

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

C#8 4 DIAS

ANOTADO 2 AGO. 1993

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA DE CIENCIAS JURIDICAS

72

(1963-1992)

29 años

SAN JOSE, COSTA RICA
1992
MAYO-AGOSTO

JUNTA DIRECTIVA DEL
COLEGIO DE ABOGADOS

1993

Presidente:

Lic. Rafael Medaglia Gómez

Vicepresidente:

Lic. Rodrigo Mendieta García

Secretaria:

Licda. Virginia Chacón Arias

Prosecretario:

Lic. Federico Sáenz de Mendiola

Fiscal:

Lic. Alejandro López Mc Adam

Tesorero:

Lic. Bernal Ríos Robles

Vocal 1:

Lic. Luis Rodríguez Picado

Vocal 2:

Lic. Mariano Núñez Olivares

Vocal 3:

Lic. Rolando Chacón Murillo

Vocal 4:

Lic. Gerardo Mora Salas

Vocal 5:

Lic. Carlos Alvarado Hernández

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Luis Garita Bonilla

Directora Consejo Universitario:

Dra. Hilda Sancho Ugalde

Vice-Rectora de Docencia:

Dra. Yolanda Rojas Rodríguez

Vice-Rector de Investigación:

Dr. Carlos Quesada Mateo

Vice-Rector de Acción Social:

Máster Ana Teresa Alvarez Hernández

Vice-Rector de Vida Estudiantil:

Dr. Carlos Alfaro Lara

Vice-Rector de Administración:

Máster Carlos Serrano Rodríguez

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Vice-Decano Facultad de Derecho:

Lic. Jorge Enrique Amador Madriz

Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Decano Sistema de Estudios de Posgrado:

Dr. Luis Camacho Naranjo

Coordinador de la Comisión Editorial:

Ing. Mario Murillo Rodríguez

PRESENTACION

Se publican en este número *ensayos* sobre el Derecho administrativo, Comunicaciones, Teoría del derecho comercial, público; y, de filosofía y Teoría general del derecho. Además de un documento de Derecho público internacional.

El director y editor

NEOLIBERALISMO, TOTALITARISMO Y DEMOCRACIA EN LA CIENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Dr. León Cortiñas-Pelález()*

Coordinador del Taller de derecho público y Catedrático por oposición en las Universidades de México (U.A.M. y U.N.A.M.), Presidente honorario del Club Alexander von Humboldt de México.

* Dirección postal del autor:

Dr. L. Cortiñas-Pelález
Villa Olímpica 11-902
14020 Tlalpan (22)-D.F.
México
Fax (Instituto Goethe-Cortiñas) 00525-5331057

SUMARIO

Presentación

1. Una renovación de la disciplina.

I. De una "revolución" doctrinal

2. Una alteración del concepto clásico.
3. Ante el Estado neoliberal: privatización y zonificación de la actividad.
4. Desdén hacia la clásica presentación patológica.

II. El gran contraste

5. Pluridisciplinariedad y jurisdicción administrativa.
6. Substrato democrático y raigambre autoritaria.
7. La concepción del Estado.
8. La Constitución.
9. El "Estado Social" y el Estado de Derecho.
10. El "liberalismo" y la nacionalización.
11. Técnica y terminología autoritarias.
12. Tecnoestructura y presidencialismo.
13. La "Daseinsvorsorge" y el "service public".
14. Juridicidad amplia o restringida.
15. Ambigüedades de la "tecnocracia judicial".
16. Una importante fuente "indirecta": objetividad y subjetividad en la doctrina.
17. Del estudio pluridisciplinario de la Administración.
18. La "neutralidad científica".
19. Ciencia y lecciones de la Historia.
20. La dicotomía de los derechos público y privado.
21. Fetichismo normativo y jusnaturalismo.
22. Autogobierno, colegialidad y tecnocracia.
23. Tradición republicana y trasfondo imperial.
24. Un "Estado de servicio".

25. De la descentralización territorial.
26. De la descentralización funcional.
27. Voluntad general y presidencialismo.
28. Del acceso al pretorio.

III. Reflexiones Finales

29. Reservas.
30. El principio de legalidad.
31. La organización administrativa.
32. De las personas colectivas.
33. La distinción entre Estado de Derecho y Estado de Policía.
34. La "democratización" de las órdenes profesionales.



PRESENTACION

1. Una renovación de la disciplina.

La antigua editorial parisiense Masson ha continuado con un valioso *Compendio de Derecho Administrativo*⁽¹⁾ la serie del primer ciclo universitario en derecho y ciencias económicas, inaugurada por un equipo de jóvenes profesores universitarios, sensibilizados a la necesidad de una apertura pluridisciplinaria de la investigación y la enseñanza⁽²⁾. Esta apertura implica una consideración seria, cuidada, de elementos de ciencia política y de ciencias administrativas (en el campo del derecho público) gravemente descuidados por la generación de la interguerra (1919-1939) y por la mayoría de los autores posteriores a la Liberación, contra los ejércitos nazis, en 1945⁽³⁾.

La modestia de la colección ("guías del estudiante"), la humilde presentación del autor quien afirma de entrada que este trabajo no tiene la pretensión de innovar⁽⁴⁾, no deben inducir a error. El profesor Maurice BOURJOL, ex-*Maître-Assistant* en la Universidad de París XI y *doxer* (director) de las Facultades de Derecho sucesivamente en las Universidades de Perpignan y de Tours, realiza una aportación capital al derecho

(1) BOURJOL, Maurice, *Droit administratif*. 1. *L'action administrative*; 2. *Le contrôle de l'action administrative*. París; Masson et Cie., 1972-73, 336 y 287 pp. Las citas posteriores salvo indicación expresa, se referirán al volumen 1.

(2) En esta línea, con referencia a la reforma de los planes de estudio promovida por Jean CARBONNIER (en privado) y André HAURIUO (en público) en 1954, cfr. CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Algunas facultades de Derecho europeas" (Esbozo de un panorama de sus planes de estudio: Roma, Friburgo de Suiza, París, Madrid), Montevideo: *Revista del Centro Estudiantes de Derecho* (Número dedicado a la memoria del Dr. Eduardo J. Couture), t. XIX, No. 85, 1956, pp. 475-508.

(3) Para una visión interdisciplinaria y latinoamericana de esta apertura, cfr. CORTIÑAS-PELAEZ, León, *Las ciencias administrativas en América Latina*. Caracas: Instituto de Derecho Público/Universidad Central de Venezuela, 1972, 126 pp.

(4) Bourjol, 5.

administrativo, una renovación del método y las perspectivas científicas de la disciplina, que lo convierten en un modelo indispensable para los administrativistas del sistema jurídico neoliberal vigente en la mayoría de los países occidentales. La historia de la ciencia juzgará y es de temer que el autor pueda no ser profeta en su patria, de doctrina sólidamente enquistada en un tradicionalismo jurisprudencial casi incapaz de una autocrítica verdaderamente penetrante^(4a).

Esta jurista de formación privatista⁽⁵⁾, de sólida trayectoria como constitucionalista⁽⁶⁾, nos aporta una obra destinada a colocarse a la cabeza de la producción científica en lengua francesa y a permanecer en esa cúspide, aun después de obras tan valiosas como las de Laubadère⁽⁷⁾, Chapus⁽⁸⁾ y Chevallier-Loschak⁽⁹⁾.

(4a) Aunque ello puede ser atemperado por las creativas reformas, relativas en particular a la ejecución de sentencias y a las medidas cautelares positivas adoptadas, por inspiración del Consejero de Estado Guy BRAIBANT, mediante decretos del Primer Ministro ROCARD de fecha 2 sept. 1988 y una circular del 13 oct. 1988, los cuales anuncian una reforma legislativa mayor, todo ello en el marco de la ley de 31 dic. 1987. Cfr. CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*. París: Montchrestien/Domat droit public, 2a. ed., 1990, 856 pp., esp. 766-786 y concordantes; v. a este respecto, la espléndida contribución del Maestro García de Enterría, citada *infra*, en nota (31).

(5) Vid. su tesis *Ibérie générale des coutumes juridiques africaines. Contribution à une étude du système coutumier de l'Afrique occidentale française*. Toulouse, 1953, 415 ff.

(6) Vid. sus libros anteriores: *Les districts urbains*, prefacio de George VEDEL, París: Berger-Levrault, 1963, 323 pp.; *Les institutions régionales de 1789 à nos jours*, prefacio de Lucien Mehl, París: Berger-Levrault, 1969, 368 pp.; *Région et administration régionale*, prefacio de Georges Vedel, París: Berger-Levrault, 1970, 487 pp.

(7) LAUBADÈRE, André de, *Traité de droit administratif*. París: L. G. D. J., tomos I y II (1980), III (1978) y IV (1977), respectivamente de 744, 535, 564 y 455 pp.; ahora actualizado en sucesivas ediciones, posteriores a su muerte en 1981 y por su previsora designación expresa, por los profesores Jean-Claude VENEZIA e Yves GAUDEMET.

(8) CHAPUS, René, *Droit administratif général*. París: Montchrestien/Domat droit public, 2 vols., 5a. ed., 1990-91, 973+625 pp.; complementado por el tercer volumen precitado en la nota (4a).

(9) CHEVALLIER, Jacques y LOSCHAK, Danièle, *Science administrative*. París: L. G. D. J., 2 vols., 1978, 577+699 pp.

2. *Una alteración del concepto clásico.*

El plan del Compendio es bastante diferente del seguido habitualmente por los autores franceses, lo que se fundamenta⁽¹⁰⁾ en dos razones:

En primer lugar, la evolución actual de la administración y del derecho administrativo hace surgir nuevas estructuras, formas inéditas de intervención administrativa las cuales, cabalgando sobre las fronteras del derecho público y del derecho privado, alteran la definición clásica del derecho administrativo.

En segundo lugar, esta presentación es conforme a la lógica de las cosas: parte de la acción administrativa, cualquiera sea el régimen jurídico al que esté sometida, y desemboca sobre el control de dicha acción por el juez administrativo, pero evoca también los demás controles (jurisdiccionales y políticos) a los cuales la administración está, o debería estar, sometida.

3. *Ante el Estado neoliberal: privatización y zonificación de la actividad.*

La Introducción General⁽¹¹⁾ comprende tres capítulos, respectivamente sobre *Administración y derecho administrativo*, *Bases Históricas y Bases económicas y constitucionales*. Estos desarrollos interesantísimos, de gran originalidad, oponen sucesivamente la aproximación cibernética de la administración (una estructura horizontal) a la aproximación jurídica (una estructura vertical), la concepción clásica del derecho administrativo⁽¹²⁾ a

(10) BOURJOL, 5.

(11) BOURJOL, 10-57.

(12) Configurada por una legalidad (por un Derecho después de la Constitución de 1958) de la administración, pero por una legalidad especial, confluencia ambigua de las tradiciones liberal (manifestada según BOURJOL por la teoría del Poder Público) y democrática (manifestada por la teoría del Servicio Público).

una concepción moderna, híbrida, paralela a la aparición de un Estado neoliberal⁽¹³⁾ (14).

Adaptando el esquema cibernético de Lucien Mehl, Bourjol señala que la definición contemporánea del derecho administrativo se funda en la distinción de tres zonas principales de la actividad administrativa⁽¹⁵⁾: *un núcleo central* (decisiones ejecutorias, contratos y servicios públicos administrativos) regido por el derecho administrativo *stricto sensu* y sometido al juez administrativo; una zona fronteriza y móvil (actos de gobierno y actividades judiciales, fundados en el principio de la separación de

(13) En esta concepción moderna forjada por la corriente neoliberal, el derecho aplicable (sea público o privado) a la administración se apoya en la confusión de poderes, en beneficio del Poder Ejecutivo; y esta administración, como veremos *infra* en el numeral 14, va atenuando el principio clásico de legalidad, al punto de que la "sumisión a la Ley entra en decadencia".

(14) La dialéctica de la aplicación alternativa o mixta del derecho público o del derecho privado a la Administración Pública sigue motivando las perpeljidades de la doctrina. En Francia, es tema poco menos que obsesivo de Charles EISENMANN, pudiendo apuntarse tres de sus trabajos: "Droit public, droit privé", París: *Rev. du droit public*. 1951, pp. 903-979; "Un dogme faux: l'autonomie du droit administratif", en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Savagüés-Laso* (Uruguay), Madrid: I. E. A. L., 5 vols., "Prefacio" de Marcel WALINE, t. IV, pp. 417-438; y, más ampliamente, en la aún poco explorada recopilación póstuma de sus clases de doctorado (1948-1973), titulada *Cours de droit administratif*. París: L. G. D. J., 2 vols., 1982-1983, 788+909 pp., esp. t. I., pp. 303-525 y 527-763. En Alemania: WOLFF, Hans-Julius; BACHOF, Otto y Stoher, Rolf, *Verwaltungsrecht*. I, II y III (Derecho administrativo I, II y III), Munich: Beck, 1991, 3 vols., respectivamente de 624+659+550 pp., hablan (I, parágrafos 22-23 de un *Privatverwaltungsrecht* (derecho administrativo privado) y plantean una muy matizada gama teórica de interacción entre ambos derechos; ERICIISEN, Hans-Uwe y MARTENS, Wolfgang (directores), *Allgemeines Verwaltungsrecht* (derecho administrativo general), Berlín: de Gruyter, 1978, XXXII +540 pp., esp. 13-20, realizan un enfoque más "pragmático" en esta obra colectiva; PUETTNER, Guenter, "Entwicklungstendenzen in der Dogmatik des Verwaltungsrechts" (Tendencias evolutivas en la dogmática del derecho administrativo), parece asumir un escepticismo vasserreiriano" en su contribución a la *Festschrift fuer Otto Bachof zum 70. Geburtstag am 6. Maerz. 1984* (Homenaje a Otto Bachof en su 70 cumpleaños el 6 de marzo de 1984), Munich: Beck, 1984, VIII +390 pp., esp. 115-129. Ultimamente, una síntesis personalísima nos ofrece Charlier, Robert-Edouard, *L'Etat et son droit (leur logique et leurs inconséquences)*, París: Economica, 1984, 456 pp., in totum, esp. 274-279.

(15) Cuadro de la p. 21 y p. 19.

poderes) que escapa al control del juez administrativo; *una zona de intervención económica*, de límites igualmente móviles⁽¹⁶⁾. Esta zonificación del concepto⁽¹⁷⁾ se recorta (pero nunca coincide) con los tres niveles de la administración en el modelo de Mehl, es decir: a) el más elevado o selector de finalidad (*sélecteur*) (actividades "axiológicas" de los órganos políticos tales como el Jefe de Estado, el Gobierno y el Parlamento); b) el nivel medio (*transducteur*) o Administración en sentido estricto (órganos administrativos, tanto de información y concepción, como de autoridad y ejecución); c) el nivel inferior (*effecteur*), integrado por los órganos de producción, de cambio y de consumo de bienes y servicios materiales e inmateriales, nivel que no sólo recibe información axiológica (de los gobiernos) y se la devuelve (elecciones, referéndums, opinión pública), sino que también recibe (de la Administración) una información "descendente" (aplicación de leyes y reglamentos, decisiones individuales) y le devuelve una "información ascendente" (estadísticas, declaraciones).

(16) Hibridación dosificada del derecho administrativo en servicios públicos industriales y comerciales, empresas públicas que no administran un servicio público, actividades privadas de interés general. Para un balance más reciente de estos niveles de cometidos del Poder Público, cfr. CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Teoría general de los cometidos del Poder Público (Perspectiva mexicana de una doctrina de validez universal)", Madrid: *Revista de administración pública*, sept.-dic. 1986, No. 111, pp. 51-93; Montevideo: *Revista uruguaya de derecho constitucional y político*, t. III, 1986, Nos. 13-14, pp. 12-31 y NO. 15, pp. 150-167; ciudad de Panamá: *Anuario de Derecho*, año Xv, No. 15, 1986, pp. 11-57; ciudad de México: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, en-jun. 1987, t. XXXVII, Nos. 151-152-153, pp. 55-94; San José de Costa Rica: *Revista de ciencias jurídicas*, may-ag. 1987, No. 57, pp. 39-80; São Paulo: *Revista de Faculdade de Direito*, en prensa; para una lectura crítica de este banace de Cortiñas, cotejado con la postura de SAYAGUÉS, v. CAJARVILLE-PELUFFO, Juan Pablo, "Apuntes sobre 'funciones' y 'cometidos' del Estado", Montevideo: *Revista uruguaya de derecho constitucional y político*, mayo 1987, t. III, No. 18, pp. 345-366.

(17) Así determinado por la jurisprudencia administrativa, que asume un papel abiertamente político: LOSCHAK, Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, París: L. G. D. J., 1972, 349 pp.; GAUDEMET, Yves, *Les méthodes du juge administratif*. París: L. G. D. J., "prefacio" de Georges VEDEL, 1972, 323 pp.; v. en particular, los fallos C. E. *Epoux Bertin y Ministre de l'agriculture c/consorts Grimouard*. 20 ab. 1956, en LONGWEIL-BRAIBANT-HUBAC, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París: Sirey, 9a. ed., 1991, con puntual y copiosa anotación jurisprudencial.

Este derecho administrativo, fruto de la historia, comprende tres "estratos", proveniente de la implantación de las estructuras administrativas⁽¹⁸⁾, del clasicismo⁽¹⁹⁾, y de la búsqueda de un nuevo equilibrio⁽²⁰⁾.

En efecto, las estructuras políticas parlamentarias del capitalismo liberal no corresponden a la nueva revolución industrial (automación, energía nuclear, electrónica, investigación operacional) del capitalismo molecular de grandes unidades (*société surdeveloppée*). El movimiento de concentración industrial y bancaria, que domina la economía actual, experimenta un avance decisivo apoyado en el progreso técnico y en la apertura de nuevos mercados; la modernización empresarial genera grupos privados (nacionales o multinacionales) colocados en posición de "monopolio"⁽²¹⁾, cuya dominación de la producción se realiza gracias a la intervención conjugada del "complejo técnico-financiero" del Estado y del sistema bancario privado⁽²²⁾; la "libre competencia" sólo tiene lugar entre estos dos grupos,

-
- (18) Cuando, de 1789 a 1870, la burguesía consolida su poder, el Estado liberal se arraiga, el desarrollo industrial despegua.
- (19) De 1870 a 1940, cuando la primera guerra mundial separa el apogeo y la crisis del parlamentarismo, acompañada de un creciente debilitamiento de la legalidad formal y de los fundamentos democráticos de la descentralización, todo ello sin perjuicio de un robustecimiento institucional y de un refinamiento técnico crecientes del control jurisdiccional de la administración.
- (20) Durante e inmediatamente después de la segunda guerra mundial, desde 1940 a 1958, con las experiencias contradictorias del régimen autoritario de Vichy y de la democracia de la IV República, bajo la cual la invocación de las tradiciones, de la III República conjugada con la revalorización de las nacionalizaciones y del servicio público, no impide la preparación institucional y económica de la V República, mediante el redescubrimiento de la economía mixta y la planificación, factores (no sólo en Francia sino también en México y quizá en general en América Latina) de la "privatización" y de la centralización y concentración del Poder Público posteriores.
- (21) Cfr. sobre la complejidad del distinguo entre monopolio de hecho y monopolio de derecho, en relación con los cometidos no-esenciales del Poder Público, CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Albores fiscales y administrativos de la privatización", Caracas: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 121, año LXVI, 1991, pp. 131-210 y ciudad de México: *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, 3a época, año III, ag. 1990, pp. 55-116; y, recientemente, "Reflexiones de actualidad sobre desconcentración y servicio público en el Distrito Federal", en ciudad de México: *Alegatos* (Sección Casos Prácticos) -U.A.M. Azcapotzalco (Depto. de Derecho), ab. 1991, No. 17, pp. 66-95, esp. numerales 41-47.
- (22) Esta "conjugación", rota en México por la nacionalización bancaria del 2 sept. 1982, ha sido restaurada por decreto constituyente publicado en el Diario

organizados y patrocinados por el Estado (planificador y comerciante) y por la naciente Comunidad Europea, apoyada en la concentración y formación de empresas multinacionales⁽²³⁾ y en un derecho europeo⁽²⁴⁾ de origen esencialmente gubernamental, que deroga progresivamente las bases tradicionales del derecho administrativo de origen parlamentario y aun jurisprudencial.

La unidad de acción política y administrativa y la decadencia de la Ley formal en la Constitución de 1958⁽²⁵⁾, completan con la normativa constitucional, el marco económico indicado, y forjan un *nuevo* derecho administrativo, siempre considerado técnicamente autónomo y especial, pero "de nuevo estilo".

En efecto, por obra de la "privatización" del régimen jurídico de la actividad administrativa, el derecho administrativo sólo recubre un sector

-
- Oficial de la Federación el 27 jun. 1990, derogatorio del párrafo 5º del artículo 28 de la Constitución, que constitucionalizara (D.O.F. 17 nov. 1982) la exclusividad del Poder Público en la prestación del desde entonces "cometido esencial" (entre 1982 y 1990) de banca y crédito.
- (23) No siempre todas "europeas", acota BOURJOL, 45.
- (24) El tema, aun "ajeno" a América Latina, amerita urgentes información y reflexión ante el horizonte del Mercosur, del Acuerdo del Libre Comercio (Canadá/Estados Unidos de América/México), y de la Iniciativa de las Américas planteada en 1990 por el Presidente George Bush. Para una apoyatura introductoria, en la experiencia comunitaria europea, pueden verse: *Perspectivas del Derecho Público, en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, Madrid: I.E.A.L., 5 vols., "prefacio" de Marcel WALINE, en su vol. II, pp. 487-830; IPSEN, Hans Peter, *Europaeisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen: Mohr, 1972, 540 pp.; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. GONZALEZ CAMPOS, Julio D. y MUÑOZ MACHADO, Santiago, Directores, *Tratado de derecho comunitario europeo* (Estudio sistemático desde el derecho español), Madrid: Civitas, 3 vols., 805+666+874 pp., 1986; y, por todos, el gigantesco *Comentario* dirigido por J. MEGRET, M. WAELBROECK, J. V. Louis y otros, *Le droit de la Communauté Economique Européenne*, Bruxelles, 10 vols. en curso de publicación desde 1987, de los cuales sólo conocemos siete.
- (25) Las profecías, referentes al "juego" de la función legislativa y de la potestad reglamentaria, instaurado por los artículos 37 y 34 de la Constitución francesa de 1958, habrían sido desmentidas en la práctica de sus dos primeras décadas de vigencia, según la matizada doctrina, algo oficialista ("giscardiana"), documentada por Favoreu, Louis (director), *Le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1978, 288 pp.

(núcleo central y parte de la zona fronteriza) de la acción administrativa, la búsqueda de cuyo único criterio⁽²⁶⁾ jurisprudencial lleva a constatar la inexistencia del mismo. La decadencia de la Ley formal debilita el principio de la legalidad y los elementos de la infralegalidad administrativa (reglamentos subordinados y autónomos) predominan y se acumulan con la expansión de la función gubernamental, jurisdiccionalmente injusticiable y, de hecho, políticamente incontrolable. El control jurisdiccional "se queda sin aliento" tratando de seguir una evolución que era constitucionalmente previsible y que lo lleva a controlar actos gubernamentales en sentido estricto (los reglamentos autónomos), y con ellos a inmiscuirse en el dominio de la política. El intervencionismo económico hace muy difícil el control jurisdiccional respecto de decisiones necesariamente particulares y cada vez menos vinculadas a reglas generales precisas⁽²⁷⁾. Sin embargo, este "nuevo estilo" del derecho administrativo significa el cuestionamiento de una parte considerable de las libertades públicas y de la igualdad entre los ciudadanos⁽²⁸⁾.

(26) Cfr. en el sentido de su inexistencia, CHIENOT, Bernard, "La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat", Paris: *Etudes et documents du Conseil d'Etat*, 1950, No. 4, pp. 77 ss., cuya indefinición empírica fuera calificada de "existencialismo jurídico". Por el contrario, esta postura pragmática y de juez fue vigorosamente atacada, desde distintas posturas doctrinales (servicio público, potestad pública, interés general, régimen administrativo, actos de autoridad frente a actos de gestión): así, por todos, RIVERO, Jean, "Apologie pour les faiseurs de systèmes", Paris: *Dalloz*, 1951, chr. XXIII, pp. 99-102; y del mismo Rivero, "Existe-t-il un critère du droit administratif?", Paris: *Rev. du droit public*, 1953, No. 2, pp. 279-286.

(27) Cfr., la precursora lucidez de BARBE PEREZ, Héctor, "Adecuación de la administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho" en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*. Madrid: I.E.A.L., 5 vols., "prefacio" de Marcel Waline, 1969, t. V., pp. 19-43.

(28) BOURJOL, p. 52; cfr., la clásica tesis de RIVERO, Jean, *Les mesures d'ordre intérieur administratives* (Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics), Paris: Sirey, 1934, 301 pp., la cual cabría ahora cotejar con la renovadora de MOCKLE, Daniel, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglémentaires*, Paris: L. G. D. J. 1984, in totum. Para una síntesis general, v. CHAPUS, René, *Droit administratif général*. Paris: Montcherstien/Domat droit public, 2 vols, 5a. ed., 1990-91, t. 1, 973 pp., esp. 355-365.

4. *Desdén hacia la clásica presentación patológica.*

Esta apasionante Introducción General permite desdeñar el clásico esquema de la asignatura, centrado en el predominio del contencioso sobre el derecho material⁽²⁹⁾. Aquella estructuración de *commonlawyers* hacía predominar la patología y fisiología, estudiaba inicialmente las formas desviadas de la acción, para apenas ocuparse de ésta en un segundo movimiento. El profesor francés prefiere, como es lógico, tratar en primer lugar de la acción, en su sentido más amplio como "derecho de la administración". Por ello, el resto de su primer volumen comprende cuatro títulos: I) Los datos fundamentales: imputación (teoría de las personas públicas) y límites (principio de legalidad) de la acción; II) Los marcos jurídicos: la organización administrativa del Estado y de las colectividades territoriales; III) Los medios: los actos administrativos (unilaterales y contractuales, "administrativos" o de derecho privado); IV) Las formas: policía administrativa, servicio público, intervención del Estado en materia económica⁽³⁰⁾.

II

EL GRAN CONTRASTE

5. *Pluridisciplinarietà y jurisdicción administrativa.*

La riqueza del planteamiento insito en el plan de Bourjol, se refleja en la abundancia de aportaciones relevantes que, aquí y allá, a lo largo de páginas ejemplares, muestran el acierto de la pluridisciplinarietà implantada en Francia por la reorganización universitaria de 1954-1969. La historia, la economía y la política, los tres pilares de toda aproximación científica del derecho administrativo según el maestro Alejandro Nieto de la Universidad

(29) Desdeñado igualmente la postura "defensiva", v. por todos, MARTIN-MATEO, Ramón, *Manual de derecho administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 1991, in totum, y respecto del mismo, nuestra recensión en Buenos Aires: *Rev. argentina de derecho administrativo*, año II, No. 4, 1972, pp. 179-183.

(30) Cfr. nuestra contribución precitada supra en la nota (16) y, en la misma, la referencia en su propia nota (16) al diálogo en el anfiteatro Maurice Hauriou de la Facultad de Toulouse, en 1981, con el profesor Jean-Arnaud MAZÈRES, así como en la Universidad de París I, en el curso de doctorado de Estado del profesor Gérard CONAC.

Complutense de Madrid, se conjugan para multiplicar los aciertos, la clarividencia expositiva y crítica de Bourjol, verdadera sacudida al polvoriento edificio de una Administración Pública progresivamente alejada de la sabiduría de un Laferrière o de un Duguit, por el servilismo doctrinal para con una jurisprudencia cuya admirable continuidad y adaptabilidad⁽³¹⁾ no logran ocultar su incompatibilidad con los principios revolucionarios de 1789 y republicanos de 1848, reafirmados por el Preámbulo constitucional de 1958.

6. *Substrato democrático y raigambre autoritaria.*

Obra de tesis, subtenida constantemente por la reivindicación implícita de los grandes principios políticos que forjaron el clasicismo administrativo francés irradiándolo por el mundo entero, la realización de Bourjol pertenece a una selecta corriente. Es la protagonizada contemporáneamente por Ernst-Wolfgang Boeckenfoerde y Dieter H. Scheuing, en Alemania; por Eduardo García de Enterría, Lorenzo Martín-Retortillo Báquer y Alejandro Nieto en España; por José Rodríguez Elizondo (Santiago), Enrique a. Marín-Quijada (Caracas) y Alberto Ruiz Eldredge (Lima), entre tantos otros, en nuestra América.

Para realce de este substrato democrático, es oportuno contrastarla con el Tratado del profesor alemán Forsthoff, de la Universidad de Heidelberg⁽³²⁾.

Dejando de lado otros puntos menores, el sugestivo contraste entre Forsthoff y Bourjol, se manifiesta en los temas que siguen:

La concepción del Estado (A), la Constitución (B), el Estado de Derecho (C), el liberalismo y su incompatibilidad con la plenitud democrática

(31) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid: Civitas, 1989, 194 pp., con deslumbrante autocritica del Maestro, y su bibliografía. La fineza y profundidad de esta aportación española han determinado, en julio de 1991, su traducción francesa y publicación inmediatas por el *Conseil d'Etat* en su revista *Etudes et documents*, según nos lo confirma el Consejero Guy Braibant, presidente de la Sección del Informe.

(32) La difusión de cuya raigambre autoritaria se vale ahora, además de la vieja traducción castellana de la quinta edición alemana, de una traducción belga de la 9a. ed., realizada por su discípulo francés Michel FROMONT: FORSTHOFF, Ernst, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles: Emile Bruylant, 1969, 753 pp. En las notas que siguen, este *Traité* y la precitada obra de BOURJOL se citan abreviadamente por los respectivos apellidos y la página respectiva.

y social del Estado de Derecho (D), la seguridad terminológica haciendo participar al ciudadano (y no a vagos administrados, profanos o sujetos) en una Administración *desde abajo* (E), la tecnocracia como enmascaramiento axiológico tendente a quebrar la relación permanente entre la base y la cúspide administrativa (F), la Administración como servicio en lugar de la Administración concebida como poder autoritario (G), la amplia y creciente visión del "bloque de la legalidad" tendente a superar el debilitamiento de la ley formal (H), la modernidad de la jurisprudencia manejada y la tendencia a frenar los excesos del Ejecutivo moderno mediante una creciente afirmación del Poder Judicial como verdadero Poder del Estado (I), la apertura doctrinal sin sectarismos (J), la aportación de la ciencia administrativa (K) y la presencia subyacente pero constante de la ciencia política (L), la historia – normativa, pero también económica, social y política – como escenario de un Derecho Administrativo encarnado (M)⁽³³⁾. Corolarios, derivados pero igualmente fundamentales, de la postura ante dichos temas, los hallaremos luego en los siguientes puntos: la relación del Derecho Público con el privado (a), la metodología positivista y la sumisión de las normas positivas a un Derecho superior (b) y la democracia administrativa (c).

Esta última repercute en cuatro aspectos, igualmente significativos: la raigambre republicana del Derecho administrativo (aa), la concepción del Estado como servidor de los ciudadanos (bb) –y ello tanto en la descentralización territorial (aaa) como en la descentralización funcional (bbb)–, la búsqueda de la máxima espontaneidad e inmediatez de la base en las decisiones de la jerarquía administrativa (cc) y una justicia administrativa de fácil y casi irrestricto acceso (dd).

7) *La concepción del Estado.*

Es todo un parteaguas. Para el profesor alemán, es un ente trascendente⁽³⁴⁾, situado por encima e independiente de los ciudadanos⁽³⁵⁾,

(33) Respecto de este último punto, más ampliamente, CORTIÑAS-PELAEZ, León, "Un derecho administrativo comunitario latinoamericano (Notas para una consideración multidisciplinaria)", originalmente "prólogo" a Fernando Aguirre-Bastos. *El grupo subregional andino en el proceso de integración económica en América Latina*, su tesis de Oxford editada en Valencia-Venezuela: Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo, 1976; reproducido en ciudad de México: *Revista latinoamericana de administración pública*. No. 7, con "Presentación" de Andrés CASO-LOMBARDO, 1978, pp. 5-78.

(34) FORSTHOFF, 55.

(35) FORSTHOFF, 177.

cuya autoridad es superior a la regla de Derecho⁽³⁶⁾ y no admite una limitación jurisdiccionalmente deslindable⁽³⁷⁾ de sus derechos públicos, no concibiéndose siquiera que dicho proceso objetivo pueda ser suscitado por los ciudadanos legítimamente interesados en la regularidad interna de la Administración: por debajo de la aparente renuencia del profesor nacionalsocialista a pronunciarse sobre las relaciones entre Derecho y Estado⁽³⁸⁾, se comprende que su totalitarismo⁽³⁹⁾ –inmanente a toda su concepción del derecho administrativo– lo lleve a desconocer la vigencia de un individuo jurídicamente respetable con anterioridad al Estado⁽⁴⁰⁾ y a imaginar que la limitación de éste emana, abstractamente, del orden jurídico⁽⁴¹⁾ y no de la acción política de ciudadanos responsables que no admiten el trato de meros súbditos.

Por el contrario, el Hombre (*Mensch*) es el centro de la concepción del autor francés⁽⁴²⁾, y el Estado no está al servicio de la ganancia de unos pocos sino del interés de la colectividad en su totalidad⁽⁴³⁾, la cual mediante su voluntad soberana libremente expresada, emite (*effecteur*) informaciones axiológicas⁽⁴⁴⁾ que habilitan al Poder para la adopción (*sélecteur*) de capitales decisiones políticas, que modelan la actividad administrativa (*transducteur*); el Poder inicial están en la base, la cúspide no hace sino ejecutar sus aspiraciones, con un margen de discrecionalidad siempre limitado por la periodicidad de las consultas (elecciones, referendums, opinión pública) a la base⁽⁴⁵⁾ y por sus representantes permanentes (Parlamento) en el nivel de selección de finalidades.

(36) FORSTHOFF, 350.

(37) FORSTHOFF, 653.

(38) FORSTHOFF, 292.

(39) Sobre la actualidad y matices de esta noción, v. HABA, Enrique-Pedro, *La idea de totalitarismo, y la libertad individual* (Autopsia de una noción mistificadora), "prólogo" de León CORTIÑAS-PELAEZ, Bogotá: Temis, 1976, XXXVI + 256 pp.; y del mismo HABA, *Tratado básico de derechos humanos*. San José de Costa Rica: Juricentro, 1986, 4 vols. en curso de publicación, de los cuales han aparecido el I y II, XLVI + 970 pp., respecto de los cuales puede verse nuestra recensión en Madrid: *Revista de administración pública*. 1990, No. 121, pp. 534-537.

(40) FORSTHOFF, 292.

(41) *Ibidem*

(42) BOURJOL, 13.

(43) BOURJOL, 291.

(44) BOURJOL, 20.

(45) *Ibidem*.

8) La Constitución.

En la versión autoritaria, la regla suprema es temida y –siguiendo a Otto Mayer– colocada en el plano de lo contingente⁽⁴⁶⁾, de lo eventualmente prescindible o reductible a las buenas intenciones⁽⁴⁷⁾, evitándose la "confusión" de lo constitucional y lo administrativo a pretexto de la inconveniencia científica de las consideraciones de principio⁽⁴⁸⁾, evitación axiológica que no impide remitirse al teórico nazi Carl Schmitt⁽⁴⁹⁾, respecto del tema tabú así rehuido.

Por el contrario, la Constitución⁽⁵⁰⁾ preside las consideraciones normativas del maestro francés⁽⁵¹⁾, quien concordantemente afirma la imperatividad del Preámbulo de 1946⁽⁵²⁾, confirmada por el fallo del Consejo Constitucional de julio de 1971⁽⁵³⁾.

9) El "Estado Social" y el Estado de Derecho.

Este es presentado por el profesor alemán como una ideología⁽⁵⁴⁾, en ocaso⁽⁵⁵⁾, que ya no existe más⁽⁵⁶⁾, y que no podrá revivir⁽⁵⁷⁾, pero su

(46) Forsthoff, 60 en nota. Por el contrario, para que las exigencias de una Constitución democrática penetren por los más variados intersticios del sistema jurídico de las administraciones públicas, cf. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Bajo el signo de la Constitución*, Madrid: I. E. A. L., 1983, 630 pp.

(47) FORSTHOFF, 94.

(48) FORSTHOFF, 43.

(49) FORSTHOFF, 208 en su nota 2. Respecto del enmascaramiento schmittiano de la ciencia, cfr. HABA, Enrique-Pedro, "Decisionismo e iusnaturalismo como ideologías" (Algunas –otras– nociones en torno a las ideologías de Carl Schmitt sobre el derecho y el Estado), Suprema Corte de Justicia: *Revista Judicial*, año VII, No. 24, San José de Costa Rica, 1983, pp. 9-27, con una extensa bibliografía, citando en particular la *omnicomprensiva monografía de HOFMANN, Hasso, Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts* (Legitimidad contra legalidad. El camino de la filosofía política de Carl Schmitt), Neuwied y Berlín: Luchterhand, 1964, 304 pp.

(50) Cfr. recientemente, LUCHAIRE, François y MAUS, Didier, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*. Paris: Conseil d'Etat, 1991, 3 vols.

(51) BOURJOL, 46 ss., 119.

(52) BOURJOL, 325.

(53) BOURJOL, 49.

(54) FORSTHOFF, 81.

(55) FORSTHOFF, 112.

(56) FORSTHOFF, 112.

(57) *Ibidem*.

afirmación no supone la postulación de una antítesis de progreso sino la restauración nostálgica del *Totaler Staat*⁽⁵⁸⁾ exaltado por Ernst FORSTHOFF en 1933, restauración cuya imposibilidad lo lleva reiteradamente a preconizar la “neutralización axiológica” del Estado, la contradicción insuperable⁽⁵⁹⁾ entre Estado de Derecho y Estado Social, y a truncar reiteradamente –perversamente diría el maestro de Tubinga Otto Bachof– el imperativo democrático de la Administración en la Constitución de Bonn, mediante una cita incompleta⁽⁶⁰⁾, de los artículos 20 y 28 de la Grundgesetz.

