



En esta ocasión se celebró el 25º aniversario de la fundación de la Universidad de Costa Rica, un hito que nos permite reflexionar sobre el camino recorrido y los desafíos que nos quedan por delante. Este evento es una oportunidad para recordar el compromiso de la Universidad con la formación de profesionales competentes y con el desarrollo de la sociedad costarricense.

- Vice Rector de Investigación y Desarrollo Científico: Dr. Pedro Pablo Kuczynski
- Vice Rector de Asesoría Jurídica: Dr. Sergio Gómez
- Vice Rector de Vida Estudiantil: Lic. Ramiro Méndez
- Vice Rector de Administración: MSc. Carlos Soto
- Decano Facultad de Derecho: Dr. José Enrique Román Pérez
- Vice Decano Facultad de Derecho: Dra. María Antonia Sáenz Estrada
- Director Instituto de Investigaciones Jurídicas: Dr. Germán Andrés Olayo
- Director Sistema de Estudios de Posgrado: Dr. Germán Andrés Olayo

CINCUENTENARIO UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

EVOLUCION RECIENTE DEL DERECHO EN COSTA RICA (30 AÑOS DE ENSAYO)

Lic. Eduardo Ortiz*

Cuando hablamos de la evolución del derecho en Costa Rica, nos referimos a un proceso de transformación que ha sido constante y dinámico. Este proceso ha sido el resultado de la interacción entre factores internos y externos, que han dado lugar a un sistema jurídico más moderno y acorde con los valores de la sociedad actual. La evolución del derecho en Costa Rica ha sido un camino de constante aprendizaje y adaptación a los cambios que se han dado en el mundo.

La evolución del derecho en Costa Rica ha sido un proceso de constante adaptación a los cambios que se han dado en el mundo. Este proceso ha sido el resultado de la interacción entre factores internos y externos, que han dado lugar a un sistema jurídico más moderno y acorde con los valores de la sociedad actual. La evolución del derecho en Costa Rica ha sido un camino de constante aprendizaje y adaptación a los cambios que se han dado en el mundo.

* Jurista Costarricense. Especialista en Derecho Público. Texto conferencia pronunciado en el Colegio de Abogados en ocasión de cumplirse los 25 años de fundación de la Revista de Ciencias Jurídicas, el 25 de agosto de 1988.

1.—*El ambiente en los años cuarentas y cincuentas*

Cuando empecé mis estudios de Derecho se estudiaba en apuntes. Los apuntes eran las notas escritas de las lecciones de los profesores, quienes, a su vez, habían estudiado en apuntes. El hecho fundamental en la vida del Derecho en Costa Rica durante los años cuarenta y cincuenta es éste: El nivel de la enseñanza estaba dado por las lecciones, en ausencia total de textos, y, por ello, tocaba únicamente los puntos salientes de la materia, que se concretaba en las leyes que la regían. Una lección es difícilmente equiparable a un estudio legal y suele referirse a la ley, que es el punto de arribo de todo Derecho, pero que es, sobre todo, el instrumento de más fácil manejo para explicar el Derecho en un breve lapso.

Las lecciones son, por regla general, exégesis de la letra de la ley o, a lo sumo, exposición de los conceptos necesarios para su aplicación. En las lecciones que se nutren de otras lecciones resulta casi imposible plantear los problemas fundamentales del Derecho, las soluciones generales que pueden tener, las alternativas y las derivaciones de esos conceptos fundamentales. Todavía más: si se escogiera la exégesis como método, podrían lograrse esos objetivos, aunque siempre referidos a un texto, que es ya el remedio del problema; pero cuando la exégesis viene impuesta por la carencia total de doctrinas, la presencia de la ley se vuelve excluyente de ellas y aquella exige equipararla al Derecho, en lugar de esas doctrinas. El comentario no es de la ley como solución a un problema sino de la ley como un hecho o dato de la realidad, es decir: como dogma. No interesa el problema que resuelve, los intereses que se enfrentan, los valores que exigen respeto, sino más bien los problemas que genera el texto mismo, su letra, como si los conflictos jurídicos fuesen gramaticales y no sociales. Así visto el Derecho no sólo no ilumina ni resuelve problemas sociales, poniendo al hombre en contacto con la realidad, sino que más bien los oculta y lo aísla en la gramática del legislador, que, además, es generalmente mala.

Todavía más: el estudio del Derecho a través de la ley y de sus intrínsecas literales hace imposible conocer las dificultades que presenta la relación entre varias leyes, pues casi siempre son varias, y no una, las que hay que aplicar simultáneamente para resolver un problema. La tendencia de la exégesis y de la interpretación gramatical es la de buscar la solución jurídica en el texto que se reputa aplicable y que, por lo mismo, se reputa suficiente para la regulación de la materia, con prescindencia de los otros textos relacionados con éste. Y ello por una razón: la relación entre textos contradice el dogma de la exégesis, sobre todo de la hecha a través de apuntes, porque re-

vela que no hay equivalencia entre texto y norma, desde luego que para armar una norma es preciso relacionar varios textos. Desde el momento en que ello es así, resulta claro que lo importante es descubrir la norma detrás o delante del texto y la insuficiencia de éste para dar a conocer cabalmente el Derecho o la norma aplicable. El exegeta de poco calibre tiene miedo a la interpretación sistemática, más por las dificultades que encierra encontrar una norma justa, que por las que presenta el conocimiento minucioso de la letra de la ley, a menudo muy compleja o muy defectuosa.

El siguiente paso en este conocimiento gramatical y fragmentario del Derecho, a través de normas aisladas, es naturalmente el empirismo en la solución de los casos no literalmente previstos, que se enfocan o haciéndolos encajar en un texto que no se relaciona con ellos, con evidente forzamiento de su gramática; o inventando una solución poco justa, por falta de observación y valoración adecuadas de la realidad que constituye el problema jurídico. Es decir: el gramaticalismo jurídico y el enfoque del Derecho a través de la ley matan la capacidad para buscar soluciones a lo nuevo e imprevisto, deforman la novedad equiparándola a lo ya conocido y, sobre todo, impiden ver más allá del ámbito circunscrito por el texto mismo, hacia los principios generales del Derecho que contemplan la materia y el problema del caso, aunque no tengan aparente relación con texto alguno.

