

IN MEMORIAM

Ha muerto Don Fernando Baudrit Solera, Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Ocupó los cargos de Rector de la Universidad de Costa Rica, Profesor y Decano de la Facultad de Derecho de esta Universidad y Diputado de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Jurista notable del foro costarricense.

Nos unimos al duelo nacional en ocasión del fallecimiento de este honorable y caballeroso ciudadano.

Sea esta edición de la revista un sencillo, simbólico y merecido homenaje de los abogados y estudiantes de Derecho de Costa Rica a la memoria de tan ilustre compatriota.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez
Director.

PRESENTACION

Presentamos a los lectores de esta revista, en su número 25, un nuevo volumen con estudios jurídicos que serán de sumo interés para los dedicados al Derecho.

Este volumen contiene las ponencias aprobadas en el Congreso Jurídico Nacional de 1973. Las mismas constituyen un serio e importante conjunto de documentos de cara al desarrollo legislativo en Costa Rica. El futuro dirá la última palabra con respecto al destino de esas ponencias y el esfuerzo de los juristas que contribuyeron a plasmarlas. Pero, independientemente de si se quedan en el nivel de "ponencias" o si llegaran a convertirse en leyes de la República, lo cierto de la situación es que representan el clima de la doctrina y del pensamiento jurídico costarricense. Se publican estos "papers", con el afán de que un mayor número de estudiosos del Derecho los conozcan y formen su criterio con respecto a ellos; a la vez, de que queden como un testimonio —entre otros— del aporte del jurista nacional a la evolución del ius patrio.

Además, de los citados documentos, se inserta el Código de Familia, con un índice —preparado por el Prof. Luis Varela Quirós— y comentarios al mismo elaborados por el Prof. Eladio Vargas. Indudablemente (ya haciendo a un lado la temática de las posibles deficiencias de ese cuerpo de leyes; cuestión, de suyo controversial) nos interesa llamar la atención acerca del papel relevante que dicho Código jugará en el rumbo de la sociedad costarricense. La materia familiar, desde su ángulo jurídico, es uno de los aspectos de mayor hondura y complejidad que presenta el grupo social contemporáneo. Dentro de la corriente de modernización del mundo actual y en el contexto de la urbanización, la familia cobra relieves sumamente cuestionables que hacen pensar en el declive de su concepción tradicional y clásica.

Nuestro país, responde —como los demás países donde la figura del hombre es la que prevalece— a un marcado "machismo". De este modo, cabe apuntar que nuestra Sociedad está montada sobre el sistema económico-social del capitalismo (propiedad privada de los medios de producción y de distribución) y, además, sobre el sistema de poder del macho (el machismo). Este doble condicionamiento del con-

342 # 17550 REV 155997
junto macrosocial costarricense, puede explicar una serie de pautas culturales. Por el momento, nada más, hagamos énfasis en el rol secundario de la mujer en la estructura social de nuestra nación. Se pueden dar abundantes ejemplos que ilustren la preponderancia del hombre y el marginamiento de la mujer. De cómo las diversas agencias de socialización contribuyen a crear, fomentar, distribuir y extender la ideología del macho y su cosmos de poder social.

Resulta, pues, digno de destacar el hecho de que el contexto en el cual el Código de comentario funcionará es machista: jueces, abogados, funcionarios y empleados públicos, etc., son de sexo masculino; o, siendo de sexo femenino están alienados por la ideología del varón y en clara dependencia con respecto al hombre. Parte de la situación masculina y masculinizante de nuestra sociedad se puede explicar en el marco del ruralismo y del localismo en que vivimos, en donde la imagen del patriarca todo lo llena y lo absorbe. Frente a este patriarcalismo, ejercido totalitariamente (como negación de la libertad), la denominada "liberación femenina" es una respuesta enajenada a la dominación del macho y está condicionada por éste. Existe, un factor que condiciona la mayor libertad y una más sólida dignidad de la mujer: el tener autonomía económica. Si la mujer depende económicamente del padre, del amante, del compañero, del marido, etc., tiene coartada su movilidad social y su nivel de aspiraciones. Sin embargo, con todo y la lucha de la mujer por hacerse sentir en la sociedad y reclamar sus derechos (desde aquel, del voto femenino) lo más que ha alcanzado, aún en los países económicamente desarrollados o "ricos" es ser convertida en la "persona-objeto" o en la mercancía sexual por excelencia. El sexo femenino al servicio de las modernas y sutiles técnicas del "marketing". El mercado de bienes y servicios haciendo (nuevamente y bajo otra modalidad) de la mujer una mercancía más. He aquí las contradicciones del sistema social imperante: libera a la mujer del hogar y de las labores domésticas para encadenarla al supermercado y enrollarla en la circulación de los objetos económicamente rentables del "establishment".