10) El “liberalismo” y la nacionalización.

Un aparente liberalismo del Traité, su calculada invocación, aquí y allá, del Estado de Derecho, no logran engañar al lector advertido, que comprende la ilusión restauradora (del militarismo forjado, por la propiedad privada de los medios de producción, en la zona del Rhur) que anida, al igual que en su “correligionario” Ernest-Rudolf Huber, cuando alienta, en contra de los imperativos democráticos y sociales de la *Grundgesetz*, la presunta incompatibilidad de ésta con la quiebra de posiciones económicas dominantes⁽⁶¹⁾.

Inversamente, la plenitud democrática y social del Estado de Derecho postulada por el Consejo Nacional de la Resistencia⁽⁶²⁾ y por los Preámbulos de 1946 y 1958 en las Constituciones francesas, lleva al maestro francés al realce del propósito de las nacionalizaciones de 1946, que define, con el profesor Jean Rivero, como “la transferencia a la nación de la propiedad de una empresa o de un grupo de empresas privadas para sustraerlas a la apropiación capitalista y organizar su gestión según las exigencias del interés general”. *En una economía que permanece liberal:*

“la nacionalización no es una socialización, porque no modifica la naturaleza del poder político; ella no es tampoco una

(58) “El Estado total”, sugestivo título del volumen publicado en 1933, por FORSTHOFF y en ocasión del ascenso del movimiento nacionalsocialista al poder en perjuicio de la República alemana de Weimar, Hamburgo: Hanseatische Verlag anstalt, 48 pp.

(59) FORSTHOFF, 122.

(60) FORSTHOFF, 122 Y 299.

(61) FORSTHOFF, 126.

(62) BOURJOL, 308.

estatización porque la empresa pública nacional está sometida en principio al derecho privado y constituye una entidad jurídica diferente del Estado. La nacionalización responde a la idea de “democracia económica”, que realiza la síntesis del “servicio público” y del “interés general”, y que tiene su fundamento, en el marco de una economía planificada, en la descentralización del poder decisorio en beneficio de los asalariados y usuarios de la empresa⁽⁶³⁾.”

11) Técnica y terminología autoritarias.

Naturalmente la ambigüedad constante entre un liberalismo de fachada y un totalitarismo fuertemente interiorizado⁽⁶⁴⁾, crea en la concepción autoritaria no sólo *incoherencias técnicas* entre el derecho administrativo –bastante envejecido en jurisprudencia y en doctrina que se exponen– y el derecho constitucional vigente⁽⁶⁵⁾ sino, expresivamente, una *reiterada inseguridad terminológica*. Esta se manifiesta en la repugnancia por el vocablo *ciudadano*, rara vez empleado⁽⁶⁶⁾ y entonces para neutralizarlo en su gravitación social y mediatizarlo⁽⁶⁷⁾ en sus relaciones con el Estado, vocablo que se prefiere reemplazar por los más vagos de *individuo*⁽⁶⁸⁾, o por los “cosificantes” de *administrado*⁽⁶⁹⁾, *profano*⁽⁷⁰⁾ y *sujeito*⁽⁷¹⁾.

En el fondo, contrastando con la citada definición democrática sobre las nacionalizaciones, la Administración no supone una participación de los ciudadanos en su seno, no son éstos los que la forjan para multiplicar

(63) BOURJOL, *ibidem*.

(64) BOURJOL, 40.

(65) En efecto, la Constitución democrática y social de 1949 de la República de Bonn sólo es tenida en cuenta en momentos en que su silenciamiento sería flagrante, como en FORSTHOFF, 465 y, entonces, para pretender la continuidad de los derogados principios de la Constitución de Weimar. Cfr. nuevamente la aportación de Lorenzo MARTIN-RETORTILLO Baquer, precitada *supra*, en nota (46).

(66) Salvo omisión nuestra, sólo en FORSTHOFF 129, 133, 538 y 566.

(67) Neutralización operada mediante la propia administración: FORSTHOFF, 116.

(68) FORSTHOFF, 292.

(69) FORSTHOFF, 103.

(70) FORSTHOFF, 640.

(71) FORSTHOFF, 187.

mediante sus servicios, y bajo pautas axiológicas que ellos inspiran, la dignidad de la persona humana en sociedad: muy al contrario, para Forsthoff, la Administración es neutra⁽⁷²⁾, mera dadora⁽⁷³⁾ de prestaciones, proveedora⁽⁷⁴⁾ desde arriba, sin condicionamiento alguno por una base ciudadana de la cual se la distingue expresamente⁽⁷⁵⁾.

12) Tecnoestructura y presidencialismo.

La tecnocracia irruinpe así⁽⁷⁶⁾ como nueva base de la Administración y Ersatz del añorado partido único⁽⁷⁷⁾ que evitará sólo transitoriamente los males⁽⁷⁸⁾ de los partidos políticos cuyas "preocupaciones"⁽⁷⁹⁾ es menester neutralizar. La pregonada neutralidad⁽⁸⁰⁾, la postulada exclusión de fines extra-jurídicos⁽⁸¹⁾, desnuda así su verdadero alcance.

Este enmascaramiento axiológico contrasta con la permanente relación de la base (*effecteur*) con la cúspide (*sélecteur*), que hace de la elección la piedra angular y el criterio de la descentralización⁽⁸²⁾, criterio que procede aplicar igualmente a las capitales y administraciones metropolitanas⁽⁸³⁾ reducidas en nuestros días al rango minusvalorado de áreas coloniales, impedidas de elegir libremente sus autoridades administrativas nombradas por el poder central^(83a). Afortunadamente limitada al nivel

(72) FORSTHOFF, 43.

(73) Geber, en alemán; FORSTHOFF, 533.

(74) FORSTHOFF, 84.

(75) FORSTHOFF, 236 en nota 71.

(76) FORSTHOFF, 136 Y 440.

(77) FORSTHOFF, 144.

(78) FORSTHOFF, 83, habla de su "influencia irritante sobre la Administración".

(79) FORSTHOFF, 742.

(80) FORSTHOFF, 738.

(81) FORSTHOFF, 235.

(82) BOURJOL, 104.

(83) BOURJOL, 152 en nota 1.

(83a) Es el caso del Distrito Federal de México, desde 1928; cfr. MARTÍNEZ-CASTAÑÓN, José Antonio, *La entidad federativa Distrito Federal*, Naulpalpan de Juárez/Estado de México: U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 2 ab. 1991, 20 ff. y anexos, trabajo escrito para el concurso de oposición en las cátedras de derecho administrativo, en el que fuera declarado, por unanimidad, ganador con el No. 1 por el Síndico integrado por los profesores Miguel ACOSTA-ROMERO (presidente), León CORTIÑAS-PELÁEZ, Rafael IBARRA GIL, Marcial PÉREZ Y PÉREZ (secretario) y Jerardo ESPINOZA-CARRILLO.

ministerial⁽⁸⁴⁾ en países del régimen presidencial fuertemente personalizado en que el Jefe de Estado avoca las grandes decisiones políticas, dicha tecnocracia se agrava sin embargo en la medida en que la "tecnocracia pública" debe concertarse con la "tecnocracia privada", lo que lleva a dichas *tecnoestructuras*⁽⁸⁵⁾ a la elaboración de soluciones, a la formulación de opciones, que los parlamentarios y otros sectores sociales amateurs no podrán contradecir. Dicha subordinación al poder presidencial, así como su impermeabilidad a las "informaciones axiológicas (elecciones, referéndums, opinión pública)" elevadas desde la base (*effecteur*) provocan el aislamiento (*vase-clos*) de la tecnoestructura, que no sólo se aleja de las asambleas parlamentarias (*amateurs*) sino que instaura con los administrados relaciones de autoridad, vueltas más eficaces por la desconcentración administrativa, apenas moderada por la aparición de formas de administración consultiva⁽⁸⁶⁾.

13) La "Daseinsvorsorge" y el "service public".

La Administración como poder autoritario se enfrenta en nuestros autores a la Administración como servicio.

Para el autoritario, ella "dispone" de los individuos⁽⁸⁷⁾, que son "independientes" de ella⁽⁸⁸⁾, y la paternalista⁽⁸⁹⁾ concepción de la *Daseinsvorsorge*⁽⁹⁰⁾ coincide con la afirmación, ciertamente excesiva y algo sospechosa, de que el *service public* es una noción desquiciada⁽⁹¹⁾ que el

(84) "Ministre-technicien" según BOURJOL, 48.

(85) BOURJOL, *ibidem*.

(86) BOURJOL, *ibidem*; sería el caso de las *consultas populares*, establecidas en materia del planeación económica y social por el artículo 26.3 de la Constitución federal mexicana, por decreto constituyente publicado en el *Diario Oficial* el 3 feb. 1983.

(87) FORSTHOFF, 39.

(88) FORSTHOFF, 134, 439, 467, 472.

(89) FORSTHOFF, 590.

(90) FORSTHOFF, 533 ss., término que proponemos traducir como "promoción integral del Hombre", como ya lo planteábamos en nuestra traducción de WOLFF, Hans-Julius, "El derecho administrativo de prestaciones", en *Perspectivas del Derecho Público* en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso, Madrid: I.E.A.L., 5 vols.. 1969, "prefacio" de Marcel Waline, en su t. V; p. 351 en nota.

(91) FORSTHOFF, 535.

autor apoya no en la reciente literatura francesa sino en una bibliografía alemana, no sólo envejecida⁽⁹²⁾ sino inefablemente ilustrada por una indiscutida figura de la nueva doctrina de cuño nacionalsocialista⁽⁹³⁾; además, la *Daseinsvorsorge*, cuando desborda el marco del derecho administrativo, no lo hace en momento alguno⁽⁹⁴⁾ hacia el campo de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, no aparece vinculada a las garantías constitucionales del Estado, sino sólo al derecho económico, el derecho del trabajo y la seguridad social⁽⁹⁵⁾.

Para el jurista galo, el criterio del servicio público permanece como el criterio principal del derecho administrativo para la jurisprudencia y una parte de la doctrina⁽⁹⁶⁾, y el viraje constituido por la creación jurisprudencial en 1921 de los servicios industriales y comerciales⁽⁹⁷⁾ testimonia la adulteración de los postulados de democracia económica por obra del auge de la economía neoliberal. Esta somete a las empresas públicas a las "leyes" del mercado capitalista nacional e internacional, bastante poco compatibles con las del servicio público⁽⁹⁸⁾; dicho viraje significó, por una parte, una limitación del poder público en materia económica privando a los servicios públicos intervencionistas de las garantías del régimen administrativo; y, por otra parte, la entrega del control de dichas actividades al juez judicial, menos preocupado de las exigencias del servicio público y defensor tradicional de la

(92) FORSTHOFF, 535 en nota 7.

(93) El señor profesor Román Schnur, recientemente llamado a Tubinga.

(94) FORSTHOFF, 535. En sentido contrario y que consideramos de principio, potenciador de libertades y ello inclusive bajo la dictadura franquista, v. dos libros ejemplares del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORILLO BÁQUER, *Las sanciones de orden público en derecho español* (Memoria sobre jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo en materia de orden público), Madrid: Tecnos, vol. I, 1973, 390 pp. *La cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Madrid: cuadernos Civitas, 1975, 68 pp.

(95) FORSTHOFF, *ibidem*.

(96) BOURJOL, 32.

(97) El fallo *Bac d'Eloka*.

(98) BOURJOL, 319. En este último sentido, con estremecedora actualidad respecto de la ola neoliberal que sacude nuestras administraciones públicas occidentales, particularmente desde 1989, v. *L'agression* (L'Etat-Giscard contre le secteur public), "Préface" del entonces todavía candidato presidencial François MITERRAND, París: Club socialiste du livre, 1980, 324 pp.

iniciativa privada⁽⁹⁹⁾. Esta jurisprudencia vacilante⁽¹⁰⁰⁾, de la cual se ha dicho que no es "ni muy gloriosa ni muy enriquecedora"⁽¹⁰¹⁾ y que es calificada de "congénitamente detestable"⁽¹⁰²⁾, traduce la utilización de una técnica jurídica⁽¹⁰³⁾ para frenar una evolución políticamente desagradable⁽¹⁰⁴⁾; sin embargo, a pesar de ella, la noción de servicio público juega, como noción de síntesis, un papel importante como criterio de competencia del juez administrativo, en la definición del acto administrativo, de las obras públicas, etcétera⁽¹⁰⁵⁾. Políticamente, todo depende de la concepción que tengan los gobernantes, en un momento dado, de las exigencias del interés general: el liberalismo impartía al servicio público un dominio limitado, pero sometándolo a un régimen unitario de derecho público, mientras que el neoliberalismo extiende el campo de intervención del poder público, "privatizando" su régimen⁽¹⁰⁶⁾.

14) Juridicidad amplia o restringida.

El imperio de la Ley formal es, antagónicamente, rebajado o exaltado. Para el autor autoritario, la *consuetudo abrogatoria* (la costumbre derogatoria

(99) BOURJOL, 320. Para esta desconfianza en los jueces judiciales, que postula algo ingenuamente la "superior conciencia social y republicana" de los jueces administrativos-autónomos, cf. GONZÁLEZ-COSÍO, Arturo. *El Poder Público y la jurisdicción administrativa en México*, ciudad de México: Porrúa S.A., 2a. ed., 1982, 251 pp. —Lo postulado es exacto en la realidad postrevolucionaria francesa, aún hoy vigente en esta materia, según nuestra reiterada experiencia (1961-1974, y visitas posteriores): cabría empero desconfiar quizás de una importación extralógica en un país tan diferente como México donde, inclusive después de la amplia constitucionalización de la jurisdicción administrativa autónoma (arts. 73 XXXIX H, 104 I.B., 116 IV y concordantes), seguimos careciendo de requisitos satisfactoriamente específicos para su reclutamiento, carrera y creciente especialización, como sabiamente los exigía en su ley del 25 de mayo de 1853 don Teodosio LARES, estupendo jurista y fundador del derecho administrativo, no sólo en México sino probablemente en toda América Latina; cfr. LARES, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo*, ciudad de México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852, XVI +410 pp., ahora en edición facsimilar con "prólogo" de Antonio CARRILLO-FLORES, ciudad de México: U.N.A.M., 1978.

(100) BOURJOL, 320.

(101) *Ibidem*.

(102) *Ibidem*.

(103) Particularmente por el Tribunal de Conflictos de Francia.

(104) BOURJOL, 320.

(105) BOURJOL, 294.

(106) BOURJOL, 294.

de la Ley) tiene existencia incontestable⁽¹⁰⁷⁾, puesto que en todos los tiempos ha habido prescripciones superadas por los acontecimientos⁽¹⁰⁸⁾; en particular, la Administración sólo está parcialmente sometida a la Ley⁽¹⁰⁹⁾, moviéndose en el campo de una amplia discrecionalidad⁽¹¹⁰⁾, que se afirma como “centro del derecho administrativo”⁽¹¹¹⁾ e incontrolable por los tribunales administrativos, libertad respecto del control de juridicidad que también se aplica a las relaciones interadministrativas⁽¹¹²⁾, cuyos conflictos se reputan de naturaleza diversa a los conflictos entre órganos constitucionales⁽¹¹³⁾. Dicha visión empedregada de la juridicidad, ciertamente cuestionada en la misma Alemania Federal⁽¹¹⁴⁾, lleva incluso a

(107) FORSTHOFF, 240.

(108) Afirmación jurídicamente excesiva, eco del decisionismo de Carl SCHMITT, practicado por el director Gabriel Terra en Uruguay pretendiendo legitimar su golpe de Estado de 1933, reasumido también en Uruguay por los legislados de la dictadura iniciada por el ex-estudiante de derecho Jorge Pacheco-Areco y sus continuadores (1968-1985), preconizado en una aislada e infundada doctrina mexicana reciente por GONZÁLEZ-OROPEZA, Manuel, “Los empleados superiores de Hacienda”, ciudad de México: *Anuario Jurídico* (U.N.A.M./ Instituto de Investigaciones Jurídicas), tomos III-IV, 1976-1977, pp. 133-149. La práctica y la legislación mexicanas han rechazado casi de inmediato esta desviación, mediante el Acuerdo del Senado de la República, publicado en el *Diario Oficial* de 7 dic. 1987, relativo a la vigencia en lo pertinente del párrafo II del artículo 89 de la Constitución, Acuerdo desde entonces cumplido por el Ejecutivo, a pesar de una práctica secular de incumplimiento; este Acuerdo sigue las conclusiones, inspiradas en GARCÍA DE ENTERRÍA, postuladas por CORTIÑAS-PELAEZ, León, “El cometido esencial de Hacienda y la ratificación del nombramiento de sus empleados superiores por el Senado”, ciudad de México: *Rev. del Tribunal Fiscal de la Federación*, 2a época, año VII, No. 75, marzo de 1986, pp. 825-870, ahora difundido en el volumen *De la administración hacendaria en México*, ciudad de México: I.N.A.P., col. Praxis No. 77, 1988, 98 pp.

(109) FORSTHOFF, 55.

(110) *Ernessen*.

(111) FORSTHOFF, 147.

(112) “Internas de la administración”, en FORSTHOFF, 212 y 470.

(113) FORSTHOFF, 652, nota 64.

(114) Por los trabajos iniciales de la Escuela Democrática fundada por el maestro Bachof en Tubinga: BACHOF, Otto, “Ueber einige Entwicklungstendenzen im gegenwaertigen deutschen Verwaltungsrecht” (Sobre algunas tendencias evolutivas del derecho administrativo alemán contemporáneo), en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso*, 5 vols., “prefacio” de Marcel Waline,

justificar la independencia de la Administración respecto del Derecho, pues ella sería su propio fundamento⁽¹¹⁵⁾.

Esta concepción autoritaria y tecnocrática contrasta con la riqueza del bloque de la legalidad⁽¹¹⁶⁾, desarrollado por Maurice BOURJOL, quien critica la conmoción de la legalidad externa a la Administración que evoluciona en perjuicio de la Ley, particularmente luego de la Constitución francesa de 1958, cuya práctica equilibra la amplitud del dominio reglamentario con un creciente control jurisdiccional que lleva hacia un desarrollo progresivo de un “gobierno de los jueces”⁽¹¹⁷⁾.

15) Ambigüedades de la “tecnocracia judicial”.

Selección y valoración de la jurisprudencia parecen enfrentar arcaísmo con modernidad.

Para Forsthoff, la jurisprudencia reciente es, en general, la inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial y excepcionalmente la

Madrid: I.E.A.L., 1969, en el t. V, pp. 439-462, esp. 457-459; ya antes, BACHOF, Otto, “Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung” (Acto administrativo e instrucciones de servicio), contribución a *Verfassung und Verwaltung. Eestschrift fuer Wilhelm Laforet* (Constitución y administración, Estudios en Homenaje a Wilhelm Laforet), Munich: Isar, 1952, pp. 285-315, ahora reproducido en la recopilación de artículos de Bachoff, *Wege zum Rechtsstaat* (Caminos hacia el Estado de Derecho), Koeningstein/Ts.: Athenaum, 1979, VIII +394 pp., pp. 49-79, esp. 73-74; Rupp, Hans-Heinrich, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre-Verwaltungsnorm und Verwaltungsrechtsverhaeltnis* (Cuestiones fundamentales de la actual doctrina del derecho administrativo-Norma administrativa y relación de derecho administrativo), Tuebingen: Mohr, 1965, X +300 pp; PIETZCKER, Jost, “Grundrechtsbetroffenheit in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik” (Involucramiento de los derechos fundamentales en la dogmática del derecho administrativo), en Puettner, Guenter (Herausgeber) et al., *Eestschrift fuer Otto Bachof-zum 70. Geburtstag am 6. Maerz 1984* (Homenaje a Otto Bachof en su 70. cumpleaños el 6 de marzo de 1984), Munich: Beck, VIII +390 pp., esp. 131-149; últimamente, la profunda aportación del “Breve tratado” (*Kurz Lebrbuch*) de WOLFF, Hans-Julius, BACHOF, Otto y Stober, Rolf, *Verwaltungsrecht I, II y III* (Derecho administrativo I, II y III), Munich: Beck, 3 vols., respectivamente de 624 +659 y 550 pp., esp. t. I. párrafos 30 y concordantes.

(115) FORSTHOFF, 237.

(116) BOURJOL, 78 ss.

(117) BOURJOL, 87.

de los años sesenta⁽¹¹⁸⁾, recurriéndose sintomáticamente a la jurisprudencia del antiguo Tribunal Imperial⁽¹¹⁹⁾, a pesar de reconocerse expresamente que el contenido del derecho administrativo cambia cuando la protección jurisdiccional es instaurada, puesto que las nociones adoptan un nuevo sentido⁽¹²⁰⁾, lo que sin embargo prefiere olvidarse cuando se trata de limitar la libertad de prensa⁽¹²¹⁾, con criterio de Estado autoritario y en camino hacia el nacionalsocialismo⁽¹²²⁾, lo que también se olvida cuando los imperativos de un Estado democrático y social de Derecho podrían llevar a reconocer al legítimo interés la legitimación del derecho subjetivo⁽¹²³⁾.

La visión fijista de la jurisprudencia⁽¹²⁴⁾, y un verdadero temor al poder de los jueces⁽¹²⁵⁾, contrasta con el *Compendio* del profesor de Tours⁽¹²⁶⁾, cuyo *Avant-Propos* dedica una página capital a enseñar la técnica del comentario jurisprudencial, maneja la jurisprudencia reciente culminada por el fallo (*leading case*) del Consejo Constitucional⁽¹²⁷⁾, tendente a un control material efectivo de la conformidad de la Ley formal con la Constitución y su Preámbulo (16 de julio de 1971), y no teme⁽¹²⁸⁾, integrar el bloque de la legalidad con los principios generales del derecho “descubiertos” por la jurisprudencia, en elaboración de carácter político⁽¹²⁹⁾, que manifiesta

(118) FORSTHOFF, *passim*.

(119) FORSTHOFF, 191 y nota 31.

(120) FORSTHOFF, 148 nota 5.

(121) FORSTHOFF, 446.

(122) Así, la jurisprudencia liberticida bajo la Constitución de la República de Weimar, que iba preparando el hundimiento de las instituciones y el advenimiento del Estado Total, exaltado por FORSTHOFF, *supra*, nota (58).

(123) FORSTHOFF, 502-503 y nota 71.

(124) FORSTHOFF, 42.

(125) La *Richtermacht* puesta de manifiesto por el maestro BACHOFF en el marco de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*), de 1949: cfr. BACHOFF, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. castellana de Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid: Taurus, 1963, *in totum*.

(126) BOURJOL, 7-8.

(127) BOURJOL, 49.

(128) BOURJOL, 87.

(129) BOURJOL, 87; cfr. BACHOFF, Otto, “El juez constitucional entre derecho y política”, trad. castellana de León CORTIÑAS-PELÁEZ, Stuttgart: *Universitas*, año 21, 1966, pp. 137-152 y también en Montevideo: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XVIII, 1967, pp. 245-261; y, más recientemente aunque con erratas que hacen urgente su nueva publicación, BACHOFF, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, trad. castellana de León CORTIÑAS-PELÁEZ, Guanajato: *Boletín del departamento de investigaciones jurídicas* (Escuela de Derecho-Univ. de Guanajato), No. 10, 1983, pp. 46-66 y, también, en ciudad de México: *Boletín mexicano de derecho comparado* (U.N.A.M. - I.I.J.), nueva serie, año XXX, No. 57, dic. 1986, pp. 837-852. En el mismo sentido, más ampliamente: CORTIÑAS-PELÁEZ, León, “Jurisdicción

mediante esta naciente “tecnocracia judicial”, una neta tendencia hacia un “gobierno de los jueces” como contrapeso a los excesos normativos infralegales^(129a) de la monarquía electiva de la Quinta República.

16) Una importante fuente “indirecta”: Objetividad y subjetividad en la doctrina.

El manejo de la doctrina enfrenta unilateralidad autoritaria con apertura democrática.

El *Compendio* francés se revela nuevamente como una obra de indiscutible clase científica, citando limpia y pertinentemente autores del derecho administrativo contemporáneo—de todas las corrientes— y cotejándolos con el pensamiento de los grandes clásicos, presentados éstos igualmente en su “abanico” global: incluso contrastando con la doctrina francesa corriente, se citan los autores constantemente a nivel del texto, la doctrina parece adquirir—como en los países italo-ibéricos y latinoamericanos— relevancia casi de “fuente indirecta” del Derecho, y la probidad de Maurice Bourjol lo lleva incluso a presentar cuadros esquemáticos, donde se brinda en columnas paralelas, la postura de varios autores con referencia a una noción; así, respecto de interés general-interés público-utilidad pública⁽¹³⁰⁾, administración y derecho administrativo⁽¹³¹⁾, policía administrativa⁽¹³²⁾, servicio público⁽¹³³⁾, empresa pública⁽¹³⁴⁾.

administrativa y tecnocracia judicial”, en *Libro homenaje al Doctor Eloy Lares Martínez*. 2 vols., Caracas: Instituto de Derecho Público U.C.V., 1984, t. I, pp. 235-254; y el trabajo citado *supra*, en nota (33).

(129a) Son los manifestados por las reglas infralegales y prácticas pararreglamentarias estudiadas por la tesis de MOCKLE, precitada en la nota (28). En general y en el caso de México en particular, urge preceptuar tanto su obligatoriedad publicación en el *Diario Oficial* como su automática impugnabilidad ante la jurisdicción competente (sea ésta la autónoma de lo contencioso-administrativo, sea en su defecto la del Poder Judicial Federal).

(130) BOURJOL, 22; al respecto, MARTÍNEZ-CASTAÑÓN, José Antonio, *El interés público y la intervención estatal*, UNAM./División de Ciencias Jurídicas de la ENEP “Acatlán”, tesis profesional de licenciatura con mención honorífica, 1984, 423 ff.

(131) BOURJOL, 23.

(132) BOURJOL, 287 y, en postura posterior que radicaliza la búsqueda de nuevas relaciones de la policía y el Estado, GLEIZAL, Jean-Jacques, *La police nationale* (droit et pratique policière en France), tesis con prefacio de André DEMICHEL, Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 1974, 362 pp. y del mismo GLEIZAL, *Le désordre policier*, París: P.U.F., 1985, 202 pp.; para su concepto del derecho administrativo, v. GLEIZAL, Jean-Jacques, *Le droit politique de l'Etat*, París: R.U.F., 1980, a cotejar con el de DEMICHEL, André, *Le droit administratif*, París: L.G.D.J., 1978, ambos *in totum*.

(133) BOURJOL, 306.

(134) BOURJOL, 318.

La sospechosa subjetividad del libro de Forsthoff desnuda cándidamente su interiorizado totalitarismo no bien se profundiza un poco en sus referencias doctrinales: la ignorancia total de la más reciente doctrina de los años sesenta (precisamente la que tiende a ajustar el clásico derecho administrativo imperial a los principios republicanos de la Grundgesetz), el silencio de la mayoría de la doctrina contemporánea⁽¹³⁵⁾, bastarían per se para presentar una imagen incompleta, fragmentaria, parcial, del derecho administrativo alemán contemporáneo; pero esta imagen se revela falseada, parcializada, tendenciosa, cuando se observa la simultánea y casi sistemática mención de los autores más proclives al totalitarismo⁽¹³⁶⁾.

17) *Del estudio pluridisciplinario de la Administración.*

La aportación de la ciencia administrativa (o, en general, de las ciencias administrativas) enfrenta igualmente dos posturas antagónicas, que no pueden dejar de relacionarse con la implícita *Weltanschauung* de ambos autores.

En la obra del profesor francés, hay que hilar muy fino para captar, aquí o allá, la repercusión, anónima, de la importante labor desarrollada en las Universidades francesas, desde 1965, por los juristas que se han volcado al estudio pluridisciplinario de la Administración. Tratándose de una obra enfocada como guía estudiantil para segundo año de licenciatura, es lógico que se omita casi toda referencia a los recientes libros de ciencia de la administración⁽¹³⁷⁾ y que la referencia doctrinal se limite a los trabajos específicamente de derecho administrativo, pero es innegable que éste se prolonga material y científicamente en las consecuencias analíticas y sintéticas de aquéllos, en temas como el enfoque cibernético de la Administración⁽¹³⁸⁾, bases históricas⁽¹³⁹⁾, bases económicas⁽¹⁴⁰⁾, todo lo referente a sus equilibrios⁽¹⁴¹⁾ y a su reforma⁽¹⁴²⁾.

(135) Concretamente, refiriéndonos sólo a autores anteriores a 1966, que es la fecha de la edición traducida por el profesor FROMONT, FORSTHOFF omite toda referencia a los trabajos de Wolfgang ABENDROTH, Otto BACHOF, Guenter DUERIG, Horst EHMKE, Hermann HESSE, Hans-Heinrich RUPP, Ulrich SCHEUNER y Klaus VOGEL.

(136) Así, la referencia a Ernst-Rudolf HUBER, Theodor MAUNZ, Carl SCHMITT, Roman SCHNUR y Werner WEBER.

(137) Así, los de Michel CROZIER, Jacques CHEVALLIER, Charles DEBBASCH, François GAZIER, Bernard GOURNAY, Georges LANGROD, Danièle LOSCHAK, Henry PUGET y Céline WEINTER.

(138) BOURJOL, 11 y esp. 20-21.

(139) BOURJOL, 24 ss.

(140) BOURJOL, 43 ss.

(141) BOURJOL, 101 ss.

(142) BOURJOL, 225 ss.

Dialécticamente hallamos en el académico alemán un silencio obstinado respecto de los autores recientes⁽¹⁴³⁾, pero en su caso dicha reserva no se justifica dada la naturaleza de un *Tratado (Lehrbuch)*, máxime que ello coincide con referencias anticuadas⁽¹⁴⁴⁾, algunas del siglo pasado⁽¹⁴⁵⁾, y con una presentación calculadamente elogiosa⁽¹⁴⁶⁾ de la *Verwaltungslehre* de Lorenz von STEIN, cuya actualización contemporánea se vincula justamente a Rudolf SMEND y su escuela⁽¹⁴⁷⁾, pero tratando de abstraer la actual "vuelta a Stein" de su innegable raíz democrática en el siglo XIX⁽¹⁴⁸⁾.

18) *La "neutralidad científica".*

La ciencia política tiene consecuentemente una misión muy diferente en ambas obras.

El *Compendio*, sin enfatizarla, la tiene cuidadosamente en cuenta, aunque más no fuera merced a los indicados desarrollos de ciencia administrativa.

Por el contrario, el *Traité*, si bien habla de ella *pour la galerie*⁽¹⁴⁹⁾, la desconoce en Lorenz von STEIN⁽¹⁵⁰⁾, y, en general, tiende a despreocuparse aparentemente de ella, tras una fachada de "neutralidad científica" cuya segunda intención, cuya reserva mental, ya hemos puesto antes de manifiesto.

19) *Ciencia y lecciones de la Historia.*

La historia, concordantemente, encarna todos los desarrollos del *Compendio* y es frecuentemente olvidada por el *Traité*.

En efecto, aparte de los respectivos capítulos introductorios sobre bases históricas⁽¹⁵¹⁾ del derecho administrativo, historia de la

(143) Tales como Ernst-Wolfgang BOECKENFOERDE, Ralf DAHRENDORF, Thomas ELLWEIN, Niklas LUHMANN, Fritz MORSTEIN-MARX, Paul MEYER y Karl-Josef PARTSCH, para no referirnos sino a aquéllos ya relevantes a fines de 1965.

(144) FORSTHOFF, 76, nota 45.

(145) FORSTHOFF, 96, nota 15.

(146) FORSTHOFF, 98.

(147) FORSTHOFF, 99.

(148) *Ibidem*.

(149) FORSTHOFF, 736.

(150) FORSTHOFF, 98.

(151) BOURJOL, 35.

administración alemana⁽¹⁵²⁾, e historia de la ciencia del derecho administrativo⁽¹⁵³⁾, es comprensible que Bourjol pueda evocar la historia de su país y de su disciplina sin complejos y sin solución de continuidad, particularmente cuando se refiere al régimen de Vichy⁽¹⁵⁴⁾.

Por el contrario, el ex-miembro de la Asociación de los Profesores Alemanes de Derecho Público (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*)⁽¹⁵⁵⁾, habla poco de la República de Weimar, fragmentariamente de la Administración republicana y democrática de Bonn, y, salvo para excepción expresa, saltea un período administrativo tan típico como el de 1933-45⁽¹⁵⁶⁾, en el que Forsthoff publicara importantes trabajos de legislación y jurisprudencia del nacional-socialismo. No debe olvidarse que, sintomáticamente, Ernst-Rudolf Huber, su “correligionario” de Gotinga (al igual que Werner Weber), detiene igualmente los tomos de su historia constitucional en 1933. También cabe apuntar la tendencia del *Traité* a desdeñar la originalidad de la *Grundgesetz* y la dinámica de sus instituciones, como si la etiqueta republicana cubriera realidades idénticas en una República Imperial y en una República Democrática y Social⁽¹⁵⁷⁾. Toda esta actitud temerosa del futuro (que implique un cambio en el sentido del crecimiento de la democracia), distorsionante del presente (salvo en lo que implique volver, así sea por medios desviados y aparentemente “técnicos”, al pasado) y, en definitiva, nostálgica, opone el *Traité al Compendio* en tres puntos. Queremos tocarlos para finalizar este paralelismo que sólo busca poner de relieve la soberana actualidad y vigencia del libro de Maurice Bourjol, frente a los administrativistas del pasado.

Nos referimos a la postura de nuestros autores respecto de la relación del Derecho Público y el derecho privado en el seno de la acción administrativa (a), del positivismo jurídico ante el Derecho Natural (b) y, fundamentalmente, de la creciente multiplicación de pequeños esfuerzos concretos en pro de la democratización de la Administración desde adentro (c), tales como se manifiestan en los epígrafes de cogestión y autogestión en las empresas, del *selfgovernment* en lo local, de la participación en general, de

(151) BOURJOL, 24 ss.

(152) FORSTHOFF, 59 ss.

(153) FORSTHOFF, 90 ss.

(154) BOURJOL, 35.

(155) “Ex-miembro” porque FORSTHOFF fue expulsado, al igual que Carl SCHIMMITT, considerando la *Vereinigung* que su membresía era incompatible, dada su “colaboración” con el régimen nacionalsocialista.

(156) FORSTHOFF, 117, 356 nota 30, y 665.

(157) FORSTHOFF, 465.

los principios de colegialidad e igualdad vistos históricamente, del control popular en materia jurisdiccional (*Popularklage*).

20) La dicotomía de los derechos público y privado.

La ambigüedad de la relación Derecho Público/Derecho Privado, ante la Administración, encuentra una reflexión aparentemente convergente en ambos autores, pero en el fondo, divergente.

El *Traité*, por su parte, considera irreductibles las técnicas jurídicas de derecho público y las del derecho privado⁽¹⁵⁸⁾, y ve en éstas una inadaptación absoluta a los problemas del derecho administrativo⁽¹⁵⁹⁾; sin embargo, afirma más lejos⁽¹⁶⁰⁾, que la definición de la Administración no depende ya de la distinción entre el derecho público y el derecho privado, distinción que se ha vuelto problemática, aconsejando abandonar la expresión “actividades comerciales” para la actividad de la Administración regida por el derecho privado⁽¹⁶¹⁾.

El *Compendio* reconoce el fenómeno de privatización⁽¹⁶²⁾ de los servicios públicos en régimen neoliberal, pero ello no le impide, no sólo criticar severamente la jurisprudencia “política” del Tribunal de Conflictos que la inaugurara⁽¹⁶³⁾, sino tampoco engañarse olvidando que las sociedades de economía mixta, por ejemplo, tras la pantalla del Estado, son el “caballo de Troya” del capital privado en una explotación que se ha vuelto rentable⁽¹⁶⁴⁾;

(158) FORSTHOFF, 153.

(159) FORSTHOFF, 154.

(160) FORSTHOFF, 132.

(161) Para un rechazo formal de esta confusión de los planos público y privado del derecho, cfr. precursoramente, SAYAGUES-LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, ahora en 5a. ed., con notas de actualización por Daniel-Hugo MARTINS, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, 2 vols., en CORTIÑAS-PELÁEZ, precitado supra, nota (3), esp. numeral 21; y, del mismo Cortiñas, en el trabajo precitado supra, nota (16), numerales 24, 42 y notas 66-67, 49 y 51.

(162) *Supra*, numerales 3 y 3.

(163) BOURJOL, 320.

(164) *Ibidem*. En este último sentido, en la legislación administrativa mexicana, las categorías de empresas de participación estatal mayoritaria y, en mucho menor grado, las empresas de participación estatal minoritaria (Leyes de 29 dic. 1976 y de 14 mayo 1986, respectivamente Orgánica de la Administración Pública Federal y Federal de entidades paraestatales, con su reglamento de 26 en. 1990).

más categóricamente aún, señala que la privatización del régimen de servicio público (servicios industriales y comerciales) engendra conflictos jurisdiccionales y axiológicos insuperables, que terminan conduciendo al sacrificio de los imperativos del servicio público en nombre de las exigencias del comercio y la industria⁽¹⁶⁵⁾.

Ello, con ser mucho no lo es todo. Además, haciéndose eco de un célebre informe del Tribunal de Cuentas de Francia, indica que la privatización orgánica (gestión de servicios públicos por personas privadas) tiene cuatro consecuencias precisas: *la primera*, la transferencia del poder de decisión, de órganos electos a órganos donde intervienen, fuertemente, intereses privados ajenos al interés general⁽¹⁶⁶⁾; *la segunda*, la neutralización de los controles estatales y, en materia local, la reducción de los poderes de las colectividades territoriales; *la tercera*, la utilización de fondos públicos sin respetar las exigencias del derecho público, lo que lleva a cargas financieras muy fuertes; *la cuarta*, los riesgos serios de corrupción y favoritismo político⁽¹⁶⁷⁾.

