afrontar la temática de la imposición de la unidad familiar. Así, como expone C. PALAO TABOADA, “el primero de estos aspectos es el de la determinación de la carga tributaria que ha de recaer sobre la familia o sobre su miembros En cierto sentido, podemos considerar este aspecto como material y es aquel en el que se centran principalmente las discusiones en esta materia. La cuantía de la carga tributaria depende de los llamados “elementos de cuantificación” del débito tributario (fundamentalmente base imponible

(6) Cfr. sentencia N° 179 de 15/7/76, en **Riv. dir. fin.**, cit., p. 113.

y tipo de gravamen). Desde este punto de vista, el problema se plantea de forma primaria en cuanto al papel de la familia como elemento subjetivo en la definición de la base imponible del impuesto, dando lugar a la opción fundamental entre tributación individual o acumulada (...). El segundo aspecto es el relativo a la titularidad de los distintos deberes jurídicos derivados de la aplicación de las leyes tributarias, y, en primer lugar, de la obligación tributaria material. En el mismo sentido en que hemos calificado de material el aspecto anterior, podemos calificar a este de formal, aunque no lo sea desde una perspectiva estrictamente jurídica. Que se trata de dos aspectos distintos lo demuestra que un mismo sistema de determinación de las cargas tributarias puede coexistir con diversas configuraciones de los sujetos pasivos del impuesto. Así, por ejemplo, la acumulación puede aplicarse considerando sujeto pasivo solo al marido o bien a ambos cónyuges por separado.” (7)

4. Desde el punto de vista formal, resulta clara una primera gran diferencia entre las sentencias en examen, derivada precisamente del distinto régimen jurídico que, a este respecto, regía respectivamente en Italia y España al momento de dictar cada una de ellas. En efecto, mientras en Italia regía un sistema de titularidad única, caracterizado, por tanto, por la existencia de una sola deuda tributaria por cada unidad familiar (8) cuyo titular era el marido, en España, en cambio, regía un régimen de titularidad plural caracterizado por cuanto los sujetos integrados en la unidad familiar respondían solidariamente frente a la Hacienda Pública, esto es, cada uno de ellos se presentaba como deudor por el total importe de la deuda tributaria correspondiente a la acumulación (9).

Poca duda cabe de que, en el caso italiano, el no reconocimiento de “subjetividad tributaria” a la mujer constituía un claro motivo de inconstitucionalidad, punto en que la doctrina se ha manifestado

(7) C. PALAO TABOADA, **Op. cit.**, pp. 8-9. En igual sentido, C. PEREZ DE AYALA, **Op. cit.**, p. 34, A.G. ZORZI, p. 2213, habla de “momento formale” y “momento sostanziale”.

(8) Cfr. C. PALAO, **Ibid.**, p. 40 para esta definición. También, C. PEREZ DE AYALA, **Ibid.**, p. 49; J. RAMALLO, “La unidad familiar como sujeto en el Ordenamiento Tributario español”, **Civitas R.E.D.F.**, Nº 29, cit., p. 54.

(9) Cfr. C. PEREZ DE AYALA, **Ibid.**, p. 50; C. PALAO, **Ibid.**, p. 41; J. RAMALLO, **Ibid.**, p. 55.

unánime. ⁽¹⁰⁾ Fundamentalmente, como destaca L. PERRONE, el no reconocimiento a la mujer de una autónoma subjetividad tributaria derivaba como consecuencia que la mujer casada y no separada, titular de rentas confluyentes en la declaración presentada por el marido, en caso de controversia relativa a sus propias rentas contra la Administración financiera, se venía a encontrar ante la imposibilidad de hacer valer en juicio los propios derechos e intereses legítimos a diferencia de cualquier otro sujeto, en abierta violación del artículo 24 de la Constitución (“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”), la cual se agravaba aún en vista de que la ley consideraba a la mujer solidariamente responsable con el marido para el pago del impuesto, incluyendo las sobretasas y penas pecuniarias derivantes de un comportamiento ilícito de éste. Por otra parte, tal carencia de subjetividad por parte de la mujer y la consecuente obligación del marido de indicar en la propia declaración también las rentas del cónyuge, implicaba la atribución al marido de la responsabilidad en orden a las sanciones, incluso las de orden penal derivadas de omisión de declaración de rentas, de las cuales o podría simplemente ser ignorante de su existencia o bien la mujer expresamente podía negarse a comunicarle los elementos a indicar en la declaración. El resultado sería una abierta violación del artículo 27.1 constitucional, según el cual la responsabilidad penal es personal. ⁽¹¹⁾

Todo esto, por lo demás, se traducía en una clara violación del principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges sancionado por el artículo 29.1, así como del más general de igualdad previsto en el artículo 3.1, que prohíbe toda discriminación en función del sexo. Las consecuencias negativas apuntada evidenciaban como no se trataba de un mero expediente técnico asimilable a figuras como las del sustituto o del responsable, puesto, como señalaba I. MANZONI, aparte del hecho de que la mujer respondía del tributo en relación a una sustitución de capacidad contributiva también propia, y aparte de las diferencias

(10) Cfr., entre otros, A.G. ZORZI, **Op. cit.**, pp. 2213 ss.; F. GALLO, “Regime fiscale della famiglia e principio di capacità contributiva (in margine ad una recente sentenza della Corte Costituzionale)”, **Riv. dir. fin.**, I, 1977, p. 94; I. MANZONI, **Op. cit.**, pp. 2056 ss.; E. DE MITA, “La illegittima costituzionale del c.d. “cumulo”, **Dir. Prat. tib.**, II, 1976, p. 339; G. STEFANI, “Imposta personale, cumulo dei redditi e capacità contributiva”, **Boll. trib.**, 1976, p. 1637; L. PERRONE, “Il cumulo dei redditi, il principio della capacità contributiva e la progressività del sistema tributario”, **Riv. dir. fin.**, II, 1977, pp. 115 ss.

(11) Cfr. L. PERRONE, **Op. cit.**, pp. 116-118. En igual sentido, I. MANZONI, **Op. cit.**, pp. 2056-2057.

puramente jurídico-formales, en todo caso restaba el hecho de que en tales casos el sujeto es llamado a responder exclusivamente de las consecuencias de su propio comportamiento, y no también, como sucedía aquí, de las consecuencias del comportamiento ajeno. (12)

Este problema, como se dijo, no se presentaba ante el T.C. español, el cual no individualiza en el régimen de solidaridad, que presupone la subjetividad pasiva de los miembros de la unidad familiar, un vicio autónomo de inconstitucionalidad, sino simplemente de que, por ser un instrumento de actuación de los aspectos materiales del régimen vigente, los problemas de igualdad y de violación del mandato de protección de la familia encontrados respecto de tales aspectos extienden su propio vicio al aspecto formal de la solidaridad. (F. J. 8, Sentencia 20 de febrero).

5. Pasando ahora a la consideración del aspecto propiamente material, me parece conveniente, en primer lugar, identificar dos órdenes de argumentación presentes, respectivamente, en las sentencias españolas y en la sentencia italiana de 1976, que no entran todavía en el centro de la polémica y que, sin embargo, de no ser adecuadamente deslingadas, pueden llevar a confusión. Me refiero, por una parte, al argumento de que la diferencia de trato que sufren los cónyuges respecto de los no casados a raíz de la acumulación de rentas aparecía, en la Ley española, fundamentado únicamente en el hecho mismo del matrimonio; por otra parte, al argumento de la Corte italiana de que la acumulación viola el principio de personalidad implícito en la idea misma de un impuesto personal sobre la renta y en el principio de capacidad contributiva.

(12) Es de observar con PALAO, *Op. cit.*, p. 41 nota (131) que "la posición del Tribunal Constitucional italiano contrasta con la opinión del Rapport holandés en el Congreso de la I.F.A. de 1972, según el cual "algunas veces se puede dar demasiada importancia al hecho de que la liquidación se realiza respecto al marido. Se olvida con facilidad que es el matrimonio quien se somete al impuesto y que la liquidación frente al marido es, en rigor, una cuestión nominal, de la misma manera que en Holanda se designa siempre un matrimonio con el nombre del marido." No obstante, es claro que las consecuencias jurídicas concretas derivadas en el ordenamiento italiano en perjuicio de la mujer, y también del marido, evidencian que no se trataba de un mero expediente técnico y que el asunto iba mucho más allá de lo puramente nominal.

a) En la sentencia de noviembre de 1988, el Tribunal Constitucional observa que, por el hecho de que al recurrente y a su cónyuge se les haya hecho liquidar conjuntamente con base en un mero cambio en el estado civil acaecido 4 días antes de devengarse el impuesto (esto es, del fin del ejercicio fiscal), resulta claro que no es el cambio en la capacidad económica derivada de la convivencia que se da en el matrimonio lo que determina el agravio tributario implicado en el régimen de acumulación, sino el mero formalismo del matrimonio. En palabras del Tribunal: "Si lo que implica incremento de la capacidad económica y por consiguiente tributaria de los sujetos pasivos del impuesto integrados en una unidad familiar es la vida en común, esta circunstancia debería ser el supuesto de la norma reguladora del régimen en cuestión, y ciertamente no lo es. Y no lo es porque el único índice que para la asunción de su existencia ha tenido en cuenta el legislador al respecto, es el mero hecho del matrimonio." (F.J. noveno).

En la Sentencia de 20 de febrero de 1989, el T.C. insiste en el argumento de que las ventajas económicas de la vida en común no son la razón a la base de la ley, aunque así se expresara en la Exposición de Motivos, por cuanto "de acuerdo con la propia definición legal, quedan excluidos de la unidad familiar todos los demás individuos (hijos mayores de edad, ascendientes) que convivan con los cónyuges, obtengan o no rentas, mientras que, de otra parte, se consideran parte de ella en todo caso los cónyuges y los hijos menores aunque algunos de ellos vivan en España y otros en el extranjero." (F.J. sexto).

Estas observaciones, del todo correctas en relación con los rasgos indicados de la legislación cuestionada, no hacen otra cosa, en el fondo, que subrayar el postulado fundamental de que, en materia tributaria, cualquier tratamiento desigual solo puede justificarse por diversidades apreciables a la luz del principio de capacidad económica. Este cumple la función, como ha destacado F. MAFFEZZONI ⁽¹³⁾, por un lado, de

(13) Como lúcidamente expone F. MAFFEZZONI, "il principio di uguaglianza diventa una norma contenente una disciplina giuridica dei fatti, alla condizione cioè di diventare un sistema di criteri di discriminazione dei fatti disciplinati dall'ordenamento, un sistema comprensivo sia di criteri di discriminazione vietati, sia di criteri di discriminazione imposti. Questa e del resto la via chiaramente prescelta dall'art. 3 della nostra Costituzione. Esso indica infatti al primo comma una serie di criteri di discriminazione vietati, e precisamente il sesso, la razza, la lingua, la religione, le soggetti a cui i fatti disciplinati si riferiscono, volendo con ciò stabilire che qualunque discriminazione nella disciplina giuridica deir fatti, fondata su quei criteri, sarebbe

criterio de discriminación impuesto, en el sentido de que debe tratarse en forma desigual las capacidades económicas o contributivas desiguales, y por otro lado, delimita el conjunto de los criterios de discriminación prohibidos, esto es, aquel tipo de diversidades fácticas que no pueden ser objeto de trato desigual. De este modo, el principio general de igualdad ante la ley, que exige tan solo una justificación adecuada de los tratamientos desiguales, encuentra, como bien sostiene F. MOSCHETTI (14), un límite ulterior en materia tributaria, en el tanto que no basta que una desigualdad sea razonable o coherente, o no arbitraria a la luz de la conciencia económico-social (15), sino que debe necesariamente justificarse por el principio de capacidad económica. Si bien la determinación del contenido del principio es uno de los temas más tormentosos que la doctrina tributaria y financiera ha enfrentado, su necesaria referencia a una fuerza económica es sin duda un punto pacífico. (16)

A la luz de estas consideraciones, se puede ver claramente el exacto alcance de las afirmaciones del T.C.: la ilegitimidad constitucional de una normativa que prevé una diferencia de trato tributario sobre la base de un hecho no económico como es el mero hecho del matrimonio cae por su propio peso. Ahora, debe tenerse presente que para remediar

constituzionalmente illegitima, appunto per violazione del principio di uguaglianza. Il secondo comma dello stesso articolo indica poi una serie de criteri imposti di discriminazione fra i fatti disciplinati, raggruppandoli nella categoria degli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la liberta e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (...). Certamente, no tutti i criteri di discriminazione imposti o vietati son indicati nell'art. 3 Cost. Altri risultaro da diverse norme costituzionali (...). Lo stesso principio di capacita contributiva, di cui all'art. 53.1 Cost. ...'. Il principio di capacita contributiva nel diritto finanziario, Torino, 1970, pp. 363-365.

- (14) Cfr. F. MOSCHETTI, "Capacita contributiva", Enciclopedia giuridica, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 17.
- (15) Que es, en cambio, la posición de C. PALAO TABOADA, "Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva", **Estudios en homenaje al profesor Federico de Castro**, t. II, Edit. Tecnos, S. A., Madrid, 1976, pp. 416 ss.
- (16) Cfr., entre muchos, E. GIARDINA, **Le basi teoriche del Principio della capacita contributiva**, Dotti. A. Giuffre, edit., Milano, 1961, p. 434; I. MANZONI, **Il Principio della capacita contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano**, Giapachelli edit., Torino, 1965, pp. 67 ss.; F. MOSCHETTI, **Il principio di capacita contributiva**, Padova, 1973, pp. 21 ss.; Id., "Capacita contri-butiva", cit. p. 5; G. CASADO OLLERO, "El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II). El contenido consitucional de la capacidad económica", **Civitas, Rev. Esp. Der. Fin.**, Nº 34, 1982, p. 191.

este problema hubiera bastado una declaratoria de inconstitucionalidad de las normas que dan pie para que los formalismos por sí solos determinen diferencias de trato. Si esto no bastó, se debe a otras consideraciones de fondo que más adelante consideraré.

b) La Corte Costituzionale italiana sostiene en su sentencia de 1976, como se adelantó, que el régimen impugnado violaba el principio de la personalidad del impuesto (17). Con esta afirmación, la Corte se refería tanto al problema expuesto de la falta, de subjetividad tributaria de la mujer que ponía al marido a declarar rentas no propias, como al de la imputación misma de tales rentas derivadas del sistema de la acumulación y esto por cuanto expresamente había adoptado la premisa según la cual los preceptos relativos a la subjetividad del impuesto, a la imputación al sujeto pasivo de las rentas ajenas y a la declaración se presentaban “razionalmente ed inscindibilmente connessi” (18). Es precisamente esta consideración indistinta de los aspectos material y formal del problema uno de los puntos más criticados de la Sentencia. (19)

Parece bastante claro que si la hipótesis es la de un solo sujeto pasivo a quien se le imputan rentas de otra persona desprovista de subjetividad tributaria nos encontramos frente a una tributación no estrictamente personal, en el sentido de que una persona es deudor tributario no solo por su propia capacidad económica sino por la de otro. Pero esta conclusión es válida solo en el supuesto de una sola titularidad tributaria pasiva. Cuando este problema se supera y ambos cónyuges devienen sujetos pasivos, en realidad cada uno tributa según su propia capacidad económica y la acumulación de rentas deviene tan solo un mecanismo técnico para reflejar la influencia que la convivencia familiar ejerce en las respectivas capacidades personales de cada sujeto pasivo.

En ese sentido, observa G. STEFANI (20) el impuesto es personal no solo por el hecho de que grava distintamente la totalidad de la renta de un contribuyente, sino más bien en cuanto tiene en cuenta sus condiciones personales, entre las cuales, precisamente, aquella de estar casado y en una situación de convivencia.

(17) Cfr. Considerato in diritto 14, en **Dir. Prat. trib.**, II, 1976., p. 355.

(18) Cfr. Considerato in diritto 3, en **Ibid.**, p. 341.

(19) Así, la crítica en ese sentido de C. PALAO, “El tratamiento...”, cit. p. 9, nota (9); A.G. ZORZI, **Op. cit.**, p. 2213; L. PERRONE, **Op. cit.**, p. 121.

(20) Cfr. G. STEFFANI, **Op. cit.**, pp. 1637-1638.

F. GALLO ⁽²¹⁾, por su parte, pone énfasis en el hecho de que la personalidad se refiere a la titularidad pasiva, negando que el principio de la capacidad contributiva exija la consideración de capacidades realizadas por cada sujeto individualmente. Así, afirma que lo fundamental es que la obligación tributaria de un sujeto debe subsistir independientemente del hecho de que la capacidad sea determinada teniendo en mira solo su renta o la renta conjunta suya y la de otro sujeto pasivo: lo importante es que en este último caso el mayor gravamen fiscal, proveniente a los dos sujetos de la acumulación de sus respectivas rentas, sea justificado por la existencia de una entidad —en el caso, la familia— que, cual unidad económica y de intereses derivante de la convivencia, sea objetivamente expresiva de mayor capacidad contributiva. Permaneciendo la atribución subjetiva, tanto de las obligaciones y de las responsabilidades como de los derechos, a los dos cónyuges separadamente productores de renta, ninguna relevancia negativa desde un punto de vista constitucional debería derivar en línea teórica del hecho de que el parámetro objetivo de la tasación sea dado no de las rentas personales separadas, sino de las rentas mismas entre sí acumuladas en previsión de su destinación a satisfacer las necesidades del núcleo familiar.

L. PERRONE ⁽²²⁾ apunta que el concepto de personalidad del impuesto no puede ser entendido en el sentido de una imposición referida a la estricta individualidad de cada persona. Al contrario, un impuesto sobre la renta se debe definir personal o subjetivo en cuanto la situación de renta del contribuyente viene tomada en consideración en su globalidad, teniendo cuenta del mayor número posible de índices de capacidad contributiva (positivos y negativos) que puedan influenciar la aptitud del sujeto a concurrir a los gastos públicos. Y entre tales índices no parece absurdo incluir también aquellos relativos a la situación familiar del contribuyente: esto es, no resulta ilógica que el legislador, al fin de individualizar lo más exactamente posible la capacidad contributiva en términos de renta del contribuyente, pueda tener también las rentas de la mujer no legal y efectivamente separada, de los hijos menores convivientes y hasta de extraños respecto de las que tenga disponibilidad o administración sin obligación de rendición de cuentas.

(21) Cfr. F. GALLO, **Op. cit.**, pp. 94-95.

(22) Cfr. L. PERRONE, **Op. cit.**, pp. 130-132.

Sobre la base de estas consideraciones, resulta a mi juicio inaceptables consideraciones como las vertidas por A. BELLVER y O. PORTABALES en comentario a la sentencia del T.C. español de 1988, según las cuales el régimen de unidad familiar producía una quiebra del carácter personal del IRPF por parte “de la consideración de la unidad familiar como un ente con capacidad económica propia, distinta de las capacidades económicas de cada uno de sus miembros, con independencia del régimen de las relaciones patrimoniales en el seno de la familia”. (23) Esta afirmación es claramente ambigua, pues no se entiende exactamente qué se quiere decir con “ente con capacidad económica propia”. Es evidente que ello no puede referirse a una subjetividad jurídico-tributaria del ente familia, pues el régimen español no contemplaba un fenómeno tal. Consecuentemente, lo único que puede significar es que la unión en familia se genera una capacidad económica distinta que la resultante de una mera suma de las rentas de sus miembros, de la cual son ellos mismos los que disfrutan (o sufren). Así planteada la cuestión, realmente resulta difícil ver donde está o en qué consiste la mencionada quiebra del carácter personal del impuesto sobre la renta.

6. El tema general de la opción entre imposición separada o imposición acumulada encuentra uno de sus problemas específicos más importantes, como es sabido, en la hipótesis de un impuesto progresivo, al producirse “un incremento de progresividad por efecto del juego combinado de la suma de bases imponibles y tarifa progresiva.” (24) Como resulta evidente, esto genera un tratamiento fiscal desigual –más gravoso– a los sujetos integrados en una unidad familiar y sometidos al régimen de acumulación respecto de los individuos sujetos a imposición separada. Por supuesto, el mero hecho de que el tratamiento sea desigual en sí mismo no implica ilegitimidad alguna, pues todo dependerá de si tal desigualdad es justificable. Y, como ya hicimos notar, tal justificación solo puede derivar del principio de capacidad económica o contributiva.

Es también más que sabido que el argumento central que puede inclinar la balanza a favor de tal tratamiento más gravoso a los integrantes de una unidad familiar es el hecho de que la convivencia permite ahorros de gasto –economías de escala– derivados de que, al ser mayor la escala de tales gastos, se opera una reducción relativa de estos en comparación

(23) A. BELLVER y O. PORTABALES, **Op. cit.**, p. 18.

(24) I. MANZONI, **Op. cit.**, p. 2059.

con el volumen que resultaría si cada uno de los miembros de la unidad familiar hiciera sus gastos por separado. De este modo, la disminución de los gastos derivaría en un consecuente aumento cuantitativo de la fuerza económica de los contribuyentes, lo cual justificaría un aumento de la cuota tributaria. (25).

Veamos ahora cómo se afronta este problema en las sentencias que comentamos. Quizá la característica común básica tanto al caso español como al italiano sea el de que este hecho de las economías de escala no se niega.