Pasa de ser, así, la mujer "ama de casa" a la mujer-escaparate o "vitrina", subordinada a las frías e ineluctables maniobras de la ley de la oferta y la demanda: así, por ejemplo, las mujeres viejas son "trasladadas" a las bodegas y sustituidas por las adolescentes en los puestos de venta de las tiendas para el batallar continuo y sistemático contra el consumidor, que cual demiurgo mueve incansablemente las poleas del sistema.

Por ello, el rumbo del Código de Familia, será marcado por el hombre costarricense; y, la mujer seguirá siendo (por un lapso mayor de tiempo) "el segundo sexo".

Claro está, que para las mentalidades excesivamente masculinizadas (sean de hombres o de mujeres), el Código indicado cede mucho en favor de la mujer. Visto desde otro ángulo, no cabe duda de que ese núcleo de normas jurídicas, pone atención en la esfera de los derechos de la mujer. Empero, lo sociológicamente significativo (en ese contraste entre la norma y su referente empírico) es la reali-

zación efectiva de ese Código. Todavía, de hecho, la mujer costarricense, está marginada de los beneficios y derechos que el Sistema le otorga a sus miembros. Sólo la mujer de clase alta; y, de clase media-media y de clase media superior, disfruta (relativamente) de su condición de ser humano, lógicamente por su estratégica posición social y por el posible nivel de ingresos económicos de que dispone. Por lo que atañe a la mujer de clase baja y de clase social media-inferior mayoritaria en el país, sigue viviendo en un cosmos de dependencia y de subordinación.

Finalmente, añadimos que la promulgación de este Código rompe un poco la tónica conservadora y fosilizante de nuestra legislación. Cristaliza un pequeño margen de desposesión de poder social del macho, en su papel de patriarca familiar y le concede (por vía "masculinoide") algunos derechos y una estrecha esfera de acción social a la mujer.

Complementando la lista de escritos que aquí se editan, publicamos un ensayo del Prof. Juan José Sobrado Chaves, sobre el estructuralismo jurídico. Desde hace ya varios años el estructuralismo ha venido ocupando un sitio importante en la literatura occidental. Se perfiló, en Francia, y desde una cierta perspectiva, como la postura que iba a replantear el marxismo, luego del intento frustrado —en esa misma dirección— del existencialismo. Dicho lo anterior, aclarando que se debe hablar en términos de la pluralidad de enfoques manufacturados de esos "ismos". Este escrito "estructuralista", contribuirá en nuestro medio ambiente intelectual, a la par de los redactados por el Dr. Fernando Mora Rojas "Estructuralismo y Derecho" (impreso en esta misma revista, en su número 22) y por el Dr. Jorge Enrique Guier "Incesto, matrimonio y Derecho" (idem), a la formación de un cúmulo de ideas básico para la polémica acerca de la relación de ese polifácito y multívoco concepto del estructuralismo y la norma jurídica (tanto en su sentido restringido como en su acepción genérica).

También, se ha editado el dictamen confeccionado por el Prof. Eduardo Ortiz Ortiz, publicado —anteriormente— por la Asociación Nacional de Fomento Económico (A.N.F.E.) sobre el tema de los "recargos cambiarios" con una circulación limitada; motivo por el cual decidimos darle una difusión más amplia, al acogerlo para su impresión en las páginas de esta revista, dada la indiscutible calidad de este trabajo científico. Es un estudio valioso de Derecho Económico Administrativo que servirá como excelente material de consulta para los estudiosos de estos temas.

Otro documento que se edita en este volumen, es un análisis de varios aspectos de la licitación administrativa o sistema de selección del contratista público. Esperamos que estas notas o apuntes que hemos redactado sobre este campo del Derecho, sea de utilidad para los interesados en este renglón jurídico.

Finalmente, se publica un trabajo escrito por el estudiante de Derecho, Fernando Bolaños Céspedes, acerca de las "Fuentes del Derecho Público". Este estudio, sobre un capítulo relevante de esta rama del conocimiento científico, lo preparó cuidadosamente como par-

te de las obligaciones académicas del curso de Derecho Público, (impartido por el Prof. Mario Granados Moreno), ubicado en el primer año profesional.