21) *Fetichismo normativo y jusnaturalismo.*

El Derecho Natural y la metodología positivista parecen una temática esotérica en obras de derecho administrativo general, excepción hecha de la consideración de los principios generales del Derecho como precipitado histórico directo del Derecho Natural⁽¹⁶⁸⁾. Sin embargo, en las proximidades de la tiranía (de un hombre, de un partido o de una sociedad unidimensional), sigue siendo la voz de Antígona piedra angular de toda construcción social y política, como ya lo destacara el filósofo marxista Herbert Marcuse, en sus célebres conferencias de la Universidad Libre de Berlín⁽¹⁶⁹⁾.

(165) Cfr., para la irrupción neoliberal de la privatización, en una ponderada visión de crítica histórica, las sucesivas obras de Omar GUERRERO-OROZCO: esp. *La teoría de la Administración Pública*, con "Estudio preliminar" de León CORTIÑAS-PELAÉZ, Filadelfia-México-San Francisco-São Paulo: Harper & Row Latinoamericana, 1986, LXV +398 pp.; y *El Estado y la Administración Pública en México* (Una investigación sobre la actividad del Estado mexicano en retrospectiva y prospectiva), ciudad de México: I.N.A.P., 1989, VIII +814 pp., esp. 575-770.

(166) Cfr., además de MARTÍNEZ-CASTAÑÓN, precitado en la nota (130), los desarrollos, de profunda síntesis, de WOLFF-BACHOFF-STOBER, precitados en la nota (14), sobre "das oeffentliche Interesse" (el interés público) y el "Allgemeinwohl" (el bien común), esp. t. I, parágrafo 29.

(167) BOURJOL, 322.

(168) Así, el prólogo de Jean RIVERO a la clásica obra del Presidente Benoît JEANNEAU, la contribución de GARCÍA DE ENTERRÍA y los trabajos en Uruguay de Héctor BARBÉ-PÉREZ y Alberto-Ramón REAL.

(169) En 1967, precursoras del mayo francés y del octubre mexicano de 1968.

Por todo ello, la ambigüedad del silencio de Bourjol nos parece debe ser valorada en el contexto histórico, económico y político del *Compendio*: éste se cife rigurosamente a su misión pedagógica, no entra explícitamente al tema, pero su constante relativismo histórico, presidido por los avatares de las nociones de interés general y servicio público, parece rechazar todo fetichismo normativo, incluso el del derecho humano y escrito vigente, es decir, se sitúa por encima del servilismo normativista del positivismo, sin recurrir empero para ello a un orden jurídico trascendente y preexistente. Cabría apuntar en este terreno una posible contradicción: en efecto, el maestro francés afirma, por un lado, que una persona física adquiere "de pleno derecho" la personalidad jurídica, mientras que una persona moral no es creada sino como consecuencia de una intervención⁽¹⁷⁰⁾ del Estado⁽¹⁷¹⁾; sin embargo, por otro lado, se adopta la teoría de los centros de interés jurídicamente protegidos⁽¹⁷²⁾, y se dice que, por una abstracción jurídica los grupos humanos —*como por otra parte los individuos*— son considerados sujetos de derecho, pero que este reconocimiento no tiene lugar sino en función de la noción muy concreta de intereses que la sociedad juzga dignos de una protección⁽¹⁷³⁾.

Ernst Forsthoff, más filosófico, aborda incidentalmente el tema, por momentos rechazando⁽¹⁷⁴⁾, y por momentos afirmando cautamente la referencia a un derecho más general y superior⁽¹⁷⁵⁾, sin el cual no puede ser comprendido e interpretado un orden jurídico positivo⁽¹⁷⁶⁾, "que se lo llame derecho natural o se le califique de otra manera": en verdad, ésta es otra de las imprecisiones conceptuales del autor, que limita el positivismo⁽¹⁷⁷⁾, a la aceptación exclusiva del derecho escrito, limitación arbitraria que basta para subrayar la estrechez espacio-temporal de sus enfoques.

(170) BOURJOL, 61.

(171) Afirmación que se opone, por ejemplo, a la de Hans KELSEN, quien ve en toda persona un centro jurídico de imputación de derechos y obligaciones, es decir, quien no distingue entre personas físicas y jurídicas, pues para él las personas físicas sólo tienen personalidad jurídica por el reconocimiento del Estado, lo cual explicaría, según el fallecido profesor de Berkeley, que históricamente haya habido personas físicas desposeídas de personería jurídica.

(172) BOURJOL, 60.

(173) BOURJOL, 60, subrayado nuestro.

(174) FORSTHOFF, 129 y nota 26.

(175) FORSTHOFF, 235.

(176) FORSTHOFF, 236.

(177) FORSTHOFF, 419.

22) *Autogobierno, colegialidad y tecnocracia.*

La democracia administrativa, finalmente, piedra de toque de todas las diferencias anteriormente enunciadas, marca netamente la oposición del *Traité* y del *Compendio*.

El *Traité* elude expresamente⁽¹⁷⁸⁾, toda apreciación sobre el derecho de coestión del personal en la administración pública, y, en general, omite todo comentario del principio de la participación⁽¹⁷⁹⁾, concibiendo sólo vínculos de dependencia entre los ciudadanos y los trabajadores del Estado, en su caso, y la Administración; no deja de ser igualmente sintomático el rechazo expreso del *self-government* considerando como “una institución extranjera que además no conviene a la situación alemana”⁽¹⁸⁰⁾, y el rechazo consecuente de una economía fundada en la autogestión⁽¹⁸¹⁾. En semejante contexto, históricamente (y visceralmente, casi podría decirse) antidemocrático, no debe sorprender excesivamente la reivindicación (sin matices, superficialmente fundamentada) de la igualdad como una conquista del absolutismo⁽¹⁸²⁾; lo que sí sorprende es la insistencia de Forsthoff por reivindicar a la colegialidad de las autoridades administrativas⁽¹⁸³⁾, en cuanto particularidad absolutista, en cuanto “creación” prusiana⁽¹⁸⁴⁾, con ignorancia de las tradiciones hanseáticas y suizas de lengua alemana⁽¹⁸⁵⁾, para no remitirnos a las quizá esotéricas de las ciudades italianas de la Edad Media, del derecho canónico, o de la República Oriental de Uruguay, ésta principalmente en sus sistemas constitucionales de 1918 y 1952. Como es natural, para un *Traité* de Derecho Administrativo que pretende en vano

(178) FORSTHOFF, 119.

(179) FORSTHOFF, 439 y 603. En sentido contrario, por todos, MARÍN-QUIJADA, Enrique A., *La negociación colectiva en la función pública* (La participación de los agentes públicos del Estado en la determinación de sus condiciones de empleo), tesis del maestro venezolano para el doctorado de tercer ciclo en la Univ. de París I (Panthéon-Sorbonne), “prefacio” de su amestro Gérard LYON-CAEN, Bogotá: Temis, 1978, 250 pp.; robusteciendo recientemente esta postura, cfr. la tesis en Roma de Ortega-Alvarez, Luis, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid: Tecnos, “Prólogo” de Eduardo GARCIA DE ENTERRIA. 1983, 338 pp.

(180) FORSTHOFF, 684, nota 17.

(181) FORSTHOFF, 686, con citas de E. R. HUBER, obviamente concordante con FORSTHOFF.

(182) FORSTHOFF, 67.

(183) FORSTHOFF, 70.

(184) *Ibidem*.

(185) Se pasa así por alto el *Kollegialprinzip*.

ignorar el Derecho Constitucional vigente y la base democrática de éste, es indeseable⁽¹⁸⁶⁾ una apertura amplia y si posible ilimitada a la acción de los habitantes contra la arbitrariedad del Poder (*Popularklage*), pues una democratización radical de los procedimientos y procesos administrativos que permitiera a la mayoría de los ciudadanos la defensa de sus derechos públicos subjetivos equivaldría a la “disolución”⁽¹⁸⁷⁾ del orden jurídico⁽¹⁸⁸⁾.

Maurice Bourjol tiene la rara virtud de responder casi puntualmente a dichas exteriorizaciones reiteradas, tan fácilmente psicoanalizables, del *Traité*. Para un autor que respete objetivamente un derecho europeo occidental como el francés, que tenga en cuenta constantemente los datos de las ciencias políticas y administrativas, que no olvide ni la historia ni la jurisprudencia recientes, no hay posible confusión entre la tecnocracia neoliberal y la democracia prestacional de un Estado democrático⁽¹⁸⁹⁾, hay una diferencia cualitativa irreversible entre el Estado burgués de Derecho y el Estado democrático y social de Derecho, en cuanto la prevalencia axiológica apunta siempre al Hombre⁽¹⁹⁰⁾ y no al Estado, al servicio y no al Poder. De

(186) FORSTHOFF, 297.

(187) FORSTHOFF, 296.

(188) Este individualismo “forsthoffiano” coincide con el de ciertos amparistas, que confunden la rentabilidad del litigio concebido como “negocio” y desdeñan la objetiva protección del ordenamiento constitucional. Cfr. MADRID-IIURTADO, Miguel de la, *Elementos de derecho constitucional*, ciudad de México: I.C.A.P. del P.R.I., 1982, “Presentación” de Miguel ACOSTA-ROMERO, XXIV +683 pp., donde se fustiga la naturaleza coja, por subjetiva e individualista, del juicio de amparo, carente de verdadera defensa *objetiva* de la Constitución (numerales 1036 a 1051); en el mismo sentido, nuestro “prólogo” a GONZÁLEZ-COSÍO, Arturo, *El juicio de amparo*, ciudad de México: Porrúa S.A., ahora en 3a. ed., 1990, 320 pp., esp. 14-15. Esta defensa *plena*, de principios jurídicos y no sólo de pingües intereses individuales o corporativos (por ejemplo, de grandes terratenientes, de empresas transnacionales), sigue escapando a los manuales “dominantes”, poco interesados en la auténtica defensa de la Constitución.

(189) Cfr. CORTIÑAS-PELÁEZ, León, “Estado democrático y administración prestacional”, ciudad de México: *Revista mexicana de ciencia política*, No. 68, 1972, pp. 75-99; Concepción/Chile: *Revista de derecho*, No. 158, 1972, pp. 5-49; Madrid: *Revista de administración pública*, No. 67, 1972, pp. 95-149; Montevideo: *Revista de la facultad de derecho y ciencias sociales*, XXI, Nos. 1-4, 1971, pp. 97-138; Valencia/Venezuela: *Revista de la facultad de derecho*, Nos. 43-45, 1972, pp. 13-59.

(190) En la genérica acepción alemana de Mensch, comprensiva de las especies varón y mujer, aparentemente desconocida por FORSTHOFF.

ahí que puedan señalarse significativas posturas en favor de los indicados mecanismos tendentes a la realización de una auténtica democracia en el seno de la Administración Pública.

23) *Tradición republicana y trasfondo imperial.*

La raigambre republicana del Derecho Administrativo francés se remonta al *Preámbulo* de la Constitución de 1958, el cual se remite a su vez a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y al *Preámbulo* de 1946. Ahora bien, la distinción ambigua entre *Preámbulo* y derecho positivo⁽¹⁹¹⁾, ha sido borrada por el *leading case* del Consejo Constitucional de Francia del 16 de julio de 1971⁽¹⁹²⁾, superando las incoherentes sistematizaciones del Consejo de Estado⁽¹⁹³⁾, que la precedieran: en efecto, para la máxima jurisdicción constitucional, el *Preámbulo* es la reafirmación solemne de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República⁽¹⁹⁴⁾.

En verdad, esta tardía consagración jurisprudencial⁽¹⁹⁵⁾, no debe inducir a engaño en cuanto a la riqueza de la tradición republicana francesa, que pronto tendrá (con altibajos, es verdad) dos siglos, mientras la alemana no llega al medio siglo, y éste en parte nutrido por la ambigua República *Imperial* de Weimar⁽¹⁹⁶⁾, dicho sea esto como "atenuante" para Forsthoff, su "empecinado enemigo", en la certera calificación de las clases (*Vorlesungen*) de Bachof, el ilustre Rector y Maestro de Tubinga.

24) *Un "Estado de Servicio".*

El Estado sirve a sus ciudadanos, en particular a sus propios trabajadores (funcionarios y empleados), hay un vínculo de dependencia pero quien depende es el Estado⁽¹⁹⁷⁾.

(191) BOURJOL, 310.

(192) BOURJOL, 95-96.

(193) BOURJOL, 95; cfr. empero la tesis de BATAILLER, Francine, *Le conseil d'Etat, juge constitutionnel*, París: L.G.D.J., "préface" de Georges VEDEL, 1966, 587 pp.

(194) BOURJOL, 95.

(195) Que, para el derecho público francés no tardaría en convertirse en la equivalente a la decisión *Marbury vs. Madison* de la Suprema Corte angloamericana.

(196) Ambigüedad nutrida por el adjetivo, que solemos pasar por alto, en la denominación "Weimarer Reichsverfassung".

(197) Para esta concepción del Estado de Servicio en México: López-Portillo y Pacheco, José, "La reforma administrativa en la administración para el desarrollo en México", en el volumen colectivo publicado por la

Esta administración, concebida "de abajo hacia arriba", es inexistente en el *Traité*, pero se manifiesta, aquí y allá, en todo el *Compendio* y, netamente, en materia de descentralización, tanto territorial como funcional, como veremos en los tres epígrafes que siguen.

25) *De la descentralización territorial.*

La añoranza de un selfgovernment está implícita en toda la obra anterior de Bourjol, citada en las líneas de introducción a la presente reflexión. Quizá la extensión que dedica en el tomo I a las cuestiones de descentralización territorial⁽¹⁹⁸⁾, sea algo excesiva, pues tiende a desequilibrar el conjunto, pero podría argumentarse en contrario que, precisamente, ello no es resultado de la erudición regionalista y municipalista del autor, sino de su convicción de que los verdaderos motores del Estado moderno debe hallarse en sus rodajes más próximos al ciudadano, en la búsqueda jamás lograda plenamente de una administración más humana, más comprensible al Hombre de la calle, precisamente por su inmediatez de derecho positivo.

La exposición del *Compendio* sin pérdida alguna de su objetividad y precisión, tiende aquí a mostrar las verdaderas alternativas de poder, que se suelen enmascarar tras los moldes actualmente vigentes en la *monarquía electiva*⁽¹⁹⁹⁾, instaurada en Francia por la Constitución de 1958. En general, irradia: su cultura histórica, que le permite rastrear no sólo en el centralismo a

SECRETARIA DE LA PRESIDENCIA, *Aportaciones al conocimiento de la administración federal (autores mexicanos)*, ciudad de México: Dirección General de Estudios Administrativos, colección: Fuentes para el estudio de la administración pública mexicana, serie: B) bibliográfica Núm. 5, 1976, pp. 641-646, esp. p. 642; CARRILLO-CASTRO, Alejandro, *La reforma administrativa en México*, ciudad de México: Miguel Angel Porrúa S.A., 3 vols., 1980-1982, t. III, p. 305; CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Evaluación de la administración pública federal mexicana" (Su evolución a partir del México independiente hasta 1976), Madrid: *Revista de administración pública*, No. 116, ag. 1988, pp. 359-407, esp. 374 y, también, en ciudad de México: *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, No. 13, 1989, pp. 97-156, esp. 115.

(198) BOURJOL, 138-234.

(199) Según la feliz definición de André HAURIU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París: Montchrestien, 1a. ed., 1966, 5a. ed. póstuma, 1973, 978 pp., esp. la sección final de su segunda parte, dedicada a las instituciones de la V República.

ultranza impuesto a Francia por el nazismo bajo el “Estado Francés” de Vichy⁽²⁰⁰⁾, sino particularmente en el Estatuto de los Gobernadores Generales Coloniales⁽²⁰¹⁾, los procedimientos y poderes de la institución prefectoral⁽²⁰²⁾; y su sensibilidad política, que le permite mostrar la incompatibilidad entre las tradiciones locales francesas y el “centralismo desconcentrado” de la Quinta República⁽²⁰³⁾, la cual ha institucionalizado, con anacronismo autoritario⁽²⁰⁴⁾, la manifiesta desconfianza del poder central respecto de París y sus suburbios, estratégicamente “balkanizados”⁽²⁰⁵⁾, administrativa y electoralmente, para bloquear⁽²⁰⁶⁾, “el peligro... representado por los elegidos de una inmensa aglomeración, si uno no se pone en guardia al respecto... para el poder central”⁽²⁰⁷⁾, cuestión general de la neutralización burguesa de las capitales⁽²⁰⁸⁾. La misma

(200) BOURJOL, 160.

(201) BOURJOL, 162, 140.

(202) En los hechos, esta institución es muy anterior a Napoleón en el derecho público francés: CHAPMAN, Brian, *Los prefectos y la Francia provincial*, trad. directa del inglés por Amparo L. VELÁSQUEZ y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Estudio preliminar” por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid: Instituto de estudios políticos, 1959, 339 pp., con selecta bibliografía; v. la síntesis y bibliografía actualizadas a 1990 por CHAPUS, precitado en nota (8), t. 1, pp. 157-165 y concordantes. En México, cabría estudiar en esta perspectiva comparativa del centralismo francés, la institución de los gobernadores estatales: cfr. Arteaga-Nava, Elisur, *Derecho constitucional estatal*, ciudad de México: Porrúa S.A., 1988, XIII +450 pp., esp. 243-252.

(203) BOURJOL, 200.

(204) BOURJOL., 154. Téngase presente empero que el régimen de la ciudad de París, en cuanto capital de la República francesa ha quedado profundamente modificado por las leyes de 31 dic. 1975 y 29 dic. 1986, las cuales la dotan de un Alcalde electo por sufragio universal directo y la rigen por el Código de las comunas; cfr. CHAPUS, precitado en nota (8), t. 1, pp. 221-224.

(205) BOURJOL., 152.

(206) Como confesara inefablemente el Primer Ministro gaullista Michel DEBRÉ, en su *Au service de la Nation*, p. 245.

(207) BOURJOL, 152.

(208) Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y CORTIÑAS-PELÁEZ, León, “Del gobierno y administración de las zonas metropolitanas” ciudad de México: *Vivienda/INFONAVIT*, No. 10, 1977, pp. 2-33, reproducción actualizada de la ponencia general. “Organización administrativa de las áreas metropolitanas”, Santiago de Chile: *Crónica del V Congreso Hispano-Ruso-Americano-Filipino de Municipios*, publicada en Madrid: Instituto de Estudios de administración local, t. II, nov. 1969, pp. 41-81 y reproducida también en Montevideo: *Revista de derecho, jurisprudencia y administración*, t. 70, 1971, pp. 1-20. Completariamente, v. *supra*, las notas (83a) y (204).

sensibilidad, que le permite recordar, en pleno siglo XX, un reducto de democracia directa municipal en el derecho positivo, puesto que, “todo contribuyente puede sustituirse por su cuenta y riesgo, a la municipalidad, en el cumplimiento de los deberes que a ésta incumbirían y que se niega a ejecutar, previa deliberación”⁽²⁰⁹⁾, así como el Consejo General Departamental puede sustituirse a los poderes públicos constitucionales, en caso de circunstancias excepcionales, como ser la disolución ilegal de las cámaras⁽²¹⁰⁾. Este último elemento normativo, anómalo en la *monarquía electiva* vigente en Francia, no impide a Bourjol reconocer la “ilusión”⁽²¹¹⁾, inmanente a todo enfoque del prefecto como agente local, ya que éste no es sino un “músculo local” del brazo central, enfrentado al Consejo General Departamental, órgano supremo⁽²¹²⁾ del poder local, cuyo presidente tiende a ser progresivamente desposeído de sus poderes administrativos⁽²¹³⁾, con posterioridad a 1958 y en contradicción con la tradición republicana que pugna, desde 1870, por un ejecutivo departamental directamente elegido por el pueblo, reivindicación descentralizadora que el maestro francés califica de “fundamental”⁽²¹⁴⁾, siguiendo en ello la tradición de León Duguit y su escuela de Burdeos⁽²¹⁵⁾.

(209) BOURJOL, 189.

(210) BOURJOL, 147, citando la *Ley Le Trévendeur* de 15 feb. 1872.

(211) BOURJOL, 150.

(212) BOURJOL, 145.

(213) BOURJOL, 150.

(214) BOURJOL, *ibidem*.

(215) Cf. reiteradamente CORTIÑAS-PELÁEZ, León: “La nouvelle structure administrative de l’Université en Uruguay: Le cogouvernement des étudiants”, París: *Rev. du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 1963, No. 1, pp. 20-47; “La reforma universitaria uruguaya: Autonomía y descentralización”, Barcelona: *Revista del Instituto de derecho comparado*, t. XVIII, 1962, pp. 55-69; “Entes autónomos de enseñanza en el Uruguay” en *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario* (Selección, introducción general y presentación por Alejandro NIETO), col. “Estudios administrativos”, Alcalá de Henares y Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, 1200 pp., 550-589, reproducción de Madrid: *Revista de administración pública*, No. 40, 1963, pp. 465-503 y de Montevideo: La justicia uruguaya, versión integral con los anexos del original, Secc. Doctr., 1963, pp. 85-115. – Respecto de la significación de DUGUIT, que entendemos sigue siendo decisiva en la forja y comprensión democráticas del derecho administrativo del siglo XX, cfr. nuestro estudio precitado en la nota (16), numeral 20 y nota (42), con referencia a las doctrinas inglesa (LASKI) y alemana (GRIMM).

26) De la descentralización funcional.

La tradición democrática del servicio público se refleja también, como es de imaginarse, en la descentralización funcional patentizada en las nacionalizaciones, que tienen su fundamento, en la descentralización del poder decisorio en beneficio de los asalariados y usuarios de la empresa⁽²¹⁶⁾, eufemismo que evoca fácilmente la autogestión empresarial.

La autogestión es sumariamente rechazada por el *Traité* y sus epígonos⁽²¹⁷⁾, autogestión que “implica la evicción de las grandes feudalidades económicas y financieras y el retorno a la nación de los grandes medios de producción monopolizados, fruto del trabajo común”, es decir, la “instauración de una verdadera democracia económica y social”⁽²¹⁸⁾.

27) Voluntad general y presidencialismo.

La participación no es sino una forma ambigua —que Bourjol ni siquiera emplea— de esta concreta interacción entre los principios supremos del Derecho Constitucional y la organización concreta de las instituciones administrativas: la unidad del fenómeno administrativo en cuanto fenómeno humano —y por ende indisociable de los elementos extra-normativos de lo jurídico⁽²¹⁹⁾— escapa en el jurista francés a la etiqueta equívoca de lo abstracto y se manifiesta específicamente a todos los niveles, horizontales y verticales, del *Droit administratif* que inspira estos “bartuleos”.

(216) BOURJOL, 308.

(217) Así, MADRID-HURTADO precitado *supra*, en nota (188), p. 625, sin argumentación pero reconociendo que el derecho comparado van en sentido contrario: Cfr., para la amplia regulación y práctica de la codecisión obrera en la industria de la República Federal de Alemania, NEUMANN-DUESBERG, Horst, “Das Betriebsverfassungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland” (El derecho constitucional de la fábrica en la República Federal de Alemania), en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Savagüés-Laso*, Madrid: I.E.A.L., 5 vols., 1969, t. III, pp. 897-932.

(218) BOURJOL, nota 1 de p. 308, citando el programa económico del Consejo Nacional de la Resistencia.

(219) Cfr., para la extranormalidad del derecho: MORENO, Julio-Luis, *Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica*, Montevideo: Facultad de Derecho, 1963, *in totum*, esp. 125; para una aplicación metodológica de esta realista concepción de los elementos normativos y extranormativos de lo jurídico: CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional* (Contribución al estudio del Estado autoritario: Del ocaso de la justicia en América Latina), 2a. ed., Col. “Administración Pública en América Latina”, Alcalá de Henares/Madrid: I.N.A.P. de España, prólogos de E. GILES-ALCÁNTARA y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1986, 316 pp.

Por ello, a la crítica pertinente, de ciencia administrativa y de derecho administrativo⁽²²⁰⁾, de las proyectadas reformas descentralizadoras, se acumula la constatación sociológica⁽²²¹⁾ y de ciencia política, de la grave falsificación de la voluntad general que la *monarquía electiva* opera en la Administración descentralizada, lo cual no le impide, con rara ecuanimidad, su franca simpatía por la conciliación de los sistemas electorales mayoritario y proporcional propuesta por un legislador gobiernista⁽²²²⁾. Esta búsqueda constante de una mayor espontaneidad⁽²²³⁾ e inmediatez de las decisiones de la base⁽²²⁴⁾, se completa lógicamente con una ponderada afirmación de la *colegialidad como principio democrático de la organización del Poder*, tanto central como local, lamentando las consecuencias del presidencialismo (ciertos autores “germánicos” confortablemente dirían *Eübrererinzie*) que debilitan la gravitación del Gobierno⁽²²⁵⁾, de la Comisión y del Consejo General departamentales⁽²²⁶⁾, de la Comisión de Desarrollo Económico Regional⁽²²⁷⁾, del Consejo de Administración de la Región Parisiense⁽²²⁸⁾ y del Consejo Comunal⁽²²⁹⁾.

28) Del acceso al pretorio.

El Juez Administrativo imparte Justicia, ésta no es sino una elementalísima función del Estado al Servicio de la Comunidad.

En lugar de delimitar cuidadosamente, como el *Traité*, la cara negativa del acceso del ciudadano al pretorio, el *Compendio* puja⁽²³⁰⁾ por una impugnabilidad máxima de los actos de la Administración, incluso contractuales⁽²³¹⁾.

(220) BOURJOL, 232.

(221) BOURJOL, 165 y 168.

(222) BOURJOL, 178 en nota (1).

(223) V. las reservas de BOURJOL, 175, ante la asfixiante tutela administrativa del Poder central.

(224) BOURJOL, 183, criticando el debilitamiento del control popular sobre la acción de los alcaldes.

(225) BOURJOL, 46-47.

(226) BOURJOL, 149-150.

(227) La CODER, en Bourjol, 165.

(228) BOURJOL, 168.

(229) BOURJOL, 183.

(230) BOURJOL, 240.

(231) BOURJOL, 264.

En resumen y en cuanto al fondo, el *Compendio* de Bourjol, contrastando con contribuciones pretendidamente ilustres⁽²³²⁾, nos brinda una construcción clara, coherente, sólida y enraizada en las exigencias de la Administración prestacional del Estado democrático.

III

REFLEXIONES FINALES

29) *Reservas.*

El éxito substancial de Bourjol no impide, claro está, la existencia de afirmaciones excesivas e insuficientes, de incoherencias siempre inevitables en obras de tanto aliento, reservas menores que creemos oportuno señalar aquí, sin perjuicio de la radical adhesión que nos provoca, acentuada en su cotejo con Forsthoff.

30) *El principio de la legalidad*⁽²³³⁾

Aparece como el pilar jurídico capital de la acción administrativa: la afirmación nos parece de un clasicismo exagerado, que no busca en momento alguno ni la supremacía constitucional⁽²³⁴⁾, ni la necesaria matización del principio de igualdad⁽²³⁵⁾.

(232) Así parece considerar, a la obra citada en nota (32), el profesor Jean BOULOUIS, presidente de la Universidad de París II (la más conservadora, por oposición a la de París I) en su algo zalamera recensión publicada por la *Rev. du droit public et de la science politique* de 1971.

(233) BOURJOL, 78-97.

(234) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas S.A., 1981, 257 pp., e, inspirada por él, la tesis de ROSAS-DÍAZ, Josefina, *El principio de la supremacía constitucional y su defensa en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*, U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. "Acatlán", 1992, 143 ff; matizando críticamente la postura del respetado Maestro ENTERRÍA, v. nuestra recensión a la obra de GONZÁLEZ AVELAR, Miguel, *La Suprema Corte y la política*, prólogo de Antonio CARRILLO-FLORES, ciudad de México: U.N.A.M., 1979, 168 pp., publicada en ciudad de México: *Alegatos*, U.A.M.A. (D.C.S.H.-Dpto. de Derecho), Nos. 15-16, dic. 1990, pp. 114-120, esp. 119-120.

(235) Cfr.: DEVOLVÉ, Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris: L.G.D.J., "Prefacio" de Georges VEDEL, XX +468 pp., 1969; y la

En este punto, Bourjol sigue prisionero, como todos los autores franceses, de dogmas *unilaterales* (es decir, falsos en cuanto parciales) del Estado liberal burgués de Derecho.

31) *La organización administrativa.*

Ostenta una presentación desequilibrada, pues al excelente capítulo preliminar –sobre *los equilibrios de la organización administrativa*, y con el pretexto de que las administraciones departamental y regional son de la Administración central– siguen apenas 18 páginas⁽²³⁶⁾, sobre la Administración estatal central, 35 sobre la administración departamental y regional⁽²³⁷⁾, 24 sobre la administración comunal⁽²³⁸⁾, 26 sobre la Administración supra-comunal⁽²³⁹⁾ y 10 sobre la reforma de la administración territorial⁽²⁴⁰⁾.

Debe concederse sin embargo al autor, especialista de estos temas, que su enfoque tendente a probar la progresiva absorción por el Centro (París) de todas las administraciones no-centrales tradicionales (departamental y municipal) mediante administraciones paralelas “teleguidadas” por el Ejecutivo nacional (fórmula regional y supracomunal) es muy convincente, y supone una relación de superposición absorbente similar a la forjada por la administración de misión respecto de la administración tradicional.

32) *De las personas colectivas.*

La terminología arbitraria de *personas morales* preside todo este desarrollo del autor sobre la organización, cuando es bien sabido que dichas personas ni son creación de la moral ni tienen nada que ver con ella, por lo que, siguiendo a Ferrara, bueno fuera que un autor de vanguardia como Bourjol se liberara de tan añeja como equívoca etiqueta, empleando la más

aguda nota de MONTAÑEZ-OJEDA, Jorge Iván, “La equidad tributaria en la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia”, Naucalpan de Juárez: *Revista de Ciencias Jurídicas*, U.N.A.M./División de Ciencias Jurídicas de la E.N.E.P. “Acatlán”, 1988, pp. 153-162.

(236) BOURJOL, 120 a 138.

(237) BOURJOL, 139-173.

(238) BOURJOL, 174-198.

(239) BOURJOL, 199-224.

(240) BOURJOL, 225-234.

sencilla y lógica de *personas jurídicas* (de derecho público). Al respecto, la postura del *Compendio* resulta contradictoria, puesto que parecería considerar que incluso los individuos (es decir, las personas físicas) son sujetos de derecho por obra de la abstracción jurídica⁽²⁴¹⁾, si se trata de “intereses que la sociedad juzga dignos de protección”, positivismo chocante con las posturas constructivas de nuestro autor⁽²⁴²⁾.

33 D) *La distinción*⁽²⁴³⁾ *entre Estado de Derecho y Estado de Policía (del siglo XVIII).*

Parece esta algo sumaria oposición no tener en cuenta la creciente rehabilitación de este último por los estudios de ciencia administrativa más recientes y autorizados⁽²⁴⁴⁾. En efecto, estos destacan la posible validez predemocrática (prestacional) del Estado de Policía, la cual contrastan con la finalidad antidemocrática (liberal-burguesa) del Estado de Derecho.

34) *La “democratización” de las ordenes profesionales*⁽²⁴⁵⁾.

Ella parece casi un lapsus calami, entre comas, de nuestro autor.

No es así: afortunadamente situada en un párrafo sugestivamente titulado “*El neo-corporativismo: los establecimientos públicos de dirección de las profesiones y de la economía*”, éste nos parece responder más adecuadamente a dichas penosas supervivencias del “Estado Francés”, instaurado en Francia bajo la ocupación nazi.

Naturalmente, este “punto” escapa al análisis del fallecido profesor alemán cuyas páginas, cotejadas en este estudio con las del *Decano de Perpignan y de Tours*, nos han permitido otear comparativamente algunos elementos capitales de las concepciones autoritaria y democrática en derecho administrativo.

(241) BOURJOL., 60.

(242) En efecto, BOURJOL en su p. 61, afirma que “una persona física adquiere de pleno derecho la personalidad jurídica, mientras que una persona moral no es creada sino como consecuencia de una intervención del Estado” (subrayado nuestro).

(243) BOURJOL, 17.

(244) Cfr. por todos, las investigaciones de Hans MAIER y de Thomas ELLWEIN.

(245) BOURJOL., 67.

INTELSAT: LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES POR SATELITE

Dr. Jorge Rojas Solorzano
Profesor asociado
Universidad de costa Rica

SUMARIO

Introducción

SECCION PRIMERA:

PRINCIPIOS DE LA EXPLOTACION COMERCIAL DE LAS TELECOMUNICACIONES POR SATELITE.

A. Fundamentos de un Acuerdo Provisional de INTELSAT

- 1) La concepción comercial originaria
- 2) Negociaciones y creación de un "Acuerdo Provisional"

B. La internacionalización de INTELSAT con carácter definitivo

- 1) Naturaleza jurídica de INTELSAT
 - a. Personalidad jurídica de INTELSAT
 - b. Los fines comerciales de INTELSAT
- 2) Participación al sistema INTELSAT
 - a. Derecho al sistema INTELSAT
 - b. El principio del sistema global único

SECCION SEGUNDA:

LA ORGANIZACION DE INTELSAT Y SU RELACION CON OTROS SISTEMA DE TELECOMUNICACIONES POR SATELITE

A. Estructura organizativa de INTELSAT

- 1) Organos representativos sin poder real
 - a. La Asamblea de Partes
 - b. La Reunión de Signatarios
- 2) Organos restringidos con poder real de decisión
 - a. El Consejo de Gobernadores
 - b. El Organo Ejecutivo

B. Relaciones de INTELSAT con otros sistemas de telecomunicaciones por satélite

- 1) Coordinación de INTELSAT con sus miembros en cuanto a otros sistemas de telecomunicaciones por satélite
 - a. Coordinación de los servicios públicos de telecomunicaciones internacionales
 - b. Coordinación de los servicios públicos de telecomunicaciones por satélite nacionales (o experimentales) y especializados
- 2) Relaciones de INTELSAT con otros sistemas de telecomunicaciones por satélite
 - a. La creación de INTERSPTUNIK
 - b. Relación INTELSAT-INTERSPUTNIK

Conclusión

INTRODUCCION

La era espacial se inició el 4 de octubre de 1957 cuando el Sputnik I fue lanzado como satélite artificial de la tierra. Desde entonces el satélite se ha convertido en un instrumento fundamental en el campo de las telecomunicaciones. Es en este campo también en donde desde el siglo pasado se constató, primero con el telégrafo y posteriormente con la radio, la necesidad de la cooperación internacional que dio lugar a la creación de las primeras organizaciones internacionales.

A consecuencia de la "carrera espacial" que opuso inicialmente a los Estados Unidos y a la Unión Soviética, aquéllos elaboraron una organización destinada a la explotación de las telecomunicaciones por satélite y convencieron a los principales Estados occidentales a participar en ella.

La Organización Internacional de las Telecomunicaciones por satélite: INTELSAT, presenta dos aspectos que la caracterizan. En primer lugar, está fundada en el principio de una explotación "comercial" de las telecomunicaciones por satélite (Sección Primera). Es decir, funciona prácticamente como una empresa privada, aunque se trata de la gestión de un servicio público por naturaleza. En segundo lugar, la organización y la relación de INTELSAT con otros sistemas de telecomunicaciones por satélite (Sección Segunda) están basadas en criterios diversos a los que normalmente se utilizan en las organizaciones internacionales.

La organización de INTELSAT se rige no por el principio de igualdad de las Partes o Estados, sino por el de la participación: a mayor cuota de participación mayor son los beneficios. Y, paradójicamente, se limita la libertad de los Estados a participar en otros sistemas de telecomunicaciones internacionales por satélite, ya que INTELSAT tiene como fin primordial la creación de un sistema global único.

En este breve artículo se intenta explicar cómo está organizada y funciona INTELSAT, organización poco conocida, pero que presenta características muy interesantes a nivel internacional que nos permite mantener comunicaciones telefónicas, televisivas, etc., con casi todos los Estados del mundo.

PRINCIPIOS DE LA EXPLOTACION COMERCIAL DE LAS TELECOMUNICACIONES POR SATELITE

A. Fundamentos de un acuerdo provisional de INTELSAT

1) *La concepción comercial originaria*

La Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélites, mejor conocida como INTELSAT, tal y como está estructurada y funciona actualmente, es el fruto de la voluntad política de los Estados Unidos de América dirigida a crear y operar sobre una base comercial, un sistema de satélites de telecomunicaciones. Las posibilidades de aplicación práctica de los satélites eran ya conocidas desde 1945. El científico británico Arthur C. Clarke escribió en el *Wireless World*, que era posible concebir satélites sincrónicos con la rotación de la Tierra y que "su interés en tanto que enlace radiotelefónico era muy grande"⁽¹⁾.

Con la creación de la National Aeronautics and Space Administration (NASA), los Estados Unidos emprendieron la programación y realización de la exploración del espacio. Era parte del empeño en la "carrera espacial" que les oponía por prestigio internacional a la Unión Soviética, la cual había logrado el primado en esa actividad con el envío del primer satélite artificial de la Tierra. A la Unión Soviética, la cual había logrado el primado en esa actividad con el envío del primer satélite artificial de la Tierra.

Seguidamente, el primer paso en firme en punto a la aplicación de los satélites a las telecomunicaciones fue la aprobación de la Communications Satellite Act de 1962, firmada y puesta en ejecución el 31 de agosto de ese año. Los objetivos esenciales de esa ley se exponen en la declaración de motivos: "El Congreso declara que la política de los Estados Unidos es de establecer conjuntamente y en colaboración con otros países, lo más rápidamente posible, un sistema comercial de telecomunicaciones por satélite que constituya parte de una red global perfeccionada de telecomunicaciones, susceptible de satisfacer las necesidades del público y del Estado y concebido también para satisfacer tanto las necesidades en telecomunicaciones de los

(1) GUEPIN; C. Les télécommunications par satellites aux Etats Unis. La Communications Satellite Corporation (Comsat), en *Les Télécommunications par satellites, aspects juridiques*, ed. CNRS, Cuyas, París, 1968, p. 35.

Estados Unidos como a las de otros países, contribuyendo así a la paz y a la comprensión mutua entre los pueblos"⁽²⁾.