En síntesis: en los años cuarentas y cincuentas el Derecho como ciencia o como arte era un conocimiento de lo jurídico como un conjunto de leyes sueltas, sin otra coherencia que la que les imponía su texto más o menos afín, con cuya limitada expresión literal había que resolver —por libre invención o por tergiversación— la totalidad de los problemas y conflictos que creaba la vida diaria en sociedad.

2.—El conocimiento del Derecho como problema o como sistema

Soy modesto, aunque diga que todo esto cambió cuando —por el año 1959— se inició la recepción del Derecho italiano en Costa Rica, cauce generoso de la civilización jurídica francesa, que así vino también a fertilizar nuestras inquietudes en la creación, en la aplicación y en el cultivo del Derecho como ciencia. Sería inútil hacer una historia del derecho costarricense en los últimos 25 ó 30 años mediante la mención de juristas —con el insalvable peligro de las injustas omisiones— o de trabajos doctrinarios, de nivel y relevancia muy desiguales. Lo importante en el Derecho costarricense de los últimos años, a partir de aquél que califiqué como decisivo, es más bien una diferente concepción del Derecho y del método para conocerlo, explicarlo y aplicarlo. No es mucho, pero es importante, lo que hay que decir al respecto.

Correspondió a Walter Antillón y a mí ser los primeros estudiantes de Derecho en Italia que regresaron para enseñar Derecho —y no otra cosa— en

Costa Rica. El estado del Derecho italiano de entonces se transmitió a nuestras cátedras, a medida que, en un plan piloto de formación de profesores en Italia, Francia y España, el claustro universitario se llenaba con jóvenes importadores de las instituciones jurídicas fundamentales de esos sistemas europeos. Lo principal en el Derecho italiano de entonces era lo siguiente:

- 1) La existencia de una nueva Constitución republicana, que superaba el fascismo y la monarquía y fundaba el nuevo orden social en el trabajo y en los derechos humanos. Esa Constitución reconocía, además de los derechos subjetivos, la existencia de intereses legítimos como situaciones jurídicas subjetivas dignas de tutela (art. 113). Sobre la distinción entre derechos e intereses existía en Italia una división de jurisdicciones contra o de la Administración Pública. En Costa Rica no sólo no se había legislado la distinción sino que se desconocía como institución jurídica. Se hizo de inmediato el esfuerzo por darla a conocer y finalmente se constitucionalizó por reforma constitucional No. 3124 de 25 de junio de 1963, que la incorporó al art. 49 C. Política y que sirvió de base para la fundamental Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, No. 3667 de 12 de marzo de 1966, todavía vigente. El interés legítimo es la expectativa de un acto administrativo legítimo y favorable, en aquél que, por la situación en que se halla colocado frente a la Administración, va a recibir los efectos de ese acto, sea directamente como su destinatario, sea reflejamente como tercero en competencia con el destinatario. Hasta la reforma constitucional de 1963 y quizá todavía hasta la ley de la justicia administrativa de 1966 —pues antes no se aplicó la reforma constitucional— únicamente tenían protección ante el Juez los titulares de derechos subjetivos violados por la Administración. El avance que introdujo la presencia de los intereses legítimos como causa de legitimación del actor contencioso y de anulación del acto administrativo lesivo significó un paso enorme, pues la situación jurídica más común de la Administración frente al particular es la potestad para dictar actos administrativos frente a los cuales o no existen, o desaparecen los derechos subjetivos, en la medida en que resulten incompatibles con el ejercicio —aun ilegítimo— de esas potestades. No obstante que la difusión en Costa Rica de la figura del interés legítimo fue obra de quienes estudiamos en Italia, fue Gonzalo Retana Sandí, recién llegado de España, quien propuso la reforma constitucional y redactó el proyecto de la ley de lo contencioso-administrativo, tomando el concepto de España, donde había sido injertado

a través del conocimiento de la doctrina y la jurisdicción administrativa italiana.

- 2) La teoría del ordenamiento jurídico de Santi Romano y sus derivaciones. Más importantes que la importación a Costa Rica de los intereses legítimos fue la de concepción ordinamental del Derecho, a través de la obra del gran jurista italiano Santi Romano. Antes de 1959 nadie en Costa Rica la había mencionado jamás, por lo que mi sorpresa fue mayúscula cuando en ese año, ya en Italia, Raffale Juso me dijo que lo único importante del Derecho italiano en el siglo XX era la obra de aquel viejo maestro titulada *L'Ordinamento Giuridico*. No es el caso de exponer aquí los detalles de esa doctrina. Pero valga la pena resaltar algunos rasgos decisivos. La teoría del ordenamiento jurídico sostiene que el Derecho es norma, por ser realidad social, organización social, cuya existencia da lugar automática y necesariamente a las reglas, que reflejan y legitiman esa organización para dictar el Derecho. El Derecho es la existencia de lo que Romano llamó "la institución", que podemos definir como una unidad cerrada y permanente de acción colectiva, causa y efecto al tiempo de un ordenamiento jurídico que persigue mantener y mejorar esa unidad de acción. El Derecho no es, entonces, la ley del Estado, sino toda regla de organización y de conducta de la institución, ahí donde ésta exista y aunque no sea el Estado. Así nace la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, pues cada institución, cada organización social es, por el mero hecho de su existencia, un ordenamiento jurídico autónomo, aunque todos estén en definitiva subordinados al Estado. Esto significa algo decisivo en la concepción del Derecho: el Derecho es producto de la realidad social, con toda su carga de ideas, creencias y valores, que así se conciben como con fuerza normativa, con capacidad creadora de Derecho. En la teoría del ordenamiento jurídico la realidad, el ser, tiene exigencias e imperativos de alcance normativo, lo que bien podría llamarse, sin que el autor lo haya dicho nunca, la naturaleza de la vida social organizada como fuente autónoma del Derecho. Esto genera dos ideas adicionales de capital importancia: la existencia de una Constitución material –fuera de la que es oficial y decretada– que es la valoración social favorable a ésta y fuente de integración e interpretación de ésta; y las instituciones jurídicas, que son, en un principio, la solución de problemas sociales típicos, acorde con los datos reales de esos problemas. Para entenderlas es necesario, ante todo, entender el tipo de problema que resuelven. En síntesis, una especie de Derecho Natural histórico y circuns-