Mención especial merece el prólogo que el Prof. Eduardo Ortiz, escribió a la monografía del maestro español, Prof. Jesús González Pérez, sobre la justicia administrativa en nuestro país, editado en el número 24, tomo II, de esta revista.

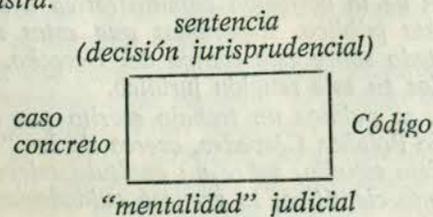
Existen varios puntos con respecto a los que deseamos escribir algunas glosas.

Tales aspectos tienen relevancia para la sociología del derecho, entendida ésta (como lo hemos expresado en la conferencia "contribución a la sociología del derecho" de diciembre de 1974) de la forma más simple como una relación entre la norma jurídica (o el fenómeno del Derecho), y el grupo social en la cual (o, en el que) tiene su locus inmediato.

Nos referimos a lo que Ortiz denomina "codiguería" y a la vigencia de Alberto Brenes Córdoba en el derecho criollo.

Por lo que se refiere a la circunstancia de la codiguería, cabe citar lo que el tratadista Ortiz afirma, cuando precisa que por "codigueros" se debe entender a "quienes conocen bien todas las menudencias, fallas y trucos de la letra de la ley, sin importarles otra cosa en ella, y la mayoría son privatistas —como es lógico— por la índole sustancialmente codificada de nuestros derechos civil y mercantil". Puntualizando que "si bien es cierto que la creciente complejidad de los conflictos legales los hace cada vez más nuevos e inesperados, a la luz de aquella letra, imponiendo al juez una labor creadora, también es cierto que estamos todavía en la etapa de tránsito hacia una concepción más dinámica y personal de la función judicial, con grave resistencia de los jueces para formular decisiones nuevas con vista de nuevos casos y fuerte tendencia a encasilarlos en la letra de algún viejo texto legal". Añadiendo que lo anterior es "todavía ensayable en el Derecho civil, donde hay códigos diseñados para preverlo todo, bien o mal..."; a lo cual agrega que en la mayoría de los jueces "predomina una concepción exegética de su función".

Estos aspectos de la administración y dosificación del Derecho al caso concreto apuntan hacia el conservadurismo de la función judicial y a la conformación de una mente tradicionalista en los juzgadores. Esto, sin embargo, hay que verlo en su propia situación y en el feed-back que se da en ella. Es una especie de "círculo vicioso" en el que opera el fenómeno de la retroalimentación. Los elementos de dicho "círculo" son, esencialmente, los siguientes y se concatenan del modo que se ilustra.



En la línea del "Code Napoleón", en su concepción clásica, todos los problemas jurídicos tenían su solución a la luz de la codificación. Lo estipulado en el Código bastaba para solucionar la problemática que se le presentaba a los jueces. El cuerpo legal era omnicomprendivo y omnimodo. Con esta orientación, eso que se podría llamar —estrechamente— la "mentalidad civilista" o "privatista", venía a condensarse y a quedar limitada por las fronteras mismas del Código. De esta suerte se establecía una coordinación y una ligazón estrecha entre la norma escrita, el caso concreto bajo estudio, su respectiva sentencia y la operación lógica que realizaba el juzgador para dar su fallo, en el ejercicio de su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Este esquema operacional, se mantiene en nuestro medio y en los que siguen la corriente de la codificación, por regla general.

De una manera simplista se puede explicar el funcionamiento del indicado esquema de esta manera:

Ante un caso concreto presentado al juez, éste recurre al Código para encontrar la solución aplicable a ese caso. Su mentalidad como juzgador está condicionada —entre otros factores— por esa dependencia con respecto al Código. Además, hay que tomar en cuenta que el juez a quo emite sus resoluciones de conformidad con el criterio del juez ad quem, por el deseo de que las mismas no le sean revocadas por el superior iudex, lo cual fortalece la vigencia de la indicada "circularidad viciosa".

Una vez que el Código le ha dado el camino a seguir, elabora la sentencia o resolución judicial. Esta sentencia, a su vez, debe concordar y fortalecer, jurisprudencialmente, lo establecido en el cuerpo de leyes. Este "reforzamiento" de lo institucionalizado en el Código, a su vez condiciona ese tipo de mentalidad compulsiva en favor de lo establecido en él, lo que por su parte influirá en la resolución de los futuros casos concretos que se le presentan a los tribunales y que se cristalizará en nuevas sentencias que a su vez revitalizarán esa subordinación "codiguera".