El Tribunal español, sin entrar en ninguna de las dos sentencias a cuestionar que sea un hecho apreciable en la experiencia común, concentra su atención en dos aspectos básicos: por una parte, que, aún admitiendo tales economías, estas se generan no solo respecto de la unidad familiar tal como es definida en la ley, sino respecto de cualquier otra forma de convivencia de hecho; por otra, que, puesto que no es demostrable que en todo caso tales economías se den, ello no constituye más que una presunción. (26)

En sus argumentaciones, el Abogado del Estado había propuesto como remedio a estos inconvenientes los siguientes: de una parte, la extensión, mediante el uso de la antología, de la consideración de la unidad contribuyente a otras formas de convivencia estable y, de otro, interpretar la presunción como "iuris tantum" y no como "iure et iure", para dar paso así a la prueba en contrario. (27)

(25) Cfr. en ese sentido, M.J. LAGARES, **Op. cit.**, p. 70; C. PEREZ DE AYALA, **Op. cit.**, p. 35; C. PALAO, "El tratamiento...", cit., p. 10, quien incluso trae a colación estudios de presupuestos familiares según los cuales a niveles modestos de rentas las personas casada pueden mantener un nivel de vida equivalente al de un soltero con solo 1,4 veces la renta de este.

(26) Cfr. F.J. sexto, Sentencia 20 de febrero, 1989; F.J. noveno, Sentencia de 10 de noviembre de 1988.

(27) Así sintetiza el propio Tribunal, F.J. sexto, Sentencia de 20 febrero, 1989, los argumentos del Abogado del Estado: "en síntesis, de una presunción basada en la experiencia a cuya utilización legislativa no puede hacerse otro reproche desde el punto de vista de la igualdad, que el doble de haberse plasmado en un concepto de unidad familiar que no incluye todas las situaciones del mismo género y hacerse acogido además en forma tal que no permite la prueba en contrario. Bastaría, a su juicio, con salvar, en la fase de aplicación de la Ley, estos defectos, para mantener la validez constitucional de aquella."

El Tribunal basa su rechazo a la extensión analógica en la dificultad fáctica para probar tanto las uniones como las separaciones de hecho, así como el obstáculo constitucional que para indagaciones orientadas a dicha prueba representa el derecho a la intimidad previsto en la Constitución. En cuanto a la posibilidad de prueba en contrario, considera que esta es imposible pues no hay ni en el Ley ni en el ordenamiento entero norma para la determinación de la magnitud del incremento presumido ni de los factores que lo originan.” (28) Más adelante, el T.C. puntualiza que, aún admitiendo que la convivencia fuese la razón de la diferenciación, su legitimidad constitucional exigiría que, por una parte, de la convivencia se siguiera un aumento en alguna medida cuantificable de la capacidad económica de los cónyuges y, por otra, que existiera una relación entre la mayor cuantía de la cuota obtenida por el procedimiento de acumulación de rentas y el incremento efectivo de la capacidad económica, nada de los cual se da. (29)

En forma estrechamente análoga, al sentencia italiana de 1976 sostuvo que si bien la convivencia de los cónyuges indudablemente influye sobre la capacidad contributiva de cada uno de ellos, no está demostrado ni es demostrable, por la gran variedad de las posibles hipótesis y de las situaciones concretas (caracterizadas, entre otras, por la existencia de hijos), que en todo caso por tal influencia se obtenga un aumento de la capacidad contributiva de los dos sujetos conjuntamente considerados. Por otra parte, agrego, el sistema ha impuesto un tratamiento fiscal más oneroso a los cónyuges convivientes respecto a aquel previsto para los convivientes no unidos en matrimonio (que son sujetos separadamente al impuesto pese a que se benefician de las eventuales ventajas conexas o consiguientes a la vida en común). (30)

La doctrina italiana ha enfilado fuertes críticas a este planteamiento, las cuales resultan en mucho aplicables al caso español. Veamos.

E. DE MITA (31) califica el planteamiento como vago y contradictorio, subrayando como, por una parte, la Corte admitió que la convivencia influye sobre la capacidad contributiva de cada uno de los cónyuges a causa de la reducción de los gastos generales, de la colaboración y de la asistencia recíproca, pero luego duda que por tal influencia se dé un tal aumento en todas las situaciones concretas. Esto es contradictorio con el hecho de que la misma Corte en innumerables ocasiones había recurrido al criterio de la normalidad, esto es, a aquello que normalmente acaece en la realidad.

(28) Cfr. Sentencia 20 de febrero, F.J. sexto.

(29) Ibid, F.J. sétimo.

(30) Considerato in diritto 9, en **Dir. Prat. trib.**, 1976, p. 352.

(31) Cfr. E. DE MITA, **Op. cit.**, pp. 339-340.

L. PERRONE ⁽³²⁾ con cierta ironía observa que si mal no recuerda ha sido la misma jurisprudencia de la Corte la que ha inventado la noción de capacidad contributiva presunta, noción según la cual se entiende conforme con el artículo 53.1 (capacidad contributiva) de la Constitución la norma tributaria que liga la imposición a índices de capacidad contributiva no ya necesariamente existentes sino solo presuntivamente presentes, con tal de que tal presunción no sea irracional, como es evidente que no lo es en este caso. En relación con el argumento sobre la disparidad de tratamiento entre convivientes unidos y no unidos en matrimonio, el autor considera que, si bien es cierto que la reducción de los gastos se verifica sobre por el hecho de la convivencia, independientemente del matrimonio, no es menos cierto 1) que en la realidad social y económica de Italia no pueden considerarse igual la posición de los cónyuges casados y aquella de los convivientes no unidos en matrimonio; 2) que resultaría bastante difícil para la Administración una comprobación de mero hecho; 3) que, en fin, vista la inestabilidad de la relación fundada sobre la simple convivencia, no es irrazonable presumir que no se ve aquella tendencial confluencia de recursos del hombre y de la mujer propia del matrimonio. ^(32 bis) Es curioso notar, respecto de esta última argumentación, como utiliza, para defender la posición contraria, argumentos análogos a los del Tribunal Constitucional español.

En la misma dirección, A. G. ZORZI ⁽³³⁾ recuerda la enseñanza de la Corte en el sentido de que las presunciones fundadas en la común experiencia y sobre criterios tales de permitir tener cuando menos como probable la existencia de una aptitud económica en cabeza de determinados sujetos. Y, en todo, la tutela de las situaciones excepcionales podía conseguirse simplemente degradando la presunción absoluta implícita en el concepto de acumulación a mera presunción relativa. Reconociendo en esta cuestión el problema general del llamado "requisito de efectividad" de la capacidad contributiva, sostiene que una excesiva adherencia a tal principio en materia tributaria podría llevar a consecuencias paradójicas, debiéndose tener como correcta solo la imposición anclada a datos incontrovertibles y jamás a elementos inductivos, lo cual equivaldría a sustraer del ámbito fiscal una cantidad notable de situaciones o bien paralizar la administración financiera,

(32) Cfr. L. PERRONE, **Op. cit.**, pp. 123-124.

(32 bis) Cfr. **Ibid**, p. 128, nota (16).

(33) Cfr. A.G. ZORZI, **Op. cit.**, p. 2217.

haciendo recaer sobre esta siempre la carga de la prueba acerca de la existencia de una aptitud económica del contribuyente y su efectiva medida. Por último, en relación con el problema de la desperecuación relativa a otras situaciones de convivencia, observa que hubiera bastado emanar una sentencia “aditiva”, permitiendo así la sujeción también de las personas convivientes more uxorio al régimen de la acumulación. Al no hacerlo así, el resultado inmediato es una discriminación frente a las personas no convivientes.

La crítica a la desviación respecto del criterio del *id quod plerumque accidit* (normalidad) es, en fin, asumida también por F. GALLO⁽³⁴⁾, quien a la vez hace eco de la crítica relativa a la no extensión de la acumulación a la familia de hecho en vez de eliminar el principio mismo. Posición esta última que comparte también G. CIRILLO.⁽³⁵⁾

Como se ve, son dos los argumentos críticos centrales: por una parte, el relativo al rechazo del mecanismo de la presunción razonable en la normalidad de los casos; por otra, el de la no extensión del régimen de la acumulación a todas las formas de convivencia estable. Y, correlativamente, la discriminación que se produce frente a las no convivientes.

Respecto del primero, debe precisarse que su fuerza deriva no tanto de las críticas basadas en el hecho de que en el pasado se había recurrido al principio de las presunciones razonables, sino de la presentación de este argumento acompañado con la atribución de relatividad a la presunción. En ese sentido, el problema, como relevaba uno de los autores, es el relativo al llamado principio de efectividad de la capacidad contributiva, que tiene a uno de sus más convincentes formuladores en F. MOSCHETTI, cuya conclusión esencial es que si bien es cierto requerir la racionalidad de las presunciones legales que operan en el ordenamiento tributario, no es menos imprescindible consentir la prueba en contrario, a fin de que el contribuyente pueda demostrar que su situación es diversa de aquella típica, afirmada (pero no probada) por el legislador.⁽³⁶⁾

(34) Cfr. F. GALLO, **Op. cit.**, pp. 93-96.

(35) Cfr. G. CIRILLO, “Legittimita costituzionale del «cumulo dei redditi»-illegittima costituzionale delle norme che lo limitano”, **Leg. giur. trib.**, 7-8, julio-agosto 1976, pp. 1696-97.

(36) Cfr. F. MOSCHETTI, “Capacita contributiva”, cit., p. 14.

En realidad, no aceptar este razonamiento, y partir, como lo hace también el Tribunal español, de que la legitimidad constitucional dependería de que se siguiera de la convivencia un aumento en alguna medida cuantificable, implica traer como fundamento un tipo de razonamiento bastante tradicional en la literatura económica relativa al tema de la justicia tributaria: el de afirmar la irrelevancia de determinadas manifestaciones económicas no porque no existan, sino porque sea técnicamente difícil o imposible su cuantificación “científica”, esto es, a través de algún método aceptable en el contexto de las ciencias exactas. En efecto, la resignación que en diversos momentos ha reinado ante la aceptación de la inoperatividad de determinados criterios de justicia tributaria ha derivado de esta forma de razonar. Así, por ejemplo, el fracaso de las demostraciones científicas intentadas en el seno de la Ciencia financiera a través de teorías como la del beneficio o la del sacrificio, fueron tomadas como datos consumados que impedían pretender una fundamentación adecuada de algún criterio concreto de justicia tributaria. (37)

Esta postura es, naturalmente, cuestionable, sobre todo porque es extraña a la manera tradicional de hacer justicia en el plano jurídico. Uno de los autores que con mayor contundencia se ha manifestado contra este tipo de razonamientos, L. V. BERLIRI, escribió en su libro “El impuesto justo”:

“... La justicia es algo que no se “demuestra”, sino que se “siente”, y es especialmente un concepto límite, una tendencia, que casi siempre se realiza solo por aproximación. Es mas, incluso allí donde sea posible conseguir la justicia perfecta, nunca son decisivos para demostrar la bondad de los resultados obtenidos. Los instrumentos y las fórmulas del científico, sino solo la sensibilidad relativa de la conciencia económico-social, la cual, al contrario de las valoraciones científica, es tan sutil en las apreciaciones cualitativas como burda en las cuantitativas”. (38)

(37) Ampliamente sobre estas teorías, E. GIARDINA, **Le basi teoriche del principio della capacita contributiva**, Giuffrè, Milano, 1961, esp. cap. I; también una buena síntesis en Seminario de Derecho Financiero de la Universidad de Madrid, **Notas de Derecho financiero**, t. I, vol. 2, Facultad de Derecho, Madrid, 1967, pp. 175 ss.

(38) L.V. BERLIRI, *El impuesto justo*, tr. de F. VICENTE-ARCHE y Domingo, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986; p. 58.

Desde esta perspectiva, el planteamiento correcto en el caso que nos ocupa habría de partir de cuestionarse directamente, en primer lugar si es realmente una intuición aceptable, basada en la experiencia común, el que una situación de convivencia conlleva una disminución de gastos. Dejando de lado el fondo de esta discusión, lo que interesa destacar es el defecto en el razonamiento al no plantearse la cuestión en estos términos. La consecuencia es que el tipo de argumento empleado no es el idóneo para desvirtuar la existencia de la concreta manifestación de mayor capacidad económica.

Ahora, desde otro perfil, la afirmación del Tribunal Constitucional español en el sentido de que no existe norma alguna en el ordenamiento para determinar el incremento de capacidad económica no parece cierta: en efecto precisamente, el conjunto normativo que prescribe la acumulación de rentas y, posteriormente, la aplicación de la progresividad de los tipos a la suma resultante, así como el sistema de deducciones existente, constituyen la concreta forma escogida por el legislador para cuantificar el efecto de las economías de escala a fines tributarios. Y, si lo que consideraba el Tribunal era que el criterio adoptado no es aceptable como idóneo para cuantificar las economías de escala, entonces lo que hubiera procedido es una fundamentación acerca de por qué no es un criterio aceptable. Una línea de argumentación en este sentido está totalmente ausente, por lo que la habría que tener como válida la valoración que en su momento hiciera el legislador. ⁽³⁹⁾ En efecto, no está de más recordar que toda ley o norma jurídica emanada del órgano competente se presume constitucional (lo que resulta claro de su inmediata entrada en vigor una vez promulgada), y no es sino al órgano de control constitucional a quien corresponde desvirtuar, fundadamente, esta presunción. ⁽⁴⁰⁾ Esto significa que si el legislador valoró como aceptable el criterio presuntivo, este debe tenerse como concordante con la común conciencia económico-social en tanto no se ofrezcan razones de peso que cuestionen esta consideración. ⁽⁴¹⁾

(39) Es de recordar que el argumento de las economías de escala se contemplaba expresamente en la Exposición de motivos de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas impugnada.

(40) En este sentido, la fuerte crítica de F. GALLO, **Op. cit.**, pp. 95-96.

(41) En ese sentido, V. BARATTIERI y S. GAMBALF, "Il cumulo dei redditi", *Moneta e credito*, Nº 110, 2º trimestre, 1975, p. 200, quienes se apoyan a su vez en el **Report of the Royal Commission on Taxation**, Canadá, 1966, p. 117 (Informe Carter).

En cuanto al asunto de la extensión a otras situaciones convivenciales, conviene lo que realmente se afirma cuando se habla de que por razones prácticas tal extensión no puede darse, acudiendo a una sentencia interpretativa que prescriba el recurso a la analogía (42). En el fondo, este argumento no cuestiona la posibilidad jurídica del uso de la analogía sino, más bien, la posibilidad general de hacerse tributar a esas otras unidades convivenciales de acuerdo con el efecto que las economías de escala producen en las capacidades económicas de sus miembros. Así, lo que en realidad se dice es que, aún aceptando el hecho de la disminución de gastos y el criterio presuntivo para su determinación, una ley que cubriera a todas las situaciones convivenciales, sería, no obstante, inconstitucional, por la razón de que, mientras para determinados tipos de unidad convencional la prueba de su existencia es sencilla, para otros es muy difícil, lo que implicaría una desigual aplicación de la norma. Nótese, entonces, y esto merece recalcar, que el razonamiento nos lleva a concluir que las normas cuestionadas no son inconstitucionales por no incluir a determinadas unidades convivenciales (pues si así fuera la extensión analógica sí resolvería el problema) sino porque la inclusión de todas las unidades implicaría la existencia de una norma que, si bien sería igualmente eficaz, sería desigualmente efectiva, pues lograr que determinados sujetos jurídicamente obligados cumplieran efectivamente con su deber presentaría demasiados obstáculos fácticos. Se trata, como se ve, de una forma de inconstitucionalidad realmente *sui generis*.

En primer lugar, cabe observar que un razonamiento de este tipo parece de difícil aceptación en el ámbito del principio de igualdad ante la ley, que, sin entrar en la complejidad de sus interpretaciones (43), contempla la prohibición de ciertos criterios de discriminación y, cuando está especificado por otro principio, como sucede con el principio de capacidad económica, impone ciertos criterios de discriminación (44), la ley es constitucionalmente legítima cuando se atiene a ellos, sin que los problemas de efectividad puedan viciarla. Por el contrario, suponiendo la

(42) Como afirma S. LA ROSA, **Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali**, Giuffrè, Milano, 1968, p. 115, cuando a la Corte costituzionale se le presenta un caso de no inclusión de todos los elementos en la fattispecie, lo procedente es su extensión.

(43) Por todos, véase L. PALADIN, **Il principio costituzionale d'eguaglianza**, Giuffrè, Milano, 1965; C. ROSSANO, **L'eguaglianza**, Giuffrè, Milano, 1965; C. ROSSANO, **L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale**, Casa edit. Eugenio Jovene, Napoli, 1966.

(44) Se sigue la interpretación expuesta de F. MAFFEZZONI. Véase, nota (13).

legitimidad del criterio prescrito, es tarea de los poderes públicos buscar que éste sea efectivo, tal como prescriben los artículos 9.2 del Constitución española y 3.2 de la italiana. Es decir, la falta de efectividad determina una obligación constitucional para superarla, no una invalidez del criterio que no es efectivo. Además, es claro que no se trata de una falta de efectividad cuya superación sea imposible, sino que simplemente hace la Administración Tributaria más compleja y costosa: se peca precisamente de lo que el mismo Tribunal Constitucional español critica en otro punto de la sentencia (F.J. 7), al referirse a la limitación de las deducciones a cierto nivel de rentas, cuando dice que “no se nos ha ofrecido otra razón para justificarlo que la de la reforma del sistema impositivo indispensable para evitarlo acarrearía una mayor complejidad y, por consiguiente, mayores costos de gestión y de cumplimiento.”

Por otra parte, no está de más mencionar que, en el Derecho comparado, puede encontrarse el caso de Suecia, donde la aplicación del cúmulo se extendió a las parejas, con hijos, que conviven de hecho. (45) Esta restricción de los hijos, sin prejuzgar acerca de su corrección absoluta, pone de manifiesto un rasgo importante de una extensión, cual es de que esta debe contemplar situaciones de convivencia dotadas de una cierta estabilidad.

7. Otra línea importante de fundamentación que puede apreciarse en las sentencias en examen es el relativo a que, aún existiendo el problema de desigualdad de trato fiscal respecto de los no unidos en matrimonio que no se benefician de las economías de escala derivante de la tasación separada de los cónyuges, tal trato de favor tiene como sustento constitucional las normas que prescriben la protección de la institución familiar: artículo 39.1 de la Constitución española (“**Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia**”); 31.1 de la Constitución italiana (“**La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose**”). Y, obviamente, estos artículos no solo justifican un trato favorable, sino que prohíben un trato desfavorable. (46)

(45) Cfr. V. BARATTIERI y S. GAMBALE, **Op. cit.**, p. 200.

(46) Cfr., en la Sentencia italiana de 1976, Considerato in diritto 14, **Dir. prat. trib.**, II, 1976, pp. 354-355; en la Sentencia española de noviembre, 1988, F.J. noveno; en la de febrero, 1989, F.J. sétimo.

Resulta conveniente precisar los términos exactos del problema. Fundamentalmente, el cuestionamiento central no es si un trato desigual no justificado –como sería, por ejemplo, el de la familia legítima respecto de otras formas de convivencia de hecho ⁽⁴⁷⁾– encuentra un argumento **adicional** para demostrar su falta de justificación: en este caso, la ilegitimidad constitucional vendría por violación de los principios de igualdad y capacidad contributiva en vía primaria y, solo subsidiariamente, porque, además, viola otra norma constitucional. En cambio, lo que sí interesa saber es si tales artículos protectores de la familia tienen una fuerza **autónoma** para que, aún en la hipótesis de que existan diferencias de capacidad económica o contributiva y que estas se reconozcan en todas las situaciones en que se verifiquen (en el caso, extensión a las otras unidades convivenciales), desplacen la fuerza vinculante de los principios de igualdad y capacidad contributiva.