tanciado, que existe sólo para una determinada institución social y a la medida de las necesidades y aspiraciones de esa institución social. Esto mismo da la clave de la unidad del ordenamiento. Si éste es el reflejo o el producto necesario de una institución social, todo acto de creación o de aplicación del Derecho repercute sobre la vida de la institución y sólo puede entenderse en relación con ese conjunto. Como dijo Savigni, ya antes, al aplicar una norma, se aplica, en realidad, un ordenamiento, porque han de aplicarse no sólo todas las normas relacionadas con el problema por resolver sino, además, todas las valoraciones colectivas incorporadas al sentido y finalidad de esas normas, producto de la institución con la que se identifican y que les da vida. Como se ve, la teoría institucional u ordinamental de Romano tiene grave peso sobre la vida y la dinámica del Derecho. Incluye los conceptos y las funciones de la institución social, de la pluralidad de instituciones y ordenamientos, de la relación entre ellos, de la unidad de cada ordenamiento (aun del que está subordinado), de la Constitución material de cada institución social, de las instituciones jurídicas como componentes complejos de la institución social y de la jerarquía de las normas, no por razón de su origen formal (al modo como se distinguen la ley del reglamento o la Constitución formal de la ley) sino por su utilidad, mayor o menor, como instrumento de solución de un problema social típico. Esto nos lleva directamente a la idea de los principios generales del Derecho y del Derecho como la sistematización de un conjunto de problemas sociales y de sus remedios normativos y coactivos.

- 3) El "naturalismo" y la "jurisprudencia de intereses" como reacción contra el fascismo y el totalitarismo. Los valores jurídicos y los principios generales de Derecho. El amor a la exégesis, a la buena exégesis y no a la que se basa en apuntes de clase, se nutre de una confianza en la bondad de la ley, emanada en una confianza en la voluntad del legislador, como agente del pueblo. La ley luce así como la expresión de la voluntad general de que habló Rousseau, de quien le vino a la ley ese valor de santidad. Y siendo así, la ley tiene que ser respetada como única expresión posible del Derecho, que ni la Administración ni el Juez pueden crear, porque sólo son sirvientes del legislador para imponer la misma voluntad general. La ley no sólo no se impone a la sociedad sino que es más bien la fiel expresión de la armonía entre una y otra, como reflejo (la ley) de las aspiraciones sociales a través de su inexorable benefactor, el legislador. De aquí derivó el positivismo legal, que consiste en reputar la ley como única

expresión del Derecho y como no jurídico lo no legislado, que así pertenece a la libertad del individuo. Los problemas nuevos, no previstos, no tienen solución, salvo en contra del que la pretende, porque se le niega, sin importar las consecuencias sociales que tal actitud de aplicación del Derecho genere. Hoy se sabe mejor y sabía mejor la Italia de los años cincuenta, hasta la fecha. El fascismo demostró —como el nazismo en Alemania— la injusticia de la ley, formalmente perfecta, materialmente inicua. Y la teoría institucionalista de Romano, en favor de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, favoreció la tendencia creciente a reputar el Derecho como un conjunto de soluciones a conflictos de intereses, formalizadas ora en la ley, ora en la jurisprudencia o en las mismas concepciones e ideologías de turno en el gobierno. Es decir: desde antes de la segunda guerra mundial, pero, sobre todo, después de ésta, se entendió bien en Italia —y esta concepción dominó tanto los fallos como las doctrinas— que lo que es esencial en el Derecho no es la ley sino los llamados principios generales doctrinarios, que son las reglas de solución de un conflicto extraídas de la generalización de sus elementos componentes y de la elección entre los diversos remedios posibles según un orden de valores, dados fundamentalmente por la Constitución formal y material vigentes, pero, sobre todo, por el tipo de resultados sociales que se quieren obtener a título de solución del problema planteado. Se trata ya no sólo de abstractos y universales principios generales de tipo ético, comunes a todas las ramas del Derecho, como el de la buena fe, el de la responsabilidad, el de la legalidad, el de la confianza en la declaración, sino, mucho más concretamente, de los medios técnicos precisamente necesarios para obtener un resultado jurídicamente valioso o deseable como solución a los conflictos de intereses, generales o particulares. Preguntamos por ejemplo: ¿es principio general del negocio jurídico no sólo la obligatoriedad de la declaración dada con plena voluntad sino, a partir de la tutela a la confianza, aun la de aquélla dada sin esa voluntad, pero en circunstancias que la aparentan y hacen creer en su existencia a un tercero, induciéndolo a actuar en beneficio del declarante? Aquí es decisivo, ante los hechos del problema (declaración no querida pero aceptada de buena fe por un tercero, como si lo fuera), buscar los valores que se quieren proteger: ¿será exclusiva o principalmente la autonomía de la voluntad que sustenta la validez únicamente de lo querido; o será también o principalmente la existencia del tráfico negocial y, con ella, la protección de la confianza de los terceros de buena fe, que exige la obligatoriedad de lo creído aunque no sea querido por quien lo declaró? El principio