Por otra parte, se da el conocido fenómeno de la masificación de los expedientes y de la anulación (de modo marcado) del principio procesal de la intermediación. Ante el número cada vez mayor de conflictos presentados ante los tribunales que administran el Derecho (crecimiento vegetativo de los pleitos ante el iudex), es cada vez menos posible, por más buena voluntad del juez, el darle una atención detenida y exhaustiva a cada expediente, a cada caso. Así, el recurrir a machotes de resoluciones anteriores se impone, casi que por una especie de "ley de gravedad" procesal, pues si se le diera a cada litis el tiempo que efectivamente requiere para resolverla los embotellamientos de los legajos se darían con una frecuencia inusitada, lo cual pondría —más enfáticamente que ahora— en entredicho la norma constitucional que manda que "ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes" (art.

41). Para quien esté cerca de los Tribunales no es ningún secreto que el uso sistemático, y bien visto, de los "machotes jurisprudenciales" responde a una circunstancia en la que los jueces no tienen materialmente tiempo para analizar cada caso en profundidad y/o a lo que se podría denominar "ley del menor esfuerzo" ("pereza mental"); es decir, resulta más cómodo y fácil copiar un "machote" (o adaptar una resolución por dictarse, a una anteriormente escrita; la cual, a su vez, es una repetición o adaptación de otras precedente, y así, sucesivamente, hacia atrás) que elaborar una sentencia. Es decir, aparece, como posible explicación ante este hecho, la rutinización y la impersonalidad de la iudicare. Todo esto implica una observación trivial desde la perspectiva de la Sociología de la Burocracia.

Tal podría ser en líneas generales, una posible descripción de los fenómenos de la codiguería y del machoterismo (tendencia sistemática y frecuente al uso de los conocidos "machotes" o fórmulas escritas estereotipadas) judicial. Claro está que tales aspectos de la vida cotidiana del proceso en Costa Rica, por su parte, condicionan sus homólogos entre los abogados litigantes ya que éstos conociendo las 'reglas de juego' que valen en los tribunales donde se administra el derecho, se acomodan a ellas, ya que de lo contrario corren el riesgo de perder sistemáticamente sus litis. De esta suerte, codiguería y machoterismo, constriñen a los litigantes y a los jueces.

Esto debe ser complementado, con la observación de que, de facto, la jurisprudencia tiene fuerza de ley; ya que "para nadie es un secreto" que conocer la jurisprudencia es algo imprescindible para orientarse en la resolución de los juicios venideros. Y, esto sucede de esta forma, por el condicionante del "círculo vicioso" ya señalado.

Esto es lo que se podría llamar una concepción mecánica de la función judicial.

El problema de fondo se vislumbra muy bien cuando se hace la pregunta: ¿cuáles son las posibles explicaciones que se pueden dar a esos fenómenos? Sin duda, plantear respuestas ligeras podría ser fácil; pero, ir en profundidad a la médula de la cuestión es sumamente difícil; aunque, por supuesto, de suyo importante. Cabalmente, en esa perspectiva simplista del asunto propuesto, se podría indicar que tanto la conformación de una psicología propia de un burócrata (en el sentido y con los alcances que la Sociología de la Organización (en el sentido y con los alcances que la Sociología de la Organización nos enseña) preso en su buró y sujeto a él, contribuye a darle esa fisonomía específica a la Administración del Derecho. Abundan los estudios sobre la Organización, sobre la burocracia y sobre el "hombre-organización". Pero, con todo y eso, la ideología legitimadora de la función jurisdiccional se resiste (aunque cada vez menos, a su pesar) al análisis organizacional de tal función pública.

En fin, baste por el momento señalar que esta materia significa un área importante para el estudio empírico y para los sociólogos del Derecho. Por ahora, proponemos la hipótesis de que la función judicial es conservadora y codiguera casi que por la necesidad de sobrevivencia del sistema jurídico. Prevalece el valor jurídico de la seguridad, del saber a qué atenerse, por encima de cualquier otro. Así,

la Estructura se impone, condiciona y modula a los burócratas en ella insertos.

Parte del aspecto cuestionable del conservadurismo de la enseñanza del derecho, de su administración, de su aplicación, de su legislación, etc., incide sobre una figura ya mítica: Alberto Brenes Córdoba (1858-1942).