Tan claros propósitos no requieren de aclaración alguna. Se justifican en parte, por el hecho de que en los Estados Unidos desde sus orígenes, las telecomunicaciones han sido del dominio de la industria privada. Antes de la creación de la Federal Communications Commission (FCC) en 1934; no existía control real del gobierno sobre las telecomunicaciones. En el mundo en general por el contrario, las telecomunicaciones son un monopolio de los gobiernos. Asimismo, con el objeto de facilitar y agilizar al máximo el desarrollo de ese propósito la Satellite Act prevé la participación del Gobierno de los Estados Unidos en un sistema de telecomunicaciones por satélite bajo la forma de una corporación privada: la Communications Satellite Corporation (COMSAT), que es también creada por dicha ley.

La COMSAT ha sido definida como un "instrumento hecho adrede" pues participa en la política exterior del Gobierno y también debe versar dividendos a sus accionistas en tanto es una sociedad privada. Su "singularidad" proviene a su vez, del hecho de que debe establecer un sistema comercial mundial de satélites de telecomunicaciones, "pero el Departamento de Estado puede obligar a dar voces telefónicas a regiones donde no habría beneficios financieros, sino únicamente un acento a la leadership de los Estados Unidos;... es aconsejada por la NASA, reglamentada por la FCC, puede ser dirigida por el Departamento de Estado y es igualmente reglamentada por un Comité Internacional: INTELSAT"⁽³⁾.

Para los Estados Unidos los objetivos más importantes a lograr por medio de la COMSAT eran los siguientes: a) El establecimiento y operación tan pronto como fuera posible de un sistema comercial de telecomunicaciones por satélite, que tienda a lograr una cobertura global incluyendo facilidades para las áreas de poco tráfico; b) Utilizar la nueva tecnología para obtener beneficios económicos y evitando rivalidades de otro tipo, dar acceso a todas las naciones con una política de no discriminación; y, c) Lograr una amplia e importante cooperación internacional en el sector⁽⁴⁾.

2) *Negociaciones y creación de un "Acuerdo Provisional"*

Sobre esta base se iniciaron las negociaciones preliminares entre los Gobiernos de Estados Unidos, el Reino Unido y Canadá. En ese y el año

(2) Ver el texto de dicha Ley, en *Les Télécommunications par satellite, aspects juridiques*, ed. del CNRS, Cuyas, París, 1968, p. 356-66.

(3) GUEPIN; supra nota 1, p. 39.

(4) COLINO; R. INTELSAT: Doing business in outer space, CUTIL, 1967, v. 6, N°1, p. 34.

sucesivo también se contactaron otros gobiernos europeos individualmente y luego reunidos bajo la Conferencia Europea de las Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT). Después de otras negociaciones más concretas, el 20 de agosto de 1964 fueron abiertos para su firma en el Departamento de Estado de los Estados Unidos, los acuerdos que entraron en vigor ese mismo día y que estaban constituidos por un Convenio Provisional, en el cual se establecían las cláusulas de un sistema comercial de telecomunicaciones por satélite, y un Acuerdo Especial. El primero es un Convenio intergubernamental y contiene los principios básicos de la organización; y el segundo podía ser firmado tanto por los gobiernos como por las entidades de comunicaciones y se refiere a los aspectos tecnológicos, comerciales y administrativos de la explotación del sistema. De acuerdo con ambos, posteriormente se redactó un Acuerdo Suplementario sobre Arbitraje⁽⁵⁾.

Como se indica en el nombre, el acuerdo principal tiene carácter provisional o interino por varias razones. No analizaremos el contenido de ese acuerdo porque como veremos más adelante, el mismo ya fue sustituido por uno definitivo. Pero conviene explicar las circunstancias prevalecientes al momento de su conclusión para poder comprender el porqué de ciertas disposiciones del acuerdo definitivo.

Ante todo cabe señalar el carácter preeminente de los Estados Unidos, no sólo como forjadores de la iniciativa, sino como el único país occidental que en ese momento disponía de la capacidad tecnológica de construir y sobre todo, de lanzar satélites. Por ello lograron imponer las condiciones estructurales y funcionales de INTELSAT, fundamentalmente el carácter comercial, como una joint venture internacional, la participación mayoritaria de los Estados Unidos, el voto ponderado en relación con esa participación, el carácter global y único del sistema y especialmente, lograr que fuera la COMSAT el órgano director de INTELSAT.

En efecto, de acuerdo con el artículo VIII del Convenio Provisional, la COMSAT actuaría como directora de INTELSAT para implementar las decisiones de su Comité. La defensa de esta escogencia se basa en que desde un punto de vista práctico, era absolutamente lógica, si se tiene en cuenta que aquélla recibía la asistencia tanto del Gobierno de los Estados Unidos como de la NASA. Esto resultaba especial para la investigación y el posterior desarrollo de los programas espaciales y lógicamente, para el lanzamiento de los satélites y otros servicios necesarios en el establecimiento y operación del

(5) El texto en inglés de todos estos acuerdos se encuentran como anexo en MATEESCO; N. Droit Aérospatial, Les Télécommunications par satellites, ed. Pedone, París, 1982, p. 406 y siguientes.

sistema⁽⁶⁾. Pero esa fórmula presenta también el defecto de crear una dependencia orgánica y económica indirecta con las grandes compañías de comunicaciones de los Estados Unidos, especialmente la compañía Americana de Teléfonos y Telégrafos (ATT), que posee el "más grande paquete de acciones y por lo mismo tiene una influencia decisiva en las actividades de la Corporación (COMSAT)"⁽⁷⁾, con lo que se desprovee a INTELSAT de un carácter realmente internacional.

Los Estados europeos, deseando participar de los beneficios de la nueva tecnología pero ansiosos también de evitar quedar rezagados o dependientes en el aspecto tecnológico, trataron de obtener los mejores términos posibles. Esas posibilidades eran obviamente reducidas puesto que los Estados Unidos estaban en condiciones de empezar las actividades de INTELSAT sin la participación de los Estados europeo-occidentales y podía eventualmente, persuadirlos uno por uno a que accedieran a cierta forma de cooperación⁽⁸⁾. Por ello estos países, particularmente a iniciativa de Francia, trataron de comprometer lo menos posible el futuro de sus telecomunicaciones. Así, para limitar las consecuencias de tan evidente desigualdad y evitar que la superioridad americana no desequilibrara definitivamente la ejecución del nuevo sistema, "los europeos exigieron que la curación de los acuerdos fuera corta"⁽⁹⁾. En esa forma se obtuvo que los acuerdos interinos de INTELSAT fueran sometidos a una futura negociación.

Entre los objetivos señalados en el preámbulo del Convenio Provisional de INTELSAT, se declara ante todo lo conformidad con el principio establecido en la "Resolución Nº 1721 (XVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de que las comunicaciones por medio de satélites deberían ser accesibles a las Naciones del mundo tan pronto como fuera practicable, sobre una base global y no discriminatoria". Pero el objetivo primordial continuaba siendo el de poder establecer "un sistema global comercial único de comunicaciones por satélite, como parte de un mejor complejo global de comunicaciones que favorezca una expansión de los servicios de telecomunicaciones a todas las áreas del mundo y que contribuirá a la comprensión y la paz en el mundo".

Apuntando a esos objetivos, INTELSATK inició muy pronto sus actividades y lanzó el 6 de abril de 1965 el primer satélite comercial de

(6) COLINO; supra nota 4, p. 48.

(7) GAL; G. Space Law, A. W. Sijthoff, Leyden, 1969, p. 265.

(8) MATEESCO; N. Aerospace Law, The Canwell Company Limited, Toronto, 1969, p. 205.

(9) BATAILLER; F. Les Accords relatifs a l'exploitation commerciale des satellites de télécommunications, AFDI, 1965, V. XI, p. 152.

telecomunicaciones, el INTELSAT I, bautizado "el pájaro madrugador" (Early bird). Con el mismo se estableció un canal de televisión conectado entre los Estados Unidos y Europa y 240 circuitos de comunicación telefónica. Todavía en 1967 el pájaro madrugador continuaba prestando servicios.

Con la experiencia obtenida se determinó que los satélites serían colocados en órbita sincrónica con el objeto de lograr una cobertura global. Un programa de tres satélites (INTELSAT II) desarrollado a tal efecto; se situaron dos sobre el Océano Pacífico y uno sobre el Atlántico. Uno de estos satélites no logró ser puesto en órbita sincrónica por lo que fue utilizable sólo por 12 horas diarias. Esta serie de satélites junto con el programa de satélites INTELSAT III, estaban destinados a proveer una cobertura mundial total conforme a los objetivos señalados.

B. La internacionalización de INTELSAT con carácter definitivo

1) Naturaleza jurídica de INTELSAT

a. Personalidad jurídica de INTELSAT

Los Acuerdos Provisionales de INTELSAT fueron sometidos a una ardua renegociación que tuvo lugar en tres conferencias de plenipotenciarios en 1969, 1970 y 1971. Aunque no cambian en lo fundamental las ideas iniciales en cuanto a los objetivos y concepción de INTELSAT, algunas diferencias se introducen en sus Acuerdos Definitivos que entraron en vigor el 12 de febrero de 1973⁽¹⁰⁾.

En los Acuerdos Provisionales INTELSAT fue creada como una empresa común sin personalidad jurídica distinta de la de sus miembros fundadores. Con base en los Acuerdos Definitivos se convirtió en una organización internacional con un sector espacial propio, concretándose así la idea de que INTELSAT debía tener una personalidad jurídica propia que le permitiera cumplir con los objetivos de una organización internacional operando en interés de todos los Estados.

Esa personificación también fue juzgada necesaria sobre la base de un argumento jurídico y un propósito político. El primero fue, que habiendo sido considerado el sector espacial como patrimonio común de la Humanidad,

(10) Los Acuerdos Definitivos de INTELSAT se encuentran en MATEESCO; supra nota 5, p. 344 y siguientes.

según el Tratado del Espacio*, únicamente una organización internacional que poseyera una personalidad jurídica propia y que se beneficiara de una adhesión universal, podría aplicar ese principio. La finalidad política era la de independizar INTELSAT de la influencia de la COMSAT y procurar que fuera la propia organización la que garantizara su gestión.

En el sentido antes apuntado, los países más industrializados de Europa que inicialmente habían aceptado la gerencia de COMSAT debido a la preeminencia americana en el sector espacial, al momento de la renegociación cambiaron esa posición que no se justificaba más puesto que la industria espacial de otros varios países como Japón, Alemania y Francia entre otros, estaba ya suficientemente avanzada como para tomar su lugar a la par de la industria americana, y por lo mismo, podía tener una mayor participación en la organización de INTELSAT e imprimirle así un carácter más internacional⁽¹¹⁾.

Esa nueva gestión, según los Acuerdos Definitivos, se lograría dentro de un nuevo período de seis años durante el cual se nombraría un Secretario General a la cabeza del órgano que asumiría las funciones administrativas, mientras que la COMSAT continuaría sus tareas técnicas y de explotación. Después de ese período, una dirección general internacional asumiría la responsabilidad (como en efecto sucedió) de la gestión de INTELSAT en lugar de la COMSAT y del secretario general⁽¹²⁾.

Según el artículo IV del Acuerdo Definitivo, "INTELSAT" tiene personalidad jurídica. Ella tiene todas las capacidades requeridas para ejercitar sus funciones y lograr sus objetivos, entre otras, i) Concluir acuerdos con Estados u organizaciones internacionales; ii) Contratar, iii) Adquirir y disponer de bienes; iv) De estar en justicia". Con base en esto se considera que se han estipulado así las existencias "necesarias para la atribución de personalidad internacional a una organización, de acuerdo con la Corte Internacional de Justicia, la cual, en la causa de la Indemnización, declaró que la atribución de una personalidad internacional era indispensable a la realización de los fines de la ONU. Por consiguiente, INTELSAT goza de personalidad internacional y es un sujeto de Derecho Internacional"⁽¹³⁾.

* Con ese nombre se denomina al Tratado sobre los Principios que deben regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes, simultáneamente abierto a su firma en Washington, Moscú y Londres el 27 de enero de 1967, y que entró en vigor el 10 de octubre de ese mismo año.

(11) Di Carrobbio, M. Telecommunications by satellite, AE, 1969, V. XVII, p. 53.

(12) COURTEIX, S. La réforme du Système INTELSAT, AFDI, 1971, V. XVII, p. 750.

(13) MATEESCO; supra nota 5, p. 155.

b. Los fines comerciales de INTELSAT

La atribución de personalidad propia internacional no cambió los fines comerciales de INTELSAT. Esta mantiene su naturaleza híbrida originaria en donde confluyen tanto el principio tradicional de las organizaciones internacionales de la soberanía e igualdad de los Estados, como el principio de la explotación con fines comerciales de las telecomunicaciones por satélite.

No sin problemas, al final se concluyó un sistema dual, pues como se sabe, en la mayoría de los Estados las telecomunicaciones en general –y por lo mismo las telecomunicaciones por satélite– son consideradas como un servicio público o administradas como una empresa pública, mientras que INTELSAT está concebida como una empresa comercial. Una de las principales críticas contra esa concepción retiene que con ella se abandona el principio del servicio público, y se impone una competencia tendiente a obtener beneficios económicos con la explotación del espacio. Contra esto se observa que otros medios convencionales de telecomunicaciones como los cables submarinos, operan también sobre una base comercial.

En este aspecto podría argüirse que INTELSAT no constituye una organización con fines meramente lucrativos, sino que su operación comercial se asemeja a la de otros servicios públicos como el de Correos. Los beneficios económicos obtenidos por INTELSAT son utilizados para cubrir los costos de operación, mantenimiento y administrativos. Las ganancias son repartidas a prorrata entre las contribuciones respectivas y si las utilidades no son suficientes para cubrir los costos, los miembros podrían o tendrían que contribuir con capital adicional para llenar el déficit. Tal vez lo más importante en todo esto es que los miembros de INTELSAT, que son gobiernos o empresas públicas, “utilizan su parte en las utilidades para fines de sus servicios públicos nacionales”⁽¹⁴⁾. Sin embargo, este es un hecho desligado de INTELSAT y que por lo tanto no justifica sus fines comerciales. En el fondo ese parece ser el precio de la eficiencia. Se afirma, probablemente con razón, que si INTELSAT ha funcionado bien es precisamente porque “ha funcionado sobre una base económica y habría funcionado con mucho menor beneficio si hubiera tenido simultáneamente que satisfacer otros fines no comerciales sin poseer subsidios”⁽¹⁵⁾.

(14) *Ibid.*, p. 151.

(15) SNOW, M. S. *International commercial satellite communications: Economic and Political Issues of the First Decade of INTELSAT*, New York, 1976, p. 144-5; cit. por MATEESCO, *supra* nota 5, p. 152.

El carácter comercial de INTELSAT subsiste en los Acuerdos Definitivos, que también prevén una Asamblea de Partes compuesta por todos los Estados miembros sobre una base de igualdad. Pero en cuanto a los aspectos de operación comercial del sistema de telecomunicaciones por satélites, su función gestora se atribuye al Consejo de Gobernadores, el cual se rige por el principio de que cada participante al Acuerdo de Explotación está representado en dicho Consejo en proporción a su cuota de participación, y que sus decisiones se fundan en un voto ponderado. Como veremos en detalle posteriormente, el Consejo de Gobernadores es el órgano dotado de mayores atribuciones, de tal forma que difícilmente podría sostenerse que la ponderación del voto en su seno asegura el principio de igualdad de los Estados en forma satisfactoria⁽¹⁶⁾.

2) Participación al sistema INTELSAT

a. Derecho al sistema INTELSAT

Únicamente los miembros de la UIT se pueden adherir al acuerdo de INTELSAT⁽¹⁷⁾, y los que ya son miembros de INTELSAT pueden continuar siéndolo aunque cesen de ser miembros de la UIT.

La razón principal que dio origen a esta preferencia por una previa adhesión a la UIT está en que las normas y reglamentos de la UIT son esencialmente para la operación eficiente del sistema de telecomunicaciones por satélite. La coordinación necesaria en la asignación de frecuencias radioeléctricas que se realiza en el seno de la UIT, podría traer problemas jurídicos con Estados que no sean miembros de esa organización.

El anterior argumento no es en realidad determinante, dado que la mayoría de los Estados no miembros de la UIT respetan los reglamentos de radiocomunicaciones. Además, el problema podía ser obviado demandando a los Estados miembros de la UIT el respeto a los reglamentos de radiocomunicaciones de la UIT, en lugar de negarles cabida en el seno de INTELSAT⁽¹⁸⁾. Sin embargo, esta misma exigencia podría ser considerada o interpretada como discriminatoria.

(16) T'CHERNONOG, A. *Les accords définitifs de Washington relatifs à l'Organisation internationale de Télécommunications par satellite "INTELSAT"*, RGAE, 1972, N°4, p. 307.

(17) Artículo XIX, inciso a) i., *Acuerdos Definitivos de INTELSAT*.

(18) MATEESCO; *supra* nota 5, p. 167.

Los Acuerdos Definitivos de INTELSAT proclaman el principio de la no discriminación. Su objetivo primario es el "suministro -sobre una base comercial y sin discriminación- a todas las regiones del mundo, del sector espacial necesario a los servicios públicos de telecomunicaciones internacionales de alta calidad y de gran confiabilidad"⁽¹⁹⁾. De acuerdo con esta disposición entonces, es posible afirmar jurídicamente que todos los Estados, miembros o no, tiene derecho de acceso al sistema INTELSAT sobre una base no discriminatoria⁽²⁰⁾.

En la práctica esta igualdad es relativamente cierta. Por un lado, la participación a INTELSAT viene limitada por la exigencia de un "derecho de entrada", que es la cuota de participación. Y de otra parte, todos los usuarios de los servicios de INTELSAT, ya se trate de Signatarios o de simples usuarios deben versar una suma similar por la utilización del sistema. Pero, (y aquí es donde está la diferencia) únicamente "los Signatarios, en la lógica del sistema capitalista, reciben una remuneración proporcional al monto de su aporte al capital"⁽²¹⁾; y la misma participación de los Signatarios no está fundada en el principio de igualdad.

b. El principio del sistema global único

La participación en INTELSAT no está desprovista de obligaciones. En el preámbulo de los Acuerdos Definitivos se fija como meta a alcanzar, la creación de "un sistema global comercial único de telecomunicaciones por satélite". Surge así el problema de la compatibilidad de INTELSAT con otros eventuales sistemas de telecomunicaciones por satélite y la participación en ellos de un Estado miembro de INTELSAT, pues en tal caso podría darse una contradicción con el objetivo de forjar un sistema global único.

La posibilidad de "otros" sistemas de telecomunicaciones diferentes de INTELSAT, fue objeto de discusión durante la negociación de los Acuerdos Provisionales. Muchos países (Francia en particular) objetaban que el someterse a un sistema único podría tener como efecto la restricción de sus derechos soberanos. Por ello se opusieron a la propuesta de los Estados Unidos de incluir, en el artículo del Acuerdo, un párrafo en el cual los Estados Partes se comprometían a no participar en ningún otro sistema comercial de telecomunicaciones por satélite, distinto del único sistema global de INTELSAT.

(19) Artículo III, inciso a), Acuerdos Definitivos de INTELSAT.

(20) MATEESCO; supra nota 5, p. 168.

(21) TCHERNONOG; supra nota 16, p. 373.

De ahí que solamente en el preámbulo del Acuerdo Provisional aparezca este empeño por un sistema global único (que luego será repetido en el preámbulo del Acuerdo Definitivo). Esta idea era apoyada por los Estados Unidos aduciendo razones de eficiencia económica y técnica, aunque en realidad constituía casi un monopolio suyo. Pero fue más fuerte el interés político de los Estados Unidos por crear y operar un sistema global lo más pronto posible, para anticiparse a la Unión Soviética. Ello los llevó a aceptar, bajo la sola afirmación de los Estados europeo-occidentales de comprometerse a un sistema comercial único y para no atrasar aún más la negociación, el que no se repitiera "el lenguaje del Preámbulo en el texto del Acuerdo mismo"⁽²²⁾.

Posteriormente, cuando los Estados Unidos percibieron la necesidad de establecer un sistema propio de telecomunicaciones por satélite, empezó a variar la posición americana, aunque mantenía la preocupación por los efectos negativos que otros sistemas podrían tener sobre la eficiencia económica de INTELSAT. Para obviar parcialmente ese problema, como veremos detenidamente en la parte que sigue, se obliga a los miembros de INTELSAT a coordinar sus sistemas propios de satélites de telecomunicaciones con las actividades de INTELSAT, a fin de asegurar una compatibilidad técnica y de evitar que INTELSAT sufra perjuicios económicos.

De hecho, al momento de la renegociación de los Acuerdos, y con mayor razón durante la negociación de los Acuerdos Provisionales, los Estados Unidos eran conscientes del control que detentaban en materia tecnológica relativa tanto a los satélites de comunicaciones como a la capacidad de lanzamiento, por lo que no debían preocuparse exageradamente. Los satélites de telecomunicación europeos, así como los cohetes capaces de colocar en órbita satélites geoestacionales, estaban todavía en proyecto. De modo que los Estados Unidos en ese entonces, no estaban en lo más mínimo amenazado por una eventual rivalidad de sus socios⁽²³⁾.

No obstante, para mantener el control y la supremacía la COMSAT, que obviamente sería la más perjudicada de cualquier competencia con INTELSAT, empujaba al Gobierno de los Estados Unidos a no transferir sus capacidades de lanzamiento a Europa. Esto explica por qué no aceptaron lanzar el satélite de telecomunicaciones franco-alemán "Symphonie", hasta que no obtuviera el compromiso de parte de Francia y Alemania en el sentido de que ese satélite sería utilizado sólo para fines experimentales⁽²⁴⁾.

(22) COLINO; supra nota 4, p. 40.

(23) COURTEIX; supra nota 12, p. 741.

(24) MATEESCO; supra nota 5, p. 172.

SECCION SEGUNDA:

LA ORGANIZACION DE INTELSAT

A. Estructura organizativa de INTELSAT

- 1) Organos representativos sin poder real
 - a. La Asamblea de Partes

La Asamblea de Partes⁽²⁵⁾ se compone de todos los Estados miembros que son parte en el Acuerdo INTELSAT y constituye su órgano principal, aunque no es el órgano "superior" como normalmente sucede en las organizaciones internacionales gubernamentales.

La función de la Asamblea de Partes se limita a aquellos aspectos que interesan particularmente a los Estados Partes en tanto que Estados soberanos. Puede considerar la política general y los objetivos a largo plazo de INTELSAT, sin embargo debe limitarse a hacer recomendaciones o expresar sus puntos de vista. En realidad, la Asamblea de Partes no tiene poder de decisión importante en cuanto a la operación comercial del sistema INTELSAT. Al respecto privó la idea de un poder de recomendación limitado, por el temor de que los objetivos comerciales de la empresa fueran objeto de inconvenientes controversias políticas.

Este órgano funciona sobre la base de principios de las organizaciones internacionales, al atribuir la participación a sus miembros en correspondencia con la igualdad de soberanía e igualdad de voto. En este aspecto se puede afirmar que INTELSAT constituye una verdadera organización intergubernamental internacional.

Las decisiones en la Asamblea de Partes se toman por mayoría de votos, salvo en el caso de cuestiones sustantivas que requieren del voto de los dos tercios de los representantes presentes. Esta mayoría tiene una importancia relativa porque es por medio de mayoría simple que se decide cuál es un asunto de fondo o de procedimiento. En todo caso, sus sesiones ordinarias son cada dos años y las extraordinarias dependen de una convocatoria del Consejo de Gobernadores o de la petición de un tercio de las Partes.

b. La Reunión de Signatarios

Se entiende por Signatario "una parte u organismo de telecomunicaciones designado por una Parte que ha firmado el Acuerdo de

(25) Artículo VII Acuerdo Definitivo INTELSAT.

Explotación y respecto del cual éste ha entrado en vigor o es aplicado a título provisional"⁽²⁶⁾.

A diferencia de la situación existente bajo el Acuerdo Provisional, en el Acuerdo Definitivo de INTELSAT⁽²⁷⁾ la Reunión de Signatarios permite a todos los inversionistas participar en la elaboración de las políticas generales de INTELSAT sobre una base de igualdad. En este órgano se prevé que cada Signatario tiene derecho a un voto, y el procedimiento de decisión es semejante al de la Asamblea de Partes.

La Reunión de Signatarios sesiona anualmente y sus funciones se refieren al funcionamiento técnico, financiero y operacional de INTELSAT que tiene estrecha relación con los signatarios en tanto que inversionistas.

Las funciones de la Reunión de Signatarios son algunas de recomendación pero otras de decisión. Le compete fundamentalmente, el estudio del balance financiero anual que le somete el Consejo de Gobernadores; expresar opinión sobre los programas futuros y establecer las reglas generales concernientes a la aprobación de las estaciones terrenas con acceso a INTELSAT; el establecimiento y reajuste de las tasas de rendimiento de la utilización del sector espacial de INTELSAT, sobre una base no discriminatoria, y la proposición sobre las tarifas a imponer por su utilización. Asimismo, se puede pronunciar sobre el aumento de capital. Además, como "aspecto muy importante, procederá anualmente a las determinaciones previstas en el artículo IX sobre la representación y composición de la Junta de Gobernadores"⁽²⁸⁾.

- 2) Organos restringidos con poder real de decisión

a. El Consejo de Gobernadores

El Consejo de Gobernadores⁽²⁹⁾ es el órgano principal de la gestión de INTELSAT. Reemplaza el Comité que le dirigía según los Acuerdos Provisionales. Su composición y modo de votación es completamente diverso del de los otros órganos antes citados, aunque en relación con el sistema anterior favorece una más equitativa participación de los Signatarios.

El Consejo de Gobernadores está compuesto de tres categorías de Gobernadores: una categoría que representa a los Signatarios cuya cuota de

(26) Artículo I, inciso g), Ibid.

(27) Artículo VIII, Ibid.

(28) FERNANDEZ, F. Organización Internacional de las Telecomunicaciones y de la Radiodifusión, Ed. Tecnos, 1978, Madrid, p. 182.

(29) Artículos IX y X Acuerdo Definitivo INTELSAT.

participación a la inversión en INTELSAT no es inferior a un mínimo determinado, el cual viene estableciendo de acuerdo con las disposiciones del Acuerdo INTELSAT. Otra categoría representa los Signatarios cuya cuota de participación individual es inferior a ese mínimo pero en conjunto lo supera. Y una tercera categoría es la que representa los grupos de por lo menos cinco Signatarios, que no estando representados en alguna de las fórmulas anteriores e independientemente de su porcentaje de participación, representan o provienen de una u otra de las cinco regiones de la UIT. En este caso, el número de Gobernadores no puede ser superior a dos por una región o a cinco por todas las regiones definidas por la UIT.

Esta composición favorece una mayor participación y representatividad de los Signatarios, aunque no en cuanto al poder real de decisión. En la toma de decisiones cada Gobernador controla un número de votos igual a la parte de la inversión del Signatario o grupo de Signatarios que representa. O sea, el voto es proporcional a la inversión realizada. La parte de inversión que corresponde al Signatario o grupo de Signatarios se calcula sobre la base de la utilización efectiva que hagan del sector espacial de INTELSAT. En consecuencia, el Signatario que más utilice los servicios públicos internacionales o nacionales del sector espacial de INTELSAT, debe suministrar una mayor parte de la inversión, pero a su vez beneficia de una mayor representación en el seno del Consejo de Gobernadores y de mayores utilidades en proporción a su inversión.

Es la Reunión de Signatarios la que, periódicamente cada año, determina el valor mínimo de cada acción participativa conforme a un detallado mecanismo establecido y calculado sobre la base de un Consejo de Gobernadores compuesto de 20 miembros.

Existe una única limitación en el uso del voto ponderado. Ningún Gobernador puede tener más del 40% del número total de votos representados en el Consejo. En la medida en que el derecho de voto ponderado de un Gobernador supere ese porcentaje, el exceso se debe repartir por igual entre los otros miembros del Consejo. Con ello se trata de evitar la dominación de un solo Signatario que posea un voto ponderado mayoritario, como era el caso de los Estados Unidos durante la vigencia de los Acuerdos Provisionales.

Esa limitación en nada varía el fondo del sistema de participación que lógicamente beneficia a los inversionistas económicamente más poderosos, particularmente a los Estados desarrollados que poseen más medios y por lo mismo utilizan más el sistema de telecomunicaciones de INTELSAT. En consecuencia, tiene mayor participación en el Consejo de Gobernadores y reciben más utilidades.

Si bien es cierto que este sistema (en el cual el voto de cada miembro refleja la parte proporcional del capital total que los miembros han suscrito)

ha sido ya utilizado "en la Banca Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, así como en el Fondo Monetario Internacional creado en 1960"⁽³⁰⁾, no es menos cierto que el mismo siempre favorece más directamente a las naciones desarrolladas y tiende al mantenimiento del statu quo.

El Consejo es el órgano que tiene la mayor responsabilidad y goza a su vez de una esfera de acción y competencia muy amplias. Tiene a su cargo la definición, la concepción, desarrollo, construcción, establecimiento, explotación y mantenimiento del segmento espacial de INTELSAT⁽³¹⁾, para cuya realización cuenta con amplísimos poderes. En el artículo X del Acuerdo de INTELSAT se señalan al menos 27 incisos de las diversas funciones del Consejo que son fundamentalmente, de adopción o de determinación de decisiones en materias importantes. De ahí que sea sin lugar a dudas, el órgano esencial del sistema en cuanto tiene "un poder de decisión sobre los problemas fundamentales de funcionamiento y de orientación del sistema"⁽³²⁾.

La pluralidad y la importancia de sus funciones imponen al Consejo reuniones cada vez que sea necesario y por lo menos cuatro veces al año. Debe tratar de lograr la unanimidad en la toma de decisiones y en caso contrario, las decisiones de fondo requieren del voto afirmativo mediante alguna de las siguientes modalidades: a) de cuatro Gobernadores al menos, con dos tercios del total de votos ponderados; o b) de un número de Gobernadores igual al total de miembros menos tres, independientemente del voto ponderado de que dispongan. Este procedimiento en alguna forma tiende a buscar un equilibrio entre los intereses de los Signatarios ricos y pobres, grandes y pequeños⁽³³⁾.

Las cuestiones de procedimiento se aprueban con el voto mayoritario de los Gobernadores presentes y votantes, cada uno con derecho a un voto. Sin embargo, cuando no hay acuerdo sobre si una cuestión es de procedimiento o de fondo, corresponde al Presidente del Consejo decidir. Su decisión podría ser rechazada por la votación de la mayoría de dos tercios de los Gobernadores presentes y votantes, cada uno con derecho a un voto.

b. El Órgano Ejecutivo

Un órgano ejecutivo, dirigido por un Director General nombrado por el Consejo de Gobernadores y sujeto a la confirmación de la Asamblea de

(30) SIMSARIAN, J. Interim Arrangements for a Global Commercial Communications Satellite System, AJIL, 1965, v. 59, p. 351.

(31) SIMSARIAN, J. Interim Arrangements for a Global Commercial Communications Satellite System, AJIL, 1965, v. 59, p. 351.

(32) COURTEIX; supra nota 12, p. 749.

(33) MATEESCO; supra nota 5, p. 162.

Partes, es el primer agente y representante legal de INTELSAT. Es directamente responsable ante el Consejo de Gobernadores, que en decisión motivada podría relevarlo del cargo. Además es el responsable de todas las funciones de gestión.

A partir del 1° de enero de 1979 esas funciones de gestión son efectuadas por personal de INTELSAT bajo la vigilancia del Director General, el cual ha substituido la COMSAT americana, después de que ésta había continuado ejerciendo esa función gestora por seis años. Este nuevo órgano ejecutivo está constituido por un personal reclutado internacionalmente; y se afirma que la "toma definitiva por INTELSAT de su propia gestión la ha convertido en una organización verdaderamente internacional"⁽³⁴⁾.

La estructuración de este órgano ejecutivo fue muy controversial en las negociaciones, no sólo porque tendía a reemplazar la COMSAT, sino porque le corresponde la importante función de confiar, por contrato y por cuenta de INTELSAT, a uno o varios organismos competentes, las funciones técnicas y de explotación⁽³⁵⁾. Estos contratos son negociados, concluidos y gestionados por el Director General, que a tal efecto debe tener cuenta de los costos y la compatibilidad con las normas de competencia, rendimiento y eficiencia.

En el Acuerdo de Explotación⁽³⁶⁾ se establece que los contratos relacionados con la adquisición de bienes y la contratación de servicios se debe efectuar salvo excepciones, sobre la base de las ofertas en licitación pública internacional, y la adjudicación debe recaer en el oferente cuya oferta sea la mejor en cuanto a la combinación de calidad, precio y entrega.

No obstante que se introdujeron nuevos órganos en su estructura, la organización de INTELSAT según los Acuerdos Definitivos no difieren radicalmente de los Acuerdos Provisionales en cuanto al sistema y fines comerciales de explotación. Los Estados Unidos han mantenido su posición dominante por mucho tiempo⁽³⁷⁾, en parte también porque se le atribuye a INTELSAT un nuevo papel de verificación sobre todo proyecto de sistema de telecomunicaciones por satélite distinto de INTELSAT en el cual participe un miembro de esa organización. En esa forma INTELSAT sigue siendo una organización comercial titular de un dominio reservado: las

(34) MATEESCO, supra nota 5, p. 163.

(35) Artículo XI, inciso c) ii), Acuerdo Definitivo INTELSAT.

(36) Artículos XVI y XVII, Ibid. El Acuerdo de Explotación contiene, entre otras, la regulación de todo lo referente al capital, parte de inversión y contribución financiera de los Signatarios, aprobación de las estaciones terrestres, derechos de inversión y responsabilidad.

(37) COURTEIX; supra nota 12, p. 750.

telecomunicaciones internacionales por satélite, y a la cual los Estados miembros no deben causar perjuicio económico⁽³⁸⁾.

B. *Relaciones de INTELSAT con otros sus miembros en cuanto a otros sistemas de telecomunicaciones por satélite*

a. *Coordinación de los servicios públicos de telecomunicaciones internacionales*

Con los Acuerdos Definitivos INTELSAT extiende aún más su ámbito de acción. No se limita a la explotación del sector espacial necesario a los servicios públicos de telecomunicaciones internacionales y otros asimilables, sino que se amplía, como parte de su objetivo primario, a los servicios de telecomunicaciones nacionales y a los servicios especializados de telecomunicaciones nacionales o internacionales que no tengan fines militares⁽³⁹⁾.

Esta extensión de sus actividades prácticamente a la totalidad de los servicios de telecomunicaciones por satélite sin fines militares, implica una reglamentación entre el sistema INTELSAT y otros sistemas futuros de telecomunicaciones por satélite a los cuales los miembros de INTELSAT pudieran participar o crear. Se establece así una "coordinación", en los Artículos III y XIV de los Acuerdos definitivos, por medio de la cual se concede en favor de INTELSAT prácticamente un poder de control-autorización sobre los Signatarios que deseen establecer por aparte cualquier clase de servicio de telecomunicación vía satélite, salvo los concebidos para mantener el orden y la seguridad.

Esa coordinación difiere según se trate de servicios públicos de telecomunicaciones nacionales y especializadas, o de servicios internacionales.

Antes de adquirir o utilizar instalaciones para los servicios públicos de telecomunicaciones internacionales de un sector espacial distinto del de INTELSAT, los Signatarios o las Partes (o cualquier otra persona proveniente de su jurisdicción) de INTELSAT deben ofrecer a la Organización toda la información sobre ese otro sistema y consultarle. Dicha consulta se debe hacer por intermedio del Consejo de Gobernadores y es con el fin de "asegurar la compatibilidad técnica de dichas instalaciones y de su explotación con la utilización por INTELSAT, del espectro de frecuencias radioeléctricas y del espacio orbital para su sector espacial existente o

(38) TCHERNONOG; supra nota 16, p. 372.

(39) Artículo III, Acuerdo Definitivo de INTELSAT.

planificado; así como para evitar todo perjuicio económico considerable al sistema mundial de INTELSAT⁽⁴⁰⁾.

Esta disposición naturalmente fue objeto de fuertes oposiciones, sobre todo por parte de los países europeos que pretendían desarrollar un sistema regional de telecomunicaciones por satélite.

Puede decirse que la coordinación técnica se justifica en sí misma, pero debe notarse que en el procedimiento de consulta, la Asamblea de Partes no puede formular una recomendación afirmativa a un sistema distinto de INTELSAT si el mismo puede "comprometer el establecimiento de enlaces directos de telecomunicaciones entre los participantes por el sector espacial de INTELSAT"⁽⁴¹⁾.

Estos requisitos exigidos para el establecimiento de sistemas diferentes de INTELSAT, se tratan de justificar argumentando que una proliferación de sistemas de satélite podría ser perjudicial al objetivo principal de INTELSAT. Innecesario es decir que estas exigencias limitan en cierta medida, los derechos soberanos de los Estados Partes en INTELSAT de crear o utilizar otros sistemas. Además, podría decirse que en cierto modo resulta incompatible con el Artículo I del Tratado del Espacio, en tanto que el principio de la libertad en el espacio sufre así una restricción y lo mismo cabe decirse al principio de que "los satélites deben ser utilizados por el bien de toda la Humanidad"⁽⁴²⁾, y no para asegurar el monopolio o la rentabilidad de una organización internacional con fines primordialmente comerciales.

De hecho han sido aprobados por INTELSAT, sobre la base de dichas consultaciones, diversos sistemas como el Europeo de Comunicaciones por satélite (ECS), ARABSAT, y PALAPA-B, el cual presta servicios de comunicaciones nacionales e internacionales a partir de lejanas regiones de la Indonesia, Tailandia, etc., Todos han sido considerados técnicamente compatibles y económicamente no perjudiciales a los intereses de INTELSAT. Asimismo, por primera vez se ha aprobado que un miembro de INTELSAT, Algeria, utilice el sistema de telecomunicaciones internacionales por satélite INTERSPUTNIK⁽⁴³⁾.

- b. Coordinación de los servicios públicos de telecomunicaciones por satélite nacionales (oexperimentales) y especializados

En cuanto a los servicios de telecomunicaciones nacionales y los especializados por satélite, tales como el servicio meteorológico, de

(40) Artículo XIV, inciso d), Ibid.