Sin duda, nos ubicamos aquí entre una problemática de carácter mucho más general y es el de las relaciones entre el uso extrafiscal del tributo y el principio de capacidad contributiva. Es importante tener esto presente, sobre todo por cuanto este argumento relativo a la protección de la familia tiene su origen en el más antiguo precedente de la sentencia de la Corte Constitucional de la República Federal Alemana (Bundesverfassungsgericht), de 17 de enero de 1957 (que declaró también la ilegitimidad del régimen de acumulación), la cual, sin embargo, se enfrentó a un ordenamiento constitucional con una relevante diferencia. Como bien observa A.G. ZORZI, la decisión de la Corte alemana se basa en el principio de igualdad del artículo 3 de la Ley Fundamental de Bonn, el cual, en defecto de una específica disciplina constitucional que conecte el poder impositivo a la capacidad contributiva, opera también como principio de justicia fiscal **tout court**. Así, el artículo 3 funciona como límite del arbitrio del legislador y va coordinando con otros principios fundamentales sancionados en dicha Ley fundamental (Grundgesetz) y, en particular, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.1), con la paridad jurídica entre personas de sexo diverso (art. 3.II), con la libertad de conciencia (art. 4), con la tutela del matrimonio y de la familia (art. 6), con la libertad de escogencia de la profesión (art. 12), con la tutela de la propiedad privada y del derecho a la herencia (art. 14), principios todos a que se debe uniformar la normativa tributaria. En este sentido, resulta fácil demostrar, como hizo la Corte de Karlsruhe, la incompatibilidad que se crea entre tasación

(47) Que es el argumento de I. MANZONI, **Op. cit.**, p. 2060.

conjunta de los cónyuges y el artículo 6 del **Grundgesetz** que tutela el matrimonio y la familia. Menos fácil, en cambio, resulta trasplantar el elemental silogismo al ordenamiento italiano (y, añadimos, al español, también): de hecho la Constitución republicana enuncia explícitamente en el artículo 53 el principio según el cual la imposición debe ser conmesurada a la capacidad contributiva. La presencia de una norma semejante está lejos de ser ininfluyente, ya que ella no se limita a reformular el principio de igualdad con referencia al sector tributario, sino que introduce un límite ulterior, un parámetro del cual no se puede prescindir en la actividad impositiva. Los dos principios en consecuencia interactúan y se condicionan recíprocamente, en el sentido de que, individualizado el presupuesto de un tributo en una cierta aptitud para la contribución, todos aquellos que satisfagan dicho presupuesto deben ser gravados en igual medida por el impuesto. ⁽⁴⁸⁾

De modo que, repito, el problema es el de si es legítimo violar el principio de capacidad económica o contributiva en aras de perseguir fines extrafiscales. Esta discusión es ciertamente una de las más espesas y problemáticas y, por tanto, supera en mucho los límites de este trabajo. Baste indicar que, admitida la legitimidad general del uso extrafiscal del tributo, la doctrina ha sostenido, con sus matices, dos grandes posiciones: por un lado, algunos autores han pretendido que la legitimidad constitucional del fin extrafiscal es suficiente para legitimar el tributo, independientemente de su contraste con el principio de capacidad contributiva; por otro lado, otros autores han sostenido que, interpretado el contenido del concepto de capacidad contributiva o económica no como se pueda encontrar en una u otra posición teórica elaborada en el campo extrajurídico sino como resultante del concreto sistema constitucional en que se encuentra inmerso, ofrece un espacio suficiente para perseguir las finalidades extrafiscales consagradas en la Constitución, por lo que tal principio debe respetarse en todo caso. ⁽⁴⁹⁾

(48) Cfr. A.G. ZORZI, **Op. cit.**, p. 2217-2219.

(49) Representantes de relieve de la primera posición son B. GRIZZOTTI, "Sul rinnovamento degli studi di Scienza delle finanze e diritto finanziario (1908-1953) en **Saggi sul rinnovamento dello studio della scienza delle finanze e del diritto finanziario**, Giuffrè, 1953, p. 48; "Il principio della capacità contributiva e sue applicazioni" en **Ibid.**, p. 351; F. MAFFEZZONI, **Il principio...**, pp. 320 ss.; J.L. PEREZ DE AYALA, "Los principios de justicia del impuesto en la Constitución española", **Fiscalidad y Constitución**, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1986, pp. 19 ss. De la segunda, J. MANZONI, **Il principio...**, cit., pp. 57-58; F. MOSCHETTI, **Il principio...**, cit. pp. 27 y 238.

Implícitamente, observa F. GALLO cómo la Corte italiana siguió la primera posición al entender que, por razones extrafiscales extraídas de otras normas constitucionales (que, como tales tienen carácter especial y por ello prevalente sobre el artículo 53 Const.), debía transformarse un régimen fiscal objetivamente desfavorable a la familia, aún cuando justificable, en un régimen a favor de ella. ⁽⁵⁰⁾

A mi juicio, esta manera de enfocar el problema es errónea. Consagrado un fin en la Constitución en forma general, su consecución no puede lograrse por cualquier medio, sino que también los medios deben ser legítimos. Y ello por la sencilla razón de que un régimen constitucional que establece todo un complejo entramado de derechos individuales y fines sociales necesariamente implica que estos últimos no pueden ser buscados **a toda costa**, aún violando los derechos establecidos en garantía de los individuos miembros de la sociedad. En concreto, el principio de la capacidad contributiva, que, como ha destacado la doctrina reciente cumple tanto una función garantista como solidarística ⁽⁵¹⁾, establece un régimen especial que limita el uso del medio tributario, tanto en la persecución de fines fiscales como extrafiscales. De modo que, a la hora de perseguir el fin de protección de la familia a través del medio tributario, ello debe hacerse dentro del marco su régimen específico. Es decir, la especialidad opera precisamente en sentido contrario: lo determinante no es la especialidad del fin, sino la del medio.

En adición, es de considerar el argumento de ZORZI, según el cual no se puede pretender que el legislador favorezca necesariamente a la familia con beneficios de carácter tributario, por cuanto ello equivaldría a imponer al legislador el uso del instrumento impositivo para un fin extrafiscal. Así, si bien es cierto que tal uso es admisible, la valoración de su oportunidad no puede de ningún modo ser sustraída al legislador, el cual debe tan solo cuidarse de no servirse del poder impositivo para fines que sean en contraste con los principios constitucionales. Será en consecuencia el legislador quien en plena autonomía ha de decidir si recurre a beneficios o exenciones de carácter tributario para favorecer la formación de las familias o bien valerse de otros medios de persuasión. ⁽⁵²⁾

(50) Cfr. F. GALLO, **Op. cit.**, p. 97. También A. BELLVER y O. PORTABALES, **Op. cit.**, p. 24.

(51) Cfr. por todos últimamente F. MOSCHETTI, "Capacita contributiva", cit., p. 3.

(52) Cfr. A.G. ZORZI, **Op. cit.**, pp. 2220-2221.

L. PERRONE, por su parte, hace una observación que, a mi juicio, da base para considerar si la protección de la familia debe entenderse como un fin en sí mismo o si, más bien, se le debe conectar con otros principios más generales y fundamentales: según este autor, la disposición del artículo 31 C.it. se refiere al favorecimiento de las familias de más escasos recursos. Si bien esta observación pueda ser un tanto estrecha o restrictiva, pone de manifiesto que la protección de la familia no puede ser un fin en sí mismo, sino que está conectada a otros principios. Fundamentalmente, debe tenerse en cuenta que, como bien ha destacado E. LEJEUNE ⁽⁵³⁾, tanto la Constitución italiana como la española tienen como su fin último el desarrollo pleno y efectivo de cada uno de los individuos de la sociedad, en función de lo cual se ponen los restantes principios. Así, la protección de la familia tiene sentido en el tanto esta ofrece una mejor perspectiva para permitir la realización de los individuos en distintos aspectos y es en este tanto que se la debe favorecer. De otra forma, una imposición mayor contra los solteros no convivientes por ese mero hecho, independientemente de toda razón sustancial no parece adecuarse ni siquiera a la ratio del fin constitucionalmente consagrado.

8. Hasta aquí no he hecho más que apuntar algunos cuestionamientos a las justificaciones adoptadas jurisprudencialmente para condenar el régimen de acumulación. No he afirmado que tales justificaciones no existan, cuestión que debemos revisar ahora brevemente.

Con razón, algunos autores han denunciado que plantear la cuestión en términos de acumulación o no acumulación resulta del todo simplista ⁽⁵⁴⁾, sobre todo por cuanto pretende resolver una realidad compleja con una fórmula unívoca. Al respecto, resultan en extremo lucidas las palabras de J. RAMALLO en el sentido de que en materia tributaria “las leyes tienen que ser complicadas porque la realidad es compleja y, aunque parezca una contradicción, la complicación de las leyes puede ser la seguridad de los ciudadanos.” ⁽⁵⁵⁾

(53) Cfr. E. LEJEUNE, “Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria”, **Seis estudios sobre Derecho Constitucional e internacional tributario**, Edit. de Der. Financiero, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1980, pp. 131-132.

(54) Por ejemplo F. GALLO, **Op. cit.**, p. 98.

(55) J. RAMALLO, **Op. cit.**, p. 45.

El mecanismo de la acumulación de rentas entre miembros de una unidad familiar ⁽⁵⁶⁾ es, como se sabe, la especie **subjetiva** del género “acumulación de rentas”, que abarca también la especie **objetiva**, consistente en la acumulación de rentas de distintas “fuentes” en cabeza del mismo sujeto, sistema que está a la base de los impuestos personales sobre la renta global de los individuos, estableciéndose una neta diferencia con los sistemas de tasación separada de los distintos tipos de renta (capital, trabajo autónomo, dependiente, etc.). ⁽⁵⁷⁾ El efecto común más importante de todo fenómeno de acumulación deriva de su combinación con un sistema de alicuotas de carácter progresivo, de modo que se presenta como una técnica tributaria para acentuar la progresividad. La acumulación subjetiva presenta la característica adicional de que, por su naturaleza –implicante de la unión de rentas de distintos sujetos en una sola base imponible–, exige alguna forma de justificación más allá de la mera acentuación de la progresividad, pues de lo contrario la escogencia de las rentas de quienes acumulan no tendría más límite que la imaginación (desde las de todos los habitantes, o de los que viven en los números pares de un vecindario, por un lado, y los de los impares en otro, etc., etc.).

De ambas características –la común al género y la particular de nuestra **especie**– es posible puntualizar los problemas de legitimidad constitucional que se generan en la hipótesis de un sistema puro de acumulación subjetiva.

La combinación **acumulación-tipos progresivos** corresponde a lo que la doctrina suele llamar **discriminación cuantitativa** de la riqueza de los individuos ⁽⁵⁸⁾, a la cual suele identificar con el principio mismo de la progresividad ⁽⁵⁹⁾. En la teoría financiera, es de sobra conocido el problema de la **justificación científica** de la progresividad, referida sobre todo al criterio de la utilidad marginal decreciente de la renta con el crecer de ésta ⁽⁶⁰⁾. En el terreno de la interpretación de un

(56) Dejamos de lado el problema de **quiénes** se incluyen en esta. Véase, para estos problemas, C. PALAO, “El tratamiento...”, pp. 35 ss.

(57) Véase, para esta distinción, J. RAMALLO, **Op. cit.**, p. 50; C. PEREZ DE AYALA, **Op. cit.**, p. 53.

(58) Véase, entre muchos, E. GIARDINA, **Op. cit.**, pp. 255 ss.

(59) No obstante, algunos autores entienden que el concepto de discriminación cualitativa también entra en el de progresividad y, por tanto, se habla de **progresividad cualitativa**. En ese sentido, E. GIARDINA, **Op. cit.**, p. 453; F. FICHERA, **Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale**, Ed. Scientifiche Italiane, 1973, p. 144; J.M. MARTIN DELGADO, “Los principios de capacidad económica e igualdad en la Constitución Española de 1978”, **H.P.E.**, Nº 60, 1979, p. 73.

(60) Véase, E. GIARDINA, **Op. cit.**, pp. 258 ss.

principio consagrado en la Constitución, el problema se presenta en forma diversa. ⁽⁶¹⁾ Concretamente, en el caso de Constituciones como la española y la italiana en que se presenta como una especificación del aspecto relativo de un principio de la capacidad contributiva ⁽⁶²⁾ calificado por deberes de solidaridad social y económica ⁽⁶³⁾, la justificación de la progresividad, cuantitativamente considerada, no puede encontrarse sino en la consideración de que, con el crecer de la renta, crece también la capacidad para ser **solidario**, y en forma más que proporcional pues el deber de solidaridad no es sino que un instrumento para promover la redistribución del ingreso y favorecer así la efectividad de la igualdad, la libertad y, como fin último, la realización plena de cada individuo.

Ahora, lo que es evidente es que una discriminación puramente cuantitativamente no deja espacio para otro tipo de discriminación que encuentra también pleno reconocimiento constitucional, como es la **cuantitativa**. Las viejas discusiones en la ciencia financiera acerca del mayor sacrificio de utilidad que representa la imposición de rentas cuya adquisición requiere un mayor esfuerzo, o que no tienen la misma duración en el tiempo y que, por tanto, exigen un esfuerzo de ahorro mayor para prever a su extinción, o aquellas que son obtenidas gracias a posiciones monopólicas en el mercado, o gracias a un beneficio específico del Estado ⁽⁶⁴⁾, etc., encuentran una solución en Constituciones como la española y la italiana que evidentemente ubican a la riqueza obtenida como fruto del esfuerzo personal en una consideración de mayor mérito que aquellas que se alejan de este criterio: la tutela especial del trabajo no hace sino delinear una opción de justicia según méritos ligados a la actividad personal ⁽⁶⁵⁾, la cual entra en el contenido del principio de igualdad sustancial ⁽⁶⁶⁾ y, por tanto, en el concepto de capacidad económica o contributiva.

(61) Cfr. I. MANZONI, **Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano**, Giapichelli. ed. Torino, 1965, p. 184.

(62) Cfr. E. GIARDINA, **Op. cit.**, I. MANZONI, **Il principio...**, cit., pp. 180-181.

(63) Cfr. F. MOSCHETTI, **Il principio della capacità contributiva**, Padova, 1973, pp. 93 ss.; M.A.M. LAGO, "Una interpretación constitucionalidad de la funcionalidad de la capacidad económica como principio informador del ordenamiento financiero", **CIVITAS, R.E.D.F.**, Nº 55, julio-set., 1987, pp. 421 ss.

(64) Para una exposición a nivel teórico de las distintas formas de discriminación cualitativa, véase, por todos, E. GIARDINA, **Op. cit.**, pp. 291 ss.

(65) Cfr., en ese sentido, C. MORTATI, "La Repubblica e fondata sul lavoro", **Politica del diritto**, Nº 1, feb. 1975, p. 26.

(66) E. GIARDINA, **Op. cit.**, pp. 133-134, habla de desigualdades relativas, en contraste con lo que serían situaciones de discriminación, las cuales son las que se deben eliminar según el principio de igualdad sustancial.

Es en este contexto que se entiende cómo un sistema de acumulación no puede ser absoluto, sino que debe ser combinado con mecanismos de discriminación cualitativa. En esa dirección, son ejemplos claros los ordenamientos donde la acumulación subjetiva de rentas se prevé solo para las rentas de capital y no para las de trabajo ⁽⁶⁷⁾ o, como el mismo ordenamiento español previo a la sentencia del Tribunal Constitucional que preveía una deducción general incrementable por rendimientos netos del trabajo personal o de actividades empresariales, profesionales o artísticas. ⁽⁶⁸⁾

En análogo sentido, el argumento tradicional tendiente a sostener que las rentas obtenidas por la mujer casada trabajadora debían ser exentadas de la acumulación se enmarca dentro de esta exigencia por la discriminación cualitativa. El mayor esfuerzo que implica el trabajar y, a la vez, llevar adelante las tareas domésticas, o bien, deber asumir el costo de pagar por el trabajo doméstico, no es, por así decirlo, registrado por un sistema de acumulación, ya que, como bien observa C. PALAO, “todos los métodos de imposición conjunta ignoran el problema de las rentas de trabajo de la mujer.” ⁽⁶⁹⁾

En fin, lo que debe subrayarse es que la discriminación cualitativa de las rentas es un postulado básico del principio de capacidad contributiva y, por tanto, una forma para analizar la legitimidad o no de un sistema de acumulación es si da un espacio para este tipo de discriminación o si, por el contrario, provoca una violación en este sentido.

(67) Como reportan V. BARATTIERI y S. GAMBALE, **Op. cit.**, p. 200 es el caso de Suecia. Igualmente, como reporta C. PALAO, “El tratamiento...”, cit., p. 19, era el caso también en la República Federal Alemana.

(68) Cfr. sobre el punto, C. PEREZ DE AYALA, **Op. cit.**, pp. 141 ss.

(69) Cfr. C. PALAO, “El tratamiento...”, cit., p. 30. Por lo demás era esta una de las preocupaciones de la Corte Cost. italiana en la sentencia de 1976, cuando expresaba que: “Nel contempo la Corte esprime l’auspicio che sulla base delle dichiarazioni dei propri redditi fatte dai coniugi, ed in un sistema ordinato sulla tassazione separata dei rispettivi redditi complessivi, possa essere data ai coniugi la facoltà di optare per un differente sistema di tassazione (espresso in un solo senso o articolato in piumodi) che agevoli la formazione e lo sviluppo della famiglia e consideri la posizione della donna casalinga e lavoratrice”. Considerato in diritto 14, en **Dir. prat. trib.**, II, 1976, p. 355.

En cuanto al aspecto de la justificación de la acumulación subjetiva, no parece que pueda encontrarse si no es en el hecho de la convivencia entre sujetos y los resultados potenciadores de la capacidad económica que de ella resulta. Ahora, lo que es esencial tener en cuenta es que aquí el único término de comparación relevante es, precisamente, el de la convivencia, de modo que las situaciones a comparar son aquellas en que ésta se da respecto de aquellas en que no, y bajo el supuesto de que, en lo demás, tales situaciones o son iguales obvien sus diversidades relevantes ya han sido consideradas. En este sentido, me parece que no están debidamente enfocadas aquellas críticas contra la condena de la acumulación basadas en el argumento de que ésta atenta contra la progresividad, pues son las familias de más altos ingresos las que más se benefician de la superación de este régimen ⁽⁷⁰⁾, así como las regiones más ricas. ⁽⁷¹⁾ No hay duda de la exactitud de estas afirmaciones, pero es evidente que estas no justifican, por sí solas, el que individuos con una renta cuantitativa y cualitativamente igual en todo excepto en el hecho de convivir o no sea unos sometidos a una alícuota mayor que los otros. No se trata de cuestionar la justicia o no del nivel de progresividad, sino de entender nítidamente que el buscar actuarla con el mecanismo de la acumulación subjetiva y no con otro tiene implicaciones muy precisas derivadas de su naturaleza técnica. El mantener claramente diferenciadas estas dos problemáticas, si bien con consideraciones no suscribibles, pienso que es uno de los méritos de la sentencia de febrero, 1989 del Tribunal Constitucional español. ⁽⁷²⁾

(70) En ese sentido afirma E. DE MITA, "L illegitima...", cit., p. 340: "Spezzare la progressivita degli alti redditi: questo e il risultato pratico della setenza Nº 179, del 1976. In nome della Costituzione repubblicana!"

(71) Cfr. V. BARATTIERI y S. GAMBALE, **Op. cit.**, p. 212.

(72) Por ejemplo, se afirma en el F.J. séptimo, criticando la suficiencia como mecanismo corrector del efecto de la progresividad del sistema de deducción variable previstos por la Ley impugnada: "Es evidente, en efecto en primer lugar, que el mecanismo corrector no opera en absoluto, por definición cuando las rentas acumuladas son rentas de capital puesto que, como decimos, en cualquiera de sus fórmulas la deducción variable solo es aplicable cuando las diversas rentas acumuladas proceden del trabajo o de actividades empresariales, profesionales o artísticas. La cuestión que esta exclusión plantea no es, naturalmente, la de la justificación de la distinción que, con carácter general, pueda establecer la ley entre rentas de uno u otro origen, pues parece poco dudoso que en un Estado social y democrático de derecho, el legislador puede dar un tratamiento distinto a las rentas del capital y a las procedentes del trabajo. La cuestión es, simplemente, la de la justificación que, desde el punto de vista de la igualdad contributiva, pueda darse al hecho de que dos perceptores de rentas de capital hayan de satisfacer, si se unen en matrimonio, una cuota tributaria superior a la adición de las que pagarían por esas mismas rentas si no estuviesen casado, o, dicho de otro modo, al hecho de que no se intente corrección alguna al incremento de la progresividad resultante de la acumulación cuando son rentas de capital las acumuladas."

Ubicados en este plano, hay también una serie de consideraciones importantes para juzgar la legitimidad o no un régimen de acumulación subjetiva. Para estos efectos, debemos partir de la aceptación de la hipótesis de que de la convivencia se siguen economías de escala y que esto es, de por sí, un elemento que, **prima facie**, justifica un trato desigual.

Las observaciones más importantes que, a mi juicio, pueden apuntarse responden, por una parte, al hecho de que las economías de escala se manifiestan en determinados rubros y, por otra, de que a ciertos niveles o no se manifiestan, o, aún manifestándose, operan a un nivel de satisfacción de ciertas necesidades básicas respecto del cual el mismo principio de capacidad contributiva determina una exclusión general de la imposición.

Cuando se habla de “economías de escala” no se hace sino una extensión analógica del significado técnico que este término tiene en el campo de la producción: entre más un mismo recurso productivo sea utilizado al máximo de su potencialidad, su costo relativo disminuye, pues el volumen producido con él aumenta. Así, se logra “una disminución de los gastos totales por unidad de referencias” (73); “dicho de otra forma, se realizan economías tan pronto como la producción referida se obtiene sobre una escala más grande.” (74) Es, además, consustancial a este concepto el que tales economías no se obtienen en el mismo grado o proporción en todas las operaciones del proceso productivo, de modo “pueden ser considerablemente grandes en algunas operaciones y sumamente pequeñas en otras.” (75)

Trasladado al campo de la unidad familiar, se trata de economías en los gastos, lo cual presupone que los usos de las rentas sean tales de permitir dichos ahorros: así, por ejemplo, si un matrimonio alquila una sola casa, se da un ahorro en el sentido de que dos personas individuales habrían de alquilar una casa cada uno; en cambio, no parece que pueda hablarse de ahorro alguno en el vestido, ya que cada uno de los cónyuges comprará su propia vestimenta, el igual que dos individuos

(73) Cfr. G. DESCLAUDE y J. TONDUT, **La empresa agraria y su gestión**, Edic. Mundi-Prensa, 2ª ed., Madrid, 1979, p. 220.

(74) Cfr. **Ibid**, p. 220.