general, que podríamos llamar técnico, porque referido a un problema específico y a la solución igualmente específica —pero no casuista— del mismo, es la regla de que prevalece la tutela de la confianza y de que, en consecuencia, el declarante queda obligado tanto por su declaración querida como lo contrario, cuando ella ha inducido una conducta consecuente del tercero de buena fe que la recibió. Y si es en el derecho público es lo mismo: hay una institución municipal —porque administra una empresa que es de una municipalidad— que sufre las mismas directrices y regulaciones en materia presupuestaria que las demás instituciones, no obstante que las municipalidades son constitucionalmente autónomas y están sustraídas a tales directrices y regulaciones. ¿Es constitucional y legal la situación de la empresa municipal? Nuevamente aquí todo depende de lo necesario para conseguir el resultado buscado o deseado: si es la protección total de todo lo que es municipal, como si se transmitiera a todo ello la autonomía constitucional de los municipios, la situación es inconstitucional e ilegal, por violación de la Constitución y aplicación indebida de las directrices y reglamentos ejecutivos, lo que sería la formulación de un principio general del derecho municipal; pero si la autonomía municipal es un régimen de excepción a la superioridad del Poder Ejecutivo o, en general, del Estado sobre el municipio, ha de protegerse ésta por encima de la autonomía de la empresa municipal, a la que no se transmitiría la autonomía constitucional del municipio. El principio general sería, entonces, que la autonomía constitucional del Municipio sólo lo beneficia a éste y es intransmisible, por excepcional. Como se desprende del ejemplo, no puede llegarse a la solución del caso sino por aplicación de un principio preexistente, cuyo contenido depende, a su vez, de una jerarquización de los intereses puestos en juego por los hechos del caso. Ese principio y esa jerarquía dependen también de los valores confrontados y de la jerarquía que les asigne o bien la ley, o bien el Juez, pues el caso puede no tener solución legislada y prevista. Bien se comprende la diversa solución que los casos expuestos tendrían en una interpretación meramente positiva de la ley: para empezar, se rechazaría la demanda no fundada en ella, por ejemplo: la del tercero que se atuvo a la declaración no querida, porque la ley sólo prevé ésta; o la de la empresa municipal que quiere liberarse de la Autoridad Presupuestaria, porque la ley de ésta no la excluye expresamente de su aplicación. En ambos casos, se estaría violando el “espíritu de la ley” si éste llevara, en virtud de los valores del sistema y del tipo de conflicto planteado, a la respuesta inversa, en tutela de la confianza y de la autonomía mu-

nicipal, respectivamente. Pero, sobre todo, y esto es lo más importante, se estaría decidiendo mecánicamente con base en el texto y la letra de la ley y haciendo caso omiso del tipo de problema y del tipo de intereses sociales afectados, no obstante la eventual inconveniencia o injusticia de la solución legislativa. El asunto iría más allá: al atenerse a la ley, aun sistemáticamente interpretada, sin considerar el tipo de problema y el fin que el ordenamiento debe perseguir frente al mismo, en función de sus valores y principios generales, se omitiría igualmente la identificación y la formulación de estos últimos, que, sin embargo, son el origen y el fundamento de validez de la ley en cuestión. Es decir: se estaría matando la doctrina legal, que no es otra cosa que la identificación y correlación entre los valores que presiden una institución jurídica —como solución a un tipo determinado de conflicto— y los medios técnicos para resolverlo en la forma más justa y económica, mediante la formulación precisamente de principios generales para ese tipo de caso o de conflicto.

Todo esto conduce a una importante conclusión: el positivismo legalista, que agota en la ley la fuente no sólo formal sino material y de conocimiento del Derecho, identificándolos, ha venido a ser sustituido necesaria e inevitablemente, más bien diríamos justamente, por una jurisprudencia o bien jusnaturalista, que cree en el valor normativo de la realidad frente al poder público en el enfoque y solución de los problemas sociales, dentro de un ámbito histórico determinado; o bien por la llamada jurisprudencia de intereses, que cree en la reducción del Derecho a intereses, entendidos como necesidades sociales y remedios satisfactorios, y en los intereses no sólo como objeto de regulación jurídica sino también como criterio inspirador de esa misma regulación, como principios generales de Derecho que enmarcan o determinan las disposiciones jurídicas.

Es de notar que, en ambos enfoques, resulta imposible abandonar a la realidad casuista la formulación de los problemas y su solución, porque resulta imperativo reducir los conflictos a tipos y los remedios a principios generales. Aquí nace la necesidad de una doctrina general tanto de unos como de otros, que tiene que operar por conclusiones que se apoyen mutuamente, en función de metas y de valores. El conjunto de esas conclusiones típicas para los problemas sociales y su solución, ordenado y correlacionado en función de un todo viviente, que es el organismo social que padece esos problemas y mantiene sus valores fundamentales, principalmente expresados en la Constitución formal y en la Constitución material, es lo que puede

llamarse o bien un ordenamiento, si se trata de la realidad social de índole normativa; o bien un sistema jurídico, si se trata del conocimiento de esa realidad. He aquí como, a partir de la teoría institucional del Derecho y pasando por la muerte del positivismo legalista hasta llegar al jusnaturalismo historicista o a la jurisprudencia de intereses, se ha cerrado un círculo jurídico, dentro del cual se inscriben tres entidades fundamentales: un ordenamiento jurídico global y unitario; un conjunto de instituciones, relativas a problemas concretos de la sociedad que sustenta ese ordenamiento, para la cual éste existe; y los principios generales de derecho, más o menos importantes según su grado de generalidad, pero posibles tanto para el ordenamiento como un todo, como fundamento mismo de su Constitución material y formal, cuanto para partes de su entramado normativo, que son precisamente las instituciones jurídicas, de las cuales vienen a ser síntesis y fundamento rector. El naturalismo o la jurisprudencia de intereses, sin embargo, no son capaces, como tales, de llegar al problema jurídico concreto, al del hombre de carne y hueso. Surge, ahora, el derivado natural de estos enfoques, que es el método de aplicación del Derecho al caso concreto.

Pero antes de comentarlo, una breve alusión a dos instituciones centrales del Derecho italiano que también han tenido decisiva influencia sobre el costarricense de última hora. Nos referimos a las instituciones fundamentales constituidas por el negocio jurídico y por el acto (provvvedimento) administrativo.

- 4) El negocio jurídico y el acto administrativo. No se trata de hacer aquí una teoría, ni siquiera elemental, de ambos fenómenos de la dinámica jurídica, en cuanto ambos son creadores de Derecho singular. Se trata simplemente de apuntar a la existencia de ellos como condensación de la doctrina de los intereses en cuanto fin y regla del Derecho, predominante hoy en Italia.