(41) Ibid.

(42) TCHERNONOG, supra nota 16, p. 384.

(43) MATEESCO; supra nota 5, p. 186.

radiodifusión, de radio para la navegación marítima, etc., la coordinación se limita a asegurar la compatibilidad técnica y operacional. No entran en juego razones económicas.

En cuanto a los primeros, se reconoce a todo Estado miembro de INTELSAT el derecho de establecer un sistema propio de telecomunicaciones por satélite para sus servicios nacionales, admitiendo así sus derechos soberanos. Pero se reconoce también que los miembros de INTELSAT deben asegurar una compatibilidad técnica de esos sistemas. Tal coordinación se ha efectuado ya con Canadá (ANIK B), Colombia (SATCOL 1 y 2) y Estados Unidos (WESTAR, USASAT).

En cuanto a los programas experimentales como el franco-alemán SYMPHONIE, se llegó a la conclusión de que no están sujetos a la coordinación prevista en el artículo XIV citado, aunque en este caso fue necesario un proceso voluntario a fin de coordinar las frecuencias radioeléctricas con INTELSAT.

En la práctica los miembros de INTELSAT han respetado los procedimientos de coordinación, aunque desde el punto de vista estrictamente jurídico las recomendaciones de la Asamblea de Partes o del Consejo de Gobernadores no parecen imponerse en forma obligatoria. Los Estados, sin embargo, se han habituado a respetar esas recomendaciones principalmente porque permite a los diversos sistemas de telecomunicaciones, lo cual constituye "un ejemplo pertinente del principio *nécessité fait loi*"⁽⁴⁴⁾.

2) *Relaciones de INTELSAT con otros sistemas de telecomunicaciones por satélite*

a. La creación de INTERSPUTNIK

La Unión Soviética y los países socialistas no participaron en el sistema provisional de INTELSAT. La Unión Soviética, habiendo participado como país observador en la renegociación de INTELSAT, después no se adhirió al sistema.

La no participación de la Unión Soviética al inicio de INTELSAT se explica por varias razones. Esencialmente por la posición dominante de los Estados Unidos y los otros aspectos apuntados; es decir, la ausencia de una personalidad propia de la organización, los fines de orden comercial, el sistema de voto ponderado y la limitación en el acceso a los no miembros de la UIT.

(44) MATEESCO; supra nota 5, p. 189.

Por otro lado, al momento de la renegociación de INTELSAT, la Unión Soviética poseía un tráfico de telecomunicaciones internacionales muy reducido, lo cual implicaba dentro de ese sistema, una parte de inversión pequeña y un poder de votación reducido en el seno del Consejo de Gobernadores. Esto obviamente era inaceptable para la Unión Soviética que tenía ya una posición política de gran relieve en el mundo.

Por eso desde 1968 ya la Unión Soviética y otros países socialistas proyectaron la creación de un sistema de telecomunicaciones internacional por satélite. El 15 de noviembre de 1971 la Unión Soviética y otros ocho países socialistas⁽⁴⁵⁾ firmaron un acuerdo estableciendo la organización INTERSPUTNIK⁽⁴⁶⁾, cuyo objetivo era el de crear ese sistema propio.

En consecuencia con las críticas dirigidas a INTELSAT, INTERSPUTNIK es una organización abierta, pues para adherirse a ella no existe la limitación de ser miembros de la UIT⁽⁴⁷⁾. También se le da el carácter de "personal civil y competente para concluir acuerdos, adquirir, alquilar y vender bienes"⁽⁴⁸⁾. Solamente pueden devenir miembros de la misma los "gobiernos" que ratifiquen o se adhieran a su Acuerdo Constitutivo⁽⁴⁹⁾. En consecuencia, al no señalarse la participación de empresas privadas estarían de hecho excluidas.

Los gobiernos miembros contribuyeron a los fondos de INTERSPUTNIK en proporción a su utilización de los canales de telecomunicación del sistema, como sucede en INTELSAT. Igualmente las ganancias de la organización se dividen en proporción a la contribución de cada uno. No obstante que se hable de ganancias, debe reconocerse que INTERSPUTNIK no tiene un fin lucrativo y que las mismas retornan a los Estados miembros que dirigen las telecomunicaciones como un servicio público, ya sea que se trate de telecomunicaciones por satélite como de otro tipo.

Entre esas dos organizaciones existen diferencias marcadas también en cuanto a su estructura y funcionamiento. INTERSPUTNIK tiene una organización bastante simple. Se compone fundamentalmente de un Consejo y un Directorio. El primero está integrado por un representante de cada

(45) Bulgaria, Hungría, Cuba, Mongolia, Polonia, República Democrática Alemana, Rumanía y Checoslovaquia.

(46) El texto en francés sobre el "Acuerdo sobre la Creación de un Sistema Internacional y de Organización de Telecomunicaciones espaciales INTERSPUTNIK", se encuentra en MATEESCO; supra nota 5, p. 379 y sig.

(47) Artículo II, inciso 1, Acuerdo INTERSPUTNIK.

(48) Artículo VIII, Ibid.

(49) Artículo II, inciso 2, Ibid.

Estado miembro y es el órgano supremo de la organización. Cada representante dispone de un voto según el principio de igualdad⁽⁵⁰⁾. En él se aprueban los planes de desarrollo y se deciden todos los aspectos fundamentales de INTERSPUTNIK, tanto en materias técnicas como de organización.

La Dirección, compuesta de un Director General, un adjunto y el personal indispensable, es el órgano ejecutivo y administrativo permanente responsable ante el Consejo y de su elección. Existe también una Comisión de Control compuesta de tres miembros elegidos por el Consejo y encargada de controlar las actividades financieras de la organización.

INTERSPUTNIK no está dotada de personalidad jurídica internacional. Sin embargo, sus programas representan uno de los tipos de actividad espacial conjunta entre Estados, y por lo mismo sujeta a los principios generales y reglas de Derecho Internacional del espacio⁽⁵¹⁾. Otro dato característico y diferente de INTERSPUTNIK es el sistema de toma de decisiones. Las resoluciones y recomendaciones se deben aprobar por unanimidad y cuando ello no se logre, la decisión o recomendación adoptada será obligatoria sólo para el país que haya consentido su adopción⁽⁵²⁾. En INTERSPUTNIK no existe tampoco la obligación de coordinación-control sobre sus miembros como en INTELSAT.

b. Relación INTELSAT-INTERSPUTNIK

Las relaciones entre INTELSAT e INTERSPUTNIK son de diversa naturaleza de las ya examinadas entre INTELSAT y sus miembros. Entre las dos organizaciones se trataría de relaciones de cooperación y no de coordinación. Precisamente el acuerdo de INTERSPUTNIK prevé que la organización coordine sus actividades con la Unión Internacional de Telecomunicaciones, pero en relación con otras organizaciones se dispone que "coopere con otras organizaciones cuyas actividades están ligadas a la utilización de satélites de telecomunicaciones"⁽⁵³⁾. Esta cooperación que de hecho se da, se refiere sólo a los aspectos técnicos y a los problemas de la reglamentación internacional.

Para algunos las posibilidades de relaciones más estrechas entre ambas organizaciones se han visto acrecentadas por varios factores, ligados sobre

(50) Artículo XII, Ibid.

(51) VERESHCHETIN, V. INTERCOSMOS: Present and Future, AASL, 1976, V. 1, p. 253.

(52) VERESHCHETIN; supra nota 51, p. 245.

(53) Artículo VII Acuerdo INTERSPUTNIK.

todo, a la pérdida de influencia de los Estados Unidos en INTELSAT que favorecería la participación de la Unión Soviética, entre otros países socialistas, en dicha organización.

Además la Unión Soviética y otros países socialistas ya utilizan el sector espacial de INTELSAT, y está el hecho de que la primera ha aumentado considerablemente su tráfico de telecomunicaciones, lo que hace que, junto con el de otros países de Europa del Este, podría tener un peso considerable en INTELSAT. Estos son algunos signos de las posibilidades de relaciones más estrechas entre ambas organizaciones⁽⁵⁴⁾, o de una eventual participación de la Unión Soviética en INTELSAT.

Sin embargo, estas perspectivas no son muy realistas. Debe considerarse que se trata de una cuestión de orden político y que existen también otros problemas no menos difíciles de superar. Principalmente están las cuestiones de compatibilidad técnica entre ambos sistemas y de coordinación de frecuencias y de órbitas de los satélites, aunque no son de difícil solución.

Probablemente el mayor obstáculo a "una cooperación soviética, es el temor de parte del Gobierno ruso de que el contenido de las emisiones del Oeste puedan tener un efecto subversivo en la población de la Unión Soviética"⁽⁵⁵⁾. Esto se plantea fundamentalmente por las posibilidades que ofrece la televisión directa de satélite y que generan controversias de carácter técnico, político y jurídico de gran trascendencia en las relaciones internacionales.

CONCLUSION

Con la creación de INTELSAT los Estados Unidos de América lograron una de sus metas primordiales: la de establecer un amplio sistema de telecomunicaciones por satélite, el cual a su vez presta un eficiente servicio a la comunidad internacional.

Sin embargo, en el seno de la organización se mantiene el predominio de los Estados desarrollados sobre los menos desarrollados; y, por otro lado, no se logró el objetivo del sistema único puesto que los países del Este crearon su sistema propio: INTERSPUTNIK; y existen organizaciones especializadas en cierto tipo de telecomunicaciones por satélite como INMARSAT, para las comunicaciones marítimas.

(54) MATEESCO; supra nota 5, p. 194-5.

(55) SHILLINGLAM, T. The Soviet Union and international satellite telecommunications, SJIS, 1970, V. V, p. 219, y una amplia exposición de esos problemas en p. 217-26.

No obstante, con la debida coordinación existente entre esos otros sistemas e INTELSAT se mantienen las comunicaciones por satélite entre todos los Estados de la comunidad internacional, lo cual es un importante logro, fruto en gran parte de la labor realizada por INTELSAT.

BIBLIOGRAFIA

BATAILLER, R. Les Accords relatifs a l'exploitation commerciale des satellites de télécommunications, AFDI, 1965, v. XI.

COLINO, R. INTELSAT: Doing Business in outer space, CUTIL, 1967, V. 6, N°1.

COURTEIX, S. La réforme du Système INTELSAT, AFDI, 1971, v. XVII.

DI CARROBIO, M. Telecommunications by satellite, AE, 1969, v. XVII.

FERNANDEZ, F. Organización Internacional de las Telecomunicaciones y de la Radiodifusión, Ed. Tecnos, 1978, Madrid.

GAL, G. Space Law, A. W. Sijthoff, Leyden, 1969.

GUEPIN, C. Les Télécommunications par satellites aux Etats Unis. La Communications Satellite Corporation (Comsat), en Les Télécommunications par satellites, Aspects Juridiques, Ed. CNRS, Cuyas, París, 1968.

MATEESCO, N. Droit Aérospatial, Les Télécommunications par Satellites, E. Pedone, París, 1982.

MATEESCO, N. Aerspace Law, The Canwell Company Limited, Toronto, 1969.

SIMSARIAN, J. Interim Arrangements for a Global Commercial Communications Satellite System, AJIL, 1965, V. 59.

TCHERNONOG, A. Les Acords Définitifs de Washington relatifs a l'Organisation Internationale de Télécommunications par Satellite "INTELSAT", RGAE, 1972, N°4.

VERESHCHETIN, V. INTERCOSMOS: Present and Future, AASL, 1976, V. 1.

La noción de *orden*—sea como un arquetipo, sea como una constante—en cuanto parámetro de estructuras, instituciones o normas, ha sido considerada de las más diversas formas; obviamente, las formas dominantes en cada época y en cada cultura. Los distintos modos de ver el orden, o de entenderlo en conexión con la vida, pueden sin duda tipificarse de acuerdo con los patrones generales del pensar. Incluso podemos utilizar, como punto de partida, el esquema iluminista (y positivista) que menciona tres etapas en la historia del espíritu: la teológica, la filosófica y la sociológica. Retomamos provisoriamente el tríptico clásico debido a Condorcet y Turgot, y sobre todo a Comte, pero sustituyendo el vocablo “metafísico” por “filosófico” y retirándole (al tríptico) el sentido de una sucesiva e inexorable superación de cada etapa por la siguiente.

Tratándose de una referencia a la idea de orden, conviene reexaminar, desde luego, sus connotaciones religiosas, pues aquella idea, en sus comienzos, tuvo relación con representaciones míticas y con el lenguaje teológico. En la perspectiva religiosa, la noción de orden se presenta, por lo menos implícitamente, en ciertas dicotomías milenarias; por ejemplo, la que distingue entre lo sagrado y lo profano, o la que contrapone heterodoxia y ortodoxia. En esta última, por supuesto, se halla la linear exigencia expresada a partir de la etimología griega *orthos*, correlato del latín *ordo* e indicador de los límites alusivos al “error” o a la “desviación”. La diferencia entre lo sagrado y lo profano, sin duda presupone una idea de orden, con una delimitación entre los dos lados de la realidad, posiblemente dos realidades, y esta delimitación impregna los espacios y divide los tiempos. En el sentido teológico, la idea de orden aparece dentro de las categorías básicas que conectan la sustancia humana con la esencia divina y que alcanzan a la propia organización de la vida con la fijación de lo debido y de lo indebido.

Los problemas más característicos surgen, sin embargo, cuando las sociedades llegan a su madurez histórica, cuando las pautas expresamente teológicas del pensamiento ceden espacio a otras, consideradas “racionales”. Estas últimas se expresan, en Grecia, por la *filosofía*, de la cual nace después el pensamiento social, que en la modernidad occidental se ha consolidado como “sociología”.

En sentido filosófico, la noción de orden se entiende más o menos como un “principio” (obviamente racional) de inteligibilidad y de simetría. Pero semejante noción no se presenta aislada, sino que se formula en medio de otras representaciones, dentro de una serie de formas que se desarrollan y de categorías que cambian.

Cabría decir, por lo tanto, que durante ciertos períodos la mente humana estuvo ocupada por cosmovisiones en que se basaba el orden, existiendo mitos ordenadores y ritos renovadores; pero en otros períodos, estos mitos se fragmentan y el orden se quiebra en diversos ordenes: ya no es más el orden hieráticamente establecido, sino órdenes eventuales y de menor duración. No más el orden social como una hipóstasis directa e intemporal del orden cósmico, sino como obra del hombre, es decir, de *los* hombres, reflejo de condiciones y de factores contenidos en el acaecer y en los quehaceres de los hombres. La pérdida de la estabilidad y solidez que creemos ver en las cosmovisiones iniciales, o en el orden social que se apoyaba sobre ellas, fue compensada, empero, con el nacimiento de la libertad y de la crítica, junto a las cuales siempre se tematiza la idea de igualdad.

Así se puede pensar en un paralelo, que no necesita entenderse en términos de causalidad recíproca sino como una "conexión de sentido", entre la ruina de las grandes cosmovisiones y el surgimiento de la crítica. Aquellas son casi siempre religiosas, y la crítica siempre posee raíz racional.

De este modo se hace mas amplia la proyección del saber "científico" sobre el *mundo*, delineándose el inmanentismo antropológico como algo constante en las expresiones culturales: de ahí los relativismos, el estudio de las lenguas y el método comparativista. El orden como "estructura" ofrece a la consideración los elementos que lo integran, diversamente de la noción de orden como *proceso*, la cual sugiere la idea de una integración dinámica.

La perspectiva filosófica y la sociológica no se excluyen. La separación mas honda es en cierto sentido aquella que existe entre la perspectiva filosófica y la teológica, aunque se pueda tener en ciertas épocas una convergencia entre la intención filosófica y un cierto prisma sociológico, como en la obra de los conservadores románticos, lo que abarca en Francia la obra de Maurras. El mundo de hoy representa quizás la consumación del ciclo de la secularización cultural, con la hipertrofia de la técnica (Henri Lefebvre habló, expresivamente, de una época del "cibernántropo") y con la tecnocracia, como unión del cientismo y la reorganización del poder. A estas cosas intenta responder un cierto humanismo, poco definido pero reconocible e inteligible; un humanismo que mantiene y requiere la crítica, preservando la libertad, pero que a veces deja transparentar un cierto "pasadismo". No hay, sin embargo, que despreciar tal "pasadismo", que es un reflejo de la necesidad de disponer de una imagen de la continuidad histórica, y que por cierto revela, en el fondo, la ausencia de cosmovisiones en el mundo actual.

La perspectiva sociológica, a la cual se atribuye el conocimiento de la inmanencia dentro de la facticidad, ha profundizado el análisis de la dimensión social de la vida, estudiando relaciones, formas, procesos. En este caso, el problema del orden se plantea como comprensión de una estructura social,

entendida como configuración específica. El planteamiento puede referirse también a las formas distinguidas por Gurvitch al hablar de subordinación, incardinación y coordinación. Muchos temas y conceptos, dentro del pensamiento social, constituyen partes o aspectos de una problemática del orden: es el caso de las aportaciones de William Summer sobre *folkways*, con el destaque de los "mores", y es también el caso de las cuestiones que se refieren al llamado *control social*. Solamente en alusión a un orden que se desea mantener tiene sentido hablar de control social, del mismo modo que es en relación con un conjunto de comportamientos previsibles como se puede pensar en "desvío".

Pasemos ahora al tema de la conexión entre orden y valores. La propia idea de *valor* puede hallarse en cada una de las distintas perspectivas: la teológica, la filosófica, la sociológica. El asunto depende de cómo utilizar tal o cual perspectiva.

El tratamiento del tema de los valores es, por cierto, básicamente filosófico. La axiología, como teoría-de-los-valores, se construyó como formulación filosófica. Pero, dentro de ella, la tipología de los valores (o su "clasificación") debió incluir desde luego, como por ejemplo en Scheler, valores religiosos y sociales.

Aun tratándose de una tipología "no jerarquizante" (la de Scheler era jerarquizante), la referencia a valores religiosos y sociales se vuelve necesaria. Entonces tenemos por delante este problema: el tema de los valores es un tema filosófico, y es como materia de filosofía de la religión o de filosofía social que se habla cumplidamente de valores religiosos o sociales. La tipología creada por Spranger, en su libro *Formas de Vida (Lebensformen)*, correlacionando tipos de hombres con tipos de valor, fue elaborada en verdad como una filosofía social, mejor dicho, como una antropología filosófica.

Bajo el prisma de la teoría de los valores, la ordenación del vivir y de las situaciones adquiere su sentido (es decir, la "materia" que llena los actos y las formas) por medio de contenidos axiológicos: ningún orden puede ser *comprendido* por sí mismo, como pura forma, sino que siempre lo es en función de los valores en que él se basa, que le otorgan significado. Así, los valores siempre son "fundantes", puesto que sobre ellos se asientan actos y formas. Los valores, aun cuando sean tomados como principios, pueden ser pensados como un correlato del ser. Su referencia a las formas tiene un sentido latentemente universal, sin perjuicio de que estén históricamente situados.

Siendo entidades fundantes, los valores legitiman a los actos y formas que se basan sobre ellos. De este modo, los diversos tipos de orden se ponen en correlación con los tipos de valor, y de esto resultan variables axiológicas

concernientes a la legitimación (o "justificación"). Esas variables, ya se trate de actos personales o de montajes institucionales, corresponden siempre a formas de *aceptación*.

Al legitimar un acto, o una estructura, la relación con un valor indica *fundamentos*. De ahí que la legitimación tenga un alcance ontológico, vinculado al hecho de la fundamentación.

Dijimos más arriba que las cosmovisiones iniciales entraron en colapso a partir de cierto tiempo. Con esto las civilizaciones transitan de un modo teológico de pensamiento a concepciones laicas o racionalistas. El orden, en su sentido más genérico, pasa a apoyarse sobre cosas que se toman como dadas inmanentemente, incluso sobre valores, y para su comprensión se utiliza entonces la alusión a factores, a períodos, a elementos, a estructuras.

Con la nueva perspectiva —donde se incluye predominantemente la visión sociológica—, valores como justicia o verdad, libertad o paz, se trasladan del antiguo prisma teológico al de las inmanencias sociales. Si antes ellos eran como imágenes ligadas al ser divino (la justicia y la verdad como atributos de Dios o de los dioses; la libertad como *Eleutheria*, término que se encuentra en los clásicos y en las alusiones a la *polis*), ahora tienen la prosaica condición de fines u objetivos de la organización social, que serán realizables o no, de acuerdo con relaciones "reales" o componentes "concretos" del vivir grupal. En tal sentido, la concepción platónica de las ideas supremas —después recibida y adaptada por la escolástica cristiana como teoría de los transcendentales— se muestra como una doctrina teológica, pues en el plan divino de la realidad, correspondiente a un *topos ouranos*, es donde se hallan, como cosas absolutas, lo uno, lo verdadero y lo bueno.

Con estos jalones podemos mencionar toda la temática referente a la condición social de los valores y a los diversos modos de pensarlos. Hay épocas que parecen tender a valores como la libertad o la paz, y otras en que se estima sobre todo la igualdad; hay tipos de orden en que sobresale el valor seguridad, otros en que se trata del valor justicia. Es probablemente cierto que en las épocas iniciales de cada gran orbe cultural hayan sido los superiores el coraje personal o la *gloria*. Se trata, en general, de sociedades aristocrático-militares, casi siempre enfrascadas en guerras, o al menos en luchas intergrupales: es el caso de los griegos de la llamada fase homérica, o de los germanos en sus comienzos. *Heldenzeiten*, tiempos heroicos.

El valor *orden* se aproxima directamente a la seguridad; y de ahí, por cierto, el sentido de conservatismo que le es atribuido modernamente (a veces) a él. Mientras tanto el valor justicia, hasta con frecuencia, se tiene como algo

"opuesto" al orden y a la seguridad (*fiat justitia et pereat mundus*), o por lo menos como algo que no les corresponde. De donde, las discusiones en torno a la frase famosa de Goethe sobre orden y justicia.

Es necesario, sin embargo, advertir que siempre cabrá la pregunta sobre si un orden es justo o injusto. El tipo de valoración connotado por el concepto de orden es enteramente distinto de aquel que corresponde al concepto de justicia. Cuando se pide justicia, se pretende en verdad reclamar un *orden justo*.

En torno a tales puntos crecen las ambigüedades, incluso (conforme mencionamos arriba) la simplificadora identificación entre orden y conservadurismo, o también, entonces, lo opuesto: la correlación entre la justicia y el "progresismo". Si identificamos con la idea de progreso la figura de revolución —como en cierto sentido ocurrió en el siglo XVIII— tendremos como contraste la "reacción" conservadora, historizante y restauracionista de los románticos, representados por De Bonald y De Maistre en Francia, Donoso en España, Adam Müller y Von Haller en Alemania. El romanticismo político propuso un retorno al orden "tradicional", violentado por las revoluciones liberales. Pero la identificación entre orden y conservación, conforme al lugar común doctrinario, significa no tener en cuenta que en el propio conservadurismo existe también una idea de *justicia*, y que todo ideal revolucionario es en el fondo, obviamente, aspiración hacia un nuevo *orden*, o a ordenaciones nuevas, en la política, en el derecho, en la economía.

Resulta importante observar, después de todo, que la *justicia*, en cuanto valor ético por excelencia, posee un alcance especial. La justicia es un concepto que se "aplica" a los actos y a las estructuras. De un determinado orden cuestionase si es o no justo; lo mismo para determinada paz, o para determinada seguridad. Aun en el caso de la libertad, será posible preguntar si ella se encuentra en un contexto justo. Lo mismo pasa con la *legitimidad*, que se puede reclamar frente a la paz o frente al orden.

Una cosa, evidentemente, es la justicia como categoría general; otra cosa son sus versiones concretas, que se adaptan a la realidad en cada época y en cada ámbito, tal como ocurre con el orden y con la libertad. Una cosa es el valor en sí; otra, las valoraciones y, con ellas, las "concreciones" del valor.

Agreguemos otra observación. Toda alternativa concreta entre *valores*, solamente adquiere sentido con relación a un determinado *orden*, ya existente o por organizar. De este modo, la opción entre libertad e igualdad supone que se adopte como referencia una organización (política o socio-política) cuyo sistema interno de relaciones se caracteriza por alguno de estos valores. Si la organización es preexistente a la alternativa, en la realidad, la opción se dirigirá a mantenerla o modificarla. Si el orden, en el momento de la opción, no existe

todavía, tendremos un proyecto, tal vez una utopía. Con todo, es necesario descartar la ilusión que consistiría en pensar el orden *como una cosa*, con sus componentes propios, y el valor como algo externo, que se le agrega o sobrepone. Los valores en realidad deben ser pensados siempre "dentro" de un orden, o "con" el orden. El componente orden, siendo a su vez un valor, tiene sin embargo una significación específica, distinta de la que hay en los valores que se hacen objeto de la opción. Así, se optará por *más* orden, o por *menos* orden, pero no por la negación del orden —a no ser en la hipótesis anarquista—.

La opción entre libertad y "autoridad" se pone, con frecuencia, en términos que acarrear ambigüedad. Toda libertad debe comprenderse dentro de una ordenación, o sea, de una serie de "coordenadas". Ella representa un dato que se distingue esencialmente del poder, pero sin dejar de tener una relación con él, y sin dejar de tener también, en su significado, una conexión con las vigencias éticas.

Si el orden puede ser visto como un valor, será en un sentido amplio, como una referencia genérica. Los valores sociales, aun siendo entidades *fundantes*, se comprenden como instalados en un orden. "Un orden fundado sobre la libertad" se entiende como una conexión funcional y teleológica: fundar, en tal caso, es como decir 'inspirar' o 'calificar'. Además, cada valor necesita el orden para hacerse efectivo, para tener presencia en el plano de lo existente. Según tal o cual criterio, los órdenes han de ser justos o libres, si se consideran —repetimos— la justicia y la libertad en un plano efectivo. De esto ya sabían los griegos, cuando entendían la justicia como un concepto político.

LOS VENCIMIENTOS DE LA LETRA DE CAMBIO

Dr. Carlos Gómez Rodas
Profesor de Derecho Comercial
Universidad de Costa Rica

Aun cuando antes el vencimiento de un título de crédito se hacía por cuando la ley decía "Dentro de un mes", hoy se hace por cuando se impusiere para la letra de cambio el día en que se pague, que es el día establecido el punto de partida para el cómputo de los días que se cuentan para el vencimiento de la letra de cambio. Este día se llama día de vencimiento y se cuenta a partir del día en que se hace el pago, o sea, el día en que se verifica el pago de la letra de cambio. El día de vencimiento se cuenta al término del día en que se hace el pago, o sea, el día en que se verifica el pago de la letra de cambio. Este día se llama día de vencimiento y se cuenta a partir del día en que se hace el pago, o sea, el día en que se verifica el pago de la letra de cambio. Este día se llama día de vencimiento y se cuenta a partir del día en que se hace el pago, o sea, el día en que se verifica el pago de la letra de cambio.

Art. 1.º de la Ley de Vencimiento de Letras de Cambio de 1911. "El día de vencimiento de la letra de cambio se cuenta a partir del día en que se hace el pago, o sea, el día en que se verifica el pago de la letra de cambio."

Art. 2.º de la Ley de Vencimiento de Letras de Cambio de 1911. "El día de vencimiento de la letra de cambio se cuenta a partir del día en que se hace el pago, o sea, el día en que se verifica el pago de la letra de cambio."

Art. 3.º de la Ley de Vencimiento de Letras de Cambio de 1911. "El día de vencimiento de la letra de cambio se cuenta a partir del día en que se hace el pago, o sea, el día en que se verifica el pago de la letra de cambio."

Art. 4.º de la Ley de Vencimiento de Letras de Cambio de 1911. "El día de vencimiento de la letra de cambio se cuenta a partir del día en que se hace el pago, o sea, el día en que se verifica el pago de la letra de cambio."

Art. 5.º de la Ley de Vencimiento de Letras de Cambio de 1911. "El día de vencimiento de la letra de cambio se cuenta a partir del día en que se hace el pago, o sea, el día en que se verifica el pago de la letra de cambio."

SUMARIO:

- I. El término
- II. Requisitos del vencimiento
- III. Formas de vencimiento
- IV. Vencimiento a la vista
- V. Vencimiento a plazo cierto desde la vista
- VI. Vencimiento a plazo cierto desde su fecha
- VII. Vencimiento a fecha fija

I. El término.

Aun cuando no es el vencimiento elemento esencial en nuestro derecho, por cuanto la ley suple⁽¹⁾ su omisión, tampoco es menester por obvia, resaltar su importancia para la letra de cambio⁽²⁾. Baste señalar al respecto, que el vencimiento determina el día en que se puede exigir la obligación cambiaria, establece el punto de partida de la acción de regreso, y fija el comienzo del término de la prescripción, amén de evitarle al deudor molestias anticipadas de parte del acreedor⁽³⁾. Hablar de vencimiento supone que la obligación ha sido sometida a un término, es decir, a una indicación cronológica a partir de la cual se verifican o terminan los efectos del negocio. En el primer caso nos referimos al término inicial (“terminus a quo”) que marca el comienzo de la eficacia del negocio, mientras que por el contrario, el término final (“terminus ad quem”) señala el momento hasta el cual perduraran dichos efectos. El término consiste siempre en un evento futuro y cierto “in se” (“certus an”). La condición por el contrario, si bien es también un hecho futuro, es incierta, pues siempre es posible que el evento no llegue a verificarse. Cuando existe certeza en el acaecer de un término, estamos frente a un término determinado, pero es posible que sea incierto el momento en que tendrá lugar y entonces el término será indeterminado⁽⁴⁾.

Así, se pueden distinguir las siguientes hipótesis: a) “dies certus an et quando”, hay certeza en que el evento se realizará y también en el cuando lo hará, V. gr. el 31 de diciembre de 1991 o el día de la Independencia de 1991 (término

- 1) El Código de Comercio en su artículo 728, establece que la letra cuyo vencimiento se omite, será pagadera a la vista.
- 2) “De otro lado, algún negocio, como la letra de cambio, no puede ser sometido a condición, mientras que puede y debe contener un término”. Betti, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, Trad. y concordancias con el Derecho Español por A. Martín Pérez, Edt. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, p. 414.
- 3) Ver Vivante, Cesare, Trattato di Diritto Commerciale, Vol. III, 5ta, ed. riveduta e ampliata, Ed. Dtt. Francesco Vallardi, Milano, 1924, p. 223.
- 4) Ver Messineo Francesco, Il Contratto in genere, Ristampa emendata, Giuffrè Ed., Milano 1973, pp. 195 y sgs. Torrente, Andrea, Manuale di diritto privato, 8ava. Ed., a cura di Pietro Schlesinger, Giuffrè Ed., Milano 1974, pp. 239 y sgs. Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, 22a. ed., Cedam, Padova 1977, pp. 187 y sgs. Betti, Emilio, *op. cit.*, p. 413.

determinado); b) "dies certus an et incertus quando", incertidumbre en la realización del evento, certeza en el momento en que se verificará, V. gr. el día en que Juan cumpla 90 años. Se conoce el día, pero se ignora si la persona fallecerá antes de la fecha; d) "dies incertus an et quando", incertidumbre tanto en la realización como en el momento en que se llevará a cabo, V. gr. el día en que a Juan Pérez lo elijan Presidente de la República. De estos supuestos examinados, los dos primeros se refieren al término, mientras que los dos últimos son meras condiciones⁽⁵⁾.

Pero, en relación con el término es necesario precisar con mayor rigor los conceptos, advirtiendo que hasta aquí hemos venido refiriéndonos al llamado término de eficacia del negocio, que debe distinguirse del llamado término de cumplimiento o de vencimiento. Por término de eficacia, se debe entender el período durante el cual se producen los efectos de la relación jurídica, V. gr. el arrendamiento de una casa del 6 de noviembre de 1990 al 5 de noviembre de 1991. Por término de vencimiento o de cumplimiento debe entenderse el momento en el cual debe realizarse la prestación, en un negocio que es ya eficaz, V. gr. debe de pagar una suma dada en préstamo, el 3 de enero de 1988. Es este último tipo de término el que nos interesa en relación con la letra de cambio y es a este, al cual nos referimos en el presente trabajo⁽⁶⁾.

II. Requisitos de vencimiento.

La fecha de vencimiento de una letra de cambio debe estar estipulada con toda claridad, de manera que no de lugar a equívocos. Asimismo debe estar consignada en el título mismo y no en documento distinto o en declaración verbal alguna, es decir, la ley exige que no haya ambigüedades que puedan aportar dudas acerca del momento en que finaliza la vida útil del documento.

La doctrina tradicional⁽⁷⁾, ha individualizado tres requisitos aplicables al vencimiento de la letra de cambio, el ser un vencimiento *Posible, Cierto y Unico*. *Posible*, establecer una fecha anterior a la de la emisión del título sería una fecha imposible, situación que anularía la letra. Tampoco es procedente fijar fechas inexistentes como por ejemplo, el 31 de febrero de 1991.

Cierto, el requisito de certeza en el vencimiento exige la seguridad de que el día señalado llegará ("dies certus an et quando"). La incertidumbre en el

5) Ver Torrente Andrea, op. cit., p. 239; Trabucchi Alberto, op. cit., p. 185, y Messineo, Francesco, op. cit., p. 195.

6) "Questo secondo mette in causa non l'efficacia del contratto, bensì il tempo dell'adempimento della prestazione". Messineo, Francesco, op. cit., p. 198. Ver igualmente: Torrente, Andrea, op. cit., p. 240.

7) Ver Vivante, Cesare, op. cit., pp. 222-223.

vencimiento anula la letra. *Incierto* sería indicar como día de vencimiento, aquel en que me gradué de abogado. En este ejemplo existe incertidumbre tanto en que el evento se cumpla, como en el momento en que se llegará a cumplir ("dies incertus an et quando").

Unico, el vencimiento debe ser uno para toda la cantidad adecuada y por consiguiente el vencimiento sujeto a tratos sucesivos no procede y provocaría la nulidad de la letra⁽⁸⁾⁽⁹⁾.

III. Formas de vencimiento.

El artículo 758 del Código de Comercio establece taxativamente los tipos de vencimientos a que puede sujetarse una letra de cambio. El referido numeral dice literalmente lo siguiente:

8) "... quindi é esclusa la cambiale a rate, come incompatible colla necessità di disporre del titolo per l'esercizio della azione cambiaria: se fosse mancato il pagamento della prima rata, come si potrebbe usare contemporaneamente del titolo per l'esercizio dell'azione di regresso e per disporre del credito residuo?" Vivante, op. cit., p. 222.

Por nuestra parte, consideramos además, que esta exigencia de vencimiento único puede originarse en los comienzos mismos de la letra de cambio. Recordemos que ésta surgen en el medio de las prácticas de los cambistas, ante la necesidad de los comerciantes de que se les pagara en otra plaza (principio de la *Distancia Loci*) en fecha determinada, que normalmente coincidía con la celebración de una feria. El pago a tratos era incompatible con la necesidad del comerciante de contar con su dinero en un dado momento para poder llevar a cabo sus transacciones comerciales.

9) La unicidad del vencimiento en las letras de cambio es principio celosamente resguardado por la mayoría de los países de derecho continental. La Ley Uniforme de Ginebra declara nulas las letras cuyo vencimiento ha sido estipulado en tratos sucesivos y en América Latina siguen tal solución las legislaciones de Costa Rica (art. 758), Argentina (art. 35), Brasil (art. 33), Honduras (art. 507), Perú (art. 63), Ecuador (art. 441), El Salvador (art. 706) y Venezuela (art. 441). Otros países, tratando de preservar la validez del título, aún cuando no aceptan el vencimiento plúrimo, las consideran como letras a la vista. Tal es el caso de México (art. 79), Bolivia (art. 543), Guatemala (443) y Uruguay (art. 78).

Finalmente, Colombia (art. 673), Nicaragua (art. 131) y Panamá (art. 2), permiten el vencimiento por instalamentos. Tanto en Colombia, como en Panamá, se comprende tal aceptación por una clara influencia de la ley norteamericana

Cont... sobre instrumentos negociables. Ver Peña Castrillón, Gilberto. *De los títulos valores en genera y de la letra en particular*, 2da. ed., Ed. Temis Librería, Bogotá 1981. p. 76.

“La letra de cambio podrá liberarse:

- a) a la vista
- b) a plazo cierto desde la vista
- c) a plazo cierto desde su fecha; y
- d) a fecha fija

Las letras de cambio que indiquen otros vencimientos, o vencimientos sucesivos serán nulas”.

Por otros vencimientos se refiere la ley al vencimiento ferial, es decir aquel de origen medieval que tenía lugar durante la celebración de una determinada feria, también hace referencia al llamado vencimiento de uso, que es aquel impuesto por la costumbre en los distintos lugares y que constituye al igual que el primero, un mero resabio histórico.

Obviamente estamos frente a una elencación “*numerus clausus*” de los tipos de vencimiento de la letra y la transgresión del principio se castiga rigurosamente al decretarse la nulidad del documento⁽¹⁰⁾.

Prosigamos entonces a estudiar cada uno de estos vencimientos.

IV. *Vencimiento a la vista.*

La letra de cambio girada a la vista, vence en el momento de su presentación al pago y por la misma razón no cabe su presentación a la aceptación. El momento de la presentación de una letra librada en esta modalidad de vencimiento se remite a la voluntad del tenedor. Sin embargo, la ley, para no dejar indefinidamente al librador a merced de la voluntad del tenedor, establece un plazo de un año contado desde su emisión dentro del cual debe ser presentada la letra⁽¹¹⁾.

El plazo de presentación de la letra a la vista, puede ser variado por el librador sea alargándolo o abreviándolo, y el endosante podrá acortarlo. La variación en este plazo introducida por quien gira la letra dependerá del acomodo de sus intereses y no perjudicará a los tenedores de la letra puesto que estos al ser posteriores conocen de la modificación del término. Puede además

10) En virtud de la remisión que hace el artículo 802, inciso b del Código de Comercio, la regulación de la letra de cambio, sobre vencimientos es aplicable al pagaré, al ser compatible con su naturaleza jurídica. En relación con el cheque, éste solo admite el vencimiento a la vista, por ser un medio de pago y no un instrumento de garantía como la letra de cambio o el pagaré.