(75) Cfr. D HAPGOOD y M. MILIKAN, “No hay cosecha fácil”, **El dilema de la agricultura en los países jóvenes**, México, Manuales UTEHA, Nº 402, 1969, p. 161.

separadamente. Algunos autores han pretendido restar validez a tales economías como relevantes a fines del principio de capacidad contributiva sobre la base del argumento de que, en un impuesto sobre la renta que se basa en la capacidad ingresada, resulta extraño el concepto de “menores gastos” (76). En realidad, para que esta posición tuviera algún sentido, habría que aceptar que lo que interesa al concepto de capacidad económica es cuanto el individuo ingresa como fenómeno autónomo, sin referencia alguna al carácter instrumental de tales ingresos respecto de la satisfacción de necesidades y deseos, lo cual parece absurdo.

En consenso unánime en doctrina que hay un mínimo de riqueza, destinado a la satisfacción de las necesidades esenciales, que debe funcionar como un límite absoluto a la imposición, esto es, como un supuesto de exclusión general. (77) Además, es prácticamente pacífica ya la tesis de que tal mínimo, si bien no determinable en términos apriorísticos ni con fórmulas científicamente exactas, no se refiere a un mínimo de existencia física, sino a uno que asegure un nivel de vida digna y libre para el individuo y su familia. (78)

Ahora, la exclusión de dicho mínimo forma parte, en Constituciones como la española y la italiana, de un cuadro más general, respecto del cual se presenta como un elemento indispensable de coherencia. Así, el reconocimiento de un conjunto de derechos sociales y económicos cuyo contenido está constituido por las necesidades esenciales a todo ser humano, implica la necesidad de su actuación por diversas vías. Fundamentalmente, como ha destacado R. BRACCINI con referencia a la Constitución italiana (con plena validez también respecto de la española), la satisfacción de dichas necesidades está, en primera instancia, confiada a la institución de la familia, como organismo intermedio básico de la sociedad, a cuyos miembros, según posición relativa, les está asignado un conjunto de “deberes económicos” (mantenimiento, instrucción, educación de los hijos) que se traducen, en

(76) Así, F. MOSCHETTI, “Capacita contributiva”, cit. p. 12. También, A. BELLVER y O. PORTABALES, **Op. cit.**, p. 33.

(77) Cfr., entre muchos, E. GIARDINA, **Op. cit.**, pp. 447 ss.; I. MANZONI, **II principio...**, cit., pp. 224 ss.; Id., “Capacita contributiva”, cit., p. 9.

(78) Cfr. R. BRACCINI, “Osservazioni sulla rilevanza tributaria dei doveri economici familiari”, **Dir. prat. trib.**, I, 1977, p. 1234 ss.; F. MOSCHETTI, “Capacita contributiva”, cit., p. 9; Id., **II principio...**, cit., p. 228; I. MANZONI, **II principio...**, cit., p. 81; G. CASADO OLLERO, “El principio... (II)”, cit., p. 192.

síntesis, en un verdadero deber de contribución, de carácter solidario. Estos deberes son de naturaleza afín a la tributaria, en el tanto presuponen una adecuada capacidad contributiva de los sujetos obligados y porque, además, están orientados a fines sociales que, de no poderse satisfacer en el seno familiar, requieren la intervención subsidiaria de la actividad financiera. ⁽⁷⁹⁾ Al nivel del mínimo, la capacidad contributiva es para la satisfacción de las necesidades de la familia y no para contribuir al gasto público, por lo que, se dice, si bien ambos deberes descienden de afines principios de solidaridad, actúan en direcciones opuestas. ⁽⁸⁰⁾

Pues bien, la limitación que surge aquí al régimen de acumulación deriva, evidentemente, de que una serie de las economías de gasto se producen precisamente de aquellas necesidades elementales (casa, comida, etc.). En este caso, como apunta BRACCINI, no hay lugar a la imposición por carencia de capacidad contributiva y solo podrá ser objeto de discusión si en la fijación del régimen de las deducciones subjetivas se deba tener cuenta del beneficio que también en tales hipótesis deriva de la economía doméstica a la familia, para reducir proporcionalmente el importe global de las deducciones mismas respecto a la cuota exenta correspondiente al individuo que, notoriamente, para satisfacer sus necesidades mínimas, tiene necesidad de una fuerza económica libre de gravamen fiscal proporcionalmente mayor respecto a aquella del conviviente en familia. ⁽⁸¹⁾ Profundizando el argumento, baste pensar en una situación en que, gracias a las economías de escala, un individuo satisface las necesidades esenciales, en tanto que otro, con el mismo nivel de renta, no lo consigue precisamente por falta de tales economías. Resultaría bastante absurdo que, con fines igualitarios, se gravara al primero para que esté en igual situación de carencia que el segundo, aparte de inconstitucional, obviamente, si recordamos que la igualdad no es un fin último, sino que está en función de la plena realización de los individuos. Lo lógico y lo constitucional sería, por el contrario, la actuación de un principio de justicia en el gasto, que viniera a proveer al individuo en carencia un subsidio suficiente para igualar sus posibilidades con el otro, principio, por lo demás, consagrado en el artículo 31.2 de la Constitución española.

(79) Cfr. R. BRACCINI, **Op. cit.**, pp. 1228-1229.

(80) **Ibid.**, p. 1234.

(81) **Ibidem.**

Adicionalmente, se ha puesto en relieve el hecho de que las economías de escala podrían favorecer la formación de un cierto ahorro familiar que permita satisfacer principios como el del artículo 47 de la Constitución italiana, por lo cual no sería congruente tasarlas. ⁽⁸²⁾ A este respecto, pareciera también extendible la idea de que si el no conviviente no puede ahorrar precisamente por falta de economías de escala, la igualación de su situación debería venir por el lado del gasto público. El disponer de una posibilidad de ahorro es un elemento importante para el progreso individual que está en el límite que le permite lograrlo no se puede decir que refleje una aptitud para la solidaridad con los demás, en tanto que el que está debajo de ese límite debe ser más bien beneficiario de la solidaridad de los demás.

Se ha argumentado, también, que es cuestionable que, a niveles, bajos de renta y respecto de ciertas necesidades elementales, es común la práctica de que los solteros disfruten de economías de gastos, como el caso típico del alojamiento, lo cual anularía cualquier razón para el trato desigual. ⁽⁸³⁾ Este argumento se confunde con el de la posibilidad de extensión a todas las situaciones de convivencia de la acumulación, mas no deja de presentar la particularidad de que, en este caso, se trata de nexos de poca estabilidad, respecto de los cuales resultaría difícil y chocante a la conciencia social pretender su sujeción a formas de tributación conjunta.

En todo caso, a este tipo de lógica responden, sin duda, el mecanismo consistente en la fijación de los llamados “techos”, esto es, montos mínimos bajo los cuales no opera la acumulación, tal como sucedía en el ordenamiento italiano al tiempo de la declaratoria de inconstitucionalidad. ⁽⁸⁴⁾

(82) **Ibid**, p. 1243.

(83) C. PALAO, “El tratamiento...”, p. 18, nota (43), citando el Informe Carter.

(84) Es el caso de los llamados “techos” a partir de los cuales comienza a regir la acumulación. Así, por ejemplo, en Italia la legislación vigente al tiempo de la sentencia de 1976 contemplaba (por una reciente reforma incluida en el d.P.R. Nº 597 de 1973) un techo de 7.000.000 de liras, por debajo del cual no se aplicaba la acumulación. Como reconoce D. CIRILLO, “Legittimita...”, cit., 1700, con este recurso se actuaba una forma de progresividad. La sentencia de la Corte, sin embargo, en ningún momento enfoca el problema aludiendo a esta temática.

Por otra parte, se ha observado que, a niveles altos de renta, donde la propensión marginal al consumo disminuye, también se reducen los beneficios derivados de las economías de escala. ⁽⁸⁵⁾ Como concluía el conocido Informe Carter, “cuando dos individuos ricos se casan, su impuesto total debería ser mayor que la suma de los impuestos que pagaban de solteros, para tomar en cuenta las economías de la vida en común, pero estas economías son pequeñas comparadas con su renta. En consecuencia, el incremento del impuesto en virtud del matrimonio debería ser menor para esas personas que para los individuos con menor renta que se casan.” ⁽⁸⁶⁾ Esta conclusión parece difícilmente rebatible, máxime si tomamos en cuenta las consideraciones hechas sobre el significado de las economías de escala: estas presuponen gastos en rubros que sean menores para, digamos, dos personas convivientes que para dos personas no convivientes, lo cual ciertamente disminuye con la disminución general del consumo. Además, si bien es cierto que una parte del ahorro puede deberse a las economías en el gasto, ya a niveles altos esta relación de causalidad es del todo cuestionable.

Parece entonces convincente la conclusión de R. BRACCINI según la cual el instituto de la acumulación debe establecer discriminaciones de orden cuantitativo que lo restrinjan a la fase de los llamados gastos discrecionales, y hasta el punto en que ya tales economías no interesen ⁽⁸⁷⁾.

(85) Cfr. C. PALAO, “El tratamiento...”, p. 18 (y bibliografía ahí citada).

(86) Informe Carter, p. 15, cit. por C. PALAO, *ibid*, p. 18.

(87) Cfr. R. BRACCINI, *Op. cit.*, p. 1243.

DEUDA INTERNA Y DERECHO PUBLICO DE LA ECONOMIA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez (*)
Profesor de Derecho Administrativo,
Derecho Público de la Economía y
Derecho Económico Internacional
Universidad de Costa Rica

(*) Telefax: (00-506) 259-4844
Apartado Postal (P. O. Box; Address) = 944, Y Griega 1011. San José, Costa Rica
E-mail: j.romero @.ucr.ac.cr.

SUMARIO:

RESUMEN

ABSTRACT

I. INTRODUCCION

II. DERECHO Y ECONOMIA

1. Economía
2. Derecho
3. Derecho económico

Perspectiva territorial

- a) Derecho económico *nacional*
- b) De derecho económico *internacional*

Perspectiva jurídica

- a) Derecho *público* de la economía
- b) Derecho económico *privado*
4. Criterio finalista del Derecho económico
5. Deuda interna del Estado o deuda pública interna

III. DEUDA PUBLICA INTERNA

1. Estado actual de la situación
2. Estructura tributaria recesiva
3. Propuesta de la comisión de expertos
4. Oferta del Gobierno

5. Observaciones sobre la propuesta estatal
6. Críticas a la oferta oficial
 - a) Venta de activos
 - b) Dolarización de la deuda interna
 - c) Venta del 40% del INS
 - e) Mantener el impuesto de ventas en el 15%

IV. MARCO JURIDICO

1. Constitución Política
 - a) Criterio de la Sala Constitucional
2. Ley de Administración Financiera de la República
3. Otras normas legales
4. A propósito del marco jurídico
5. Responsabilidad de los funcionarios públicos

V. PROPUESTA ALTERNATIVA UTOPICA

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA

RESUMEN

Esta investigación desea presentar el tema de la deuda pública interna con las aristas diversas que se han dado en la realidad. Los distintos grupos, con poder en la sociedad, se han neutralizado al tenor de sus intereses creados y del año electoral que todo lo contamina de cara a los resultados de 1998.

Esta temática tiene ángulos diferentes para su análisis porque sus ingredientes o elementos así lo establecen: político, económico, jurídico, sociológico, psicológico social, etc. Por ello, se debe enriquecer el debate con estos puntos de vista complementarios.

ABSTRACT

The Internal Public Debt of Costa Rica is a big problem without solutions and answer realistics.

I. INTRODUCCION

Para el *derecho público de la economía*, el tema de la deuda interna del Estado es uno de sus aspectos de estudio relevantes. Según se ha dicho, el monto en miles de millones de colones, es de 800 y genera un pago de 150 en intereses o en el servicio de esta deuda.

En este escrito se hará un análisis de la deuda interna gubernamental desde la perspectiva jurídica y específicamente a partir del derecho público de la economía.

II. DERECHO Y ECONOMIA

No hay duda que se debe hacer un balance que combine el derecho con la economía, dado que los fenómenos o los hechos económicos no ocurren en el espacio vacío, sino en una sociedad que tiene un marco jurídico propio y bajo los cánones del Estado social y democrático de derecho.

1. ECONOMIA

Como se sabe la economía puede ser definida, entre otras acepciones, así:

La *economía* es el estudio de la manera en que los individuos y la sociedad deciden emplear los recursos escasos que podrían tener usos alternativos para producir diversos bienes y distribuirlos para su consumo, presente o futuro, entre las diferentes personas y grupos de la sociedad. (*Economía*, Paul Samuelson y William D. Nordhaus; México: McGraw-Hill, 12a. ed. 1989, pág. 4).

2. DERECHO

Igualmente el *derecho* es susceptible de diversas definiciones. Entre ellas, citamos esta:

Sistema de normas que regulan la conducta humana en forma bilateral, externa y coercible, con el objeto de hacer efectivos los valores jurídicos reconocidos por la comunidad (Eduardo J. Couture, *Vocabulario Jurídico*; Buenos Aires: Depalma, 1976, pág. 217).

3. DERECHO ECONOMICO

Este derecho es aquel que regula los bienes y servicios del sistema económico y la organización de la economía por los poderes privados o públicos (*definición*).

Se puede clasificar desde el angulo territorial en:

a) Derecho Económico nacional

Se refiere al conjunto de normas y principios que rigen la política y práctica económica dentro de un país.

b) Derecho Económico Internacional

Atañe a las normas y principios que regulan los comportamientos de los agentes económicos en el plano internacional.

Otra clasificación, desde la perspectiva del régimen jurídico aplicable a los actores o sujetos, dentro de un país es:

a) Derecho público de la economía:

Aquellas normas jurídicas que regulan las relaciones del sistema económico estatal, y, la intervención del Estado en la economía; bajo criterios del interés general o del bien común; y, la intervención del Estado en la economía.

b) **El derecho económico privado** (o, *derecho privado económico*) regularía las relaciones entre los particulares; o, las que realice el Estado bajo cánones comerciales, mercantiles, bancarios o industriales, configurando lo que se conoce como la **actividad privada del Estado**.

A su vez, este derecho público de la economía puede ser analizado desde el ángulo constitucional, como:

a) **Derecho constitucional económico**

Este derecho atañe a las normas fundamentales de la vida económica, que el Estado como rector del bien común está en la obligación de respaldar y garantizar:

Libertades de empresa, comercio, industria, producción, trabajo, contractual, etc.

Derechos a la propiedad privada, a la competencia en el mercado, a la organización y estímulo de la producción, al adecuado reparto de la riqueza nacional.

b) **Derecho administrativo económico**

Esta rama del derecho incluye la organización económica del Estado (estructura), sus relaciones dentro del mismo Estado y con los particulares (agentes y actores) y las regulaciones jurídicas públicas que le permiten al Estado intervenir en el sistema económico (Entre otros: Gérard Farjat **Droit Economique**; Paris: PUF, 1971, pp. 14 a 20, André de Laubadère **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, Paris: LGDJ, T. III, 1971, pp. 475 a 477, Enrique Gómez Reino et al **Curso de derecho administrativo económico**, Madrid: Instituto de estudios de administración local, 1970, tema 22; Jorge Witker, **Curso de derecho económico**, México: UNAM, 1989, pp. 14 a 20, Dominique Carreau, **Droit international économique**, Paris: LGDJ, 1990, Cap. I).

4. **CRITERIO FINALISTA DEL DERECHO ECONOMICO**

Este derecho estaría compuesto por un conjunto de normas y principios orientados a asegurar un equilibrio entre los intereses particulares de los agentes económicos privados o públicos y el interés económico general (Robert Savy, **Droit public économique**, Paris: Dalloz, 1972, p. 6).

5. **DEUDA INTERNA DEL ESTADO O DEUDA PUBLICA INTERNA**

Esta deuda pública o nacional, se puede definir –entre otras maneras– como aquella que se forma del endeudamiento que hace el

Estado en su afán de conseguir recursos financieros en el mercado de los bono-inversionistas (o, consumidores de bonos con el objetivo de financiar parcialmente los gastos del Estado y los déficits fiscales acumulados.

La deuda pública interna consiste en la cantidad acumulada que el Estado ha tomado prestado del mercado, vendiendo bonos, con el objetivo de financiar los gastos gubernamentales deficitarios. (Paul y Ronald Wonnacott, **Economía**, Madrid: Mc Graw-Hill, 1988, p. 223; y, Stanley Fischer et al, **Economía**, México. Mc Graw- Hill, 1990, p. 645).

III. DEUDA PUBLICA INTERNA

1. Estado actual de la situación

Para este año de 1997, la deuda interna que el Estado tiene es de 800.000 millones de colones, con un peso del servicio de esta deuda de 150.000 millones en el pago de intereses.

El monto del presupuesto ordinario de 1997 presenta la suma de 550.000 millones de colones. Por lo tanto, el monto de la deuda interna es superior al presupuesto citado. Esta deuda representa un 30% del PIB (**producto interno bruto**: la suma del valor de todos los bienes y servicios finales producidos en el país en un año). Para tener un valor aproximado en dólares, se indica que en mayo de 1997 se deben dar 228 colones por un dólar.

Comparemos lo que gasta el Estado (presupuesto ordinario) en el amplio sector social, respecto a lo que ello representa en el pago de intereses de la deuda interna, lo que implica un costo de oportunidad:

Educación

Aquí habría que decir que el pago en intereses de la deuda interna es superior a todos los gastos en educación: primaria, secundaria y superior.

Asistencia social

Por cada colón que se gasta en programas de asistencia y previsión social, se pagan dos colones al servicio de la deuda interna (pago de intereses) (Anabella Díez, Presupuesto de la injusticia social, San José: periódico **Al Día**, 24 de diciembre de 1996).

Vivienda

Lo que se gasta en vivienda es apenas el 1.5% del monto que se paga por los intereses de la deuda interna.

Salud

Se gasta 20 veces más en el pago de los intereses de la deuda interna que en el sector salud.

2. ESTRUCTURA TRIBUTARIA RECESIVA

Lo que dijo **Aristóteles** (384-322 a.C.) y **Santo Tomás de Aquino** (1225-1274 d.C) sobre la justicia distributiva, se olvida. En nuestro país lo que prevalece es la injusticia social, pues, el 86% de los impuestos los paga la clase baja y media; y, la clase alta (la que manda y tiene el poder) solo paga el 14% de los impuestos. Otra forma de ilustrar esta estructura tributaria recesiva, es diciendo que los impuestos indirectos son más del 80%; y, los directos, llegan a ser menos del 20%.

Si el Estado, por medio de su cúpula, afirma que el problema de la deuda interna ya no lo puede manejar, aparte de la confesión de incompetencia para gobernar y administrar el país, habría que detallar este problema (desglosarlo, desmenuzarlo) para ubicarlo en su dimensión real.

3. PROPUESTA DE LA COMISION DE EXPERTOS

Una comisión de expertos (economista Eduardo Lizano et al), designada por el actual Gobierno, le dio un documento sobre la deuda interna, –publicado resumido– por el periódico **La Nación** el 21 de noviembre de 1996.

Algunas de las propuestas de esta comisión, fueron éstas:

- * Concluir proceso de cierre de las instituciones públicas ya anunciado por el Poder Ejecutivo,
- * Proceder al cobro total o parcial del costo de ciertos servicios públicos como es el caso de la Enseñanza Superior a las familias con capacidad financiera,

- * Acelerar el uso de la ley de concesión de obra pública,
- * La venta de activos del Estado es una de las medidas principales para salir de la seria situación por la que atraviesa el país,
- * Mantener el impuesto de ventas en un 15%.

4. PROPUESTA DEL GOBIERNO

a) Principios

- Aplicación gradual de las medidas para solucionar el tema de la deuda interna
- Fortalecer el Estado
- Proponer una amplia gama de soluciones
- El plan de soluciones debe ser de excelente calidad técnica y ser políticamente viable
- El plan propuesto debe ser compartido por todos los sectores y grupos sociales

b) Elementos componentes de la deuda interna

Los elementos que componen el problema de la deuda interna son, en miles de millones de colones:

* Banco Central	=	200
* Pensiones	=	50
* Bonos del Estado	=	500

Apuntaríamos, con relación a los 200 mil millones de colones de deuda del Estado con el Banco Central, que a lo largo de los años, esta deuda ha sido absorbida por el sistema económico y los niveles de inflación; y, que con respecto, a los 500 mil millones de colones restantes, su pago o cancelación no es inmediata y a corto plazo, sino que se hará gradualmente, a mediano y largo plazo, pero debe enfrentarse, con la medida correlativa de contención de los llamados disparadores del gasto público. La austeridad y el control de los egresos del Estado no es una

mera palabra, sino que tiene que ser una realidad, pues de lo contrario, los resultados serán nefastos para el país. Esta tarea urge de una cúpula política honrada, responsable y capaz.

c) Oferta de soluciones

Esencialmente, la oferta del Gobierno es la siguiente:

- * Venta de activos:
 - Seguir con la venta de BICSA
 - Banco de Costa Rica
 - Instituto Nacional de Seguros en un 40%
 - RACSA
 - Zona marítimo terrestre

- * Mantener el 15% del impuesto de ventas

- * Aumentar el impuesto selectivo de consumo sobre los combustibles

- * Dolarización de la deuda interna

- * Apoyo al proyecto de ley de Garantías Económicas

- * Formación de un fideicomiso de la deuda interna en el Banco Nacional

5. OBSERVACIONES SOBRE LA PROPUESTA DEL GOBIERNO

a) Esta oferta gubernamental podría cumplir varios objetivos, unos observables en la simple superficie (manifiestos) y otros ocultos (latentes)

b) Sin agotar la lista de estos objetivos manifiestos y latentes (cf. Robert King Merton, **Teoría y estructuras sociales**, México: FCE, 1965, parte I), se podría indicar que los objetivos (o, con Merton, *funciones*) manifiestos de la oferta o propuesta oficial –entre otros– son señalar que:

- * El Gobierno tiene su oferta y la hace pública
- * Su responsabilidad está cumplida al hacer esta propuesta
- * La responsabilidad se la traslada a otros grupos e instituciones
- * Si este plan no se realiza, esto escapa a la voluntad del Poder Ejecutivo, siendo los irresponsables los demás (mecanismo de transferencia y de proyección de la “culpa” a otros, quedando “limpios de culpa”: táctica de la evasión)
- * La propuesta aunque no es la única posible, sí representa una alternativa
- * La oferta aunque se haga en época electoral siempre puede ser necesaria y oportuna (nunca es tarde si la propuesta se hace).

c) Los objetivos (o, las funciones) latentes o ocultas, de este enfoque gubernamental, podrían ser por ejemplo:

- * Asustar con el fantasma o el “coco” de la deuda interna para justificar (so-pretexto de esta deuda) mantener el 15% del impuesto de ventas, incrementar el precio de los combustibles, aumentar –desde los escritorios– el precio de servicios públicos como el agua, luz, teléfonos.
- * Echarle la “culpa” del desgobierno y de los crasos errores de la gobernabilidad a la deuda interna, que jugaría como chivo expiatorio (no podemos gobernar ni administrar porque la deuda no nos deja).
- * Pretender que todos los costarricenses somos responsables del volumen de esta deuda interna, lo cual es falso porque los políticos en el poder sí son los que tienen esta responsabilidad como administradores de la gestión pública.