Su teoría no necesariamente es italiana y probablemente es alemana, como los mismos juristas italianos lo confiesan. Pero en Alemania es parte más bien de lo que —anticipando conceptos— podría llamarse un enfoque axiomático y conceptualista del Derecho, como expresión de la corriente jurídica que allá se llamó pandectista, con pretensiones de encerrar todo el Derecho en un sistema lógico deductivo de conceptos, no necesariamente vinculados a los problemas que se tratan de resolver; en tanto que en Italia ambos fenómenos son la institución central de lo que podría llamarse el “realismo italiano” actual en el estudio del Derecho. En todo caso, la importación de

estas dos instituciones centrales se hizo de Italia, no de Alemania, naturalmente con total prescindencia de Francia, donde no tienen del todo cabida. Si hay algo que llama la atención a los estudiosos del Derecho privado es la ausencia de una teoría general del acto o negocio jurídico en Francia y, todavía más al publicista, la casi total ignorancia en Francia de una teoría del acto administrativo, con muy leves aunque significativas excepciones, como la reciente obra sobre el tema de Devolve, que padece la limitación fundamental de estar rígidamente centrada sobre la jurisprudencia del Conseil d'Etat, en lugar de partir del problema o de la necesidad que la correspondiente doctrina trata de resolver.

El negocio jurídico es un acto de voluntad dirigido a producir efectos de derecho y capaz para hacerlo a la medida de lo querido, por disposición del ordenamiento. Se trata de una programación de los intereses privados, que se autoregulan, sea unilateralmente (en beneficio de terceros), sea por acuerdo, principalmente a través de la figura del contrato, en el campo patrimonial. Sin embargo, el negocio jurídico es institución mucho más amplia que el contrato y abarca no sólo actos unilaterales patrimoniales (como el testamento o la concesión inter vivos de beneficios patrimoniales), sino también los no patrimoniales (como las adopciones, las renunciaciones a derechos disponibles, etc.). Su importancia jurídico-técnica es la siguiente: supone que la autonomía o capacidad de la voluntad privada para autoregularse es jurídicamente valiosa y tutelable, salvo limitaciones de orden público, por lo que es el principal origen de reglas para sujetos privados, con aplicación preferente a aquellas del ordenamiento (llamadas supletorias o dispositivas) que no expresan el orden público imperativo. De este modo, la teoría del negocio jurídico es la teoría del hecho causal de efectos jurídicos más universal y eficiente para la satisfacción de necesidades del sujeto en el Derecho privado. Su estudio y principios son la parte fundamental de éste, conjuntamente con el de las relaciones jurídicas que crea, como reconocimiento del Derecho a su virtud generadora de reglas para los mismos sujetos que las crean. Y, naturalmente, es éste el reino casi ilimitado de la jurisprudencia de los intereses, pues toda la teoría del negocio se reduce a identificar los que son prevalente por virtud de su regulación dentro del marco del orden público. El negocio es la expresión máxima de la libertad privada con efectos jurídicos sobre sus partes, a medida de sus intereses.

Contrapuesta viene, como es natural, la idea del acto administrativo, expresión de discrecionalidad, no de libertad, de la Adminis-

tración, necesariamente sujeta al principio de legalidad, que impone una regulación mínima de los elementos materiales del acto para reputarlo legítimo. No hay aquí tutela de la voluntad del agente, que actúa por y para la Administración, sino más bien un hecho jurídico, consistente en la declaración de voluntad con todos los requisitos externos exigidos por la ley para producir efecto, aunque internamente esa voluntad no exista o esté gravemente viciada. Lo que requiere el negocio no es la voluntad del efecto sino la declaración para causarlo, en función de un interés público impuesto por el ordenamiento a la Administración y, por su medio, al funcionario agente. La discrecionalidad es la potestad para configurar los elementos materiales del acto-motivo y contenido, pero sobre todo el motivo—no determinados por la ley, mediante una elección que se considere justa, lógica y conveniente dentro de la circunstancia, respecto de un fin que sí impone el ordenamiento. Y aquí, al igual que con el negocio jurídico, la teoría del acto es la de los principios generales que regulan la existencia y el ejercicio de la discrecionalidad por la Administración, dentro del marco de la ley que le otorga esa potestad y de la situación de hecho que provoca ese ejercicio. Alrededor del acto y de la situación de hecho que provoca ese ejercicio. Alrededor del acto y de la discrecionalidad se hilan todos los principios fundamentales de la conducta administrativa propiamente pública y distinta de la que es privada, también al alcance de la Administración. Un principio surge como el decisivo y fundamental, el de legalidad, que ha de entenderse no sólo como la necesidad de una ley que autorice el acto administrativo in abstracto, sino, además, como la necesidad de la procedencia del acto in concreto, dentro de la circunstancia, según una potestad singular nacida de los hechos, en relación con los cuales el acto debe ser, si no necesario, al menos posible y reunir aquellas notas de justicia, proporcionalidad, racionalidad y conveniencia.

Ninguna ciencia jurídica del mundo latino ha desarrollado ambas doctrinas con el grado de detalle, coherencia y racionalidad de la doctrina italiana. Su importación a Costa Rica ha sido decisiva para una comprensión mejor de los dos polos de todo ordenamiento: la autoridad frente a la libertad en el derecho público y la libertad frente a la ley (no frente a la autoridad concreta) del Estado, en el derecho privado. ¿Se habrá exagerado el conceptualismo en el cultivo de ambas teorías centrales del Derecho? No pocos incriminan la doctrina italiana con el pecado de un logicismo exasperante y alejado de la realidad, presente en algunos de sus más grandes juristas—según estos detractores— como Giannini en el Derecho público, Pugliatti en el privado o Carnelutti en el procesal. ¿Será cierta la imputación?