11) Ver art. 759 del Código de Comercio.

el girador del título, establecer que una letra girada a la vista no sea presentada antes de determinada fecha y será entonces a partir de ese día en que comenzará a correr el término de un año establecido por la ley. En este caso es claro que el girador antes de ese día no dispondrá de la suma requerida, pero que a partir de esa fecha podrá sin problemas honrar la obligación cambiaria.

Algún autor⁽¹²⁾ considera que la prohibición de presentación de la letra a la vista antes de determinada fecha, puede lograrse indicando como fecha de emisión un día futuro es decir post-datando la letra⁽¹³⁾. A nuestro parecer, siendo la letra una orden incondicional de pago⁽¹⁴⁾, no puede ser post-datada pues ello implicaría que se le estaría introduciendo una condición, que vendría a consistir precisamente en el día futuro. Distinto es el caso en que una cambial con fecha real de emisión, exista una orden de no presentación de la letra hasta en fecha ulterior, pues esta no conlleva condición, además de estar amparada por la ley.

El plazo de un año para la presentación puede ser acortado por el endosante y no prologando. Si el endosante reduce el plazo, ello no lesiona los derechos del librador puesto que este está obligado a pagar la letra en cualquier momento después de la emisión, pero si amplía el plazo se estaría prolongando por el endosante la responsabilidad asumida por el librador lo cual si puede dañar los derechos de este último.

Presentada una letra a la vista para su cobro, y esta no es atendida debe procederse a levantar el protesto en el término de ley, o sea, dentro del plazo del año fijado para la presentación a la aceptación⁽¹⁵⁾, a fin de dejar constancia del no pago de la letra. Podría obviarse este requisito, si se ha pactado la cláusula “sin gastos” o “sin protesto”, que no es otra cosa que la renuncia del librado a que se levante el protesto⁽¹⁶⁾. La cláusula “sin gastos” permite por ende, la inmediata acción de regreso.

Por otra parte cuando el tenedor de una letra girada a la vista deja transcurrir el término legal de un año para la presentación de la misma sin

12) Ver Angeloni, Vittorio, *La cambiale e il vaglia cambiario*, 4ta. ed. aggiornata e ampliata, Giuffrè ed., Milano 1964, p. 299.

13) “Non può essere estesa alla cambiale la norma introdotta appositamente per l’assegno bancario dal secondo comma dell’articolo 31 della legge relativa, che per eliminare l’abuso degli assegni post-datati, funzionanti come surrogato di cambiali, ha stabilito che l’assegno é pagabile il giorno della presentazione, e che questa può essere fatta anche prima di quello indicato come data de emissione”. Angeloni, op. cit. p. 299, nota 3.

14) Ver inciso b) del artículo 727 del Código de Comercio.

15) Ver artículo 776, párrafo cuarto.

16) Ver art. 786 del Código de Comercio.

presentarla, caduca su acción de regreso⁽¹⁷⁾ y estamos frente a la llamada letra "perjudicada". Lo mismo acontece, si habiendo el tenedor presentado la letra en el plazo debido, esta no es honrada, y el tenedor no procede a levantar el protesto en el término legal correspondiente. El artículo 793 del Código de Comercio contempla el caso de las letras "perjudicadas", y en relación con la letra a la vista establece que expirados los plazos legales para su presentación o para el levantamiento del protesto, el tenedor perderá todos sus derechos contra los endosantes, contra el librador y contra todas las demás personas obligadas a excepción del aceptante. No los pierde contra el aceptante, pues como ya se mencionó la letra perjudicada es aquella en que ha caducado el derecho de regreso, derecho que se ejerce contra aquellos que responden en vía subsidiaria, y el aceptante es el principal obligado en una letra y como tal es obligado directo. Obligados directos son asimismo los avalistas del aceptante, pues aun cuando no los mencione el artículo en estudio, estos adquieren la misma responsabilidad que le corresponde a la persona a quien garantizan⁽¹⁸⁾. Cuando el plazo de presentación establecido por un endosante expira, el derecho de regreso se pierde solo en relación con dicho obligado⁽¹⁹⁾.

V. Vencimiento a plazo cierto desde la vista.

La letra de cambio a plazo cierto desde la vista es aquella cuyo vencimiento empieza a contar a un plazo determinado a partir de su presentación. Este plazo cierto puede ser determinado en días, semanas, meses e incluso en años⁽²⁰⁾. Cuando se habla de un plazo a partir de la presentación debe entenderse, presentación a la aceptación y no al pago. La presentación activa el correr del término y la letra deberá ser presentada para su cobro una vez transcurrido ese plazo cierto a que alude su nombre.

Este tipo de vencimiento hace obligatoria la presentación de la letra a la aceptación, pues de lo contrario el plazo no corre y no puede ser determinada la fecha de vencimiento de la cambial. Pero la presentación a la aceptación de

17) "El derecho decae (*decadenza* es el tecnicismo italiano que equivale a caducidad) porque pierde la posibilidad de apoyarse en una acción. En como una crisálida que no puede llegar a ser mariposa; una flor cortada antes de convertirse en fruto. Por tanto, lo que caduca, lo que está sujeto a caducidad, es el derecho, no la acción que no llegó a surgir". Mantilla Molina, Roberto, *Títulos de crédito cambiarios*. Porrúa, México 1977, p. 223.

18) Ver art. 757 párrafo primero.

19) Ver art. 793 último párrafo.

20) Vgr. tres meses a partir del 25 de febrero de 1983.

este tipo de letras, está limitada por ley al plazo de un año, evitando así que este se alargue arbitrariamente por la sola voluntad del tenedor⁽²¹⁾. En cuanto a la modificación de este plazo, rige la misma regla que para las letras libradas a la vista, es decir, que el librador podrá variarlo, ya sea abreviándolo o retardándolo, pero el endosante solo podrá disminuirlo. Lo anterior por cuanto la variación introducida por el girador por ser anterior, será conocida a priori por los posteriores obligados, quienes podrán ponderar tal circunstancia a la luz de sus intereses, mientras que permitirle a un endosante alargar el término, significa prolongar a posteriori la obligación del librador lo que puede ser perjudicial para este. La disminución, tal y como lo habíamos explicado con respecto a la letra librada a la vista, no lo afecta pues la presentación podrá tener lugar en cualquier momento en el plazo de ese año.

Ahora bien, presentada la letra a su aceptación y esta es rechazada debe procederse a levantar el protesto por falta de aceptación y la fecha de este servirá como punto de partida para el correr del plazo. Si presentada una letra, esta es aceptada pero no se consigna la fecha, la ley presume que respecto del aceptante fue dada el último día del plazo señalado para su aceptación⁽²²⁾. En este caso se presume que fue dada o el último día del término de un año establecido por la ley o el último día del plazo más corto o más largo fijado por un endosante o por el librador.

Si transcurrido el plazo para la presentación, sea este el legal o el fijado por endosantes o por el librador, la letra resulta perjudicada tienen lugar los siguientes supuestos de caducidad del derecho de regreso⁽²³⁾.

- a) La inobservancia del plazo de presentación a la aceptación de este tipo de letras acarrea, tanto la pérdida del regreso por falta de aceptación, como por falta de pago, ya que la omisión de tal requisito imposibilita la determinación de la fecha de vencimiento.
- b) La inobservancia del plazo para el levantamiento del protesto por la falta de aceptación o de pago acarreará pérdida de sus derechos frente a todos los obligados a excepción del aceptante, en el último caso.
- c) La inobservancia de la presentación al pago en caso de haberse estipulado la devolución sin gastos, acarrea igualmente la pérdida de todos los derechos frente a los obligados en subsidio. La pérdida del derecho del regreso se produce aquí, no debido a la inobservancia del plazo para el levantamiento del protesto, sino por falta de observancia del plazo de presentación para la aceptación. Obsérvese que la letra se perjudica por

21) Ver art. 748 del Código de Comercio.

22) Ver art. 760 del Código de Comercio.

23) Ver art. 793 del Código de Comercio.

irrespeto a plazos establecidos por la ley⁽²⁴⁾ y cuya omisión acarrea caducidad del derecho de regreso, entonces en el presente caso, no existe que respetar plazo alguno para levantar el protesto, pues este ha sido renunciado al incorporar al título una cláusula "sin gastos", resta solamente un término que acatar, el de la presentación a la aceptación por ende su omisión acarrea la sanción de la ley.

- d) La inobservancia del plazo de presentación para la aceptación señalado por el librador conlleva pérdida del regreso por falta de pago y por falta de aceptación, a menos que de los términos de la letra se deduzca que tuvo intención de eximirse de la garantía de aceptación, V. . "sin responsabilidad por la aceptación en caso de que la letra no sea presentada a la aceptación en el plazo de dos meses". En este último supuesto, se perderá solo el regreso por falta de pago.

La ley estipula la forma de computar los términos cuando estos se establecen en uno o varios meses a partir de la vista, en ese caso la letra vencerá en fecha igual del mes en que el pago deba efectuarse, V. gr. a dos meses a partir de la vista, si esta tuvo lugar el 7 de enero de 1981, vencerá el 7 de marzo de 1981. Si tal fecha no existe en el mes en que vence la obligación, se considera que vence el último día de dicho mes, V. gr. a un mes del 31 de agosto, vencerá el 30 de setiembre. Si la letra a la vista se libra a uno o varios meses y medio desde su presentación, se contarán primero los meses enteros, y las expresiones "ocho días" o "quince días", equivalen a días efectivos; así como la expresión "medio mes" equivaldrá a un plazo de 15 días⁽²⁵⁾.

VI. Vencimiento a plazo cierto desde su fecha.

La letra librada a plazo cierto desde su fecha, vence a un plazo determinado que corre desde la fecha de su emisión, V. gr. a 3 meses del 25 de marzo de 1979 (que será su fecha de emisión), vencerá el 25 de junio de 1979. El librador indica el término o plazo cierto que corriendo a partir de la fecha de emisión establece la fecha de vencimiento. Ese término establecido, se computa sin contar el día de la fecha "dies aquo non computatur in termine" y vence el último día indicado. En este tipo de letra, la presentación a la aceptación no marca el decurso de un término ni la mera presentación hace que venza la letra, como en los casos estudiados anteriormente. En este supuesto, la presentación a la

24) Hacemos referencia a los plazos para presentación de la aceptación, al pago y a los plazos para el levantamiento del protesto.

25) Ver art. 761 del Código de Comercio.

aceptación conlleva el efecto normal de ésta, cual es, convertir al aceptante en principal obligado de la letra y esta puede ser presentada mientras no haya vencido, pues de lo contrario no se presenta para la aceptación sino para su cobro.

Sin embargo la letra puede ser perjudicada, si no se respeta el término para levantar el protesto tanto por falta de aceptación como por falta de pago. Igualmente perderá una posible acción de regreso por falta de aceptación, si no se observa este requisito, perdiendo además un nuevo obligado, uno que es directo y principal⁽²⁶⁾.

VII. Vencimiento a fecha fija.

La letra girada a fecha fija es la más simple, pues vence en un determinado día, V. gr. 6 de noviembre de 1990. La determinación es correcta cuando se indica la fecha completa, es decir, mes y año, pero nada obsta a que se indique una fiesta nacional o religiosa, día de la Independencia (15 de setiembre) día de la Asunción de María (15 de agosto), completándola con la indicación del año. Si se omite el año, se debe entender que el día y el mes indicado corresponden al mismo año o al año próximo inmediato, si el día y el mes hayan ya transcurrido a la fecha de emisión de la cambial.

En relación con el perjuicio que se le puede ocasionar a este tipo de letras, nos remitimos a lo dicho con referencia a las letras a plazo cierto desde su fecha. Para finalizar, queremos hacer hincapié, en que la materia de los vencimientos de la letra de cambio, se aplica al pagaré en virtud de la remisión establecida por el artículo 802 inciso b del Código de Comercio. Los vencimientos de la letra de cambio son compatibles con el pagaré, pues no derivan de ser la letra una orden de pago y por lo tanto no rozan con la promesa de pago que permea la naturaleza jurídica del pagaré. Lo afirmado es válido para todos los tipos de vencimiento, incluso para el vencimiento a plazo cierto desde la vista, que como es sabido conlleva una obligatoria presentación a la aceptación, a fin de hacer correr el término de vencimiento; solo que tratándose del pagaré la presentación está limitada a un solo efecto, el de activar precisamente el decurso del término y no produce los efectos normales de la aceptación. Reafirmamos entonces, basados en todo lo anteriormente dicho, la tesis ya sostenida en otros trabajos referentes a la nulidad del pagaré sujeto a tractos sucesivos en el derecho positivo vigente en Costa Rica.

26) A este tipo de letra se le aplican igualmente los términos del artículo 761.

DERECHO PUBLICO Y BANCA

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Decano. Facultad de Derecho

Catedrático Universidad de Costa Rica

Miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas

II. NACIONALIZACION BANCARIA CON LEYES

- a) Proyecto de 1966
- b) Proyecto de 1972
- c) Proyecto de 1975
- d) Proyecto de 1978
- e) Proyecto de 1983

III. BANCOS ESTATALES SUJETOS AL DERECHO PUBLICO

IV. BANCOS PRIVADOS

V. CAPTACION DE FONDOS A CARGO DE LA BANCA PRIVADA

- a) Posición de la Asamblea General de entidades financieras
- b) Posición de la Procuraduría General de la República
- c) Posición del Poder Ejecutivo
- d) Posición de la Junta Directiva del Banco Central
- e) Posición a favor de la banca privada

VI. REFORMAS LEGALES HACIA LA PRIVATIZACION DE LA BANCA

- a) Ley de fidejatos del sistema bancario nacional
- b) Reforma al artículo 82 inciso 2 de la LDC
- c) Administración de Tesorería Financiera (1966 - 1977)

SUMARIO:

SIGLAS MÁS USADAS

Resumen/abstract

INTRODUCCION

- I. DECRETO N° 71 del 21 de junio de 1948
- II. NACIONALIZACION BANCARIA CON RANGO CONSTITUCIONAL?
 - a) Proyecto de 1966
 - b) Proyecto de 1972
 - c) Proyecto de 1975
 - d) Proyecto de 1978
 - e) Proyecto de 1983
- III. BANCOS ESTATALES SUJETOS AL DERECHO PUBLICO
- IV. BANCOS PRIVADOS
- V. CAPTACION DE FONDOS A CARGO DE LA BANCA PRIVADA
 - a) Posición de la Auditoría general de entidades financieras
 - b) Posición de la Procuraduría General de la República
 - c) Posición del Poder Ejecutivo
 - d) Posición de la Junta Directiva del Banco Central
 - e) Posición a favor de la banca privada
- VI. REFORMAS LEGALES HACIA LA PRIVATIZACION DE LA BANCA
 - a) Ley orgánica del sistema bancario nacional
 - b) Reforma al artículo 62, inciso 5 de la LOBC
 - c) Administración de Trejos Fernández (1966 - 1970)

- d) Ley de regulación de sociedades financieras de inversión y de crédito especial de carácter no bancario
- e) Proyecto de ley de 1983
- f) Proyecto de reforma a los artículos 6 y 7 de la ley de la moneda; 62, inciso 5 y 100 de la LOBC
- g) Ley de modernización del sistema financiero de la República
- h) Reforma a la Ley N° 5044 del 13 de setiembre de 1972
- i) Ley N° 1644 del sistema bancario nacional del 26 de setiembre de 1953
- j) Acuerdo de la Junta Directiva del Banco Central de 1992
- k) Ley N° 7201 reguladora del mercado de valores y reformas al Código de Comercio del 10 de octubre de 1990

CONCLUSION

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

SIGLAS MAS USADAS

UCA	Universidad Centroamericana (El Salvador)
UCR	Universidad de Costa Rica (Costa Rica)
RCJ	Revista de Ciencias Jurídicas (Costa Rica)
R J	Revista Judicial (Costa Rica)
CEPAL	Comisión Económica para la América Latina y el Caribe (Chile)
ECA	Revista Estudios Centroamericanos (El Salvador)
UNA	Universidad Nacional (Costa Rica)
CEPAS	Centros de estudios para la acción social (Costa Rica)
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UAM	Universidad Autónoma Metropolitana (México)
UNA	Universidad Nacional (Heredia, Costa Rica)
CRIES	Coordinadora regional de investigaciones económicas y sociales (Nicaragua)
LOBC	Ley orgánica del Banco Central (Costa Rica)
SBN	Sistema bancario nacional (Costa Rica)
I I C A	Instituto Interamericano de Ciencias Agrícolas (Costa Rica)
UNED	Universidad Estatal a Distancia (Costa Rica)
C F E	Fondo de Cultura Económica, editorial (México)
FLACSO	Facultad Latinoamericana de ciencias sociales
CLACSO	Consejo latinoamericano de ciencias sociales
B M	Banco Mundial (USA, Washington D C)
F M I	Fondo Monetario Internacional (USA, Washington D C)
CADESCA	Programa de seguridad alimentaria del istmo centroamericano (Panamá)
OFI	Organismo Financiero Internacional

RESUMEN

En esta investigación se hará un análisis de la banca estatal y el desarrollo de la banca privada en Costa Rica, dentro del contexto de las políticas neoliberales y de privatización financiadas, planeadas, orquestadas y fiscalizadas por los países ricos mediante sus organismos financieros internacionales (OFI).

Tales políticas de privatización han, incluido, por supuesto y de manera prioritaria, la privatización de la banca, lo cual ha configurado una fracción financiera y bursatil muy fuerte en la cúpula del país; a la vez que la pobreza, el desempleo, el analfabetismo (el sector social y la deuda social) han aumentado, polarizándose este país entre ricos y pobres, con una clase media (estrato medio) empobrecida. Esta estructura de clases en el país, con una oligarquía plutocrática cada vez más pequeña (cuantitativamente) y más rica (cualitativamente); y, una amplia base empobrecida nos acerca al perfil de clases sociales del resto de los países de Centro América.

ABSTRACT

This investigation will analyse the public banking system and the development of the private and its economic and social impact one within the neoliberal politic context and the privatizations finance plan and prosecuted by rich countries through its international financial organisms (IFO).

INTRODUCCION

En esta investigación se tratará el tema de la relación entre el Derecho Público y la banca en nuestro país, en esa relación estrecha entre banca estatal y privada.

Sin duda a partir del pretexto del peso de la deuda externa para los países subdesarrollados, como el nuestro, los países acreedores - por medio de sus organismos financieros internacionales (OFI) - se aprovecharon para robustecer la dominación de estas naciones ricas sobre el Tercer Mundo.

Los tales programas de ajuste estructural impuestos por las naciones acreedoras a las a comunidades deudoras han tenido un alto costo social, aumentando la pobreza, el desempleo, la desnutrición, etc. A los países subdesarrollados no les ha quedado más que acatar esas políticas.

En el caso bajo examen esas políticas extranjeras se han volcado a la privatización de la banca estatal y al robustecimiento de los grupos económicamente poderosos que también la controlan.

Cuando la Junta de Gobierno (o de facto) en 1948, estatiza o nacionaliza la banca, solo quedó como banco del sector privado el Lyon (lo cual se mantiene hasta el día de hoy).

I. DECRETO LEY N° 71 del 21 de junio de 1948

En el marco de lo que ocurrió en los años 40⁽¹⁾ y como uno de los efectos de la guerra civil de 1948, la Junta de Gobierno, perteneciente al grupo triunfante en esa guerra, emite este decreto-ley N° 71 para nacionalizar la banca costarricense.

El artículo 1 de ese decreto-ley afirma:

nacionalízase la banca particular. Sólo el Estado podrá movilizar, a través de sus instituciones bancarias propias, los depósitos del público.

(1) Cf. nuestros libros: *Acción Demócrata* (San José: Ed. Nueva Década, 1983), *La Social Democracia en Costa Rica* (San José: UNED, 1982), *Partidos, poder y Derecho* (San José: Universidad de Costa Rica, 1985); y, de Lidiette Brenes *La nacionalización bancaria en Costa Rica* (San José: FLACSO, 1990).

Por su parte el Decreto-Ley N° 314 del 29 de diciembre de 1948 (Consolidación Jurídica y Financiera de la Nacionalización de la Banca) le da el marco de derecho público a los bancos del Estado (cf. Lidiette Brenes, 1990: 50).-

A su vez en el debate actual, se hace pública una carta de José Figueres (*La Nación*, lunes 19 de octubre de 1992), fechada el 20 de abril de 1988, en el cual Figueres afirma que:

quiero advertirles a los costarricenses una vez más sobre mi pensamiento en la fecha en que como Presidente de la Junta de Gobierno firmé el decreto de la nacionalización bancaria.

Sigo pensando como ustedes, lo mismo, y en estas líneas les reitero que cuando en el Decreto se dijo "depósitos, del público" debe entenderse que se refiere a toda clase de depósitos, llámense a la vista, a plazos, de ahorro o "título de inversión".-

Hoy más que nunca se hace necesario que este concepto quede plasmado en los proyectos de ley en la Asamblea Legislativa.

Dentro del mismo criterio de nacionalización, en las actuales circunstancias en que los organismos bancarios internacionales aceleran la privatización de nuestra banca, debo señalar la necesidad de restituírle a la banca nacionalizada su carácter de depositario absoluto de la soberanía económica del país, confirmándole el monopolio exclusivo de los préstamos internacionales, avalados por el Estado (también *La Nación*, 24 de setiembre de 1992).

Igualmente en los documentos del Partido Liberación Nacional (PLN) se apoyó la nacionalización bancaria:

- 1) -2ª Carta Fundamental del PLN
- 2) -II Congreso del 10 de mayo de 1981
- 3) -III Congreso del 11 y 12 de octubre de 1987

(Cf. Jorge Luis Villanueva *El postulado liberacionista de la banca*, *La Nación*, 24 de setiembre de 1992. Se hace notar que en la Primera Carta Fundamental del PLN no se hizo referencia a esta nacionalidad, lo cual es muy sintomático).

Esta nacionalización de la banca fue una medida práctica que la Junta de Gobierno ejecutó para tener el control económico del país y claro está el poder sobre la banca. De esta manera el control político sobre la banca implicó poder económico que fortaleció el nacimiento y desarrollo de los grupos sociales emergentes en los años 40 y que se montaron el carro de la victoria de la guerra

civil de 1948. Así por ejemplo, mediante ese mecanismo de nacionalizar o estatizante, la Junta de Gobierno (así como el resto del personal estatal), se garantizó el pago de sus salarios y otros beneficios, la lista de la indemnizaciones de la guerra civil se pagó, teniendo a José Figueres como primero en esa lista; y, sin duda el acceso fácil de préstamos bancarios que nunca se pagaron. Todo bajo el pretexto (fundado) del uso de esta banca por grupos políticos, económicos o sociales con rápido y fácil entrada al goce de los préstamos que esa banca daba y da.-

Hace poco se afirmó:

la nacionalización trae desde su origen la semilla de su destrucción, porque la falta de arraigo doctrinal claro favorece su adaptación a las necesidades de los grupos dominantes y por que en su concepción tomó parte un elemento eminentemente pragmático, como fue el hecho de dictarse para sacar al Gobierno (de facto) de un apuro económico (Lidiette Brenes, *La nacionalización bancaria en Costa Rica*: San José, FLACSO, 1990, p. 57).

Fue el abogado Alberto Martén Chavarría (cf. nuestro libro citado *Acción Demócrata*), fundador del Partido Acción Demócrata, del cual fue su líder⁽²⁾ el que propuso en la Junta de Gobierno nacionalizar la banca (cf. Berenice Retana *Implicaciones jurídicas de la progresiva liberación bancaria* tesis de grado, licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad De Costa Rica, dos tomos, 1992, inédito, T.I, pp. 1 a 47; para este aparte es necesario consultar a Rodrigo Facio Brenes *Obras completas*, San José: Ed. Costa Rica, 4 tomos, 1973, 1977, 1978, 1982)

II. ¿LA NACIONALIZACION BANCARIA CON RANGO CONSTITUCIONAL?

Después de la Junta de Facto o de Gobierno, (1948), se dieron varios intentos por elevar a rango constitucional la nacionalización bancaria, pero sin éxito, ya que no existió voluntad política para ello.

- (2) Hay que indicar que José Figueres Ferrer no fue miembro activo ni de *Acción Demócrata*, ni del Centro para *Estudio de los Problemas Nacionales* como tampoco del *Partido Social Demócrata*, ya fuera porque estaba en México exiliado por Calderón Guardia; o, cuando llegó al país, porque consideró que la situación se resolvía por la vía armada (como así ocurrió) y no por la discusión en grupos políticos que pensaban en la vía electoral, cuando esta ruta estaba cerrada por la corrupción en las urnas, que se dio en los años 1942, 1944, 1946 y 1948.

Los intentos fueron los siguientes:

a) *Proyecto de 1966*

Fue el diputado Fernando Volio Jiménez quien presentó este primer proyecto como una respuesta al proyecto de la Administración Trejos Fernández (1966 - 1970) sobre la banca mixta. Se trató de que el artículo 189 de la Carta Magna se redactará así:

Art. 189, inciso 1:

Los bancos del Estado son los únicos que pueden recibir depósitos de dinero y utilizarlos en operaciones bancarias.

b) *Proyecto de 1972*

Varios diputados del Partido Liberación Nacional (PLN) propusieron esta reforma en la Administración de José Figueres Ferrer (1970-1974).

Se pretendió agregar un párrafo final al citado artículo 189 de la Constitución Política:

Art. 189, in fine:

sólo el Estado podrá recibir y movilizar a través de las instituciones del Sistema Bancario Nacional los depósitos del público.

c) *Proyecto de 1975*

Durante la Administración de Daniel Oduber (1974-1978) se propuso este tercer proyecto. La reforma constitucional quiso que el artículo citado se leyera así:

Artículo 189, inciso 1:

son instituciones autónomas los bancos del Estado únicos autorizados para recibir y manejar los depósitos del público.

d) *Proyecto de 1978*

Fue el economista Carlos Manuel Castillo el que presentó este cuarto proyecto en 1978 afirmando que se presenta este proyecto de reforma constitucional a fin de que el principio cardinal de la nacionalización en esta materia sea elevado al rango de norma constitucional, salvaguardando de esa manera una conquista del pueblo (cf. Retana cit; 1992, pp. 64 a 66).-

La redacción de esta reforma decía:

Artículo 189

Son instituciones autónomas:

1) los bancos del Estado que son los únicos autorizados para recibir depósitos del público a la vista o a cualquier plazo en moneda nacional o extranjera, e invertir esos depósitos en operaciones comerciales, financieras o de crédito con otras personas físicas o jurídicas.

e) *Proyecto de 1983*

El diputado Carlos Rivera en 1983, durante la Administración de Luis Alberto Monge (1982 - 1986) propone reformar el artículo 46 de la Carta Magna agregándole un bis.

Artículo 46 bis:

Solo el Estado podrá movilizar a través de sus propios bancos, los depósitos del público.

Todos esos intentos fallidos fueron propuestos por miembros destacados del Partido Liberación Nacional (PLN) (cf. Retana cit; 1992, pp. 66 y 67).

A partir de 1983 el problema de la deuda externa y el peso de los países ricos, usando a sus organismos financieros internacionales, han impulsado fuertemente la privatización en general y en específico la de la banca, fortaleciendo a los bancos privados, eso sí con los avales del Estado. Así, si la banca privada quiebra, los perjuicios y los costos los paga el Estado. Claro está que la empresa privada quiebra, pero los empresarios no. Se privatizan los beneficios y se estatizan (socializan) las pérdidas.

La razón por la cual en la Asamblea Nacional Constituyente (ni en el proyecto de Carta Magna presentado a esta Asamblea) se decía nada sobre la nacionalización bancaria se debió a que el sector conservador y pro-cafetalero dominaba en esa Asamblea y en el país; además, de que la fracción del Partido Social Demócrata⁽³⁾ tampoco apoyó con decisión dicha nacionalización dado

(3) Este partido nacido el 11 de marzo de 1945 se pretendió llamar *Partido Social Demócrata*, con la única expresión ideológica de que se denominaban así debido a que eran *socialistas* porque buscaban la justicia social y *democráticos* en vista de que creían en las libertades públicas (cf. Romero Pérez, *Acción Demócrata*, cit., p.216).

ese clima conservador del grupo que se aglutinó en el Partido Unión Nacional "liderado" por Otilio Ulate. En el fondo la *contra-reforma* estuvo representada por este Partido "de Ulate" frente a la reforma planteada por la Junta de Gobierno. Principalmente esa *contra-reforma* estuvo financiada y orientada por el grupo de la élite cafetalera del país.

Tanto en el proyecto de Carta Magna que se presentó a la Asamblea Nacional Constituyente como en la Constitución Política aprobada en 1949, se dejaron los artículos relativos a las denominadas "instituciones autónomas" (numerales 188, 189 y 190 vigentes).

Así, por ejemplo, el artículo 189 manda:
son instituciones autónomas los bancos del Estado.

Se debe señalar aquí que ya no existen instituciones autónomas, sino entidades descentralizadas, por la reforma que se le hizo a la Carta Magna en 1968; con la salvedad de las universidades públicas (autonomía por el servicio público de la educación superior) y las municipalidades (autonomía territorial: cada cantón, una municipalidad, cf. en concordancia los artículos 168 y 170 de la actual Carta Fundamental) (cf. nuestro libro *Derecho administrativo y Estado costarricense*, San José: Universidad de Costa Rica, 1984).

En esa reforma de 1968 se debió cambiar el nombre al Título XIV y en los demás lugares de los numerales en los cuales se dejó el nombre de "instituciones autónomas" en lugar de corregirlo por el de "instituciones descentralizadas".

En las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente que se encuentran en los tres tomos publicados por la Imprenta Nacional (San José: 1953, 1955 y 1956) cuando se habló -colateralmente- de la banca nacionalizada se decía que no cayera bajo las influencias políticas porque entonces se desvirtuaría; que, fue precisamente lo que ocurrió. Igualmente se vaticinó que en el futuro volvería a existir la banca privada, lo cual ha ocurrido vertiginosamente con la privatización y el neoliberalismo financiado y respaldado por los organismos financieros internacionales y los países ricos que los controlan, bajo el pretexto del peso de la deuda externa y los correlativos ajustes estructurales para las naciones subdesarrolladas y deudoras (durante la década de los años 80's y 90's).

Tampoco los intentos posteriores (ya citados) para reformar la Carta Magna y elevar a rango constitucional la nacionalización bancaria prosperaron. Esos intentos fracasados significan que no hubo consenso político en la cúpula del país para que eso se diera.

III. BANCOS ESTATALES SUJETOS AL DERECHO PUBLICO

Los bancos del Estado subordinados al Derecho Público son:

- 1- Banco Central de Costa Rica
- 2- Banco Nacional de Costa Rica
- 3- Banco Anglo Costarricense
- 4- Banco Crédito Agrícola de Cartago
- 5- Banco de Costa Rica

IV. BANCOS PRIVADOS

Algunos de estos bancos privados han prosperado gracias al aval del Estado (si quiebran los bancos privados, los costos los asume el Estado) y al apoyo financiero internacional (de cual el Estado es el fiador).

De acuerdo con Wálter Coto⁽⁴⁾ el apoyo financiero de la Agencia Internacional para el Desarrollo (A I D) fue clave en el fortalecimiento de la banca privada. Así en diciembre de 1986 ese financiamiento sobrepasó los 2 mil millones de colones mientras que en 1984 ese monto no alcanzó los 200 millones de colones (cf. Retana, *op.cit.*, pp. 76 a 78).-

Para 1992 existían *entre otros*, los siguientes bancos privados:

- 1- Banco Industrial y de Exportaciones (BANEX)
- 2- Banco de Fomento Agrícola
- 3- Banco Mercantil
- 4- Banco del Comercio
- 5- Banco Interfin (Internacional de Finanzas)
- 6- Banco Metropolitano
- 7- Banco Lyon
- 8- B. C. T.
- 9- Continental

Como se observa existe un cambio radical en la situación financiera, bancaria y económica del país, que configura a los banqueros privados como una fracción muy fuerte dentro de la cúpula de Poder, con la advertencia que las

(4) Coto, Wálter Fortalecimiento de la banca privada: avance financiero para el retroceso político? (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 59, 1987, p.20).

inversiones se hacen en forma de cruz (vertical y horizontalmente) de tal modo son varios los espacios y actividades de la inversión de capital de suerte que no se puede decir que existan banqueros privados, bananeros, cafetaleros, industriales, etc., "puros", sino que lo ocurre en la realidad es que los capitalistas ponen su dinero (poder económico) y su poder político en varios sectores o espacios a la vez. Siendo los partidos políticos mayoritarios los espacios políticos que controlan para dar la falsa imagen de bipartidismo y de competencia. Por ello lo que sucede en el plano político es similar a lo que ocurre en la dimensión empresarial en la cual una misma empresa produce varios bienes con diferente nombre en el mercado para darle al consumidor la impresión (falsa) de competencia y de diversidad, cuando los dueños de la empresa son los mismos, ya sea locales y/o extranjeros. De ahí, que el mercado es el mismo con variados aspectos políticos, financieros, industrial, etc.

Por ello, el mercado político o de la política y por ende los partidos políticos son empresas de bienes y servicios con inversionistas, propietarios, "mecenas", peones, obreros, ejecutivos, etc.

a) *Reforma del artículo 62, inciso 5 LOBC*

Con la reforma del artículo 62, inciso 5 de Ley orgánica del Banco Central se fortaleció más la banca privada, la cual ya forma parte del sistema bancario nacional.

Artículo 62, inciso 5 LOBC:

también podrá el Banco Central conceder préstamos a todos los bancos del sistema bancario nacional (y, por ende, a la banca privada) con recursos provenientes de empréstitos de instituciones nacionales o multilaterales de cooperación económica, a un plazo que no podrá exceder al del empréstito respectivo, y con las mismas garantías y condiciones que determine la Junta Directiva (reforma por Ley N° 6965 del 22 de agosto de 1984) (cf. Retana, cit., p. 76; y, Compendio de legislación Bancaria, UNED, San José, Aselex, 1990, p. 87).

Es conveniente hacer notar que a todas estas reformas bancarias y financieras para fortalecer la privatización de la banca y des-nacionalizar la banca estatal, sus "ideólogos" y financistas (locales y/o extranjeros) lo llaman "modernización" bancaria y del sector financiero privado del país. Ello en virtud de que los que mandan definen los conceptos (cf. Lewis Carrol, 1832 - 1898, *Alicia en el país de las maravillas*, 1865).

V. CAPTACION DE FONDOS A CARGO DE LA BANCA

Por acuerdo de la Junta Directiva del Banco Central del 15 de enero de 1992, sesión N° 4550 se le permitió a la banca privada captar recursos mediante certificados a un plazo no menor de 180 días.

a) *Posición de la Auditoría general de entidades financieras*

Su tesis es que el acuerdo del Banco Central es ilegal, ya que la Ley de regulación de empresas financieras no bancarias y sus reformas (*ley N° 5044* del 24 de junio de 1972) autoriza a captar recursos de terceros mediante la emisión y venta de certificados de inversión en un plazo que no pueda ser menor a 180 días (cf. Alfonso Guzmán Chaves, Director asesoría jurídica, *documento DAGEF- 676- 92* de 5 de agosto de 1992).

b) *Posición de la Procuraduría General de la República*

Esta Procuraduría externó su criterio con fecha 1 de setiembre de 1992. Posteriormente se dijo que este criterio no era vinculante, lo cual es falso ya que el artículo 2 de la Ley orgánica de esta Procuraduría afirma que los dictámenes y pronunciamientos de dicha Procuraduría constituyen jurisprudencia administrativa y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública. Además, (cf. pág. 16 del documento mencionado de la Procuraduría) no es posible que se indique que por mera jurisprudencia administrativa se anule el mandato de la ley en su artículo dos ya citado, como pretendió hacerlo la propia Procuraduría dado lo espinoso del asunto a dictaminar y las presiones fuertes que se hicieron patentes en los medios de comunicación masiva en esos momentos.

Al Contrario de lo que afirma la Procuraduría (cf. documento, p. 16) su dictamen fue eso: dictamen; y, no una "opinión jurídica" pretendidamente no vinculante (documento *idem*). Su énfasis en negar ese carácter de dictamen cabalmente afirma que lo es (se trata de la afirmación por la negación, como se puede constatar en la lógica de Guillermo F. Hegel, 1770 - 1831).

En el criterio de la Procuraduría, el decreto-ley N° 71 del 21 de junio de 1948 de la Junta de Gobierno forma parte de la Constitución material y del Estado social de Derecho que se refleja, entre otros, en el artículo 50 de la Constitución formal (cf. Costantino Mortati *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Padova: Cedam, 1975, T.I., pp. 30 y 31 y nuestro libro sobre *La Constituyente*, San José: UNED, 1985).

Es necesario tomar en consideración aquí tanto a la *sociología jurídica* que confronta la realidad (los hechos) con las normas de derecho con el fin de hacer el análisis correspondiente, por un lado; y, por otro, el estudio de la

ideología (ideas que sirven para ocultar, desviar, deformar, justificar o erosionar la realidad, cf. David McLellan *Ideology*, University of Minnesota Press, USA, 1986; Paul Hirts *On Law and Ideology*, The MacMillan Press, London, 1979; Armando Cassigoli et al *La ideología en sus textos*, Marcha Edt., México, 3 tomos, 1982; Olivier Reboul *Lenguaje e ideología*, CFE, México, 1986; Washington Albino de Souza *Conflictos ideológicos na Constituição Econômica*, Minas Gerais -Brasil-, Revista Brasileira de Estudios Políticos, Nos. 74-75, 1992; y, Kurt Lenk *El concepto de ideología*, Buenos Aires, Amorrortu, 1974).-

La Constitución Política de 1949, ideológicamente, plantea un modelo intervencionista, de Estado de Bienestar chocando ahora con las políticas neoliberales de los países ricos, que usan a sus organismos financieros internacionales para ajustar y controlar a los países deudores o del Tercer Mundo.