- * Atraer recursos financieros a las arcas del Estado bajo el pretexto o cortina de humo de esta deuda.
- * Hacer un intento por mejorar la caída imagen del Gobierno usando el espantapájaros de la deuda interna.

d) Esta **oferta oficial** tiene la intencionalidad o la finalidad de constreñir a la cúpula económica y política del país a cerrar filas en torno al Gobierno, para obtener más cuerpo, coherencia y firmeza al interior del bloque en el poder (Nicos Poutlanzas) con su proyección de dominación holística –globalizante, integral– en la sociedad para consolidarse como la fracción hegemónica legítima en el control del Estado (Nuestro libro sobre la Sociología Jurídica de Max Weber, 1864-1920); San José: Universidad de Costa Rica, 2a. ed. 1980).

e) Se da una concesión a la supuesta oposición política (que mejor se podría llamar grupo competitivo electoral) –el PUCS– cuando apoya el proyecto de garantías económicas impulsado por el candidato a la Presidencia de la República de este grupo político de bandera de distinto color.

6. CRITICAS A LA PROPOSICION ESTATAL

a. Venta de activos

Al principio de las maniobras del neoliberalismo económico, acompañado del neoconservadorismo político y jurídico, se dijo que para enfrentar el problema de la deuda externa había que reducir el Estado, vendiendo las empresas públicas deficitarias (década de los años ochenta). Después, con la política de los ajustes estructurales –pensada y controlada desde los países acreedores– se cambió el discurso y las órdenes, para afirmar que la venta es de las empresas públicas que dejan ganancias (por supuesto), porque en ellas el capital multinacional sí tiene interés.

Las preguntas hechas desde la perspectiva de los países deudores y subdesarrollados son: ¿por qué hay tanta presión para que las naciones deudoras vendan su patrimonio que deja beneficios? ¿No decían los ideólogos del neoconservadurismo que el Estado era ineficiente? ¿Quiénes serán los favorecidos con la venta –al postor más avivado– de las empresas del Estado que dejan ganancias?

Cabalmente, el capital nacional y el transnacional ha hecho una campaña de más de 300 millones de colones por los medios de comunicación para forzar la venta de activos estatales con superávit, bajo el lema despistador de “*Costa Rica, primero*”, con un acompañamiento de la “preocupación” por la deuda interna (meses de marzo, abril y mayo de 1997). Esta “preocupación” –obviamente– no los ha hecho comportarse, a estos empresarios, como religiosos contribuyentes de impuestos y enemigos de la evasión fiscal.

Solo la evasión fiscal del impuesto de ventas, que recauda la empresa privada y no se lo entrega al Estado, se ha calculado en 1996, por un monto de 300 mil millones de colones.

Por su parte, el candidato presidencial del *Partido Liberación Nacional*, **José Miguel Corrales** dijo que no estaba de acuerdo en indicar que la deuda interna era responsabilidad de todos los costarricenses, porque esto es evadir responsabilidades claras y precisas. Además de que el principal problema del país es la **pobreza (La Nación, 30 de diciembre de 1996)**. Se pronunció en contra de la venta de activos (**La Nación, 11 y 24 de enero de 1997 y La República, 19 de diciembre de 1996**).

Cabalmente, en el tema de la **pobreza**, también **La Nación** coincide pues considera que el combate a ella constituye el fin último de la verdadera política económica, porque hay que tener presente que el estancamiento económico nos daña a todos y afecta, principalmente, a los trabajadores a los sectores más **pobres** (editorial del 11 de febrero de 1996). A sabiendas de que lo económico y lo social son caras de una misma moneda: el fin de toda actividad económica es el bienestar del ser humano y no es posible hablar de progreso económico sin bienestar social. (**La Nación**, editorial del 9 de marzo de 1997).

A su vez, el candidato presidencial del *Partido Unidad Social Cristiana*, **Miguel Angel Rodríguez**, afirmó que la *venta de activos* solo puede ser viable en los casos en que se produzca un consenso nacional sobre la institución o bienes de que se trate (**La Nación, 19 de enero de 1997**).

Desde su propio ángulo, los **ex-Presidentes de la República** –con excepción de **Rodrigo Carazo Odio** que se opuso– estuvieron de acuerdo en la venta de activos (**La Nación, 13 de noviembre de 1996**).

Algunos han dicho que esta *venta de activos* requiere de un tiempo considerable para su aplicación (Ronald García y Justo Aguilar, **Política económica, el problema fiscal y la deuda interna**, Universidad de Costa Rica, Escuela de Economía, noviembre de 1996, pág. 10). Por consiguiente, como una medida rápida y a corto plazo no sirve.

También se afirmó que en la medida en que se mantenga la estructura de los gastos y de los ingresos, la tendencia al déficit se mantendrá ascendente. Se podría generar un respiro, pero no se ataca la raíz del mal, por lo cual sus efectos (del endeudamiento interno) se harán sentir de nuevo en pocos años.

Por ello, cifrar las esperanzas en resolver el problema de la deuda interna, exclusivamente, mediante la venta de activos no es la solución adecuada. (Eduardo Lizano et al, **documento preparado para el Gobierno sobre la deuda interna**, noviembre de 1996, pág. 24; y, **La Nación** del jueves 21 de noviembre de 1996).

Por el impacto en el mercado electoral, **los políticos** con opción real en este espacio mercantil, *no apoyaron* las propuestas de:

- Los ex-Presidentes de la República (**La Nación**, 13 de noviembre de 1996),
- Comisión de expertos nombrada por el Gobierno (**La Nación**, 21 de noviembre de 1996),
- Del Gobierno (**La Nación**, 16 de diciembre de 1996).

Ante esta situación se llegó a decir que había –ante el problema de la deuda interna– una **retórica de la evasión**, ya que los **políticos** con opción de ganar las elecciones presidenciales de 1998, decían que el problema más serio del país es la pobreza; para los **empresarios** el reto más serio es la reactivación económica, sin embargo hay que recordales que no es hora de pedir otra generación de privilegios (**La Nación**, 27 de enero de 1997, editorial).

Igualmente se afirmó que en materia de deuda interna se debe actuar ya, siendo la **privatización** una medida inteligente al problema de esta deuda (**La Nación**, 25 de octubre de 1996, editorial).

Los **políticos** se oponen a la venta de activos y al aumento de los impuestos, por cálculo electoral, entonces la solución del problema se torna más complicada pues la única opción es rebajar el gasto público o aplicar el impuesto de la inflación (**La Nación**, 6 y 20 de diciembre de 1996, editoriales).

La palabra **privatize**, privatizar, apareció por primera vez en un diccionario inglés –*Webster's Collegiate Dictionary*, 9a. ed., en 1983–, y se le definía como “convertir en privado, especialmente traspasar –una empresa o una industria– del control de la propiedad pública a la privada” (E.S. Savas, **Privatización**. México: Ed. Gernika, 1989, pág. 17).

De esa manera, la empresa o el ente estatal o público pasa al mercado, al sector privado.

En la práctica, Argentina, Chile y México han privatizado empresas estatales, que han pasado al sector privado transnacional monopólico y oligopólico por precios de venta muy inferiores a los del mercado y dentro del marco de la corrupción política más abierta y grande. Obviamente, nuestro país no será la excepción en este saqueo de las propiedades de la sociedad.

b. Dolarización de la deuda interna

Se pretende convertir parte de la deuda interna en deuda externa, dolarizando el débito local, mediante ley Nº 7671-97 (**Gaceta Nº 96**, 21 de mayo de 1997), por un monto de \$500 millones, lo cual es un mal negocio porque se tendrán que dar intereses y pagos por comisiones; así, sobre \$280 millones, se tendrán que pagar \$30 millones (¢7.500 millones) por esos renglones (**La República**, 1^º de junio de 1997).

Cabalmente, dentro del tema de la corrupción está el negocio de grupos de la cúpula política que hicieron el negociado de comprar bonos de la deuda externa en su valor de mercado (15%) y se la vendieron al Banco Central de nuestro país en su valor facial, gracias a su poder e influencia.

Este negocio será hecho de nuevo, pero al revés, se venderán bonos de la deuda interna en el mercado exterior. ¿Cómo –procedimientos de reingeniería financiera–, quiénes participarán en la cadena del negocio, cuál será el monto real de las comisiones, etc?

Este mecanismo también fue rechazado por algunos sectores con poder de la sociedad, bajo el argumento de que no es fácil ni rápido.

c. **Venta del 40% del negocio de los seguros**

En nuestro país, el Instituto Nacional de Seguros (INS) tiene el monopolio de los seguros. Dentro de esa estrategia para combatir la deuda interna, el Gobierno ha afirmado la venta del 40% del negociado de los seguros.

Los potenciales compradores, serán los monopolios de los seguros que hay en el mundo. Entonces: ¿en qué queda el argumento de quienes dicen que hay que romper el monopolio de seguros aquí? Se trata de una venta de este negocio a las empresas multinacionales que controlan estas transacciones en el orbe.

Por otra parte, este negocio le da al Estado una importante ganancia anual; entonces: ¿por qué venderlo?

También se debe recordar que los **bomberos** son financiados por el INS; y, éste es un relevante servicio público.

d. **Venta de la zona marítimo terrestre**

El documento del Gobierno dice:

Vender las tierras del Estado aledañas a las costas y que no son la franja de los 50 metros inalienables (**La Nación**, 22 de diciembre de 1996).

La **Ley de la zona marítimo terrestre, No. 6043 del 2 de marzo de 1977**, manda en sus artículos:

1. La zona marítimo terrestre constituye parte del patrimonio nacional, pertenece al Estado y es inalienable e imprescriptible.

9. La zona marítimo terrestre es la franja de 200 metros de ancho a todo lo largo de los litorales Atlántico y Pacífico de la República.

10. La zona marítimo terrestre se compone de dos secciones:

Zona pública, que es la faja de **50 metros** de ancho a contar de la pleamar ordinaria y las áreas que quedan al descubierto durante la marea baja;

Zona restringida, constituida por la franja de los **150 metros** restantes o por los demás terrenos en caso de islas.

20. Salvo las excepciones establecidas por ley, la **zona pública** no puede ser objeto de ocupación bajo ningún título ni en ningún caso. Nadie podrá alegar derecho alguno sobre ella. Estará dedicada al uso público y en especial al libre tránsito de las personas.

34. Las **municipalidades** deberán atender directamente al cuidado y conservación de la **zona marítimo terrestre y de sus recursos naturales**.

39. Solamente en la **zona restringida** podrán otorgarse concesiones referentes a la zona marítimo terrestre.

40. Unicamente las **municipalidades** podrán otorgar concesiones en las **zonas restringidas** correspondientes a la zona marítimo terrestre de su respectiva jurisdicción.

41. Las **concesiones** serán únicamente para el uso y disfrute de áreas determinadas en la **zona restringida**, por el plazo y las condiciones que esta ley establece.

La Nación editorializó sobre este tema, diciendo que la propuesta del Gobierno de vender la **zona marítimo terrestre** no inalienable (150 metros) para paliar la deuda interna no ha sido acogida en los predios políticos. A propósito de esta tesis, se ha descubierto que de los 314 concesionarios, desde 1974, le deben a las municipalidades 300 millones de colones a diciembre de 1996, faltando información de 9 de los 22 municipios consultados. A las municipalidades de Guanacaste se le deben 210 millones de colones (13 de febrero de 1977; y, reportaje del 10 de ese mismo mes y año).

No solo existe **la cultura de la evasión fiscal**, sino también el despiste político de creer que somos soberanos en esa zona en la que los concesionarios no pagan sus deudas y prácticamente se les ha regalado ese territorio nacional, olvidando que el fin de la acción política o económica es el beneficio de los seres humanos (**La Nación**, editorial del 13 de febrero de 1997).

Podría pensarse en que esa **zona restringida**, mal administrada por las **municipalidades**, se convierta por ley, en **zona pública**.

Eliminándose así las **concesiones**, dentro del marco del ordenamiento legal, ya que las municipalidades son muy débiles y de hecho no protegen ni cuidan esa **zona restringida**, siendo pésimos administradores del bien común. Otra idea podría ser la que se aumenten los cánones de esas concesiones, pero el cobrador es muy irresponsable y sin interés ni conocimiento en el ejercicio de sus deberes.

El problema reside en la ausencia de idoneidad y de capacidad de los gobiernos locales o cantonales para cumplir con sus funciones. Aquí reside la clave de la **crisis del municipio**. Parece que no hay salida ni solución al futuro.

Como era de esperar, en los medios de comunicación se hicieron presentes empresarios y sus representantes muy interesados en la defensa de la tesis de comprar esos terrenos de la **zona restringida marítimo terrestre**.

Lo que sí debe hacerse es obligar a esas **municipalidades** irresponsables a que cobren los cánones por ese monto mínimo de los 300 millones de colones que les deben los empresarios.

También la **Sala Constitucional** se ha pronunciado sobre la **zona marítimo terrestre**. Ya desde los antiguos romanos, se conocían estos espacios como *“res communes”* y *“extra commercium”*. “Cosas” comunes y fuera del comercio. Claro está esa zona es parte del dominio público del Estado y se divide en zona pública (estrictamente pública) y zona restringida (**votos Nos. 546-90, 447-91, 3737-93**).

Sin duda, que la pretensión de algunos sectores de empresarios por que se les venda esa zona restringida atenta contra el derecho de los costarricenses por tener acceso y disfrute de las playas y de las zonas costeras de nuestro país en favor de la privatización extranjerizante. (Dr. Freddy Pacheco, *“El negocio de las playas”*, **La República**, 13 de enero de 1997). En la hora presente, muchas playas están en manos del capital multinacional, negando la entrada y el uso a los costarricense ante un Estado complaciente y cómplice de esta macabra situación.

e) **Mantener el impuesto de ventas en el 15%**

Esta tesis del Poder Ejecutivo fracasó ante los embates del año electoral, pues el PUSC y su candidato presidencial no quisieron jugarse

la suerte en un año electoral ante el miedo de perder votos, aprobando en el Poder Legislativo mantener ese nivel del 15% del impuesto de ventas.

En el pacto entre el Presidente Figueres Olsen y el jefe del PUCS Calderón Fournier del 12 de junio de 1995 (cf. nuestro estudio **Reflexiones sobre los cambios de la Administración Pública**, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 81, 1995, págs. 97 a 116) se firmó que este impuesto de ventas tendría el rango del 15% hasta el 18 de marzo de 1997. A partir del 19 de este mes y año, se volvería al nivel del 13%.

Como es un hecho público y notorio, los **recaudadores (empresarios)** del impuesto de ventas se lo apropian en un 80%, para dar un total de “apropiación indebida” de 300 mil millones al año, sin que el Gobierno haga nada para aumentar efectivamente la recaudación ni castigue a estos “recaudadores”.

El Gobierno llegó a decir (**marzo de 1997**) que si se bajaba el impuesto de ventas de un 15% a un 13% como decía la ley, fruto del citado pacto, nada pasaría porque los empresarios no iban a bajar los precios y el consumidor no sentiría ese bajonazo en el impuesto; mientras que las arcas oficiales sí se afectarían al recibir menos impuestos.

Claro está, que este terrorismo y violencia estatal, en favor de los empresarios, deja de lado la responsabilidad directa del Estado de hacer cumplir las leyes y de proteger el bien común, público y de la colectividad. Pero, para el Gobierno esto es mera retórica.

Igualmente, se llegó al intento de chantajear a los diputados del PUSC, diciéndose que si no votaban por ese 15% en el impuesto de ventas, entonces el Ministerio de Hacienda retendría el pago de las llamadas partidas de la “deuda política” (pago del pueblo, por medio de los impuestos, para financiar a los partidos políticos). Posteriormente, ante la crítica por ese intento de chantaje, se dijo —oficialmente— que no era cierto; que había sido producto de una confusión. (**La Nación**, 27 de febrero de 1997; primera página: alternativa del Gobierno: retendrán deuda política. PUSC considera esa medida como una amenaza; Eduardo Ulibarri, *Torpezas*: el Gobierno amenaza con retener el pago de la deuda política. El chantaje es obvio, **La Nación**, 2 de marzo de 1997; Marco A. Vargas D. Ministro de la Presidencia, Deuda interna y deuda política: el Gobierno no ha actuado con ligereza ni torpeza y mucho menos ha recurrido al “chantaje”, **La Nación**, 5 de marzo de 1997).

A su vez, el Gobierno llegó a decir que al pasar el impuesto de ventas del 15% al 13%, dejaría de recaudar 14 mil millones de colones al año (**La Nación**, 18 de marzo de 1997, primera página).

También sectores de los empresarios, por los medios de comunicación, dijeron que los precios se mantendrían iguales hasta que sus bodegas quedaran vacías de los bienes o mercancías adquiridas en el pasado. El Gobierno ante esta conducta delincinencial de empresarios, no hace nada. Hay que recordar que los precios deben ser claramente separados de los impuestos, lo cual lo oscurecen los empresarios cuando dicen que ya está el impuesto incorporado al precio de los bienes (“con impuesto incluido”), perjudicando a una enorme cantidad de la sociedad empobrecida por la aplicación de las políticas de los “ajustes estructurales”.

IV. MARCO JURIDICO COSTARRICENSE

En nuestro país hay una gama de normas jurídicas referentes al Derecho público de la economía de cuyo conjunto seleccionaremos algunas pertinentes al tema de la deuda interna del Estado.

1. Constitución Política

Artículo 176

En ningún caso el monto de los gastos presupuestos podrá exceder el de los ingresos probables.

Queda aquí establecido el principio del equilibrio presupuestario:

ingresos = egresos

Artículo 179

c. El presupuesto ordinario y los extraordinarios constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado, y sólo podrán ser modificados por leyes de iniciativa del Poder Ejecutivo.

Aquí está el principio del presupuesto como límite de acción del Estado.

Artículo 180

Todo proyecto de modificación que implique aumento o creación de gastos deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo 179.

Este numeral atañe a los principios de contención del gasto público y de equilibrio presupuestario.

Obviamente, lo que ha sucedido con estas disposiciones constitucionales es que la cúpula política que ha gobernado el país las ignoró (antes, ahora y al futuro).

El país debe rescatar el principio de orden establecido en nuestra Carta Magna. Hemos sido presa fácil de los grupos organizados de presión; esto alimenta la injusticia social. Los candidatos a puestos de elección popular creen que para ganar las elecciones es lícito mentir (Dr. Thelmo Vargas, Proyecto de garantías económicas, El financiero, 10 al 16 de marzo de 1977).

Hay quienes creen que reformando la Constitución Política se resuelven los problemas del déficit fiscal y de la deuda interna, como si el frío estuviera en las cobijas. Lo perjudicial consiste en que la clase política no cumple con el ordenamiento legal vigente, sino que lo utiliza al ritmo de sus *intereses creados*. (Jacinto Benavente, escritor español, 1907; 1866-1954).

Se han hecho 41 reformas parciales por las que se han modificado 62 artículos constitucionales, desde 1949 a la fecha.

Como bien se anotó la deuda interna no se habría convertido en problema si los poderes políticos hubieran acatado la regla de orden con que, en el mediano plazo, actúan las personas responsables; es decir, si los gastos públicos no hubieran sistemáticamente excedido los ingresos por concepto de impuestos. El haber interpretado irregularmente el mandato del **artículo 176 de la Carta Magna** (los gastos no deben exceder a los ingresos) que los ingresos probables son la suma de los ingresos tributarios más todo lo que se pueda obtener por la colocación de bonos y otros títulos de la deuda en el mercado financiero, fue lo que nos llevó al enorme problema que hoy vivimos (**La Nación**, editorial, 27 de diciembre de 1996).

Una aplicación distorsionada e infiel a los postulados keynesianos (John Maynard Keynes, 1883-1946, **Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero**, México: Fondo de Cultura Económica –FCE–, 1963; **Teoría general de Keynes**, compilador Robert Lekachman, México: FCE 1967) condujo –con plena irresponsabilidad– al uso irreflexivo de las emisiones inorgánicas y los bonos de la deuda pública interna con el efecto, mucho más grave desde 1978 al presente, de producir un déficit fiscal y una deuda local enorme en proporción a las dimensiones globales de nuestro país.