Sobre este tratadista nacional, Ortiz manifiesta que "siempre prefirió la letra a la doctrina de la ley y siempre la interpretación auténtica a la doctrinal, por reputar al legislador —y no sólo a la ley— la verdadera fuente de las normas". Tal es el criterio que Ortiz sostiene con respecto a "nuestro máximo civilista", "ese señor indiscutido del reino privatista" ese cuya autoridad es tal "que —como el Cid— sigue ganándole batallas después de muerto". (Revista cit., págs. 19 y 20).

Esta institución llamada Alberto Brenes Córdoba también amena todo un estudio sociológico. ¿Cómo es posible que una "sola cita de él —como si fuera ley— destroza bibliotecas enteras de principios y de doctrinas", como afirma Ortiz (id.)? ¿Cómo explicar su vigencia? ¿Cómo explicar la permanencia de su autoridad? ¿Cómo es que no se le supera? ¿Qué está pasando con los juristas contemporáneos que no hacen nada visible por superar al maestro? ¿Será que el medio ambiente intelectual de los abogados es sumamente estrecho? ¿Será que los abogados nacionales son primordialmente "machoteros"? ¿Qué impide que los abogados costarricenses estudien y produzcan lo suficiente —cualitativa y cuantitativamente— como para dejar atrás el señorío de Brenes Córdoba? ¿Por qué motivos es una minoría insignificante la que escribe literatura jurídica de calidad?

Sabemos que la literatura jurídica de Occidente producida de los años de 1900 al presente es simplemente gigantesca. Montañas de libros y de artículos de revistas especializadas (en las ramas del derecho penal, laboral, administrativo, civil, etc., etc.) se han publicado en el mundo. Y, pese a ello, en nuestro pequeño país con cerca de 1.170 abogados (con una minoría, notable, femenina) un solo autor es "nuestro máximo civilista", el Cid Campeador de nuestro sistema jurídico. ¿Cómo es esto posible en 1975? Consideramos que la explicación procedente a este lamentable estado de cosas es lo que en lenguaje de José Ortega y Gasset se llaman los "bárbaros especializados"; o, el analfabetismo disfrazado de "machoterismo". ¡Cuántas veces la forma social de la broma —vía de escape a lo comprometido del 'mundo serio'— canaliza aquello de la «utilidad de los machotes»! Sería trágico pensar en la desaparición de los imprescindibles «machotes»; guiones todopoderosos del drama abogadil.

Por supuesto que en este panorama desolador, Brenes Córdoba no tiene responsabilidad alguna. La tienen los que lo han mitificado ante la ausencia de productividad jurídica y de estudio; ante la negación del intelectual que encarna la imagen del abogado litigante con los "machotes" bajo el brazo y un horizonte humano y profesional reducido y estupidizante. Asimismo, la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, ha tenido una buena cuota de responsabilidad

en la conformación de este triste cuadro. Es de esperar con fundamento que en el futuro esta unidad académica contribuya eficazmente ha mejorar ese lamentable cuadro.

Con respecto al maestro Brenes Córdoba hay que ratificar su importante papel histórico en el desarrollo de lo que podría llamarse el Derecho Costarricense. No se trata de negar su influencia jurídica ni su talento, sino de analizar y auscultar las razones por las cuales permanece insuperado, presentándose su pensamiento y obra como un firme baluarte de la reflexión forense nacional.

Consideramos que es preciso realizar una autocrítica y plantear la cuestión del nivel profesional y de la calidad humana del abogado en la sociedad costarricense. Y, debe hacerse, aquí y ahora, de cara al próximo Congreso Jurídico Nacional y con un hondo sentimiento de responsabilidad hacia nuestros compatriotas y hacia nuestro pueblo. Volverle la espalda a la coyuntura existencial por la que atravesamos puede ser un acto suicida. Los juristas deben tener conciencia del rol histórico que deben jugar en estos momentos por los que Costa Rica pasa. Los abogados son la guardia pretoriana del Sistema Social y lo que a éste le ocurra depende en buena medida de los representantes de la juridicidad de un país. Por ello, no eludimos nuestra responsabilidad ante la historia y desde estas simples páginas de una publicación jurídica, renunciamos a escribir presentaciones inocuas, incoloras e inodoras. Preferimos tomar postura y acrisolar el pensamiento. Esperamos que con esto se facilite la necesaria fermentación del ambiente intelectual de nuestro lánguido gremio.

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez,
Director.

CONGRESO JURIDICO NACIONAL 1973

DOCUMENTOS

CONFERENCIAS Y PENSAMIENTOS