Se da así un enfrentamiento entre la Carta Magna que propone un esquema interventor y social frente a las políticas neoliberales que dominan los mandos o cuadros altos del Estado de los países deudores. También el Poder Judicial, en esta lucha, actúa contra la Constitución Política vigente y se subordina al neoliberalismo reinante y dominante, que es la ideología oficial e impuesta por las naciones ricas a los países subdesarrollados.

Como bien señala *la Procuraduría*, el Decreto-ley N° 71, 1948 entraña una concepción del crédito y del papel del Estado en la economía. No se trata de favorecer el lucro y la especulación, que es el objetivo de la banca privada (negocio muy rentable), sino de plantear como objetivos el desarrollo del país (*idem.*, p. 6).

La tesis de la Procuraduría es que los bancos estatales tienen el monopolio de la recepción de depósitos en efectivo; y que la banca privada está facultada para la emisión de "certificados de inversión y otros títulos valores" de acuerdo con la ley de regulación de sociedades financieras de inversión y crédito especial de carácter no bancario (artículo 14, inciso b de la *Ley N° 5044* del 13 de setiembre de 1972). El principio es la captación de recursos por parte de los bancos estatales; y, la excepción, la *supra*indicada norma (*ibídem*, pp. 10 y 11) (cf. Néstor Pedro Sagüés *Constitucionalidad de las privatizaciones*, Buenos Aires, revista "Prudentia Iuris", enero-junio, 1990, Pontificia Universidad Católica Argentina; y, Humberto Jiménez *Derecho Bancario*, UNED, San José, 1986, *Banca central, banca comercial y auditoría general de bancos de Costa Rica. Aspectos importantes de su organización y funciones*, San José: tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1981).

Además, *la Procuraduría* afirma que la banca privada no puede captar recursos del público o de terceros a un plazo menor a los 180 días; mientras que los bancos estatales pueden captar depósitos del público en cualquier plazo (documento, *cit.*, pp. 11 y 12).-

El criterio de *la Procuraduría* fue concorde con el externado por la Auditoría general de entidades financieras (ya *supramencionado*), con lo cual el acuerdo del Banco Central quedaba, sin fundamento legal (acuerdo N° 4 de la sesión N° 4597-92 del 5 de agosto de 1992).-

c) *Posición del Poder Ejecutivo*

Este Poder manifestó que a pesar de que ese dictamen de la Procuraduría no era vinculante (lo cual no es cierto), actuarían conforme a él.

d) *Posición de la Junta Directiva del Banco Central*

También acató el dictamen de la Procuraduría, pero no le dio audiencia a la banca privada sobre esta decisión para la defensa respectiva (el debido proceso o audiencia obligada), razón por la que la Sala IV, en forma vertiginosa, con una rapidez inusitada, resuelve a favor de la banca privada (cf. *La Nación y La República* de los días 2 al 6 de setiembre de 1992).

El Presidente Ejecutivo del Banco Central dijo que deploraba la tesis de la Procuraduría "vertido con criterio ideológico desfasado de los tiempos modernos" (*La Nación*, 2 de setiembre de 1992), a la vez que afirmó que "ya era hora que la banca privada peleara por sus derechos" (*La Nación y La República* del 5 de setiembre de 1992).

Hay que recordar que este funcionario de la banca estatal y nacionalizada es neoliberal, defensor de la banca privada y contrario a la banca estatal. Por razones políticas el actual Gobierno lo puso en esa posición clave de la banca del Estado, pero lo contradictorio del caso es que a la cabeza del sistema bancario estatal se coloca a quien es contrario de esta banca; y, también fue funcionario de organismos financieros internacionales (OFI).-

La respuesta de esta aparente contradicción es que lo ubicaron en ese puesto para que ayude a la privatización bancaria y al cumplimiento de las políticas de los citados organismos financieros transnacionales. (OFI) Lo interesante del caso, entre otros asuntos, es que un neoliberal como él denuncia a la Procuraduría por usar criterios "ideológicos". Por ello, se podría decir que "lance la primera piedra quien está exento de ideología".

Recordemos que este funcionario propuso la venta de los bancos estatales (*La República*, 22 de octubre de 1992).

Claro que se debe indicar que los anteriores personeros que ocuparon ese mismo puesto y que pertenecen al partido (ahora) de oposición se comportaron igualmente como neoliberales y fueron fieles ejecutores de las políticas

importadas e impuestos por los citados organismos. Así, por ejemplo, su inmediato antecesor envió una carta a la Presidencia Ejecutiva del Banco Central apoyándolo (*La República*, 13 de setiembre de 1992).-

Habría que señalar que la mayoría de la prensa (*mass media*) privada actuó en favor de la banca privada, lo cual no es de extrañar ya que se trata del mismo privado o de empresarios particulares en defensa de sus intereses económicos, políticos, bancarios, financieros (mediante manipulación informativa).

Por su parte *La República* editorializó en el sentido de que leyendo el dictamen de la Procuraduría, no queda duda de que las medidas del Banco Central son ilegales (4 de setiembre de 1992).

e) *Posición a favor de la banca privada*

i.- *El abogado Humberto Jiménez* escribió un artículo coincidente con la tesis de la banca privada (cf. *Captación a menos de 180 días por bancos privados*, San José: revista *Iustitia*, N° 68, 1992)

Este abogado consideró que la banca privada sí podía captar recursos a menos de 180 días.

ii.- *Alegato de la banca privada ante la Sala IV*

La banca privada presentó varios recursos de amparo. Uno de ellos fue el que prosperó instantáneamente (lo cual es muy curioso y llamativo ya que los asuntos que se encuentran en esa Sala IV duran años en resolverse).

Este alegato que comentaremos no fue resuelto por el fondo. Es decir la Sala IV no dijo nada todavía sobre el tema de la nacionalización bancaria y los aspectos sustantivos que este recurso propone.

Este alegato lo autentica el abogado Juan José Sobrado y lo hace girar en torno al artículo 121, inciso 17 de la Carta Magna (San José: diciembre de 1992, Impresión comercial La Nación S.A.)

Sus fuentes esenciales son la sentencia de Casación redactada por Fernando Coto Albán (Cas. 11 hs. del 14 de julio de 1981, Beneficiadora Santa Elena S.A. contra el Banco Central), con la cual se manifiesta disconforme el abogado de la banca privada en su alegato judicial. También hace referencias a la obra de Rodrigo Facio Brenes (1914-1961) *La moneda y la banca central en Costa Rica* (San José: Ed. Costa Rica, 1975) El resto de la bibliografía se puede consultar en la página 55 de este alegato judicial o de litigante.

La tesis de fondo de este alegato reside en atacar contradictoriamente el artículo 121, inciso 17 de la Constitución Política.

Señalo que contradictoriamente debido a lo siguiente:

• *afirma por un lado*, que le sistema vigente es el que sostiene que el artículo 121, inciso 17 de la Carta Magna está plenamente vigente, jurídicamente indicado, ya que a la Asamblea Legislativa le corresponde:

determinar la ley de la unidad monetaria y legislar sobre la moneda, el crédito, las pesas y medidas. Para determinar la ley de la unidad monetaria, la Asamblea deberá recabar previamente (consulta previa obligada) la opinión del organismo técnico encargado de la regulación monetaria (el Banco Central). (lo que está entre paréntesis es una indicación nuestra).

•• *Por otro lado*, dice el abogado que la regulación monetaria no le corresponde al Poder Legislativo, sino a un organismo técnico independiente (idem., pp. 25, 33, 35).

La aparente contradicción se resuelve fácil ya que la afirmación constitucional (artículo 121, inciso 17) sostiene lo siguiente, lo cual es obvio:

es el Poder Legislativo, por el principio de reserva de ley, el que legisla sobre la moneda y los demás aspectos que el mismo numeral citado expresa. No hay ni puede haber delegación de poderes (artículo 9 de la Carta Magna: ninguno de los Poderes puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias).

Lo que si opera es la *consulta* obligada al Banco Central en el terreno de la ley de la unidad monetaria; pero por supuesto que esa consulta no es vinculante para el Poder Legislativo.

Esa solución a la contradicción aparente que señala el abogado de la banca privada es procedente, ya que el Poder Legislativo en ningún país del mundo está compuesto por técnicos y expertos en todas las especializadas materias. La esencial tarea del Poder Legislativo es legislar.

Como bien afirma *la Casación de 1981* (ya citada) la fijación del valor de la moneda es de interés público. la modificación de su valor repercute sensiblemente en la economía nacional e individual. Se explica así que el constituyente atribuyera a la Asamblea Legislativa la facultad exclusiva de fijar ese valor (capítulo de las conclusiones, p. 42 de esa sentencia).

Si de acuerdo a la Ley de la Moneda, en su artículo 3 el valor del colón respecto del dólar US es de 20 a 1 y en la calle (mundo de lo factual) está (diciembre de 1992) a 138 a 1 ("tipo interbancario"). Hay una disparidad entre lo legal y lo empírico. Claro está que el tipo interbancario es ilegal e inconstitucional (concordancia y congruencia del artículo 121, inciso 17 de la

Carta Magna con la Ley de la Moneda, art. 3) Lo que procede aquí es que el Poder Legislativo tenga la voluntad política para resolver esta efectiva antinomia y fije el valor de la moneda previa consulta al Banco Central y que, por su parte, la Sala IV resuelva el recurso de inconstitucionalidad presentado por el abogado Litigante Oscar Barahona Streber (cf. alegato judicial del abogado Sobrado, *cit.*, pp. 41 y 53).

VI. REFORMAS LEGALES HACIA LA PRIVATIZACION DE LA BANCA

a) *Ley orgánica del sistema bancario nacional*

Otilio Ulate envió el 14 de setiembre de 1951 al Poder Legislativo, siendo Presidente de la República, el proyecto de ley relativo a esta materia, en el cual incluyó un *transitorio* (que fue desechado por la Asamblea Legislativa) en el cual se decía que los bancos privados podían recibir depósitos, pasados dos años de vigencia de esta ley (cf. Retana, *cit.*, tomo 2, p. 240; y, para este tema páginas 240 a 279).-

Esta ley tiene el N° 1644 del 26 de setiembre de 1953.-

b) *Reforma al artículo 62, inciso 5 de la LOBC*

En 1964, por Ley N° 3301 del 20 de julio se reforma el artículo 62, inciso 5 de la LOBC con el fin de que el Banco Central pudiera darle préstamos a los bancos comerciales con recursos provenientes de empréstitos del extranjero; y, para que el Estado le diera el aval a esos bancos en las operaciones que realizarán con organismos financieros del exterior.

A fines de 1964, siendo Presidente Francisco Orlich, se presenta a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley para variar el artículo 62, inciso 5, ya citado (cf. expediente legislativo de la ley N° 3500, 1964).

Entre lo que se varió fue la expresión: "empréstitos que se obtenga en el exterior" por: "empréstitos que obtenga en el exterior". De este modo, los recursos financieros eran los que el Banco Central obtenía; y, no aquellos que la banca comercial lograba del extranjero (cf. Ley N° 4646 de 1970).-

c) *Administración de Trejos Fernández (1966-1970)*

Durante esta Administración, se presentó a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley para la desnacionalización de la banca estatal, el 12 de setiembre de 1966.-

El objetivo de esa reforma era el de que los bancos privados (nacionales y extranjeros), al igual que los estatales, pudieran captar recursos del público, en todas sus formas y que se le permitiera a los grandes bancos extranjeros poner sucursales en Costa Rica (cf. proyecto de reformas bancarias, expediente N° A18-4138, 1966).

El Comité Interamericano de la Alianza para el Progreso (CIAP) mostró su apoyo a esas reformas. Recordemos que de este organismo dependían recursos financieros externos para nuestro país. Es una situación similar, aunque con las diferencias específicas para la actualidad.

Este proyecto fracasó en la Asamblea Legislativa luego de debates fuertes dentro y fuera del recinto parlamentario.

d) *Ley de regulación de sociedades financieras de inversión y de crédito especial de carácter no bancario.*

Ley N° 5044 del 12 de setiembre de 1972, bajo la Administración de Figueres Ferrer (1970 - 1974).-

En esta ley (artículo 14) se establecía la captación del público por parte de las entidades financieras no estatales -por ejemplo, el inciso b) que permitía emitir títulos valores de acuerdo con la ley (artículo 713 del Código de Comercio)-en un plazo no menor a un año. Por ley N° 5091 del 26 de octubre de 1972 se eliminó el plazo mínimo para la captación de recursos del público.

De conformidad con lo anterior los llamados certificados de inversión, que son depósitos a plazo, son captados por la banca privada, para lo cual son parte de la genérica voz "títulos valores". De hecho este mercado financiero ha funcionado de esta manera, a pesar de que siempre se mantuvo la tesis (no cuestionada, pero negada por los hechos) de la nacionalización bancaria en los círculos políticos afectos a la banca estatal. Efectivamente, mediante ese mecanismo captan depósitos del público y con ello rompen el monopolio de la banca estatal.

Por Ley N° 7107 del 4 de noviembre de 1988 se le cambió el nombre a la norma que comentamos por el de *Ley de regulación de empresas financieras no bancarias*.-

e) *Proyecto de ley de 1983*

Este proyecto de ley, expediente N° 9646, tendía a permitir que el Banco Central le prestara recursos a la banca privada y también otorgara redescuentos. La banca privada venía obteniendo recursos de empréstitos del extranjero mediante los bancos estatales y CODESA.

Debido a ello, los organismos financieros internacionales presionan para que los préstamos se dieran directamente a la banca privada.

El Dr. Diego Baudrit, abogado de la Asamblea Legislativa, expresó en su dictamen que el origen de la reforma al artículo 62 de la LOBC es el convenio AID- 515 - K-040, firmado en diciembre de 1982 por el Poder Ejecutivo, estableciendo la cláusula 3.3 que una condición previa para efectuar los desembolsos después del 28 de febrero de 1983 en que deberá presentarse a la Asamblea Legislativa una enmienda a la Ley del Banco Central que permita la participación de los bancos privados en el redescuento del Banco Central y en otros programas crediticios, en los mismos términos en que participan los bancos estatales. (cf. expediente N° 9646, *cit.*)

Esta cláusula 3.3. surge del clima de las negociaciones del convenio entre la AID y el Gobierno en 1982 (Administración de Monge Alvarez).

Este proyecto fracasó.-

f) *Proyecto de reforma a los artículos 6 y 7 de la Ley de la moneda, 62 inciso 5 y 100 de la LOBC.*

Durante la Administración de Monge Alvarez, el Poder Legislativo conoce de las reformas a los artículos 6 y 7 de la Ley de la moneda; y, 62, inciso 5) y 100 de la LOBC.

De este modo, los bancos recibirían los préstamos o recursos financieros directamente y con el aval del Estado.

Esta documentación consta en el expediente legislativo N° 6965 de 1984. De este modo, la Administración Monge Alvarez con su *Plan de reactivación económica* contribuyó, bajo la presión de los organismos financieros internacionales, a fortalecer la banca privada.

En junio de 1984 se aprobó por la Asamblea Legislativa el paquete de reformas financieras con excepción del artículo 62, inciso 5), que es convertido en norma legal, el 22 de agosto de ese mismo año (*ley N° 6965* del 22 de agosto de 1984).

g) *Ley de modernización del sistema financiero de la República*

Esta ley N° 7107 fue aprobada el 4 de noviembre de 1988 y con ella se fortaleció el proceso de privatización de la banca y se debilitó aún más la banca estatal. Realmente, esa ley debería llamarse de privatización del sector financiero.

Fue parte de la negociación impuesta por el Banco Mundial y el FMI para dar por aprobado el PAE II, como así se manifestó públicamente en la Administración de Arias Sánchez.

El propio Presidente Ejecutivo del Banco Central, Eduardo Lizano como el presidente Arias, expresaron que el Banco Mundial y Japón no facilitarán al país los 200 millones de dólares negociados si no se aprueba el proyecto de ley

que moderniza el sistema financiero (cf. *La Tribuna económica*, San José, agosto-setiembre de 1988, p. 17; y, Retana, *cit.*, pp. 250 a 257).

Como lo dice la exposición de motivos de esta ley: esta legislación no solo legitima la participación de la banca y financieras privadas dentro del sistema financiero, sino que crea las condiciones objetivas para que éstas puedan desarrollarse (cf. expediente legislativo de esta ley..., 24 de febrero de 1988, p. 2).

Hubo criterios en contra de este proyecto, que consta en el expediente N° 10523, 1 de agosto de 1988, en el sentido de que se violaba la banca nacionalizada y se favorecía a la banca privada.

El artículo 22 de la LOBC es interesante porque entrega a la empresa privada este banco Central, ya que la Junta Directiva queda compuesta por 7 personas, cinco de ellas del sector privado nombradas por el Consejo de Gobierno.; el Ministro de Hacienda y el Presidente Ejecutivo del Banco Central.

Por esa reforma quedaron excluidos los ministros de economía y planificación. Igualmente el Consejo de Gobierno nombra el Presidente Ejecutivo. En el pasado era la Junta Directiva quien lo nombraba.

La pregunta obligada es: cómo una Junta Directiva neoliberal y favorable a la banca privada va a administrar y defender los intereses de la banca nacionalizada? Es obvio que la respuesta es negativa.

h) *Reforma a la Ley N° 5044 del 13 de setiembre de 1972*

Esta *Ley N° 5044* se llamaba Ley de regulación de sociedades financieras de inversión y de crédito especial de carácter no bancario. Luego se le cambió el nombre por el de Ley reguladora de empresas financieras no bancarias (por la Ley N° 7107 del 22 de noviembre de 1988).

Mediante esta *Ley N° 7107 (1988)* se reforma el artículo 1 de la *Ley N° 5044 (1972)* para captar recursos financieros del público, con lo cual el monopolio de la nacionalización bancaria se quiebra.

La parte que interesa resaltar de este artículo 1 queda entre comillas:

para lo dispuesto en esta ley se consideran empresas financieras de carácter no bancario todas las personas físicas o jurídicas no integrantes del sistema bancario nacional, que actúen directamente o indirectamente como intermediarios financieros en el mercado nacional o extranjero; o, que participan en cualquier forma en este tipo de intermediación,

en el entendido "de que esta participación se configura por el solo hecho de la captación de recursos del público inversionista en cualquiera que sea el tipo de documento en el que se formalice la obligación, y cualquiera que sea la finalidad a que estén destinados esos recursos".-

Igualmente el artículo 14, inciso b) le permite a estas sociedades financieras la emisión de certificados de inversión y otros títulos valores, de acuerdo con la ley. Los valores que emitan las empresas financieras tendrán el carácter de títulos ejecutivos. En el proyecto original se decía lo cual se eliminó en la Ley N° 7107 (1988)- que se requería la autorización (que siempre es previa) del Banco Central, de este modo estas entidades financieras quedan con la mano libre para captar recursos del público directamente, con que el monopolio de la banca estatal queda liquidado (cf. Retana, *op. cit.*, T.II, pp. 270 a 274).

i) *Ley del sistema bancario nacional N° 1644 del 26 de setiembre de 1953*

De acuerdo con el artículo 1 de esta ley, el sistema bancario nacional (SBN) está formado por:

- 1- el Banco Central
- 2- Banco Nacional
- 3- Banco de Costa Rica
- 4- Banco Anglo Costarricense
- 5- Banco Crédito Agrícola de Cartago
- 6- cualquier otro banco del Estado que en el futuro llegare a crearse y
- 7- los bancos comerciales privados

De este modo quedan los bancos privados integrados dentro del sistema bancario nacional (SBN). Desde 1953, ya que el Banco Lyon fue el único no nacionalizado (en 1948) ya que no recibía recursos del público.-

j) *Acuerdo del Banco Central de 1992*

Por este acuerdo de la Junta Directiva del Banco Central, artículo 5 de la sesión N° 4552 del 22 de enero de 1992, se faculta al Banco Central para que constituya un fondo de préstamos para todos los bancos del SBN ante problemas temporales de liquidez, utilizando para ese fin los recursos obtenidos

por el Banco Central vía contratación de créditos con agencias nacionales o multilaterales de cooperación económica (cf. Retana, *cit.*, pp. 275 a 277, *Gaceta* N° 32, 14 de febrero de 1992).-

Según lo decidido por el Banco Central, se beneficia la empresa privada. El fundamento legal de ese acuerdo es el artículo 5, inciso 5 y 62, inciso 5 de la LOBC.

De este modo el Banco Central puede ayudar a la banca privada en cualquier momento y de acuerdo a los requisitos respectivos.

k) *Ley N° 7201 (reguladora del mercado de valores y reforma al Código de Comercio) del 10 de octubre de 1990*

Mediante esta ley también se fortalece el sector bursatil, comercial y financiero privado.

En los últimos años, con el apoyo de las políticas extranjeras de privatización y neoliberales impuestas a nuestro país por los organismos financieros internacionales, la bolsa costarricense se ha fortalecido sustancialmente (cf. Seminario del Colegio de Abogados sobre esta Ley N° 7201, San José: Imprenta LIL, 1991).-

CONCLUSION

- 1.- Los países subdesarrollados, como Costa Rica, han ejecutado las políticas impuestas por los organismos financieros internacionales (OFI) perjudicando la salud, empleo, transporte, comunicaciones, servicios públicos, educación, etc., de las comunidades nacionales.
- 2.- En el proceso que hemos analizado, se ha favorecido a la clase alta que controla la banca privada. Así el lucro y el interés personal prevalece sobre el interés público. Bien se sabe que los grupos que dominan las finanzas del país manejan la economía y a la propia nación.
- 3.- Realmente la disyuntiva es difícil:
si la banca es del Estado, la manejan los políticos en su provecho; y, si la banca es privada, el país queda a merced de los empresarios particulares. Parece que la salida o la solución es difícil de encontrar.
- 4.- Cuando se nacionaliza la banca en 1948 se argumentó bastante en el sentido de que la política no debía meterse en el terreno técnico de la banca estatal; sin embargo, fue lo primero que ocurrió; los políticos de turno en el Poder usaron la banca nacionalizada para enriquecerse más. Mucho de los créditos a los políticos fuertes no fueron pagados.

- 5.- La historia de la banca estatal es la historia de la relación estrecha entre política y banca nacionalizada. Ahora, la banca privada cada vez más fuerte, formará una fracción financiera muy robustecida en la cúpula del país, a la par de los bananeros, empresarios del turismo, cafetaleros, etc.-
- 6.- Esta relación entre poder político y poder económico pasa, necesariamente, por el efectivo manejo de las agrupaciones políticas mayoritarias en Costa Rica, cuyas cúpulas pertenecen a la clase alta o hegemónica. Siendo la instrumentación del Estado, (en su propia estructura y funcionamiento) como en el sistema financiero público y privado, espacios claves para el ejercicio del Poder en nuestra nación.-
- 7.- De ahí, que las políticas neoliberales y las expresiones de privatización consagran mejor la socialización de las pérdidas o costos de todo el Sistema social, político, económico costarricense; y, la apropiación (para sector privado) de los beneficios. Con la diferencia del pasado, de que a partir de la década de los años 80 los países más ricos del mundo respaldan esas políticas de privatización con todos los recursos de que disponen incluyendo (de modo importante) el control y propiedad de los medios de comunicación social (*mass media*) para que hagan el trabajo ideológico, de legitimar esas políticas neoliberales.-

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ABELLAN, Edgar *La restructuración de la deuda* (México y Costa Rica)
- ACOSTA, Victor et al. *Ley de la moneda y las medidas cambiarias del Banco Central, 1978-1982* (San José: UCR, Tesis Derecho, 1984)
- ACUÑA, Victor; MOLINA, Ivan *Historia Económica y Social de Costa Rica (1750-1950)* (San José: Ed. Porvenir 1991)
- ARCE, Gustavo et al *¿A quién sirven las privatizaciones?* (Montevideo, Ed. Tae, 1989)
- AGUILERA, Gabriel *Problemática: paz y seguridad en Centro América* (Guatemala: FLACSO, 1991)
- ARIAS, Salvador *Seguridad o inseguridad alimentaria* (Salvador: UCA, 1989)

BOLLINI, Carlos y BONEO, Eduardo *Manual para operaciones bancarias y financieras* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979)

BRIONES, Carlos *Ajuste estructural y desarrollo* (Salvador: UCA, revista ECA, setiembre 1992)

BROWN, Lester et al *La situación del mundo* (Buenos Aires: Ed. Sudamericana, 1991)

CACERES, Luis René *Endeudamiento externo y crecimiento económico* (Salvador: revista Realidad N° 28, UCA, 1992)

CALDERON, María et el *Bancos del Estado ante la quiebra*. (San José: UCR Tesis en Derecho 1984).-

CAMACHO, Daniel et al *Quién impulsa un nuevo proyecto social?* (Heredia: UNA, 1992)

CASTILLO, Fernando *Elementos económicos en la Constitución Política* (San José: Iuritexto, 1992)

CASTRO, Carlos y GONZALEZ, Mauricio *Costa Rica: balance de la situación* (San José: Cepal, 1992)

CASTRO, Guillermo *Banca mixta en Costa Rica* (San José: UCR, Tesis en Derecho, 1986).

CEPAL *Magnitud de la pobreza en América Latina en los años 80's* (Santiago: Cepal, 1991), *Documentos sobre privatización con énfasis en América Latina* (Santiago: Cepal, 1991)

CLASSENS, Stijn *The Optimal Currency Composition of External debt: Theory and Applications to México and Brazil* (Washington D C: The World Bank Economic Review, sept. 1992)

DE SEBASTAN, Luis *Solidaridad y mercado* (Salvador: UCA, revista ECA, set. 1992)

DIAZ, Luis *Derecho económico y la integración de América Latina* (Bogotá: Temis, 1988)

DONAHUE, John *La decisión de privatizar* (Buenos Aires: Paidós, 1991)

- ESQUIVEL, Francisco et al *Existe una alternativa a los PAE's?* (Heredia:UNA, 1992)
- FELIX, David *Privatización y situación del Estado en América Latina* (Santiago: Revista de la Cepal N° 46, 1992)
- FERNANDEZ, Rodrigo et al *Libertades económicas en la jurisprudencia constitucional* (San José: UCR, Tesis de Derecho, 1985).-
- FISHER, Stancey et al *Economía* (México: Mc Graw Hill, 1990)
- FLORES, Federico; NUÑEZ, José *El debate en torno a las funciones del Estado y la nueva legislación económica en Costa Rica, 1982-88* (San José: UCR, Tesis de Derecho 2 tomo 1988)
- FUENTES, Juan *Relaciones económicas internacionales* (San José: Flasco, 1992)
- FURST, Edgar *Liberación comercial y promoción de las exportaciones en Costa Rica: 1985-1990* (Heredia: UNA, 1992)
- FRANCO, Eliana; SOJO, Carlos *Gobierno, empresarios y políticas de ajuste* (San José: FLASCO, 1992)
- GARST, Raquel *El programa PL- 480, Título I en Guatemala* (Guatemala: Flasco, 1992), *La ayuda alimentaria al istmo centroamericano* (Panamá: Cadesca, 1992)
- GIL, Rufino *125 años de Vida Bancaria en Costa Rica* (San José: Ed. Costa Rica, 1982)
- GONZALEZ, Luis *La crisis de la modernidad y el debate postmoderno* (Salvador: UCA, revista Realidad N° 25, 1992)
- HINES, Danilo *Regimen Jurídico dael sector monetario en Costa Rica* (San José: UCR, Tesis de Derecho)
- IBISATE, Francisco *Tecnología para una economía nacional* (Salvador: revista Realidad N° 27, 1992)
- I I C A *América Latina y el caribe: pobreza rural persistente* (San José: IICA, 1990)

- MAX, Hermann *Problemas de la política monetaria* (San José: Imprenta Española, 1935)
- JIMENEZ, Humberto *Derecho Bancario* (San José: UNED, 1986)
- LIBERMAN, Luis *La experiencia reciente del sistema financiero costarricense*. (San José: revista Banca, Bolsa & Seguros, N° 4, 1990)
- LOPEZ, Alvaro *Flujos y Tendencias del comercio internacional* (San José: FLASCO-UNA, 1992)
- MARTEN, Alberto *El enigma monetario* (San José: Anales de la Universidad de Costa Rica, Diciembre de 1942)
- MEGARÍÑOS, Mateo *Diálogos con Raúl Prebisch* (México: CFE, 1991)
- MALDONADO, Oscar et al *Análisis sobre las políticas de cambio de deuda por naturaleza* (Guatemala: Flasco-, Uien, 1992)
- MENEN, Carlos *Privatizaciones en Argentina* (Buenos Aires: Presidencia de la República, 1991)
- MERZ, Carlos *El comercio internacional de la República de Costa Rica* (San José: Imprenta Nacional, 1929)
- ORFILA, Rodolfo et al *La distribución del poder político en Costa Rica* (Heredia: UNA, 1992)
- ORTUÑO, Fernando *Banca y su desarrollo en Costa Rica, hasta la reforma de 1936* (San José: UCR, Tesis en Derecho, 1959)
- PACHECO, Fernan *Necesidad de un derecho bancario* (San José: UCR, Tesis en Derecho 1984)
- QUIRCE, José *Banca Privada en Costa Rica* (San José: UCR, Tesis en Derecho, 1987)
- RETANA, Berenice *Implicaciones jurídicas de la progresiva liberación bancaria* (San José: UCR, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 2 tomos, 1992)

ROMERO MORA, Patricia et al. *Impacto del programa de ajuste estructural en el comercio internacional* (San José: Universidad Interamericana de Puerto Rico, maestría, inédito, 1990).

ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Derecho y clases medias* (San José: Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1985); *Algunas notas sobre los diversos enfoques acerca de la crisis* (Costa Rica) (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 46, 1982); *¿La deuda externa...o eterna?* (San José: La Nación, 24-XII-87, p. 16-A); *El aporte de la CEPAL y las perspectivas del Estado costarricense* (San José: Revista Judicial N° 22, 1982); *Derecho Administrativo y Estado Costarricense* (San José: UCR, 1984), *La deuda externa: otra cara de la crisis* (San José: RCJ N° 59, 1988); *Coyuntura y proyecto nacional* (San José, inédito, 1988); *Estado social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 60, 1986); *Derecho y deuda externa* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 62, 1989); *Deuda externa y derechos humanos* (San José: inédito, 1989); *Los supuestos del neoliberalismo económico y la deuda externa* (ensayo de derecho económico internacional) (San José: RCJ, N° 66, 1990); *El derecho internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa* (San José: RCJ, N° 67, 1990). *Aspectos jurídicos, iniciativa de las Américas y deuda externa* (San José: RCJ, N° 68, 1991). *El servicio público*. (San José: UCR, 1983). *La reforma del Estado* (San José: UCR, RCJ N° 69, 1991). *El ajuste estructural y el derecho*. (San José: UCR, RCJ, N° 70, 1991) *Canje de deuda externa por naturaleza*. (San José: UCR, RCJ, N° 71, 1992).

ROMERO, Amanda *El neoliberalismo, los derechos humanos y el "nuevo paradigma"* (Bogotá: revista "El otro derecho", julio, 1992)

RODRIGEZ, Miguel A. *Ajuste estructural y progreso social* (San José: Ed. Libro Libre, 1992), *Libertad y solidaridad* (San José: UNED, 1992), *De las ideas a la acción* (San José: LIL, 1988)

RODRIGEZ, Bárbara *El FMI: antecedentes históricos y funcionamiento* (San José: Revista Judicial, N° 33, 1985)

SAENZ, Manuel *El salario y la moderna legislación económica, bancaria en Costa Rica* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Julio-Diciembre 1938)

SALDOMANDO, Angel *El retorno de la AID* (Managua: Cries, 1992)

SAVAS, E.S. *Privatización* (México: Eds. Gernika, 1989)

SCHULDT, Jürgen et al *América Latina: opciones estratégicas de desarrollo* (Caracas: Ed. Nueva Sociedad, 1992)

SELSER, Gregorio (traducción, notas e introducción) *Informe Kissinger* (México: El Día, 1984)

SOBRADO, Juan J. *Estudio sobre el artículo 121, inciso 17 de la Constitución Política* (San José: Impresión comercial La Nación, 1992)

TAYLOR-DORMOND, Marvin *El Estado y la pobreza en Costa Rica* (Santiago: Revista de la Cepal N° 43, 1991)

TREJOS, María; Murillo, Carlos *Las empresas públicas en el proceso de acumulación de capital en Costa Rica* (San José: revista Abra, N° 1, 1980)

TRIFFIN, Robert *Anteproyecto de la ley monetaria y de régimen orgánico de las transferencias internacionales* (San José Banco Nacional de Costa Rica, 1944)

U I C N *I Congreso de derecho ambiental* (San José: Unión Mundial para la naturaleza, 1992)

URCUYO, Sergio *Banca privada y los mecanismos de control en Costa Rica* (San José: UCR Tesis en Derecho 1988)

SOLEY, Tomás *Historia económica y hacendaria de Costa Rica* (San José: UCR, 2 Tomos, 1947)

VALIS, Mario *Derecho ambiental* (Buenos Aires: Ed. R. Stang, 1992)

VAZQUEZ PANDO, Fernando *El FMI y el derecho monetario internacional* (México: Escuela Libre de Derecho, 1991), *Derecho económico* (México: Ed. Harla, 1991), *Derecho monetario mexicano* (México: Ed. Harla, 1991), *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales* (México: Escuela Libre de Derecho, 1990)

VAZQUEZ, Alicia *Mercados Internacionales de Capital* (México: UNAM, 1989)

VILLARREAL, Beatriz *Precarismo, campesinado y democratización* (San José: Flacso, 1992)

VILLASUSO, Juan (ed.) *El nuevo rostro de Costa Rica* (San José: Cedral, 1992)

VILLEGAS, Carlos *Régimen legal de bancos* (Buenos Aires: Depalma, 1980)

WONNACOTT, Paul y Ronald *Economía* (México: Mc Grawhill, 1988)

WOOD, Barry *Privatización* (Washington D C: revista "Europe", november, 1992)

YAÑEZ-BARNUEVO, Luis (prologuista) *Informe Sanford* (Madrid: Tecnos, 1989)

SOBRE LA CIENCIA DEL DERECHO

François Ost(*)

Presentada como actividad de investigación que se refiere a la actividad de la ciencia del derecho, el presente estudio es una versión castellana de la entrada "Science du droit", en el *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, París y Bruselas, 1988, pp. 363-367. La traducción fue efectuada por Oscar Luis Sarlo, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, y revisada por Enrique P. Haba, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

(*) Profesor de las *Facultés Universitaires Saint-Louis*, Bruselas; Decano de la Facultad de Derecho. El presente estudio es una versión castellana de la entrada "Science du droit", en el *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, París y Bruselas, 1988, pp. 363-367. La traducción fue efectuada por Oscar Luis Sarlo, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, y revisada por Enrique P. Haba, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

1. *La ciencia del derecho como corpus teórico y como práctica social*

Presentada como actividad cognoscitiva que se dirige a brindar una representación del fenómeno jurídico conforme al paradigma científico adoptado, la ciencia del derecho es a la vez un corpus teórico y una práctica social. Como corpus teórico, la ciencia del derecho se presenta en forma de un conjunto de proposiciones articuladas como sistema, que implican la ejecución de una metodología consecuente y suponen la obtención de conocimientos que sean comunicables y a la vez susceptibles, si no de verificación, por lo menos de asentimiento racional. Sea cual fuere el criterio de científicidad escogido, el discurso científico tiende, como mínimo, a racionalizar los fenómenos estudiados, reconduciéndolos, si no a la uniformidad, por lo menos a unas regularidades ordenadas; más exigentemente, la teoría puede también estar dirigida a extender su poder de elucidación a aspectos nuevos de la realidad, aunque con eso tenga que sustraerse a la representación que de ellos suministra el sentido común. Como práctica social, la ciencia del derecho supone un sistema institucional de investigación y enseñanza, y traduce, de manera implícita o explícita, total o parcial, su interacción con los intereses, valores e ideologías dominantes en la comunidad científica, en primer término, y en la sociedad global, en segundo término.

La ciencia del derecho es susceptible, con base en la definición muy general que acabamos de presentar, de realizarse en niveles muy diferentes, atendiendo a los diversos paradigmas admitidos y a los criterios de científicidad asociados a estos. Ese punto resulta oscurecido, sin embargo, por el hecho de que, en el pensamiento jurídico, el monismo epistemológico generalmente dominante conduce a exclusiones y condenas recíprocas. Si se adopta, por el contrario, una forma de pluralismo epistemológico, se reconocerá que la científicidad es susceptible de grados y que las diversas versiones de la ciencia del derecho se pueden ubicar en un espectro de gradaciones múltiples que corresponde a los diversos usos del término "ciencia del derecho", usos que una definición lexicográfica tiene la obligación de reflejar.

Así, para algunos, la ciencia del derecho –calificada como dogmática jurídica, y que se traduce tanto en las teorías generales como las sectoriales del derecho– consiste en describir y racionalizar las reglas jurídicas. Su tarea específica es la interpretación y sistematización de las reglas. Esta tarea, a su

vez, es concebida de dos maneras. O bien como puramente teórica, el teórico se limita a conocer su objeto; en este caso, la ciencia del derecho (meta-lenguaje) es claramente distinta de su objeto (el derecho como lenguaje-objeto). Entonces la ciencia del derecho es normativa por su objeto, pero no por sus métodos. O bien, por el contrario, la tarea consistirá en conferir a la dogmática una función mixta que será a la vez de conocimiento y creación, se invitará al teórico a que argumente con vistas a descubrir las soluciones más justas a los problemas que suscita la aplicación de las leyes. En tal caso, la ciencia del derecho es doblemente normativa: lo es por su objeto y también por su función.

Para otros, al contrario, la ciencia del derecho sólo puede pretender este título si ella conquista su autonomía respecto a su objeto de estudio proporcionándose los medios de explicar los fenómenos jurídicos, o cuando menos para dar cuenta de estos desde un punto de vista crítico, y no únicamente los medios para describirlos y sistematizarlos. Esta ciencia, a su vez, ha sido concebida según epistemologías y metodologías muy diversas: empírica, lógico-formal o hermenéutica, por ejemplo. En el primer caso, es científica la teoría cuyas proposiciones se refieren a entidades observables y susceptibles de verificación empírica. En el segundo caso, es científica la teoría que adopta un lenguaje formalizado y cuyas proposiciones están articuladas en un sistema axiomatizado. En el tercer caso, es científica la teoría que da cuenta en la forma más adecuada posible del discurso efectivamente llevado a cabo por los diferentes actores del fenómeno jurídico.