Claro está que la indecisión, la postergación de las soluciones, la politización de las medidas, la búsqueda incesante de pretextos, la satisfacción de los grupos de presión, en menoscabo del interés público (**La Nación**, 28 de febrero de 1997, editorial) nos ha conducido a este callejón sin salida.

El **saldo de la deuda interna** (igual a la suma acumulada de los déficit fiscales no financiados con recursos externos) y el **déficit fiscal anual** (*exceso de erogaciones sobre ingresos del Gobierno*), son producto de la política económica impulsada por el Estado para favorecer sectores de empresarios ligados a las exportaciones, pues los programas de ajuste estructural, a partir de 1985, se orientaron a la generación de divisas por medio de exoneraciones y transferencias fiscales específicas –a pesar de su crítica a la intervención del Estado en la economía–. Así, el logro de este objetivo conduce a la producción de los déficit fiscales, pues entre más crezcan los sectores que generan dólares, crece también la porción de la economía que no paga impuestos y además recibe transferencias (Ottón Solís, *Al margen de las causas*, **La Nación**, 7 de marzo de 1997), como los certificados de abono tributario –**CATs**–, dinero regalado al sector empresarial (en 1996, por un monto de 23 mil millones de colones) junto con una serie de exoneraciones de impuestos (María Trejos París, **El déficit fiscal: un problema inventado**, Heredia: Universidad Nacional, 1996).

Artículo 121, inciso 15

Son atribuciones de la Asamblea Legislativa aprobar o improbar los **empréstitos** o convenios similares que se relacionen con el crédito público, celebrados por el Poder Ejecutivo.

a) Criterio de la Sala Constitucional

Ante una consulta parlamentaria, la Sala Constitucional afirmó que es inconstitucional:

- * Financiar los *gastos ordinarios* del presupuesto con bonos de la deuda interna,
- * Incluir indiscriminadamente en un mismo proyecto de presupuesto los *ingresos* ordinarios y extraordinarios posibles, y los *gastos* autorizados en el período fiscal, sin desglosar –clara y distintamente–, los *egresos* (de una u otra índole) que se pretendan financiar con cada uno de los *ingresos*.
- * Financiar *gastos* ordinarios, corrientes o permanentes –total o parcialmente– con *ingresos* extraordinarios (**voto 6859-96**).

La misma Sala Constitucional indicó que El **concepto de presupuesto ordinario** implica ser un documento jurídico contable, un instrumento técnico organizador de la economía del Estado, consolidando así su **función** de plan y de control. El presupuesto se presenta como un acto de mera previsión o cálculo contable de los **ingresos**; mientras, que respecto de los **egresos** públicos, mantiene el triple efecto: autorización del gasto público, limitación de la cantidad a gastar y fijación del destino que haya de darse a los créditos aprobados en el **presupuesto**.

El **presupuesto tiene una naturaleza** de proyección de los **ingresos** que cubra los **gastos** autorizados de la Administración Pública, por lo que consiste en una expresión de términos contables del plan de acción del Gobierno para un período determinado (**votos 760-92 y 7598-94**).

No es necesario que el **presupuesto ordinario** contenga un detalle de los ingresos, sino que éstos se pueden estimar, incluso a un futuro inmediato. Y, aquellos ingresos futuros ni siquiera se podían estimar como probables– al momento de elaborar el proyecto de

presupuesto, se incorporarán mediante presupuestos extraordinarios (**voto 1716- 90**).

La **deuda pública interna es un empréstito público**, no un convenio de crédito, ya que el Estado recurre al mercado financiero en demanda de fondos, con la promesa de reembolsar el capital (**votos 7598-94 y 1971- 96**).

2. Ley de Administración Financiera de la República

Artículo 31

El presupuesto fiscal ordinario y los extraordinarios aprobados por el Poder Legislativo de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales correspondientes, constituyen el límite de acción de los Poderes Públicos para el uso y disposición de los recursos del Estado.

Se trata del principio de contención del gasto público

Artículo 32

La iniciativa de los presupuestos ordinarios y extraordinarios corresponde al Poder Ejecutivo; la Asamblea Legislativa no podrá aumentar los gastos presupuestados por el Poder Ejecutivo si no es señalando nuevos ingresos para cubrirlos, previo informe de la Contraloría General de la República sobre la efectividad fiscal de los mismos.

Principio del equilibrio presupuestario: ingresos = egresos

Artículo 46

El **presupuesto** ordinario de gastos no podrá exceder el presupuesto ordinario de ingresos. (Primer párrafo).

Principio de ingresos = egresos

Cada partida del **presupuesto** de gastos constituye un maximum para la atención del servicio u obra a que ella se

refiere, el cual no podrá ser excedido en ninguna forma ni circunstancia sin previa autorización legislativa (segundo párrafo).

Principios de contención del gasto público y de reserva de ley

Artículo 51

Todos los ingresos o recursos públicos, cualquiera que sea su naturaleza y la fuente de donde procedan, constituirán un solo fondo indivisible con el cual se cubrirán los gastos de la Administración Pública, de acuerdo con el **presupuesto** general.

Principio de caja única

Artículo 52

No se creará en adelante **renta** o fondo con destino especial, salvo en los casos previstos en la Constitución Política.

Principio de caja única

Artículo 53

El Poder Ejecutivo podrá hacer uso del crédito público interno *ad referendum*, únicamente cuando fuere indispensable para cubrir los gastos autorizados en el presupuesto ordinario por no haber producido las rentas previstas, las sumas que se calcularon; o bien cuando se trate de 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 uno y otro caso deberá someter la operación, a más tardar dentro de un mes desde su fecha, a conocimiento de la Asamblea Legislativa para su aprobación o improbación, conforme a la fracción 15 del artículo 121 de la Constitución Política.

Principios contención al gasto público y de reserva de ley

3. Otras normas legales

También en otras leyes de derecho público de la economía se encuentran normas referentes a esta materia que hemos indicado en la Carta Magna y en la Ley de Administración Financiera de la República. **Por ejemplo**, leyes relativas a:

- * *Autoridad presupuestaria*, No. 6821, 26 de noviembre 1982
- * *Equilibrio financiero*, No. 6955 24 de febrero 1984
- * *Contención del gasto público*, No. 6999, 17 de setiembre 1985
- * *Modernización financiera*, No. 7107, 22 de noviembre 1988
- * *Contratación administrativa*, No. 7494, 8 de junio 1995
- * Banco Central, No. 7558, 3 de noviembre 1995.

De nada sirvió tampoco emitir estas leyes, pues no se cumplieron. El orden fiscal y la contención del gasto público quedó en el papel. En el uso y abuso de estas normas, los políticos en el poder fueron aprendices de brujo, desataron fuerzas que no supieron contener.

4) A propósito de este marco jurídico

Antes como hoy se ha dicho:

Esta deuda asciende constantemente de año en año, retardando el desarrollo de la riqueza (Tomás Soley Güell, **Historia económica y hacendaria de Costa Rica**, T. II, San José: Universidad de Costa Rica, 1949, págs. 93 y 97).

A veces se olvida que el **origen** de las normas sobre la hacienda pública, en general, se le atribuye al Poder Legislativo –desde la **Revolución Francesa**–, bajo el principio de **reserva de ley** (materias que solo puede regular el Parlamento, como son, por ejemplo: los sistemas penal, económico, tributario; libertades públicas, propiedad privada). Fue una reacción contra el período absolutista y el poder de los Reyes (**monarquías absolutas**). Sin embargo, con el paso del tiempo se

ha vuelto a los tiempos del uso y abuso del Poder Ejecutivo en lo concerniente a las **finanzas públicas**, pues el que dispara el gasto estatal es el que tiene la función administradora en la sociedad, dejando a un lado el Poder Legislativo su potestad política de fiscalización, habiéndose roto el llamado equilibrio de Poderes Públicos –teoría de los frenos y contrapesos–, por razones históricas, que en otra oportunidad analizaremos (cf. Charles de Secondant, Baron de la Brède et Montesquieu, 1689-1755, **Defensa del espíritu de las leyes**, 1750; y, Luis Demetrio Tinoco, **Apuntes de finanzas y derecho fiscal costarricense**, San José: Imprenta Lehmann, 1940, pág. 16. El tratamiento de asuntos fiscales desde tiempos de Felipe el Hermoso –Francia– en los Estados Generales en 1314; en Inglaterra desde la época de Juan Sin Tierra –1215– se dio una tendencia de ponerle límites al poder real, Víctor Elizondo, **Lecciones de finanzas y derecho fiscal**, San José: Imprenta Lehmann, 1958, págs. 20 a 22. Enrique Villalobos Quirós, **Derecho Tributario**, San José: Uned, 1993, **Nociones de derecho financiero**, San José: Uned, 1986; Giuliani Fonrouge, **Derecho financiero**, Buenos Aires: Ed. Di Palma, 1973). Marco Tulio Zeledón, *Lecciones de Ciencia Constitucional*, San José, Imprenta Nacional, 1945).

Como es sabido los principios clásicos que rigen el presupuesto son:

- * **Previsión** = el acto de preveer (prevenir) implica un elemento indispensable de sana gestión en las finanzas públicas,
- * **Anualidad** = el presupuesto se calcula para un plazo anual,
- * **Unidad** = el instrumento de la política estatal de las finanzas que es el presupuesto debe tener una visión unitaria, global respecto de los gastos y los ingresos,
- * **Universalidad** = todos los gastos y todos los ingresos deben estar contenidos en el presupuesto,
- * **Equilibrio** = bajo la frase de *ingresos: egresos*, tendiente a garantizar el imposible de cero déficit fiscal. Este mito tiende a llamar la atención acerca de la necesidad de presentar el deseable más bajo déficit fiscal posible dentro del marco de una gestión anti-inflacionista (Charles Genoux et al, **l' Etat et les institutions**, Paris: Librairie Larousse, 1976, págs. 158 a 163).

5. Responsabilidad de los funcionarios

Aunque sea por mero ejercicio teórico, ya que en la práctica estas normas no se cumplen, siempre conviene tenerlas presente:

Constitución Política

Artículo 11

Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar **juramento** de observar y cumplir esta Constitución y las leyes.

La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública (acción popular)

Artículo 194

El **juramento** que deben prestar los funcionarios públicos, según lo dispuesto en el artículo 11 de esta Constitución, es el siguiente:

Juráis a Dios y prometéis a la Patria, observar y defender la Constitución y las leyes de la República, y cumplir fielmente los deberes de vuestro destino? Sí juro. Si así lo hiciéreis, Dios os ayude, y si no, El y la Patria os lo demanden.

Este juramento se ha convertido en un fórmula protocolaria, sin sentido para las conciencias de quienes abren la boca y dicen: sí juro. A esto se refirió el ex-Presidente Mario Echandi Jiménez cuando en la entrevista con sus pares, en Canal 7, el Director de Telenoticias Guido Fernández comenzó haciendo preguntas a estos ciudadanos y el Lic. Echandi evocó el juramento constitucional que hacían todos los Presidentes de la República y que luego se olvidaba, respecto del problema de la deuda interna responsabilidad directa de ellos en sus

respectivos Gobiernos. La respuesta a esta evocación, fue: pasemos a otro asunto (miércoles 6 de noviembre de 1996; **La Nación**, *Los ex-Presidentes y la deuda*, 8 de ese mes y año).

Artículo 148

El Presidente de la República será **responsable** del uso que hiciere de aquellas atribuciones que según esta Constitución le corresponden en forma exclusiva. Cada Ministro de Gobierno será conjuntamente responsable con el Presidente, respecto al ejercicio de las atribuciones que esta Constitución les otorga a ambos. La **responsabilidad** por los actos del Consejo de Gobierno alcanzará a todos los que hayan concurrido con su voto a dictar el acuerdo respectivo.

Artículo 149

Se establecen seis categorías de hechos que conllevan **responsabilidad** compartida entre el Presidente de la República y el respectivo Ministro de Gobierno.

<h2>V. PROPUESTA ALTERNATIVA UTOPICA</h2>
--

Se pueden indicar, entre otras medidas utópicas las siguientes para enfrentar el tema de la deuda interna:

1. Aumentar la capacidad y eficiencia en la recaudación tributaria, pero en serio y de verdad,
2. Freno efectivo al derroche en el gasto público,
3. Eliminación de las partidas específicas de los diputados (para 1997, serán alrededor de 23 mil millones de colones),
4. Eliminación de los certificados de abono tributario –CATs– (para 1997 se regalarán a empresarios la suma de 24 mil millones de colones y de aquí a 1999, se les habrá obsequiado la cantidad de cien mil millones de colones),

5. Cobro de impuesto sobre la renta a las universidades privadas, que en este momento no lo pagan, siendo –de hecho– empresas mercantiles,
6. Disminución drástica de los gastos del Estado en propaganda, fiestas, viajes, gastos de representación, viáticos, “confidenciales”, etc.
7. Eliminación de la mal llamada “deuda política”, en favor de los partidos políticos (para 1998 será de 6 mil millones de colones),
8. Invertir la estructura tributaria recesiva del país, para que las clases subalternas (la gente pobre) no pague el 86% de los impuestos indirectos y los ricos solo pagan el 14% restante. Hacer posible que el mito de que los ricos paguen como ricos y los pobres como tales, se cumpla –aunque sea en términos relativos–,
9. Mayor eficiencia administrativa para que el control sea efectivo sobre el gasto público ejerciendo una fiscalización cualitativa sobre el mismo. No se trata de gastar por gastar en el sector público, sino de darle seguimiento a esos egresos, para que exista control de calidad sobre esa inversión,
10. Hacer más productivas y eficientes a las instituciones públicas que ya lo son, como el Instituto Nacional de Seguros y la Fábrica Nacional de Licores.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

1. La deuda pública interna es la suma acumulada de todas las cantidades de dinero que el Estado ha pedido prestadas, para financiar sus déficit fiscales, tanto de instituciones públicas como del sector privado residente en el país, en moneda nacional.

2. La deuda pública externa es la que se ha contratado con otros Gobiernos o en el mercado internacional y en moneda extranjera (mi libro sobre **Deuda externa y crisis en América Latina**, San José: Universidad de Costa Rica, 1993).

3. Deuda pública bonificada, Gobierno Central

Años	% del PIB	(Saldos en miles de millones de colones a diciembre de cada año)
1990	15.2	79. 349
1991	15.8	108. 801
1992	14.4	130. 884
1993	17.0	181. 702
1994	20.3	265. 643
1995	23.0	380. 937
1996	30.0	573. 071

Fuente: Ronald García y Justo Aguilar, **Política económica, el problema fiscal y la deuda interna** (San José: Universidad de Costa Rica, 28 de noviembre de 1996, pág. 15).

4. Para 1997, de cada colón que el Estado gasta, 0.45 centavos se destina al pago de los intereses de la deuda interna.

5. En este año de 1997, se pagarán 150 mil millones de colones en el servicio de la deuda interna y se venderán bonos por esa misma cantidad.

6. En 1996, el Estado le regaló al sector privado, en *certificados de abono tributario* la suma de 21 mil millones de colones, de los cuales solo a una transnacional –Pindeco– se le obsequiaron mil cincuenta y cuatro millones de colones, además de las respectivas exoneraciones de impuestos (**La Nación**, 5 de marzo de 1997, Armando Mayorga, *CATs en tiempo de crisis*; y, 26 febrero 1977).

7. Como entre las funciones del Estado no está el subsidio a las empresas privadas, menos aún a las más grandes y sólidas, los **CATs** y todos los esquemas que se le parezcan deben desaparecer de una vez por todas (**La Nación**, editorial, 15 de enero de 1997).

8. No hay duda que el problema de los **CATs** es grave debido también a que para **1996**, crecieron más que las exportaciones. 461 empresas recibieron regalado, además de las exoneraciones impositivas, la suma de 117 millones de dólares (\$), un 45% más respecto de **1995** (**El financiero**, 27 enero al 2 de febrero de 1997).

También, se denunció que los CAT's son usados en el negocio del lavado de dólares (**La Nación**, 5 de abril de 1977).

9. La oferta del Gobierno de eliminar los autos discrecionales, quedó prácticamente en nada.

10. Otra ocurrencia del Estado en cuanto a ponerle impuestos a entidades públicas, niega el origen y el criterio de la política tributaria referida a los particulares para subvencionar los gastos públicos. Por otra parte, imponerle –vía decreto ejecutivo– (lo cual se ha venido realizando, siendo inconstitucional) sub-ejecutar el presupuesto a las instituciones estatales (como la Caja Costarricense del Seguro Social o el Instituto Costarricense de Electricidad) para que compren bonos del Gobierno, es un atentado contra los servicios públicos de salud, electricidad y comunicación que tienen a su cargo esos entes y un evidente perjuicio para la sociedad.

Por el **principio de reserva de ley**, esta materia impositiva requiere de la promulgación de una ley formal, la cual –por ser año electoral– no pasará.

11. Nadie niega el **costo de oportunidad** que significa la deuda interna, pues el país pierde, por ejemplo, la construcción de 259 mil viviendas de interés social. (*Revista Actualidad Económica, Alto a la deuda interna*, Cinthya Arias y Shirley Saborío, No. 8, vol. XI, 1996, pág. 50).

12. Algunos creen que el dilema es: primero, **crecimiento, reactivación**; y, luego pago de la deuda interna. Considero que ambos aspectos se deben atacar simultáneamente; no se trata de esperar para pagar la citada deuda. Tampoco, atender la deuda manteniendo el estancamiento de la economía nacional. Es sin duda una combinación de estrategia y táctica para enfrentar la gravedad económica del país. Pero esto requiere de capitanes de barco serios, capaces y honestos.

13. En 1986 se pagaba por intereses de la deuda interna, la suma de 3 mil millones de colones; en 1996, esa cantidad llegó a 130 mil millones de colones.

14. Según **Univalores S.A.** el presupuesto ordinario de 1997 tiene este perfil:

		100%

*	Servicio de la deuda interna	38
*	Salarios	25
*	Pensiones	17

	TOTAL	80%

Sin comentarios.

15. No hay acuerdo para establecer el monto exacto, real y concreto de la **deuda interna**, tampoco se saben los plazos diferenciados para su pago ni las tasas de interés distintas de cada rubro y sector de esa deuda, cuantitativa y cualitativamente **diversa**. A tal extremo llegó esta discusión, que se precisó que fuera la Contraloría General de la República quien hiciera esta tarea, pero no pasó de ser otra ocurrencia.

16. Los bancos están pagando un 16% de interés sobre certificados de depósito, ¿por qué siendo como es seguro pagador el Estado paga el 24% de interés por bonos de la deuda interna? ¿Será para hacer atractiva esta inversión? (ex-Presidente Rodrigo Carazo Odio, Ojo a la "visión" de la codicia, La República, 11 de marzo de 1997).

17. Como resultado del sistema de subasta, mientras el Ministerio de Hacienda y el Banco Central pagan a los inversionistas más grandes del país hasta un **24.5%** por adquirir títulos de la deuda interna a 6 meses; los bancos estatales pagan un **16%** y hasta menos, por certificados de depósito a plazo (Carlos Peralta y Johnny Alvarado, Puestos de bolsa se enriquecen, La República, 15 de marzo de 1997).

18. En una frase general y sujeta a debate por lo ambigua, subjetiva e imprecisa, se podría decir que todos los Estados tienen deuda interna y externa, siendo lo importante que esas deudas no se vuelvan inmanejables, degenerando en un grave problema de enfermiza administración y de ingobernabilidad. ¿Hasta dónde será cierto que el que tiene plazo nada debe, como dice el aforismo jurídico?

19. En relación con el proyecto de ley llamado "**garantías económicas**" que el Gobierno apoyó, en su propuesta sobre la deuda interna, a estas alturas electorales, ya ese proyecto dejó de ser prioritario para el PUSC. El Poder Ejecutivo incluyó este proyecto en el paquete de propuestas sobre la deuda interna con el fin de darle esa concesión al PUSC y su candidato presidencial, pero el momento histórico ya no es propicio para seguir impulsando esta tesis.

20. Se argumentó que al monto de la deuda interna no había por qué sumar la deuda con el **Banco Central** ya que el sistema económico, a lo largo de 10 años, lo había absorbido mediante la inflación. Se contestó que esto era improcedente por cuanto:

- * Prestó al Gobierno a tasas de interés menores a las del mercado, unos 6.700 millones de colones,
- * Asumió una parte importante de la deuda del Gobierno con la banca comercial internacional, aproximadamente US\$220 millones,
- * Carga con todo el costo de las operaciones de estabilización monetaria,
- * La Ley No. 7558-95, del Banco Central, obliga a éste a pagar a los bancos comerciales del Estado una parte de las denominadas pérdidas cambiarias, unos 13 mil millones de colones (Alberto Franco, *No perdonar deuda con el Banco Central*, **La Nación**, 29 de marzo de 1997).

21. La compañía publicitaria de un sector de empresarios sobre **la deuda interna** (meses de marzo, abril y mayo de 1970 debería sensibilizar a favor de esta deuda, a los empresarios del sector exportador y del turismo que han recibido regalías, exoneraciones de impuestos y un trato privilegiado, precisamente de ese Estado que califican de corrupto, paternal, ineficiente y digno de ser reducido a su mínima expresión.