5) El problema del método de conocimiento y exposición del Derecho: el Derecho como juicio y el Derecho como remedio. Esto viene ya anticipado. Ante un problema jurídico es necesario formular una norma que lo resuelva imperativamente. Pero esta norma puede estar más o menos cerca, o lejos, del problema que trata de resolver, según su origen. Si el origen de la norma aplicable es el problema, éste configura directamente su contenido y alcance; si es otra norma, ésta sirve de diafragma y causa necesariamente un desfase entre el problema y su remedio normativo. El asunto se complica por doble razón: primero, porque el Derecho, incluso el casuista, supone siempre la realización de valores contenidos en los hechos, que tienen fuerza normativa propia, según lo descubrió y explicó acertadamente Santi Romano. Estos valores tienen vocación de universalidad, en cuanto normalmente exigen expresión a través de principios generales, como también antes se apuntó, cuya formulación y conocimiento son necesarios para la solución del caso concreto. Este identifica inicialmente un valor y el valor un principio general, que es el fundamento de la posible solución. De modo que todo Derecho, aun el más próximo al problema del caso, opera primero distanciándose de éste para recoger los imperativos del valor que debe utilizarse en su solución práctica, mediante la formulación de un principio general, que sirve de paso inicial en un camino de regreso a los hechos concretos, según reglas cada vez más próximas a ellos, hasta desembocar en el fallo del Juez; esos pasos intermedios son, a su vez, otras reglas de ámbito progresivamente reducido, expresiones del principio general en relación con un círculo de hechos y necesidades también progresivamente determinados. Ahora bien: una segunda complicación surge porque el jurista puede encontrarse —y normalmente ello ocurre— ante un dilema clave: o bien busca la aplicación más breve y sencilla del principio general al caso, para lo cual se mantiene dentro de los límites que le imponen los hechos y características del mismo y, concretamente, la necesidad que trata de satisfacerse; o bien puede convertir el principio general en la premisa mayor de un silogismo y hacer deducciones y concreciones lógicas a partir de esa base, hasta llegar al caso concreto sin tomarlo en cuenta, como si lo importante fuese la coherencia con el principio y no la satisfacción de la necesidad creada por los hechos, sea en abstracto (a nivel de legislador), sea en concreto (a nivel de juez o de administrador). Estos son los enfoques que suelen llamarse —más bien como métodos— tópico o problemático, y lógico o axiomático del Derecho. Su cambiante predominio gobierna toda la historia del Derecho. Su confrontación más

reciente y aguda ha ocurrido en Europa en la lucha entre la jurisprudencia de conceptos y la de intereses, con vuelcos decisivos e inesperados en favor de una y de otra durante el último siglo.

No podemos decir que en Italia haya predominado ninguno de los dos, como tampoco en Costa Rica. Creemos, sin embargo, que la objeción de conceptualismo excesivo contra algunos de los más eminentes juristas italianos de la segunda mitad de este siglo, principalmente contra Giannini en el derecho público y contra Pugliatti en el privado, carece totalmente de base. Hay, sí, conceptualismo denso en ellos, pero no por abuso del método deductivo, sino por uso intenso del análisis descriptivo y estimativo en el conocimiento de la realidad jurídica, que ellos reputan integrada, dentro de una concepción institucionalista, no sólo por las normas sino por la organización social que las crea y aplica, con todo su repertorio de necesidades y de valores.

Lo importante y decisivo es que los que hemos estudiado en Italia hemos venido a enseñar alguno de los dos métodos o los dos, aunque, en mi concepto, mucho más el lógico o axiomático que el tópico o problemático, que, en mi opinión, debe llevarse decididamente en su favor la disputa así empeñada. Aparte de tomar partido en ella, lo importante es señalar que, principalmente como consecuencia de los aportes antes descritos de la cultura jurídica italiana, la costarricense cambió radicalmente a partir de 1959, porque entonces se inició la enseñanza y la concepción del derecho como una ordenación de problemas o de juicios imperativos, pero en ambos casos con una clara conciencia de la necesidad del sistema, que sólo a través de conceptos puede construirse. En otras palabras: es desde entonces que en Costa Rica se enseña, se investiga y se aplica el derecho como un sistema de conceptos, que tiende a sintetizar y resolver los diversos tipos de problemas y de necesidades de nuestra sociedad, a través de reglas cuyo contenido y alcance depende fundamentalmente de esos conceptos y no del texto de las leyes, aunque obviamente tomándolas en cuenta y sin necesaria discrepancia de ellas. Esos conceptos son reflejos de otros y todos forman un conjunto unitario visto desde el ángulo de los valores y los principios generales del ordenamiento como un todo y de cada tipo de problema en particular. Lo que cambia, según el enfoque tópico o axiomático, es el principio de reducción del ordenamiento a unidad, que es la observación del problema para formular la norma con apego a los valores sugeridos o impuestos por los hechos de ese problema, una vez éste tipificado, en el método tópico; o la coherencia del silogismo a partir del principio general,

con vista de hipótesis abstractas cada vez más reducidas, según las leyes propias del pensamiento o de la norma como juicio, no según los datos del problema real e histórico planteado, en el método axiomático. Pero siempre es el Derecho un sistema normativo conceptual, superior a la ley, que es sólo su expresión accidental y que sirve al principio general como medio o instrumento para la realización de valores sociales. En último término, el texto normativo que contradiga la norma que el ordenamiento intenta expresar por su medio se aplicará en la medida en que no exista la contradicción o podrá sustituirse por el que se adapta a esa norma a nivel de aplicación del Derecho, siempre que se entienda que éste consiste, entonces, no en una creación libre y casuista, al hilo de las emociones del intérprete o de la autoridad encargada de aplicarlo, sino precisamente en un conjunto de principios correlacionados con problemas, desglosados y jerarquizados a partir de la realidad tópica de éstos, en una jerarquía material según su mayor o menor generalidad, aparte de su jerarquía formal según el orden constitucional de las fuentes.

No queremos concluir sin tomar abiertamente partido por una concepción del Derecho como arsenal de remedios para los grandes conflictos de intereses sociales, cuyo conocimiento y sistematización sólo pueden hacerse a través de las guías que para esos remedios sugiera o imponga el tipo de problemas en cuestión. Remedios, que, por eso mismo, sólo puede sistematizarse por esferas reducidas de esos problemas y dentro del ámbito de los principios e instituciones especializados que los contemplan, sin pretender abarcar la totalidad del Derecho a través de uno o pocos principios privilegiados, origen de todo lo jurídico.