Lo más frecuente, sin embargo, es que la literatura presente teorías que toman, deliberadamente o no, elementos de esos diversos paradigmas y combinan las diferentes funciones asociadas a estos.

Cabe señalar, finalmente, que algunos llegan a la conclusión de que es imposible una ciencia del derecho, en razón, por ejemplo, de la imposibilidad de aislar unos datos puramente empíricos en el campo jurídico, o aun por la imposibilidad de alcanzar una formalización de su lenguaje y una axiomatización de sus reglas.

2. ¿Qué ruptura epistemológica?

Los debates que provoca esta diversidad de enfoques [*approches*] suscitan una multitud de cuestiones. Parece que la principal de ellas reside en el grado de proximidad de la ciencia del derecho respecto a la práctica y al discurso jurídicos. Cuestión previa, sin duda, a todo procedimiento científico, pero que evidentemente se plantea con más agudeza en el campo de las ciencias humanas que en el de las ciencias naturales, por el hecho de que el

dominio estudiado –la acción humana– involucra la categoría de sentido, la cual inevitablemente implica al propio observador. Si adoptamos la imagen de los “juegos de lenguaje” de Wittgenstein, ¿se dirá que el teórico del derecho debe jugar el mismo juego que el práctico? Si lo hace, ¿no se arriesga a avalar los postulados implícitos de este discurso y a racionalizar la ideología subyacente? Si no lo hace, ¿no arriesga omitir la especificidad de su objeto y no explicar nada que sea realmente jurídico? ¿Ciencia del derecho desprovista de científicidad, en el primer caso; ciencia del derecho desprovista de juridicidad, en el segundo?

Cuestión pues, esta de la ruptura epistemológica, que entraña todas las otras: ¿qué objeto para la ciencia del derecho, qué teoría, qué verificación, qué función? A falta de poder abordar aquí el conjunto de estos problemas, nos limitaremos a considerar tres: la cuestión de los paradigmas, de su multiplicidad, su función, su historicidad, su mayor o menor dependencia respecto a las visiones del mundo e intereses de conocimiento dominantes en la sociedad; el debate que enfrenta a los partidarios de la *explicación* con los de la *comprensión* (a veces presentado, en el derecho, como la relación entre *punto de vista externo* y *punto de vista interno*); finalmente, la problemática de la *interdisciplinariedad*, que debe ser distinguida tanto de la *pluridisciplinariedad* como de la *transdisciplinariedad*.

La tesis que defendemos, y que por ende será nuestra definición estipulativa del término “ciencia del derecho”, consistirá en sostener que la ciencia del derecho es posible; que esta llega a los resultados más fecundos cuando adopta forma de interdisciplinariedad, lo cual supone la práctica de una ruptura epistemológica respecto a las racionalizaciones corrientes del fenómeno jurídico. Su punto de vista es, en consecuencia, “externo”; pero, diremos, “externo moderado”, en la medida en que toma en cuenta el “punto de vista interno de los juristas”. En otras palabras, su ambición es “explicar” el fenómeno jurídico relacionándolo con otros hechos y discursos sociales, sin perjuicio de no mutilar su especificidad, lo cual supone una “comprensión” previa de lo que es este. Por otro lado, la primera tarea de la ciencia del derecho consiste en la localización de los paradigmas del discurso dogmático mismo.

Al adoptar esa tesis, empero no se entiende, repitámoslo, negar el hecho de que tal dogmática pueda presentar en sí misma elementos científicos, así como no está en discusión su utilidad práctica. Por otra parte, no es imposible que una ciencia del derecho manejada a partir de otras premisas epistemológicas (empíricas o lógico-formales, por ejemplo) pueda, también ella, llegar a ciertos resultados considerados como científicos. La epistemología “post-positivista” contemporánea parece privilegiar a ese respecto los criterios de verdad sustentados por la comunidad científica de

que se trate. Lo importante, en definitiva, es saber qué “juego de lenguaje” es el que allí se juega y ponderar el tipo de utilidad y poder de elucidación de cada uno de ellos. Así como el juego de cartas conoce una gran variedad de especies a las que cierta “similitud de familia” aproxima entre sí; del mismo modo, el juego del lenguaje científico es susceptible de diversas aplicaciones según el criterio de cientificidad aceptado. Sin embargo, aún habría que llegar a determinar algún rasgo común capaz de constituirse aquí en el “aire de familia”. En lo que concierne a la actividad científica, parece que, sea cual fuere el peso acordado respectivamente a los criterios de coherencia interna del lenguaje teórico puesto en práctica (no-contradicción, pero también interdependencia de las proposiciones), de una parte, y a los criterios de “puesta a prueba” de la teoría (confirmación de la hipótesis explicativa propuesta, adecuación de la interpretación sugerida), de otra parte, un objetivo fundamental atraviesa el discurso teórico, a saber, la exigencia de progreso. Encarado este de acuerdo con un doble sentido: primero, como capacidad explicativa cada vez más vasta del campo de referencia en sus aspectos conocidos, pero también y sobre todo en sus aspectos todavía no elucidados; segundo, como poder auto-organizador de la teoría misma, entendido aquí como capacidad de integración creciente y de reorganización en casos de “crisis” (J. Ladrière).

3. Paradigmas y ciencia del derecho

Kuhn propone un sentido amplio y uno estrecho del concepto de “paradigma”. En sentido amplio, paradigma es el conjunto de creencias, valores reconocidos, técnicas y métodos, que son comunes a los miembros de un grupo científico dado. En sentido estrecho, el paradigma es un elemento particular de este conjunto: la solución de un enigma concreto que, habiéndose acreditado como particularmente ilustrativa, es utilizada por los investigadores como modelo o ejemplo común para la resolución de otros enigmas que surgen en el desarrollo de la disciplina. Más tarde, Kuhn ha propuesto el concepto de “matriz disciplinaria” para dar cuenta de diversos elementos encarados por el concepto de paradigma en sentido amplio. Entre estos, él distingue: (a) unas generalizaciones simbólicas, especies de fórmula básica de la disciplina (así, en física: “la acción es igual a la reacción”), leyes y definiciones fundadoras; (b) ciertas creencias compartidas que servirán para proporcionarle a la comunidad científica unas metáforas y analogías autorizadas; (c) los valores compartidos por los miembros del grupo de investigadores involucrados (así: la coherencia, la simplicidad, la exactitud); (d) los paradigmas en el sentido estrecho de “ejemplos comunes”.

El interés de esta concepción de la epistemología es subrayar que toda ciencia, sea cual fuere el criterio de cientificidad que aquella privilegie, toma necesariamente apoyo en unos presupuestos ontológicos y axiológicos: cierta visión del mundo (determinista, finalista, probabilística...) y un conjunto de valores. Por ello mismo, aparece de manifiesto el carácter social e histórico de la práctica científica y las interacciones que anuda con los intereses e ideologías que se enfrentan en el cuerpo social, ya sea que ella refleje estas representaciones, ya sea que sirva a su vez como ideología (Habermas).

Tal enfoque se impone aún con mayor necesidad en el caso de la ciencia del derecho, pues el objeto de estudio de esta —el derecho— representa, desde luego, una apuesta política y axiológica importantísima en toda sociedad desarrollada. Por otro lado, la meta-ciencia del derecho contemporáneo se aboca a descubrir los paradigmas aplicados en cada una de las teorías del derecho que aspiran a la cientificidad. Así, por ejemplo, se ha podido mostrar que la dogmática, además de los principios “sectoriales” propios de tal o cual rama del derecho, suscribe dos paradigmas centrales: la creencia en la soberanía y en la racionalidad del legislador (Zuleta Puceiro, Van Hoëcke, Ost y van de Kerchove). Estos dos postulados guían efectivamente el trabajo de interpretación y sistematización de los textos llevado a cabo por la ciencia tradicional del derecho, y le permiten suministrar respuestas seguras a las dos cuestiones esenciales con que ella topa: la de la inteligibilidad y la de la validez de las normas que se consideran como jurídicas. Aunque esos postulados no reposan sino parcialmente sobre observaciones empíricas, empero ellos son de naturaleza tal que confieren a las deducciones de la ciencia del derecho una “certeza no positivista” (Aarnio), en la medida en que traducen valores que se benefician de un amplio consenso en la comunidad de los juristas.

Partiendo de otros paradigmas, no obstante, resulta fácil poner en duda la cientificidad de las teorías y métodos basados en la racionalidad y soberanía del legislador. Estos principios, que deberían a lo sumo traducirse en forma de presunciones simples y constituir una idea reguladora de los procesos de reconstrucción de los textos jurídicos, demasiado a menudo se transforman en presunciones irrefragables, en unos dogmas no susceptibles de refutación. De modo que, aunque puedan ser capaces de asegurar cierta forma de progreso “endógeno” de la racionalidad jurídica, parecen incapaces de asegurar una verdadera “reorganización” de la ciencia del derecho cuando esta afronta una “crisis” que replantea cuál es su coherencia interna, como acontece hoy con el pasaje del Estado liberal al Estado-Providencia. En el lenguaje de Bachelard, diremos que tales principios funcionan entonces como “obstáculos epistemológicos” que inmunizan a la teoría contra todo cuestionamiento externo, lo cual acusa el divorcio de esta con respecto a las realidades de que correspondería dar cuenta y traduce el carácter doblemente normativo (objeto y función) que ella tiene.

Por lo demás, la reacción contra la ciencia dogmática del derecho ha adoptado con frecuencia la forma del positivismo. En tal caso, el paradigma esencial consiste, para el científico, en atenerse al estudio objetivo de la realidad "tal cual ella es". Se trata, ya sea de un positivismo "normativista" (el objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo, el derecho puesto, el derecho válido), ya sea de un positivismo factualista o "realista" (el objeto de la ciencia del derecho es el derecho vigente, el derecho efectivamente aplicado). Sin entrar en la discusión acerca de estos dos modelos de ciencia, nos conformaremos con hacer ver la gran dificultad, o hasta la imposibilidad, de aislar, en el campo jurídico, un objeto puramente empírico capaz de ser sometido a una observación enteramente objetivante. La validez de la norma no resulta en efecto más que parcialmente de criterios jurídicos formales y explícitos, mientras que su inteligibilidad (el sentido que se le atribuye) es ampliamente reconstruida por el órgano de aplicación refiriéndose a principios y valores implícitos; de modo que la "textura abierta" caracteriza no solo a cada norma considerada aisladamente, sino incluso al sistema jurídico encarado globalmente. So pena, pues, ya sea de reducir el objeto estudiado a una representación trunca y tramposa, ya sea de endosar implícitamente sus presuposiciones y dogmas, el análisis del fenómeno jurídico no puede limitarse a la "descripción" de algún dato que le es fronterizo y a la tan incierta consistencia. Por eso son propuestos otros paradigmas y otros criterios de científicidad, a partir de una ruptura epistemológica más netamente consumada. Pero entonces esta ruptura provoca el debate, típico de las ciencias humanas y sociales, acerca de la explicación y la comprensión.

4. *Explicación y comprensión. Punto de vista interno y punto de vista externo*

Se puede estar tentado, para defenderse de la dominación por parte de las categorías y métodos jurídicos, de adoptar una posición radicalmente conductista [*behaviouriste*] o materialista. Se elegirá, en tal caso, un objeto de estudio producido enteramente por la teoría adoptada y esforzándose por demostrar el funcionamiento de dicho objeto, de explicarlo, con ayuda de hipótesis tomadas de otros campos de estudio que pongan de relieve unos mecanismos o determinaciones que operan sobre el curso de los fenómenos jurídicos. Piénsese, por ejemplo, en el materialismo histórico, que sostiene, al menos en su versión economicista, que el derecho es una superestructura que se explica "en última instancia" por las relaciones de producción características de tal o cual formación social; se podría pensar también en

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

ciertas versiones del realismo usamericano [*américain*] que reducen el derecho a las decisiones de los jueces y las explican por un complejo de factores psicológicos.

Sin negar el efecto desmistificador que producen estos enfoques, ni los elementos de verdad que ellos contienen, es fácil mostrar que la objetivación buscada y la explicación propuesta mutilan los fenómenos jurídicos, al amputarles la dimensión normativa que constituye precisamente su especificidad. La externalidad se revela aquí como tramposa y reduccionista. Indudablemente, esta dimensión normativa es objeto de una puesta en discurso, una racionalización, una interpretación, por parte de los propios agentes jurídicos: fenómeno de auto-interpretación característico del objeto de todas las ciencias humanas y sociales. Y, sin duda, es precisamente de tal interpretación espontánea que tiende a liberarse la ciencia concebida desde el punto de vista explicativo externo. Mas procediendo así, ¿no se ve esta conducida necesariamente a reducir el derecho al hecho, o cuando menos a unas normatividades que le son heterogéneas? Eso es lo que estiman otros teóricos, quienes abandonan el paradigma de la explicación por el de la comprensión (Winch). La externalización cede su lugar a la internalización, la objetivación a la empatía, la ruptura a la participación. La razón de ser de un fenómeno social reside en su sentido interno (aquel que presenta para los actores involucrados); y este sentido interno se aclara con ayuda de las representaciones, convenciones y reglas compartidas por el grupo de referencia. Para el estudio del derecho, se volvería entonces a una forma de saber que, aunque sin compartir las ambiciones normativas de la dogmática, aceptaría los paradigmas (que toman a veces la forma de dogmas y mitos, según vimos) que transporta el discurso práctico de los juristas. También aquí, fácil es mostrar el carácter poco satisfactorio de esta posición, que priva de toda autonomía real al punto de vista científico al conferirle a los principios jurídicos no solo el estatuto de objeto de estudio (lo cual es legítimo), sino también el de criterios para fundamentar correctamente las instauraciones teóricas (lo cual no es muy científico).

¿Hay que concluir entonces que la ciencia del derecho es imposible, ya que se le rehúsa tanto la posición del espectador externo como la del participante interno (Villa)? No, si se opta por una tercera vía, que es la del "punto de vista externo moderado" o "punto de vista del observador externo que se refiere al punto de vista interno de los juristas" (Hart). En nuestro lenguaje, se trataría de una dialéctica entre el paradigma de la explicación y el de la interpretación. Aunque parece evidente que sólo el punto de vista externo objetivante puede conducir, al cabo de la ruptura epistemológica, a una teoría explicativa de naturaleza científica, en modo alguno es incompatible con esta posición darse como objeto de estudio el sentido

interno" o la "auto-interpretación" que es acarreada y reproducida por los agentes jurídicos. En un primer momento, el fenómeno jurídico es descrito a través de la puesta en discurso efectuada por las autoridades y los sujetos de derecho —lo cual implica una "comprensión" de las convenciones explícitas e implícitas de este discurso—; a continuación, en un segundo momento, propiamente científico, estas prácticas discursivas son explicadas (la puesta en relación, de modo causalista o teleológico, con tal o cual orden de fenómenos circundantes); lo cual conduce, en un tercer momento, a una re-interpretación global del objeto estudiado. La explicación permite, pues, pasar insensiblemente de una comprensión ingenua y espontánea a una comprensión crítica y construida. Diversos conceptos originales tienden a traducir la complejidad y la especificidad de este proceder de las ciencias humanas: Max Weber hablaba de "explicación comprensiva"; von Wright, de "explicación cuasi-causal" (explicar una acción equivale a restablecer las premisas del silogismo práctico que la ha producido); Villa, por su parte, considera que los fenómenos jurídicos representan "cuasi-hechos", solo susceptibles de una "cuasi-observación".

¿Se dirá que este proceder es a tal punto específico que no corresponde ya a las distintas variedades correspondientes al juego científico? Eso sería ignorar los desarrollos recientes de la epistemología de las ciencias naturales, los cuales han conducido a una profunda revisión de las nociones clásicas de observación y explicación. Sin desarrollar este punto, nos conformaremos con recordar que los "hechos" estudiados por las ciencias naturales contemporáneas no son extraídos y observados en la "naturaleza", por nuestros sentidos externos, sino que son producidos mediante unos procesos de experimentación complejos y artificiales, y que, en consecuencia, aquellos resultan totalmente mediatizados por el instrumental técnico y el lenguaje teórico que guían al proceso experimental. De tal suerte que el criterio clásico de controlabilidad (bajo sus diversas formas de verificación, confirmación o falsación) tiende a ceder ante el criterio de fecundidad de los enunciados científicos: es buena la interpretación teórica que da cuenta lo más adecuadamente posible de los fenómenos ya conocidos y que abre la mayor cantidad de perspectivas acerca de fenómenos todavía no elucidados (Ladrière). Por donde se ve que la diferencia no es radical entre ciencias naturales y ciencias humanas; y que si subsisten especificidades, estas no son tales que no se pueda hablar de un "parecido de familia" entre los respectivos procedimientos.

Queda aún por especificar de dónde provienen las hipótesis explicativas movilizadas por la ciencia del derecho que preconizamos. Eso implica una reflexión sobre el carácter interdisciplinario de la ciencia del derecho.

5. *Interdisciplinariedad, pluridisciplinariedad y transdisciplinariedad*

Salvo pretendiendo que el derecho se explique por sí mismo, lo cual no podría dejar de conducir a especulaciones pseudocientíficas, las hipótesis teóricas movilizadas con el fin de explicar los fenómenos jurídicos deben necesariamente ser tomadas de otros campos del saber: la historia, la economía, la psicología o la sociología, por ejemplo. Pero, ¿cómo articular los respectivos discursos de estas diversas disciplinas? Varias hipótesis de figuras pueden tomarse en consideración.

- Ya sea la *pluridisciplinariedad* (o multidisciplinariedad): en tal caso, se yuxtaponen, a propósito de un objeto de estudio que se considera común a ellas, una serie de disciplinas diferentes, cada una de las cuales desarrolla sus puntos de vista específicos. De esa yuxtaposición de saberes resultan, evidentemente, tantos objetos distintos como perspectivas puestas en práctica. Solo una concepción mágica del trabajo científico puede, en efecto, llevar a pensar que de la simple sumatoria de disciplinas pueda emerger una problemática común. En términos de "juegos de lenguaje", se podría decir que se trata, en este caso, de una simple coexistencia de lenguajes diferentes, que producen algo así como una Babel científica.
- Ya sea la *transdisciplinariedad*: en tal caso, se procura abandonar los puntos de vista particulares de cada disciplina, para producir un saber autónomo de donde resulten nuevos objetos y nuevos métodos. Se trata, esta vez, de una integración de disciplinas. En términos de "juegos de lenguaje", diremos que esta hipótesis apunta a la construcción de una lengua nueva y común, algo así como un esperanto científico.
- Ya sea la *interdisciplinariedad*: en tal caso, la investigación se opera a partir del campo teórico de una de las disciplinas presentes, la cual desarrolla unas problemáticas e hipótesis que coinciden parcialmente con aquellas que elabora, por su lado, la otra disciplina. Se trata, esta vez, de una articulación de saberes que conlleva, por acercamientos sucesivos, como en un diálogo, reorganizaciones parciales de los campos teóricos presentes. Se podría decir que, en este caso, se procede a la traducción de un juego de lenguaje a otro; esto sin negar las dificultades y aun los límites inherentes a este tipo de ejercicio, señaladamente la necesidad de respetar el "genio propio" de cada lenguaje (en cuanto a las posibilidades, pero también las dificultades de este método interdisciplinario aplicado al estudio del derecho, cf. el cap. 7 de la obra colectiva: *Theory of legal science*).

Efectuada esta sucinta tipología, se desprende que solo la interdisciplinariedad permite la constitución de una investigación realmente "centrada". Por el contrario, pluridisciplinariedad y transdisciplinariedad funcionan más bien como *utopías científicas*; la primera porque fracasa en constituir un campo teórico original, la segunda porque desborda permanentemente todos los campos científicos conocidos. En cambio, la posición interdisciplinaria aparece como relativamente inestable: ella puede, en cualquier momento, caer en la simple yuxtaposición de enfoques (pluridisciplinariedad), así como también puede desembocar, en ciertos puntos de la investigación, hacia cuestionamientos de naturaleza transdisciplinaria. Por otra parte, el centrado de la problemática (en nuestro caso, el fenómeno jurídico y sus categorías instituidas en objeto de estudio) puede fácilmente transformarse en "sobrecodificación": el objeto impone sus criterios de verdad a la disciplina que lo estudia, o a la inversa. Por donde retomamos contacto con la delicada cuestión, examinada *supra*, de la articulación entre los puntos de vista interno y externo, entre la comprensión y la explicación.

Añadiremos, a modo de conclusión, que en este modelo complejo de ciencia interdisciplinaria del derecho, la teoría del derecho está llamada a jugar un rol determinante que consiste en operar el acercamiento o la traducción entre los dos juegos de lenguaje presentes: el de la dogmática, por una parte, y el de las ciencias sociales, por otra. Sin que ello conduzca a subestimar las especificidades y las funciones distintas que presentan estos dos tipos de saber, ese papel de intermediaria debería incitar a la teoría del derecho a adoptar una forma de pluralismo epistemológico (*supra*) que pudiera predisponerla a desentrañar tanto las potencialidades científicas inscritas en la dogmática como así también las virtualidades prácticas alternativas que llevan consigo las ciencias sociales.

DEFINICION — *Ciencia del derecho* (ciencia jurídica): actividad cognoscitiva dirigida a brindar una representación del fenómeno jurídico conforme al paradigma científico adoptado.

TRADUCCION — Alemán: *Rechtswissenschaft*. Francés: *Science du droit*. Inglés: *Legal science*. Italiano: *Scienza giuridica*. Portugués: *Ciência do direito*.

ETIMOLOGIA — Del latín, *scientia*: de *schire*, saber, tener un conocimiento teórico.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis: *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, Helsinki, 1983.
- ATIENZA, Manuel: *Introducción al derecho*, Barcelona, 1985, pp. 185-375.
- BACHELARD, Gastón: *La formation de l'esprit scientifique*, París, 1977 [trad. de José Babini: *La formación del espíritu científico*, Siglo XXI, México, 1985, 13ra. ed.].
- BOBBIO, Norberto: "Essere e dover essere nella scienza giuridica" (trad. de Alfonso Ruiz Miguel: "Ser y deber ser en la ciencia jurídica"), en *Contribución a la teoría del derecho*, pp. 201-223, Valencia, 1980.
- ID.: "Diritto e scienze sociali" (trad. de Alfonso Ruiz Miguel: "Derecho y ciencias sociales"), en *ibid.*, pp. 225-238.
- HABERMAS, Jürgen: *La technique et la science comme "idéologie"*, trad. francesa de J. R. Ladmiral, París, 1973 [trad. al castellano, directamente a partir de la ed. en alemán, por Manuel Jiménez Redondo y Manuel Garrido: *Ciencia y técnica como "ideología"*, Tecnos, Madrid, 1984].
- HART, H. L. A.: *The Concept of Law*, Londres, 1961 [trad. de Genaro R. Carrió: *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963].
- JALONS POUR UNE ÉPISTÉMOLOGIE DE LA RECHERCHE INTERDISCIPLINAIRE EN DROIT (AA. VV.), *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1982-8.
- KALINOWSKI, Georges: *Querelle de la science normative*, París, 1969.
- KELSEN, Hans: *Théorie pure du droit*, trad. francesa de la 2da. ed. alemana por Ch. Eisenmann, París, 1962 [trad. al castellano, directamente a partir de la ed. alemana, por Roberto J. Vernengo: *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1982].
- KUHN, Thomas S.: *La structure des révolutions scientifiques*, 2da. ed. (trad. al francés), París, 1973 [trad. de Agustín Contín, directamente a partir de la ed. en inglés: *La estructura de las revoluciones científicas*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, México, 1971].

- LADRIÈRE, Jean: "Les sciences humaines et le problème de la scientificité", en *Les études philosophiques*, abril-junio 1973, pp. 131-150.
- OST, François: "Dogmatique juridique et science interdisciplinaire du droit", en *Rechtstheorie*, 1986, No. 17, pp. 89-110.
- OST, François / KERCHOVE, M. van de: "Possibilités et limites d'une science du droit", en *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1978-1, pp. 1-39.
- ID.: "Rationalité et souveraineté du législateur, 'paradigmes' de la dogmatique juridique?", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1985-2, pp. 227-251.
- PECZENIK, Aleksander, et al. (eds.): *Theory of Legal Science*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1984.
- PHILOSOPHIE ET ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUES (AA. VV.), *Revue de synthèse*, 118-119, abril-setiembre 1985.
- RESWEBER, J. P.: *La méthode interdisciplinaire*, París, 1981.
- ROSS, Alf: *On Law and Justice*, Londres, 1958 [trad. de Genaro R. Carrió: *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963].
- VAN HOECKE, M: "Aard en methode van de rechtsdogmatisk", en *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 1984-3, pp. 188-203.
- VILLA, Vittorio: *Teorie della scienza giuridica et teorie delle scienze naturali. Modelli e analogie*, Milán, 1984.
- ID.: "Legal Sciences between Natural and Human Sciences", en *Legal Studies*, vol. 4, No. 3, noviembre 1984, pp. 243-270.
- VON WRIGHT, Georg H.: *Explanation and Understanding*, Londres, 1975 [trad. de Luis Vega Reñón: *Explicación y comprensión*, Alianza Universidad No. 257, Madrid, 1979].
- WEBER, Max: *Essais sur la théorie de la science*, trad. de J. Freund, París, 1965 [la mayor parte de los estudios incluidos en este libro se encuentran también, en traducción al castellano efectuada por José Luis Etcheberry a partir de los originales en alemán, en: *Ensayos sobre metodología sociológica*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973].

- WINCH, Peter: *The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy*, Londres, 6a. ed., 1970 [trad. de María Rosa Vijanó de Bonacalza: *Ciencia social y filosofía*, Amorrortu, Buenos Aires, 1972].
- ZULETA PUCEIRO, Enrique: *Paradigma dogmático y ciencia del derecho*, Madrid, 1981.

DOCUMENTO

EL CONFLICTO TURCO-BULGARO Y LA POSICIÓN COSTARRICENSE (*)

Informe rendido por el Lic. Luis Alberto Varela Quirós
Asesor del Ministerio de Relaciones Exteriores

El presente informe, tiende a ofrecer una perspectiva histórica general, sobre el origen y los alcances del actual conflicto entre Turquía y Bulgaria, que el primer país desea que sea conocido por las Naciones Unidas, dentro del marco de los órganos que se ocupan de los derechos humanos. El punto de vista que ofrecemos en este informe, toma en cuenta diversos factores y fuentes de información, entre ellas las oficiales de los Gobiernos de los dos países involucrados en el conflicto, la ofrecida por Aministría Internacional y la Comisión Internacional de Juristas.

Aunque hasta la fecha, la cuestión de las minorías turcas en Bulgaria, base del conflicto entre ambos países, no ha sido discutida en el seno de las Naciones Unidas, ha habido una reiterada intención del Gobierno de Turquía sobre el particular, e incluso acusaciones de parcialidad por parte de dicho país, por cuanto no se le ha dado la debida atención a esa cuestión.

De allí que es posible que en el futuro inmediato, y sobre todo si Costa Rica resulta elegida a la Comisión de Derechos Humanos durante la elección que celebrará el ECOSOC este año, que nuestra Cancillería tenga que tomar una posición sobre el particular.

ALGUNAS ACOTACIONES HISTORICAS PREVIAS

Tanto Turquía como Bulgaria formar parte de las Repúblicas Balcánicas, unidas por un pasado histórico común pero separadas por grandes

(*) El presente informe fue rendido al entonces Ministro de Relaciones Exteriores Lic. Rodrigo Madrigal Nieto, cuando las circunstancias de Europa del Este eran distintas a las actuales. Sin embargo el autor se permite hacer notar que en lo sustancial el conflicto entre Bulgaria y Turquía por las cuestiones que en el mismo se discuten continuan fundamentalmente sin alteraciones, de manera que con la salvedad dicha éste conserva su actualidad.

diferencias étnicas, religiosas, políticas, lingüísticas, y una relación conflictiva milenaria. Sin entrar en un análisis profundo del tema, debemos recordar que el Imperio Otomano, del que la República Turca se considera sucesora jurídica y políticamente, dominó toda la región balcánica durante varios siglos. En el caso particular de Bulgaria cuyos orígenes históricos como nación se remontan al año 681 de la era Cristiana, fue anexada por los Turcos en 1396 y permaneció como parte del imperio hasta 1908, es decir estuvo bajo ocupación de los turcos por cerca de cinco siglos. Ello creó, más que un sometimiento definitivo del pueblo búlgaro a los turcos, un profundo sentimiento nacionalista y de permanente enfrentamiento con éstos, que llevó a Bulgaria a participar en levantamientos contra el imperio otomano, contrarrestados por grandes masacres, y en guerras declaradas después de obtener su independencia, a la par de otros países balcánicos como Grecia y Serbia y Montenegro (hasta hace poco de la Federación Yugoslava parte ambos de Yugoslavia).

Como consecuencia de la ocupación turca, al independizarse Bulgaria, quedó dentro de su territorio un alto porcentaje de población de origen turco y de religión musulmana. En la actualidad dicha minoría asciende aproximadamente al millón de personas, y constituye un diez por ciento de la población de Bulgaria. Bulgaria considera a esa población como nacional de su Estado, aunque de origen turco, y ha tratado incluso de forzarlos para que éstos cambien sus nombres y su religión, mientras que Turquía los sigue considerando turcos.

Si bien el conflicto ha permanecido latente durante muchos años no es sino hasta recientemente y en particular a partir de 1984, que el Gobierno turco lanza una acusación abierta contra Bulgaria de estar tratando de destruir la cultura musulmana y de obligar a los turcos a tomar nombres eslavos, y posteriormente de negar el derecho de las poblaciones de origen turco a salir de Bulgaria o regresar al país. Estas acusaciones han sido negadas reiteradamente por el Gobierno de Bulgaria.

ASPECTOS POLITICOS DEL CONFLICTO

El conflicto, cuya existencia no puede ser negada, se ve altamente agravado por elementos políticos de gran importancia; que sumados a los que hemos visto, hacen más difícil la situación.

Entre ellos cabe destacar los siguientes:

- 1) Bulgaria es una de las llamadas Repúblicas Populares desde 1946 e ingresó en el Pacto de Varsovia en 1955, Turquía es aliado de los Estados Unidos, tiene bases norteamericanas en su territorio, forma parte de la OTAN y ha solicitado su ingreso a la Comunidad

Económica Europea desde 1987.

- 2) Ni uno ni otro país tienen un record muy recomendable en materia de derechos humanos, sobre todo en materia de derechos civiles y políticos. Sin embargo Turquía enfrenta varios problemas que han afectado su imagen internacional, a) el problema de la minoría kurda en su propio territorio, y el combate de los actos terroristas de los grupos de origen armenio, b) el ser considerado como uno de los Estados donde hasta hace pocos años la práctica de la tortura era usual, como método de interrogatorio policial, a pesar de las reiteradas negativas de parte del Gobierno turco, y c) su rol protagónico en el conflicto chipriota un tercio de cuyo territorio ocupan sus fuerzas desde 1974, y en el cuál se proclamó en 1983 la República de Chipre Septentrional, reconocida tan sólo por el Gobierno turco.

De allí que resulta, por lo menos sospechoso, que no sea sino recientemente que Turquía haya traído a la mesa de discusiones internacionales el apuntado problema, pues no deja de parecer que a pesar de la existencia de una verdadera preocupación por el bienestar de los turcos residentes en Bulgaria, hay una gran dosis de interés en distraer la atención internacional para que se ocupe de una cuestión que bien podría ser discutida bilateralmente con el Gobierno búlgaro, sin convertirlo en un conflicto internacional.

LA POSICION DE AMBOS GOBIERNOS

Dentro del contexto indicado, las posiciones oficiales de ambos Gobiernos es la siguiente:

- 1) El Gobierno turco afirma que: Las Naciones Unidas no han prestado atención alguna a la violación de los Derechos Humanos de los turcos residentes en Bulgaria, minoría que se encuentra concentrada en dos áreas principales, las Provincias de Deliorman en el noreste y Kardzhali, en el sureste y contra las cuales el Gobierno búlgaro ha iniciado una campaña tendiente a integrarlos por la fuerza a la mayoría búlgara, obligándolos a entregar sus cédulas de identidad y a firmar documentos en los que, supuestamente de manera voluntaria, habrían decidido cambiar su nombre turco por uno búlgaro. Tal campaña extendida por todo el país, prohíbe hablar el turco, así como vender o distribuir libros o publicaciones en ese idioma, el cierre de las mesquitas y las prácticas religiosas islámicas y el desarraigo de dichas

poblaciones de su lugar de origen. Aparte de lo anterior, afirma el Gobierno turco que el Gobierno de Bulgaria controla estrictamente todos los movimientos hacia adentro y fuera de las áreas en que la población turca se concentra, y les prohíbe viajar al extranjero, o les expulsa de su país confiscando sus bienes y propiedades.

- 2) Por su parte el Gobierno búlgaro replica indicando que: Toda persona nacida dentro de territorio de Bulgaria, según los principios de Derecho Internacional, es búlgaro de nacimiento independientemente de su origen étnico y del idioma o religión que practique. Que el Gobierno búlgaro en cumplimiento de los acuerdos de Helsinki y de Viena no impone restricción alguna para que sus ciudadanos pueda viajar al extranjero, y que en los últimos años alrededor de cincuenta mil miembros de la minoría turca, han salido del país con destino a Turquía, instigados desde fuera, y en algunas regiones se han producido disturbios provocados por fanáticos religiosos en los que han muerto y resultado heridas varias personas. Que Bulgaria ni expulsa ni deporta a sus ciudadanos independientemente de su origen étnico ni viola los Derechos Humanos de dicha minoría. Que en todo caso Bulgaria está dispuesta a celebrar cualquier tipo de negociación, dentro del marco de las normas del Derecho Internacional con la República de Turquía si las mismas se realizan con espíritu constructivo, a efecto de buscar una solución para regularizar la relación pacífica entre ambos Estados.

LA POSICION QUE DEBERIA ADOPTAR COSTA RICA

Salvo mejor criterio, y en consonancia con nuestra posición en materia de política exterior, nos parece que sería conveniente que el Gobierno de Costa Rica, en caso de plantearse el conflicto en cualquiera de los órganos de las Naciones Unidas en que debemos participar debería estar orientada por las siguientes directrices:

- a) Un llamado a las partes para agotar todos los medios de solución pacífica de las controversias, incluyendo desde luego las conversaciones de carácter bilateral.
- b) Una clara posición de que nuestro país no condonará ninguna conducta violatoria de los derechos humanos, independientemente del régimen que los cometa y que la solución y discusión de otras cuestiones, como el conflicto chipriota, no pueden estar en manera alguna condicionadas por la discusión de la cuestión de las minorías turcas en Bulgaria.
- c) Reiteración de los principios de la Carta conforme a los cuales el uso

de la fuerza armada en las relaciones internacionales está prohibido.

- d) Recordar a las partes involucradas, que el derecho internacional moderno no admite el uso de actos de represalia que constituyan violaciones de los derechos humanos, como la internación de poblaciones enteras en campos de concentración, las ejecuciones arbitrarias, la práctica de la tortura o el genocidio.
- e) Reiterar la obligación de ambos Estados, de conformidad con el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de permitir a todas las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, el derecho a tener su propia vida cultural, profesar y practicar su propia religión y emplear su propio idioma.
- f) Reiterar el principio establecido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y ampliamente reconocido en el Derecho Internacional actual de que todo ciudadano tiene derecho a abandonar su país de origen, y regresar a él sin restricción alguna.

El tener presente las anteriores normas y principios, nos permitirá asumir una posición objetiva en un conflicto en el que, como se ve, están involucradas no solamente cuestiones de Derechos Humanos, sino de relaciones históricas y políticas altamente conflictivas.

Quedo a la orden del señor Ministro para cualquier aclaración o ampliación que considere necesaria al presente informe, y le reitero las muestras de mi más distinguida consideración.

FUENTES:

Aministía Internacional, Informe 1986-1987.

Comisión Internacional de Juristas, Revista No. 38, Junio 1987.

Documentos Oficiales del Gobierno de Turquía.

Documentos Oficiales del Gobierno de la República Popular de Bulgaria.

Closed Borders, Alan Dowty, Yale University Press, 1987.

INDICE

	Pág.
<i>Presentación</i>	8
<i>Ensayos:</i>	
Neoliberalismo, Totalitarismo y Democracia en la Ciencia del Derecho Administrativo	
<i>Dr. León Cortiñas-Peláez</i>	9
INTELSAT: La Organización Internacional de las Telecomunicaciones por Satélite	
<i>Dr. Jorge Rojas Solorzano</i>	53
La noción de orden y los valores sociales	
<i>Nelson Saldanha</i>	81
Los vencimientos de la letra de cambio	
<i>Dr. Carlos Gómez Rodas</i>	89
Derecho Público y Banca Estatal	
<i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	101
Sobre la ciencia del Derecho	
<i>François Ost</i>	133

Documento:

INDICE

El conflicto turco-búlgaro y la posición costarricense
Informe rendido por
Lic Luis Alberto Varela Quirós 151

148

8 Presentación

Expositor

Neoliberalismo, Totalitarismo y Democracia en la América del Norte
Administrativo

9 Lic. Luis Alberto Varela Quirós

INTELSAT: La Organización Internacional de las Telecomunicaciones
por Sábido

23 Lic. Jorge Rojas Solerzano

La nación de orden y los valores sociales

31 Lic. Jorge Rojas Solerzano

Las vicisitudes de la teoría del cambio

39 Lic. Carlos César Rojas

Derecho Público y Banca Estatal

40 Lic. Jorge Rojas Solerzano

Sobre la ciencia del Derecho

117 Lic. Jorge Rojas Solerzano

Impreso en
Costa Rica
por la
Editorial
Grijalbo

Introducción

El estudio auto-dirigido y el método de enseñanza

Introducción por

Dr. Luis Alberto Varela Quiroz

131

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
Apartado 75-1100
San José, Costa Rica
364082