Este discurso anti-Estado es falso e hipócrita, porque si ese Estado los hace más ricos y poderosos, qué bien; pero, si hay que tributar y contribuir a pagar la factura social (educación, empleo, salud, vivienda, etc.) ya la cosa no funciona, siendo la Administración Pública digna de toda la condenación satánica posible. –Es el viejo cuento de la doble moral–.

22. Igual situación se da en el sector de la **radio y la televisión**, en el cual la explotación del espectro electromagnético (las frecuencias y bandas) es prácticamente gratuito, propiciando un multimillonario negocio en el mercado negro de bandas para la telecomunicación, televisión y radio; sin que el Estado reciba un céntimo por el uso (a cargo de empresarios) de ambas porciones del éter (Kattia Bermúdez, *Explotación gratuita de frecuencias de TV y radio*, **El financiero**, 24 de febrero de 1977; Luis Gutiérrez y Tatiana Salgado, **La concesión**,

autorización y traspaso de frecuencias comerciales de radio, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1994).

También esa franja de **empresarios del éter** podría contribuir, si hubiera justicia distributiva, al problema de la deuda interna. Pero, es utópico pensar en que el sector privado tendrá conciencia para colaborar en la solución de los problemas económicos y sociales del país. Esto va contra la lógica del capital: todo hacia adentro, nada hacia afuera.

23. El Estado debe como patrono, en cuotas a la Caja Costarricense de Seguro Social, 80 mil millones de colones que no paga ni pagará. (Contribución del Estado al problema de la deuda interna).

24. 25 comercios hacen fraude a Acueductos y Alcantarillado dejando de pagar, por consumo de agua, 58 millones de colones. Esta una contribución de la empresa privada al problema de la deuda interna (**Al Día**, 10 de abril de 1997).

25. Deuda interna creció en tres meses de 1997, 46 mil millones de colones (**Al Día**, 10 de abril de 1997). Esta otra contribución del Estado al problema de la deuda interna.

26. Hay que vender las empresas del Estado. Campos pagados del sector privado. Contribución de la empresa privada al problema de la deuda interna (**Al Día, La República y La Nación**, 10 de abril de 1997).

27. Pensiones: el Estado no integró el fondo de pensiones que tenía obligación de formar; pero sí hizo las deducciones de pensiones y las gastó en otros menesteres. Ahora dice que faltan dineros para pagar las pensiones. (Contribución del Estado al problema de la deuda interna).

28. El ICE se muestra negligente para cobrarle a los morosos 2 mil millones de colones. Por ejemplo, a **La Nación** dejó de cobrarle 52 millones de colones; a la empresa Garnier, 213 millones de colones; a la UNA, 71 millones de colones. (**Al Día**, 12 de abril de 1997). Contribución del ICE y del sector privado al problema de la deuda.

29. Un sector de la clase política del país, se llevó todo el Banco Anglo y lo quebró hasta cerrarlo, por un monto de 45 mil millones de colones. Contribución de ese sector de políticos del país al problema de la deuda interna.

30. Las deudas de CODESA, que nunca se pagaron fueron del orden de 17 mil millones de colones. Contribución de un sector de empresarios y de la clase política al problema de la deuda interna.
31. La Asamblea Legislativa gasta en asesores, al año, 600 millones de colones. Contribución al problema de la deuda interna (**La República**, 2 de abril 1997).
32. Gracias a que el Gobierno anunció la venta del Banco de Costa Rica, se retiraron dos mil clientes de este banco estatal. Contribución al problema de la deuda interna.
33. Los equipos de fútbol deben pagar impuestos por concepto de espectáculos públicos y también tributos al Teatro Nacional, como pagar las cuotas –como patronos– a la Caja Costarricense de Seguro Social. Un sector mayoritario de ellos no hace esos pagos pero, sí reciben partidas específicas del Presupuesto Nacional como donación. Ejemplo: este año el equipo Herediano recibe regalada la suma de 30 millones de colones. Es otra contribución del sector privado al problema de la deuda interna.
34. El Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) gasta, en los meses de marzo y abril de 1997, 50 millones en propaganda para impulsar proyectos de ley que la cúpula del ICE apoya (**La República**, 11 de abril de 1997). La Asamblea Legislativa rechazó esos proyectos y los sustituyó por otro –mayo, 1997–. Contribución del ICE al problema de la deuda interna.
35. El grupo La Gilda, que agrupa a 8 empresas arroceras le adeuda al Banco Nacional, 2,373 millones, por créditos sin pago desde abril de 1993 (**La Nación**, 3 de abril de 1997). Contribución del sector privado al problema de la deuda interna.
36. La clase política para justificar el deterioro y el desmantelamiento del Estado social, protector de los amplios sectores pobres, ha montado esta *estrategia* de lucha –para ampliar los espacios de acción del capital local e internacional–: a) el problema de la *deuda externa*; luego, proceden ajustes estructurales; b) el problema es el *déficit fiscal*, por ello se deben seguir aplicando tales ajustes; c) el problema es la *deuda interna*, luego proceden mayores ajustes.

Y lo cierto del caso, es que desde el Gobierno de Monge (1982) esos ajustes estructurales se vienen ejecutando –ya vamos por el PAE III– y la situación económica y social de los costarricenses está cada vez peor. Dándose, a nivel económico, estancamiento con inflación (*stagflation*). (Maruja Trejos: 1977).

37) El artículo 46 de la Carta Magna ordena que los monopolios de carácter privado son prohibidos. La realidad informa que este mandato constitucional queda en nada, pues la economía costarricense tiene la presencia, cada vez más fuerte, de tales monopolios.

38) El economista Thelmo Vargas ha afirmado que privatizar sólo para pagar la deuda interna no resuelve el problema del déficit fiscal (libro del panel sobre la deuda interna, Asamblea Legislativa, 1997, pág. 39).

39) Así como con los impuestos a los combustibles, se dijo en la Ley respectiva que sus fondos se destinaban al arreglo de la red vial y es falso, porque desvía el Gobierno esos fondos a otros gastos sin control alguno (en la realidad); igualmente la ley del impuesto selectivo de consumo manda que la tercera parte de lo que se recaude con este impuesto, se debe destinar a la reforestación; pero, el Gobierno desvía esos fondos a otros gastos sin control de ningún tipo (en los efectos prácticos). Por ello, la caja única del Estado se tragó ₡8.544 millones (matutino **Al Día**, 4 y 7 de mayo de 1977). Aquí no existe responsabilidad de nadie y se sigue por la línea de los desafueros políticos en perjuicio directo de la sociedad.

40) Empresa privada costarricense gasta ₡17 millones en cena en honor del Presidente Bill Clinton (semanario **Universidad** del 16 de mayo de 1997). Esta es otra contribución del sector privado al problema de la deuda interna.

41) Por negligencia del Estado se han perdido más de ₡240 millones, peligrando otros ₡930 millones, del Fondo Nacional de Contingencias Agrícolas, Ley N^o 7536 de setiembre de 1996, hecha para liquidar ese fondo, pero no se ha nombrado la Junta Liquidadora y las cuentas por cobrar prescriben por más de ₡240 millones, temiéndose que corran la misma suerte otros ₡930 millones (**La República**, 26 de mayo de 1997).

VII. BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA

- AGUILERA, Manuel. **Una lectura keynesiana del liberalismo de los 80** (México: Unam, 1992).
- AIMONE, Enrique **Derecho económico internacional**. (Valparaíso: Universidad de Valparaíso, 1980).
- ANGULO, Juan Carlos et al. *El problema de la deuda interna* (San José: UACA. Colegio Loyola. 1997).
- ARAGON, Manuel. *Libertades económicas y estado social* (Madrid: McGraw-Hill. 1995).
- ARCE, Gustavo et al. **¿A quién sirven las privatizaciones?** (Montevideo: Tupac Amaru, 1989).
- ASAMBLEA Legislativa. **Proyecto de ley de administración financiera de la República y de presupuesto público** (San José: Poder Legislativo: expediente No. 12.063, 1996).
- BASSALS, Martin. **Constitución y sistema económico** (Madrid: Tecnos, 1988).
- BESADA, Benito. **Estudio crítico de "Teoría general de Keynes"** (La Habana: Ed. Ciencias Sociales, 1978).
- BRESER, Luis. **La crisis de América Latina** (Madrid: Revista Pensamiento Iberoamericano, No. 19, 1991).
- BRITO, Javier. **Derecho internacional económico** (México: Trillas, 1982).
- CASTILLO, Fernando. **Elementos económicos en la Constitución Política** (San José: Iuritexto, 1992).
- CEFSA. **Evolución de la economía durante 1996 y pronóstico económico para 1997** (San José: Cefsa, febrero de 1997).
- Tackling The Internal Debt** (San José: Newsletter, No. 7, Jan.-Feb., 1997).
- CORRALES, Jorge (ed.) **Raíces institucionales de la política económica costarricense** (San José: Ciapa, 1993).

- CARREAU, Dominique et al. **Droit International Economique** (Paris: LGDJ, 1990).
- CHAVES, Luis (recopilador) **Déficit fiscal y ajuste estructural en América Latina** (Heredia: UNA, 1992).
- CHOMSKY, Noam et al. **La sociedad global** (México: Ed. Joaquín Mortiz, 1996).
Política y cultura a finales del siglo XX (México: Ariel, 1995).
- COTARELO, Ramón. **Del Estado del bienestar al Estado del malestar** (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990).
- DE LAUBADERE, André. **Traité Élémentaire de Droit Administratif** (Paris: LGDJ, 1973, T. III).
- DE LA YGLESLIA, Jesús (coord.) **Ensayos sobre el pensamiento económico** (Madrid: Mc Graw- Hill, 1993).
- EKELUND, Roberta y ROBERT, Hébert. **Historia de la teoría económica y su método** (México: Mc Graw-Hill, 1993).
- DI GIOVAN, Ileana. **Derecho internacional económico** (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992).
- DIAZ-MULLER, Luis. **Derecho económico y la integración de América Latina**. (Bogotá: Temis, 1988).
- DROMI, José R. **Derecho administrativo económico**. (Buenos Aires: Astrea, 1977).
(editor) **Reforma del Estado y privatizaciones** (Buenos Aires: Astrea, 1991).
- EVANS, Trevor. **La transformación neoliberal del sector público** (Managua: Latino ed., 1995).
- FARJAT, Gérard, **Droit Economique** (Paris: PUF, 1971).
- FISCHER, Stanley et al. **Economía** (México: Mc Graw-Hill, 1991).
- FORERO, Yamil. **Estado y política económica** (Bogotá: Temis, 1979).
- FROSINI, Vittorio. **La letra y el espíritu de la ley** (Barcelona: Ariel, 1995).
- FUENTES, Jorge. **Globalización o imperialismo** (México: revista cemosmemoria, nov. 1996).

- GARCIA, Juan. **Fundamentos del derecho económico** (Santiago de Cuba: Universidad de Oriente, 1887).
- GARCIA, Ronald y Justo AGUILAR. **Política económica, el problema fiscal y la deuda interna** (San José: Universidad de Costa Rica, nov. 1996).
- GORDILLO, Agustín. **Empresas del Estado** (Buenos Aires: Ed. Macchi, 1966).
- GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1990).
- GREENWALD, Douglas (ed.) **The Mc Graw-Hill Encyclopedia of Economics** (New York: Mc Graw- Hill, 1994).
- (ed.) **McGraw-Hill Dictionary of Modern Economics** (New York: Mc Graw- Hill, 1993).
- GUTIERREZ, Luis y Tatiana SALGADO. **La concesión, autorización y traspaso de frecuencias comerciales de radio** (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1994)
- GUZMAN, César. **Derecho del comercio internacional** (San José: Cinde, 1991).
- HEILBRONER, Robert. **Economía** (México: Prentice Hall, 1984).
- HERRERIAS, Armando. **Fundamentos para la historia del pensamiento económico** (México: Limusa- Noriega, 1996).
- IANNI, Octavio. **Teorías de la globalización** (México: Siglo XXI- Unam, 1996).
- JIMENEZ, Wilburg. **El síndrome de la deuda externa de Costa Rica, 1970-1992**. (San José: UACA. Tesis de Doctorado. 1996).
- JOVANE, Juan. **Hacia un proyecto nacional de desarrollo** (Managua: CRIES. 1996).
- JUREMA, Marcos. **Constituição Econômica** (Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. Revista Brasileira de Estudios Políticos, Nº 84, 1997).
- KORTEN, Alicia. **Ajuste estructural en Costa Rica** (San José: DEI. 1997).
- KRUGMAN, Paul. **Economía internacional** (Madrid: Mc Graw-Hill, 1995).
- LAVIÑA, Félix. **Comercio internacional** (Buenos Aires: Eds. Depalma, 1993).

- LIZANO, Eduardo et al. **Deuda interna** (San José: Ministerio de Hacienda, dic. 1996).
- MANCERO, Alfredo. **Las empresas públicas y la reforma del Estado** (Quito: CORDES, 1995).
- MARTIN, Ramón. **Derecho público de la economía** (Madrid: Centro de Estudios Universitarios, 1985); y Francisco SOSA, **Derecho administrativo económico** (Madrid: Pirámide, 1977).
- MARTINEZ, Ramón et al. **Crisis económica** (México: El caballito, 1996).
- MAURO, Paolo. **¿Why Worry About Corruption?** (Washington DC: IMF, 1997).
- Apertura económica e industrialización en Costa Rica: 1930-1996.**
(San José: Academia de Centroamérica. 1997).
- MOLINA, Iván y STEVEN, Palmer. **Costa Rica: 1930-1996.** (San José: Ed. Porvenir, 1997).
- MONGE, Ricardo y Eduardo Lizano. **Apertura económica e industrialización en Costa Rica** (San José: Academia de Centroamérica. 1997).
- MONTUFAR, César. **Globalización y la nueva retórica del desarrollo** (Quito: Ecuador, debate, No. 40, 1997).
- MONTERO, Alvaro. **El mundo desigual** (San José: EUNED, 1996).
- MURILLO, Carlos et al. **Un acuerdo nacional razonable** (Heredia: UNA, 1994).
- MURILLO, Nelson y Roberto RAMIREZ. **Los CATs en la picota** (San José: revista Rumbo, 24 febrero 1997).
- NGUYEN, Pablo. **¿Tienen salida los pobres?** (Heredia: UNA, 1996).
- OLIVERA, Julio. **Derecho económico** (Buenos Aires: Eds. Macchi, 1981).
- O.N.U. **Informes del PNUD sobre desarrollo humano** (O.N.U.: PNUD, 1995 y 1996).
- PLANAS, Pedro. **El Estado moderno** (Lima: Desco, 1993).
- RAMA, German. **Informe del BID sobre Costa Rica** (Director) (San José: Universidad de Costa Rica. 1997).
- RANGEL, Hugo. **Derecho económico** (México: Porrúa, 1986).

- REUBEN, Sergio. **Crónica de un desajuste social** (San José: Universidad de Costa Rica, 1995).
- ROMERO-PEREZ, Jorge Enrique. **Orden público económico** (San José: Tribunal Nacional, La Nación, 1993, p.352).
- Deuda interna: ¿hasta cuándo?** (San José: programa radial Panorama, 15 enero 1997).
- Deuda interna: ¿soluciones?** (San José: **La Nación**, 13 enero 1997).
- Conferencias sobre deuda interna** (San José: Universidad de Costa Rica, 10 de marzo. Heredia: Universidad Nacional, 11 de marzo; 1997). Alajuela: CUNA, 19 abril de 1997).
- La crisis de la deuda externa en América Latina** (San José: Universidad de Costa Rica, 1993).
- Lecciones de Derecho Económico Internacional** (San José: Universidad de Costa Rica, inédito, 1996).
- El ajuste estructural y el Derecho** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 70, 1991, UCRR - Colegio de Abogados).
- La concesión de obra pública** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 76, 1993).
- La reforma del Estado** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 69, 1991, UCR - Colegio de Abogados).
- Derecho administrativo** (San José: EUNED, 2ª ed. 1993).
- Reflexiones sobre los cambios de la Administración Pública** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 81, 1995, UCR - Colegio de Abogados).
- ROSANVALLON, Pierre. **La crisis del Estado providencia** (Madrid: Civitas, 1995).
- SAVY, Robert. **Droit Public Economique** (Paris: Dalloz, 1972).
- SAMUELSON, Paul y William NORDHAUS. **Economía** (México: Mc Graw- Hill, 12a. ed., 1986).
- SCHUMPETER, Joseph. **Historia del análisis económico** (Barcelona: Ariel, 1971).

SOLEY GÜELL, Tomás. **Historia monetaria de Costa Rica** (San José: Imprenta Nacional, 1926).

Historia económica y hacendaria de Costa Rica (San José: Universidad de Costa Rica, 1949).

Compendio historia económica y hacendaria de Costa Rica (San José: Ed. Soley & Valverde, 1941).

Solís, Ottón et al. **Panel sobre deuda externa** (San José: Asamblea Legislativa, 1997).

TACSAN, Rodolfo et al. **Deuda pública interna** (San José: inédito, 1997).

TREJOS, María E. **El déficit fiscal: un problema inventado** (Heredia: UNA, 1996).

Reflexiones sobre la deuda interna (Conferencia en el Instituto Nacional de Seguros –21 de abril–, Universidad Nacional –27 de abril–, en la Universidad de Costa Rica –29 de abril–; 1997).

URQUIDI, Víctor. **Sobre la historia de la globalización** (México: Fondo de Cultura Económica, 1996).

VALENZUELA, José. **Crítica al modelo neoliberal** (México: UNAM, 1991).

VARGAS, Leiner. **Productividad y recomposición industrial** (Heredia: UNA, 1993).

Competitividad y política industrial (San José: Fundación Friedrich Ebert, 1996).

(Comp.) **Apertura externa y competitividad** (San José: UNA-IICA, 1994).

VILLALOBOS, Vilma. **La otra cara de la deuda interna** (San José: UACA. Acta Académica No. 20, 1997).

WITKER, Jorge. **Curso de derecho económico** (México: UNAM, 1989).

WONNACOTT, Paul y Ronald. **Economía** (Madrid: Mc Graw-Hill, 1988).

LA TERMINACION ANORMAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Lic. Carlos Cerdas Rodríguez
Especialista en Derecho Público
Abogado costarricense

SUMARIO:

- I. Introducción
- II. De las distintas formas de terminación anormal del contrato administrativo
 1. La declaratoria de nulidad del contrato
 2. La caducidad del contrato administrativo
 3. La resolución por incumplimiento del contratista
 4. La rescisión por parte de la Administración
 - a. Por causas de interés público
 - b. Por caso fortuito o fuerza mayor
 5. El incumplimiento de la administración y la mutabilidad irrazonable
 6. El mutuo disenso de las partes
- III. Conclusión
- IV. Bibliografía

I. INTRODUCCION

Como premisa –resultante de la función misma de la Administración Pública–, debemos presuponer que toda la contratación administrativa que ésta realiza tiene como fin último el cumplir con las obligaciones para las cuales fue creada.

De esta forma toda contratación lleva implícita la intención de llegar a la ejecución del contrato, de acuerdo a lo pactado.

Aún cuando debemos partir de esa premisa, en no pocas ocasiones, luego de suscrito el contrato administrativo se presentan circunstancias que cambian esa intención inicial de ejecutar lo pactado, y que concluyen en forma anormal la contratación.

Con este trabajo pretendo analizar estas situaciones que con posterioridad al nacimiento del contrato administrativo hacen que el mismo no llegue a concretarse, resolviéndose por el contrario sin el cumplimiento de su cometido.

Para efectos de entender mejor nuestro análisis y aún cuando podríamos interpretar que al cumplirse el contrato de acuerdo con lo pactado, estamos en presencia de una forma de extinción de la relación contractual, en aquellos casos en que nos refiramos "*al cumplimiento*" se debe entender que estamos hablando de la extinción normal de contrato, para de esta forma entender como "*la extinción anormal*", aquella extinción anticipada en la que no se llega a cumplir con el objeto contratado en los términos de la negociación que lo motivó.

II. DE LAS DISTINTAS FORMAS DE TERMINACION ANORMAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Son varios los medios por los que un contrato administrativo puede haber fin, sea que esto ocurra por cesación de los efectos del contrato o por extinción del mismo. Dentro de las distintas situaciones que pueden presentarse para que el contrato administrativo no llegue a su terminación normal, o sea a su cumplimiento de acuerdo con lo pactado, podemos citar las siguientes, que a su vez son las que regula nuestra legislación en materia de contratación administrativa.

La primera situación se presenta cuando el contrato administrativo una vez suscrito es declarado nulo. En segundo lugar tenemos la caducidad del contrato. En tercer lugar la situación que se presenta cuando el contrato es resuelto en forma unilateral por parte de la Administración, utilizando ésta sus prerrogativas y motivado en el incumplimiento del contratista. En cuarto lugar tenemos la rescisión también acordada por la administración, justificada en razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor. En un quinto término opera la rescisión por parte del contratista, fundamentada en el incumplimiento de la administración, o en una “*mutabilidad irrazonable*” del objeto contrato, y por último tenemos el consenso de las partes.

1. La Declaratoria de nulidad del contrato

El contrato administrativo puede ser declarado nulo por varias razones. En primera instancia por defectos que impliquen la nulidad de los actos preparatorios y del acto de adjudicación, y en segunda instancia por la nulidad del contrato mismo. Nuestra legislación en materia de contratación administrativa no da un tratamiento especial a este aspecto, pero el mismo en nuestro criterio puede ser tratado desde la perspectiva general de los actos administrativos. En consecuencia aplicando el artículo 166 de la Ley General de la Administración Pública habrá nulidad absoluta cuando en un contrato administrativo falten algunos de sus elementos esenciales.