Una obra ya no tan reciente de un autor alemán, Theodor Wiveg, *Tópica y Jurisprudencia*, Taurus, Madrid, pág. 129, enuncia los tres postulados fundamentales de esta forma de entender y aplicar el Derecho, diciendo:

1. "La estructura total de la jurisprudencia solamente se puede determinar desde el problema;
2. Las partes integrantes de la jurisprudencia, sus conceptos y proposiciones, tienen que quedar ligadas de un modo específico con el problema y sólo pueden ser comprendidas desde él;
3. Los conceptos y las proposiciones de la jurisprudencia sólo pueden ser utilizados en una implicación que conserve su vinculación con el problema. Cualquiera otra es preciso evitarla".

6) Conclusión: el Derecho como sistema de conceptos, principios e instituciones, es el cambio fundamental. Se desprende de todo lo anterior cuál es, para mí, el cambio más importante sobrevenido al Derecho costarricense en los últimos treinta años: hemos abandonado el positivismo jurídico para incorporarnos a una concepción del Derecho como sistema de conceptos, de principios y de instituciones, del cual la ley es condensación o fenómeno, pero no centro ni fundamento. Esto se enuncia prácticamente diciendo que lo importante para conocer el Derecho no es leer los Códigos —que también hay que leer cuidadosamente— sino los tratados y doctrinas que explican no su texto, o no sólo su texto, sino el tipo de problemas, intereses y valores propios de la materia y el tipo de satisfacción y realización, inspiradas por aquella realidad social e institucional problemática, que el Derecho les da a través de instituciones y principios generales de Derecho. Es el cambio del Derecho, como haz de leyes sueltas y llenas de trucos y artilugios gramaticales, al Derecho como sistema de reglas fundadas en los valores de justicia, racionalidad y economía. Es el salto de la penuria a la grandeza del pensamiento jurídico.

7) El aporte europeo y latinoamericano. Ese cambio fundamental, cumplido hoy a través de estudios y publicaciones de muy desigual valor, se debe en gran parte a Italia, pero no únicamente a Italia, Francia, España y Latinoamérica —a través de su doctrina— han contribuido notablemente también a su áspera consolidación en Costa Rica, donde la mayoría de los abogados que no son profesores no la entienden todavía y donde la mayoría de los profesores que en un tiempo fueron sus principales protagonistas y agentes de cambio se han dedicado hoy intensamente al quehacer profesional, sin grandes compromisos académicos. Paradójicamente es Costa Rica el país que menos ha contribuido a que ese cambio material y formal del nuevo Derecho costarricense tenga aquí casa y dé buenos hijos. El corazón de la reforma académica-jurídica estuvo en el programa de formación de profesores en Europa, que empezó en 1966, después de una labor preparatoria de varios años, anticipado por el cambio de métodos y textos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, donde, desde mucho antes, se había hecho obligatoria la lectura del italiano y del francés. De 1966 a 1980 se doctoraron cincuenta y pico de profesores nuevos en Europa, principalmente en Italia. De ahí salieron no sólo los nuevos catedráticos de la Facultad —que entonces era la única de Derecho en el país— sino también los únicos colaboradores de las *Revistas Jurídicas* actuales, todas posteriores a 1963. Esperamos que

sigan siendo quienes las mantienen todavía. Sin embargo, todo empezó a morir, con grave retroceso, cuando la ineptitud académica inició las maniobras contra aquel ilustre plan hasta destruirlo, por mano de varios Decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, que cargan con esa histórica y gravísima responsabilidad. Desde 1980 el plan está suspendido y nuevamente hay una seria desproporción entre el número de estudiantes y el de profesores especializados en su ramo, fuente de toda clase de empirismos. Es Costa Rica quien ha deshecho lo que hicieron italianos, franceses y españoles, con mucho menos amor por el derecho nacional que el que éstos le han dado desde sus cátedras extranjeras, fuente de luz para nuestros becarios. Porque, en efecto, Francia y España han dado también importantes aportes a la cultura jurídica de la Costa Rica reciente. Todavía más: mientras el aporte de Italia ha sido casi todo académico y de concepciones jurídicas, el aporte de España, por ejemplo, ha sido positivo y muy fecundo a nivel de instituciones legislativas, como veremos de inmediato.

Para empezar debe decirse que también hay varios profesores costarricenses formados en Francia y en España, que han aportado sus luces.

Innecesario resulta exaltar el aporte de Francia, que más que generoso es obligatorio y obligado. Todo nuestro Derecho legislado—tanto público como privado— debe mucho a sus instituciones y, en el caso del Derecho Público, a su excelente jurisprudencia. Aunque Francia no ha acompañado a Italia en toda su larga penetración reciente dentro del derecho nacional, siempre han sido su Derecho Positivo y su doctrina jurídica ejemplos de sistema claro y ordenado, en mucho mayor grado—desde este ángulo— que el propio del Derecho italiano. Esta deuda con el Derecho francés nunca ha sido pagada y, por fortuna, aumenta con los años.

A España debemos casi literalmente la actual y capital Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que es muy parecida a la española sobre lo mismo de 1956. Esta ley consolida el ingreso de los intereses legítimos en el ordenamiento costarricense, pues ahí son pivote de la legitimación y de las pretensiones de mera anulación. Esta ley ha tenido importante complemento en otra que creó el Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, el cual ha venido a especializar el conocimiento de las apelaciones en esa materia.

Se ha dictado un Código Municipal nuevo, que se limita a muy poco como innovación y a casi ninguna de importancia. Se expeditan

ahí los trámites y procedimientos municipales, pero se reafirman los vicios fundamentales del orden local en Costa Rica: el sistema electoral para elegir los regidores y el carácter absoluto de la autonomía municipal, que sólo daños ha causado en Costa Rica. Este es un Código nuevo, pero no es, en absoluto, una reforma sustancial del régimen municipal. El Código es criollo y doméstico y parece no tener fuentes materiales extranjeras.