Bajo esta perspectiva bajo la vía de la revisión de la nulidad de los actos administrativos, puede perfectamente obtenerse la nulidad de un contrato administrativo, desde luego siempre respetando las limitaciones que la misma Ley establece, en tratándose de derechos que en favor del contratista puedan haber surgido al momento del nacimiento del contrato.

En este sentido son aplicables a los contratos administrativos las revisiones de oficio y demás calificaciones que en materia de actos administrativos prevé nuestra Ley General de la Administración Pública, por cuanto si bien la materia está separada, no así la calificación de los contratos administrativos como actos administrativos en esencia.

El Profesor Eduardo García de Enterría opina que no es fácil, –para efectos de analizar sobre la nulidad de los contratos administrativos– y del acto de adjudicación de la nulidad del contrato mismo, por cuanto si

bien los primeros son actos no relativos al fondo del contrato, toda la formalización del proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración y la plasmación sucesiva de ese proceso en una serie de actos singulares susceptibles de impugnación independiente permite trasladar en todo caso los vicios de fondo del contrato a los actos que le sirven de soporte.⁽¹⁾

2. La caducidad del contrato administrativo

Si bien la caducidad opera como una forma de extinción del contrato administrativo, más deberíamos decir que constituye una sanción o medida represiva de carácter definitivo utilizable por la administración pública para con sus contratistas.

Esta modalidad de terminación anormal de los contratos estaba plasmada en la antigua legislación concretamente en el artículo 245 del Reglamento de la Contratación Administrativa que establecía:

“Salvo plazo, prórroga o convenio de posposición dispuestos por razones de fuerza mayor o en interés de la Administración, se tendrá por caduco el contrato cuando hubieren pasado seis meses sin iniciarse o proseguirse su ejecución, contados a partir del momento en que debió serlo, sin que la Administración haya realizado algún acto necesario para ello y sin que el contratista presente formal requerimiento para lograr esa ejecución.”

No obstante en la actual normativa no se indica nada respeta de la caducidad del contrato, debiendo presumirse que esta se podrá tramitar como una causal más de incumplimiento del contrato y siguiendo por tanto el procedimiento de resolución unilateral que más adelante analizaremos.

Miguel Marienhoff, trata la caducidad como una modalidad de incumplimiento contractual, tratamiento que también le ha dado, –según él indica– La Corte Suprema de Justicia de Argentina.

(1) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. I. Editorial Civitas S.A., Madrid 1977, pág. 531.

3. La resolución por incumplimiento del contratista

La ejecución del contrato no solo es una obligación para el contratista desde el momento del nacimiento del contrato, como lo establece el artículo 20 de la Ley de Contratación Administrativa, el cual establece que:

“Los contratistas están obligados a cumplir, cabalmente, con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del procedimiento o en la formalización del contrato”,⁽²⁾ (sino que implica un derecho en favor de éste.)

De esta forma es tratado por la misma ley mencionada en su artículo 17 al establecer:

“Los contratistas tienen derecho a ejecutar plenamente lo pactado, excepto si se produce alguno de los supuestos mencionados en el artículo 11 de esta ley.”⁽³⁾

Esta ejecución lo deberá ser como norma elemental aplicando el principio de continuidad, que le permite a la administración exigir al contratista la permanencia, o no interrupción, en toda circunstancia, de la ejecución del contrato, de modo que no pueda ser interrumpida o suspendida por causa alguna.

Según José Roberto Dromi: *“Toda cuestión vinculada a la ejecución contractual debe resolverse con sujeción al criterio de la “continuidad”, pues los contratos administrativos se hacen para cumplirlos y se los debe ejecutar en la medida que el interés público exige que esa ejecución sea ininterrumpida o continuada.”*⁽⁴⁾

(2) Ley de Contratación Administrativa. No. 7494 del 2 de mayo de 1995, Artículo 20.

(3) Idem artículo 17.

(4) DROMI, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 296.

Desde esta perspectiva, cuando exista incumplimiento injustificado de parte del contratista en relación con la ejecución del contrato, la administración está facultada para resolver en forma unilateral el contrato y cobrar a dicho contratista los daños y perjuicios que a ella se le causen.

Nuestra legislación hace una distinción muy poco encontrada en la doctrina entre lo que es la resolución del contrato y la rescisión del mismo. En este sentido refiere la primera a los casos en que la administración se vea en la necesidad de resolver el contrato por incumplimiento del contratista y la segunda a los casos en que la administración, encontrándose el contrato en una etapa de correcta ejecución, considera necesario rescindirlo por causas de interés público, caso fortuito o fuerza mayor.

Digo que en realidad la doctrina no hace esta diferencia por cuanto autores como Dromi, García de Enterría o Marienhoff, no se refieren a la diferencia entre estos dos términos que utiliza nuestra legislación.

Dromi, refiriéndose a la competencia rescisoria de la administración, establece como uno de sus supuestos el incumplimiento grave del contratista, fundado en razones de oportunidad, mérito o conveniencia.⁽⁵⁾ Con esto nos demuestra que el término rescisión lo utiliza indistintamente para referirse a los casos de incumplimiento contractual, tanto como para los casos de interés público.

Marienhoff por su parte refiriéndose a la rescisión indica que la misma se entiende tanto al acto emitido por acuerdo de partes poniendo fin al contrato, como al acto que se emita por una de las partes o se dicte a pedido de una de éstas, a raíz de hechos que por disposición del derecho aplicable autoricen la finalización o terminación del contrato. En este sentido utiliza el término para calificar los dos tipos de conductas, que nuestra legislación separa en un caso como resolución del contrato y en el otro como rescisión.

No obstante lo anterior y analizando nuestra normativa de la forma como ha sido tratada, debemos entender que cuando se habla de resolución del contrato administrativo se hace referencia a los casos de

(5) Idem, pág. 300.

incumplimiento contractual imputables al contratista, y cuando hablemos de rescisión estamos refiriéndonos a la decisión también unilateral de la administración pero sustentada en el interés público, en caso fortuito o en fuerza mayor, y sobre todo entendiendo que en el primer caso no se reconoce ninguna indemnización al contratista, sino que por el contrario se le imponen sanciones, y hasta el eventual cobro de daños y perjuicios y el segundo de los casos corresponde a la administración indemnizar al contratista por los daños y perjuicios que se le ocasionen con ocasión de esa rescisión.

Debemos tener muy claro que en ambos casos estamos ante prerrogativas de la administración que son irrenunciables, y que forman parte del contrato administrativo aún cuando no estén integradas a sus normas internas, pues constituyen una facultad de la administración.

Nuestra legislación anterior en el artículo 231 del Reglamento de la Contratación Administrativa, y en el artículo 118 de la Ley de la Administración Financiera de la República establecían la posibilidad para la administración de resolver el contrato en forma unilateral cuando se dieran casos de incumplimiento del contratista, así como la posibilidad de ejecutar la garantía de cumplimiento, pero no establecía ningún procedimiento especial para la toma de esta decisión, la cual parecía era impugnabile, sólo en la vía jurisdiccional. En la nueva legislación, concretamente en el artículo 13.2 del Reglamento General de Contratación Administrativa, sí establece el procedimiento de resolución unilateral del contrato por parte de la administración.

Esta norma indica:

“En caso de incumplimiento imputable al contratista la Administración podrá resolver sus relaciones contractuales. De previo a la audiencia que se conferirá al interesado, la Administración debe haber verificado preliminarmente las causales de la resolución y acreditarlas en el expediente que se levantará al efecto.”⁽⁶⁾

El procedimiento incluye una audiencia por 10 días hábiles al contratista para ejercer su descargo y ofrecer la prueba, otorgándosele

(6) Reglamento General de la Contratación Administrativa. Decreto No. 25038-H del 6 de marzo de 1996, artículo 13.

posteriormente un plazo de un mes a la administración para que se pronuncie al respecto, teniendo por último el contratista el derecho a los recursos ordinarios y extraordinarios que señala la Ley General de Administración Pública.

Esta norma viene a consagrar el debido proceso en materia de resolución unilateral de los contratos administrativos, lo cual es sumamente trascendental sobre tomando en cuenta que lo que se regula es la resolución unilateral por incumplimiento del contratista, que lo hace acreedor a sanciones que pueden implicar su inhabilitación para contratar con la administración y a un detrimento patrimonial reflejado en las multas y en el pago de eventuales daños y perjuicios.

Obliga igualmente la norma a fundamentar por parte de la administración la motivación de la medida sancionatoria, y a documentarlo técnicamente en el expediente que debe levantarse al respecto. Para José Roberto Dromi: *“La competencia sancionatoria encuentra su justificación en razón de la necesidad de asegurar la efectiva y debida ejecución del contrato.”*⁷⁾

4. La rescisión por parte de la Administración

Hemos ya hablado sobre la rescisión del contrato, sobre todo por el uso de la terminología que se hace en doctrina, sin embargo, deseamos reiterar que esta es definida en nuestra legislación como la terminación del contrato en forma unilateral por parte de la Administración, motivada en razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor.

El uso de esta prerrogativa por parte de la administración, no obstante el calificativo de cláusula exorbitante que se le da en doctrina, implica igualmente obligaciones para la administración, cual es la de indemnizar al contratista, de acuerdo con los términos del contrato.

Para Dromi, la rescisión no opera por razones de conveniencia, mérito u oportunidad, como reflejo del interés público, sino que ésta únicamente se opera como sanción, por falta o culpa del contratista. Él considera que el término a utilizar en tratándose de causales de interés público es el de revocación, que si está directamente relacionada con el interés público.

7. DROMI. *Op. cit.*, pág. 300.

Sin embargo, al igual que en el punto anterior, nos referiremos a la rescisión como la decisión unilateral de la administración de dar por finalizado “sin ejecución” el contrato administrativo, fundamentado en razones de conveniencia, mérito y oportunidad, directamente relacionadas con el interés público, al igual que en aquellos casos en que la misma opera por motivos de fuerza mayor o caso fortuito.

En este sentido el artículo 13.3 del Reglamento General de Contratación Administrativa establece:

“En cualquier momento podrá la Administración rescindir unilateralmente, por motivos de interés público, caso fortuito o fuerza mayor, sus relaciones contractuales, no iniciadas o en curso de ejecución.”

a) Por causas de interés público

De acuerdo con la norma transcrita nos interesa definir qué se entiende por interés público para efectos de la aplicación de la norma.

Como hemos comentado para autores como José Roberto Dromi, cuando se habla de “interés público”, para efectos de dar por finalizado en forma anormal un contrato administrativo, nos debemos centrar en justificar aspectos propios de conveniencia, oportunidad, o mérito que obliguen a la administración a revocar su intención inicial de contratar y llevarla hasta el extremo de completar su obligación dentro del contrato sin que éste llegue a su ejecución de acuerdo con lo inicialmente pactado.

Estas razones de conveniencia, oportunidad o mérito, por tanto requieren de una completa justificación, por cuanto en la mayoría de los casos implican pérdidas importantes para la administración.

b) Por caso fortuito o fuerza mayor

Para definir esta causal no es menos importante referirnos al análisis de los hechos que podemos separar en dos categorías: los hechos de la naturaleza, y los llamados hechos de acción humana que son aquellos realizados por el hombre.

Los hechos naturales comprenden numerosas especies posibles, como lo son las inundaciones, las lluvias, la neblina, el viento, los temporales, tempestades y tormentas del mar, los terremotos y temblores, los aludes o deshielos, las temperaturas extremas, plagas, la muerte, entre otras.

Estos constituyen hechos externos a la relación contractual que pueden directamente o indirectamente interferir en ella, y por lo extraordinario de su aparición, y en no pocos casos por su gravedad, pueden afectar directamente en esa relación contractual e incluso ocasionar su terminación anormal.

Por otro lado los hechos del hombre pueden también constituir casos de fuerza mayor en la relación contractual, cuando reúnen determinadas características.

Estos hechos bien pueden ser guerras, hechos de un tercero, actos del Estado, resoluciones judiciales, huelgas, paros patronales, etc., que son hechos que no directamente relacionados con la relación contractual particular, pueden llegar a incidir en ella e igualmente ocasionar la terminación anticipada de la relación contractual.

Analizadas en forma particular cada uno de esos hechos pueden constituir dependiendo de la incidencia que tengan en la relación contractual, en que la administración se vea obligada a rescindir el contrato con los consecuentes pagos de indemnización para el contratista.

5. El incumplimiento de la administración y la mutabilidad irrazonable

El incumplimiento por parte de la Administración también puede constituir una causal de rescisión unilateral del contrato, no ya por parte de la administración, sino por parte del contratista. La situación más generalizada en este particular es el incumplimiento en el pago de lo contratado.

Todo comportamiento o toda conducta de la administración que den por resultado la imposibilidad para el contratista de cumplir el

contrato, puede según Marienhoff, obligar a ese contratista a rescindir unilateralmente el contrato, sin responsabilidad de su parte.⁽⁸⁾

Puede desde esta perspectiva el contratista, tanto alegar la ejecución definitiva de lo pactado como su paralización, dependiendo del grado de incumplimiento de la obligación por parte de la Administración.

Desde la misma perspectiva del incumplimiento podemos también encontrar otra modalidad de justificación de rescisión unilateral de parte del contratista, y es en aquellos casos en que la administración haciendo uso de su potestad de modificación unilateral del contrato, sobrepase los límites razonables de tal potestad y ponga en grave desventaja al contratista, es aquí a lo que llamamos la mutabilidad irrazonable de la administración, vista como el abuso a la potestad de modificación unilateral del contrato a que por principio tiene derecho la administración.

6. El mutuo disenso de las partes

No obstante ser una típica modalidad contractual, el mutuo acuerdo de los contratantes puede ser una forma de finalización anormal del contrato administrativo, bajo la simplicidad de que la misma presupone un acuerdo entre las partes que debería estar en todo momento alejado de la utilización de la vía jurisdiccional.

III. CONCLUSIONES

Luego del presente análisis llegamos a una primera gran conclusión que es precisamente que nuestra legislación en materia de contratación administrativa es prácticamente omisa en cuanto a regular la ejecución del contrato administrativo. Esta omisión en nuestro criterio va a ocasionar no pocos problemas de aplicación de la ley, que tendrán necesariamente que ventilarse al amparo de principios generales del derechos, y de doctrina y jurisprudencia importada.

(8) MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A, 3ra. Edic. Actualizada. Abeledo-Perrot. Argentina, pág. 369.

No obstante que en tratándose de procedimiento de resolución de los contratos administrativos, se introdujeron normas que actualizan el procedimiento conforme a los lineamientos de respecto a las normas constitucionales, en otros aspectos como es todo lo relativo a la ejecución del contrato, y a las regulaciones en aspectos de terminación anormal de los contratos se dejó completamente relegado.

Requiere en nuestro criterio nuestra legislación de una mayor definición en esta materia, y de la introducción de conceptos necesarios para en el futuro poder dirimir en la vía administrativa, conflictos que se puedan llegar a presentar con respecto a este tema.

IV. BIBLIOGRAFIA

BARRA, Rodolfo G. y otros. *Contratos Administrativos*. Tomo I. Editorial Buenos Aires. 1988.

DROMI, José Roberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Tomo I. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas S.A. Madrid 1977.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A, 3ra. Edic. Actualizada. Abeledo-Perrot. Argentina.

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Los Contratos del Estado* (San José: UNED, 2a. edición, 1993).

El Proyecto de la Ley de Contratación Administrativa. Comentarios. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 78, 1994).

La Ley de Contratación Administrativa, su Reglamento y la Sala Constitucional. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 83, 1997).

Ley de Contratación Administrativa, No. 7494 del 2 de mayo de 1995.

Reglamento General de la Contratación Administrativa. Decreto No. 25038-H del 6 de marzo de 1996.

RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

Dr. Jinesta Lobo, Ernesto. La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo. Prólogo Dr. Jesús González Pérez. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica. 1996. 385 páginas. 21 x 13.5 cms.

Este libro del Dr. Jinesta Lobo, mereció el Premio Alberto Brenes Córdoba del Colegio de Abogados, de 1995, que es el máximo galardón académico que esta institución otorga.

En el Prólogo que hace el Maestro de Madrid, el *Dr. Jesús González Pérez*, se afirma que la obra de *Ernesto Jinesta Lobo* constituye uno de los primeros y más valiosos intentos, en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo, de sistematización de la tutela cautelar atípica, entendida como un derecho más del justiciable que conforma el haz de facultades del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

Agregando el *Dr. González Pérez* que este estudio del *Dr. Jinesta* descuella por el rigor metódico y dogmático con que es tratada la institución procesal, así como por la sencillez y profundidad de las ideas expuestas y de las conclusiones deducidas. Resulta encomiable el enfoque analítico empleado, al tratar prolija y detalladamente las causas y los efectos de la crisis del proceso contencioso administrativo, ofreciendo lúcidamente propuestas de *iure condendo* y *iure conditio* para mejorar ostensiblemente la concepción legislativa de ésta.

Esta valiosa obra se divide en los siguientes capítulos: primero = la tutela cautelar, perspectiva general; segundo = estructura y presupuestos de las medidas cautelares; y, tercero = tutela cautelar atípica.

Bien señala el Dr. Jinesta que desde una perspectiva objetiva, la función de la tutela cautelar consiste en garantizar o asegurar provisionalmente la eficacia, utilidad o actuación de la sentencia definitiva o de mérito (pág. 53).

Precisando el *autor* que de acuerdo con su previsión legislativa, la medida cautelar típica es aquella que presenta dos vertientes: una, relativa a la predeterminación de la especie fáctica objeto de la tutela; y, dos, al contenido de la medida que el Juez tendrá que dictar. Por lo que respecta a la medida cautelar atípica o indeterminada, su contenido está individualizado, solamente con fundamento en el criterio de la idoneidad o necesidad, según las circunstancias, para garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de mérito (pág. 158).

Sin duda alguna esta valiosa obra con toda justicia mereció el Premio Alberto Brenes Córdoba.

j. e. romero pérez

Viquez Cerdas, Ana Cristina y Brenes Esquivel, Ana Lorena. **Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa**. Concordada y con citas clasificadas de jurisprudencia. Ley No. 3667 del 12 de marzo de 1966 y sus reformas. *Prólogo del Presidente del Colegio de Abogados, Lic. Horacio González Quiroga*. San José: Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996. 293 páginas. 27.5 x 215 cms.

Como bien expresa el *Presidente del Colegio de Abogados, Lic. Horacio Gozález Quiroga*, en el Prólogo de esta importante obra, este año de 1996 celebramos el trigésimo aniversario de la promulgación de la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa número 3667 del 12 de marzo de 1966. El Colegio de Abogados dispuso en aquella época su publicación junto con los antecedentes legislativos y doctrinarios en la revista número 12. Las exposiciones de los doctores Gonzalo Retana Sandí y Jesús González Pérez han servido sin ninguna duda, de segura e invaluable guía no solo para quienes se inician en el derecho procesal administrativo, sino para quienes han hecho de él su principal instrumento.

Agregando el *Lic. Horacio González Quiroga* que por ese motivo y dentro del marco de tal celebración, a la Junta Directiva del Colegio le pareció propicia la ocasión para editar nuevamente esa ley, ahora con el aporte de los pronunciamientos judiciales, que le permitan al foro y a la comunidad en general, tener una visión global del tema y poder responder con un mejor criterio hasta qué punto los jueces han respondido al llamado del legislador.

Las distinguidas juristas, licenciadas *Cristina Viquez Cerdas* y *Ana Lorena Brenes Esquivel*, señalan en la Presentación de esta meritoria obra que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es el marco dentro del cual se desarrolla el proceso contencioso administrativo —de anulación o de plena jurisdicción— los juicios ordinarios civiles de hacienda y los procesos especiales contencioso administrativos. Alrededor de esta ley, el Tribunal Superior Contencioso Administrativo y la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia han desarrollado una jurisprudencia muy valiosa, sentando doctrina que consideramos debe ser ampliamente divulgada, ya que constituye un instrumento importantísimo para la labor de administradores de justicia, litigantes y estudiantes, y éste es el propósito de la presente publicación.

El Colegio de Abogados ha hecho muy bien en publicar este excelente estudio que es un aporte muy útil para la cultura jurídica del país.

j.e. romero perez

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
 Ensayos:	
El concebido es un niño <i>Dr. Víctor Pérez Vargas</i>	9
El marco jurídico del contrato de compraventa internacional <i>Edgar Nassar Guier</i>	25
Sobre las razones válidas y no válidas para un régimen de acumulación de rentas familiares: observaciones a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional española y su precedente italiana <i>Dr. Adrián de Jesús Torrealba Navas</i>	45
Deuda interna y derecho público de la economía <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	81
La terminación anormal de los contratos administrativos <i>Lic. Carlos Cerdas Rodríguez</i>	127
 Reseñas bibliográficas	
<i>La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo</i> <i>Dr. Ernesto Jinesta Lobo (j.e. romero pérez)</i>	141
<i>La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa</i> <i>Concordada y con citas clasificadas de jurisprudencia</i> <i>Licdas. Ana Cristina Víquez Cerdas y Ana Lorena Brenes</i> <i>Esquivel (j.e. romero pérez)</i>	142

ISSN
00347787