Argentina le ha dado a Costa Rica su nuevo Código de Procedimientos Penales, casi copia del de la Provincia de Córdoba; Latinoamérica su nuevo Código Penal, de la matriz del Código Penal Tipo Latino-americano.

Y los tres países, Italia, Francia y España, en ese orden, han inspirado la Ley General de Administración Pública, columna vertebral de nuestro Derecho Administrativo material o sustantivo.

Italia ha inspirado el régimen de la nueva jurisdicción agraria, con reconocimiento pleno de la función social de la propiedad rural y agrícola en general.

Sorpresivamente, en el Derecho Civil ha habido una fuerte revolución doctrinal—debida sobre todo a las enseñanzas de Pugliatti y Falzea— que ha cambiado totalmente el sistema y el método de enseñanza del mismo, típico ejemplo de toda la evolución antes descrita, sin que, pese a ello, se hayan producido cambios positivos de importancia. El Código Civil sigue el mismo de 1888, con muy pocas variantes, y se ha dictado un Código de Comercio que nació viejo y caduco, sin aporte ninguno de valor técnico o científico. Los doctrinistas posteriores—que han hecho sustanciales contribuciones científicas en numerosos artículos— no han logrado derogar ni reformar esta pobre colección de leyes comerciales que es nuestro actual Código de Comercio.

En el campo del Derecho Privado el cambio legislativo más notable ha sido la introducción de un Título Preliminar del Código Civil, que contiene importantes innovaciones y que está inspirado claramente en el título correspondiente del Código Civil Español, de 1983. En este Título Preliminar merece destacarse el reconocimiento de los principios generales de Derecho como fuente supletoria y de interpretación del ordenamiento escrito en leyes, lo que, sin embargo, es un paso atrás. Pues, en efecto, el art. 7.1 y 3 de la Ley General de Administración Pública igualmente los consagró, desde 1978, pero también como fuente autónoma y eventualmente superior al de la misma ley cuando se trata de principios constitucionales, diciendo sibilina pero significativamente que:

"Las normas no escritas (entre las que cuentan los Principios Generales del Derecho) prevalecerán sobre las escritas de grado inferior".

Contiene este Título Preliminar una consagración de la interpretación teleológica del Derecho, al disponer su art. 10 que las normas se entenderán "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas"; y se consagra también la equidad como fuente de interpretación del derecho privado y de integración solamente cuando otra ley expresamente lo permita, según lo prevé el art. 11 *ibídem*.

Sorpresivamente, el art. 14 de este Título constituye al Código Civil en norma supletoria de todas las demás del ordenamiento, lo que sólo puede entenderse y aceptarse si así es en ausencia total no sólo de norma escrita sino también no escrita propia del ramo del Derecho que se quiere acabar o rellenar.

Finalmente, este Título recoge la doctrina del abuso del Derecho y del principio de la buena fe en la aplicación de las normas, lo que revela el tinte no positivista, sino impregnado de valores trascendentes, de la reforma en cuestión.

A la luz de las nuevas concepciones se preparan nuevas reformas de importancia: un nuevo Código Procesal Civil; una nueva ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, que pretende una reforma total de los procesos de amparo, de hábeas corpus y de inconstitucionalidad; y una reforma total de la jurisdicción contencioso-administrativa, convirtiéndola en declarativa y condenatoria —con abandono de su actual función meramente anulatoria o de condenación a indemnizaciones pecuniarias —sobre la base del llamado juicio de ottemperanza de los italianos.

Cambios importantes de la legislación y las instituciones ha habido, como se ve.

Fruto durable de todo el cambio importado han sido las dos principales Revistas jurídicas del país, la de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, cuyos 25 años celebramos hoy, dirigida por quien les habla durante los doce primeros años de su vida, los rudos y a menudo frustratorios, y después y hasta la fecha, en forma acuciosa y tenaz, por Jorge Enrique Romero; y la Revista del Poder Judicial, dirigida desde su primer número hasta ahora, en forma inteligente y fecunda por Víctor Pérez, uno entre los mejores juristas —y no sólo privatistas— del país.

La función de pulmón jurídico que estas Revistas han cumplido ha sido decisiva para la marcha de las reformas académicas, que, si son buenas,

siempre han de traducirse en publicaciones. Son necesarias porque sin ellas estaríamos condenados a continuar construyendo nuestro Derecho desde afuera, con base en textos y libros extranjeros, sin el indispensable aporte doctrinario nacional, único capaz de unir al conocimiento del Derecho Comparado, el de las urgencias, de las fallas y el del nivel técnico nacionales.

Pero preocupa intensamente el estado de postración de las Facultades de Derecho, que ahora son varias, y todas llenas de problemas por la falta de un cuerpo suficiente de profesores especializados, que sepa transmitir los rasgos esenciales de la reforma emprendida en 1959, a la luz de aquella nueva concepción del Derecho y de sus métodos.

El fenómeno es realmente frustratorio: con la decadencia de las Facultades ha sobrevenido la de la jurisprudencia. Hoy la jurisprudencia —al menos en los primeros niveles— es menos buena que hace veinte o treinta años. El nivel del abogado, sobre todo el de sus inquietudes y curiosidades intelectuales, pareciera más bajo que nunca.

La pregunta es: ¿vamos a volver a los apuntes de clase?

La salvación está en una regeneración de las Facultades, en la vuelta al programa de formación de profesores, en la importación de visitantes ilustres, que galvanicen y conmuevan la pereza reinante. Y está, sobre todo, en un humilde reconocimiento a la decadencia y postración actuales, tanto más agudas cuanto más fecunda e incitante fue aquella onda de luz y de asombro que nos vino tardíamente de Europa. Saltemos nuevamente a la luz.

Quedan brasas y puede hacerse tarde para encender otra vez el fuego del espíritu. Hagámoslo ahora, porque la curiosidad intelectual, como el amor, es frágil, y muere con el ocio y la frustración.